

Université de Tunis EL Manar
Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis

DROIT COMMERCIAL (I)

**LES ACTES DE COMMERCE
LES COMMERÇANTS
LE FONDS DE COMMERCE**

*Cours correspondant au programme
de la troisième année de la maîtrise en droit
(Droit judiciaire, Droit de l'entreprise)*

Par **Nadhir BEN AMMOU**

Année universitaire 2003-2004

INTRODUCTION

Acheter du pain , louer un appartement, voici des actes de la vie courante que chacun d'entre nous est appelé à accomplir. Qu'ils soient soumis au droit positif cela ne semble pas faire l'ombre d'un doute. A ceux qui comme vous ne connaissent, pour l'heure, que le droit civil il s'agit incontestablement d'actes civils. Mais ceci n'est vrai qu'en partie. Ces actes peuvent aussi bien être soumis soit au droit civil qu'au droit commercial. Qu'est-ce donc que ce droit qui fait partie des disciplines du droit privé mais qui n'est pas du droit civil?

Après avoir défini et délimité le domaine du droit commercial (Section I) , nous en exposerons l'évolution (Section II) , les sources (Section III) avant d'aborder la question de son autonomie (Section IV).

SECTION I : DEFINITION ET DOMAINE DU DROIT COMMERCIAL

Le droit commercial est-il le droit des seuls commerçants ? La théorie subjective répond par l'affirmative. Pour cette théorie le droit commercial est un droit professionnel. Il est réservé aux commerçants qui sont d'ailleurs inscrits sur un registre particulier. Il en encadre l'activité et fixe le statut. Telle n'est pas la définition retenue par la théorie objective pour laquelle le droit commercial régit les activités commerciales indépendamment de l'exercice d'une profession commerciale. Peu importe par exemple si l'actionnaire dans une société anonyme ou le trieur d'une lettre de change ont ou non la qualité de commerçant.

Lorsque l'article premier du code de commerce dispose que « le présent code s'applique aux commerçants et aux actes de commerce ». cela signifie-t-il que notre législateur consacre l'une ou l'autre des théories ci-dessus rappelées ? La marque de la théorie subjective est visible du fait même que le code dit qu'il s'applique aux commerçants. Mais en précisant par ailleurs qu'il s'applique aux actes de commerce, il semble se faire l'écho de la théorie objective. L'accomplissement des actes de commerce dans leur grande variété n'est pas réservé aux commerçants. Aussi en consacrant sa double vocation à s'appliquer aux commerçants et aux actes de commerce , le code de 1959 semble avoir opté pour une conception large du droit commercial en conciliant entre les théories objective et subjective.

Bien que le droit commercial ne soit pas réductible au code de commerce, il est possible au vu de ces précisions de proposer une

définition élémentaire du droit commercial. *C'est la branche du droit privé qui est appelée à régir les rapports juridiques entre commerçants et entre ces derniers et leurs clients ainsi que les rapports qui naissent à l'occasion de la réalisation d'actes de commerce par des non commerçants.* Le droit commercial peut ainsi apparaître comme le droit des commerçants et le droit des actes de commerce.

L'appellation droit commercial n'exprime, cependant pas l'étendue réelle du domaine de cette discipline. L'origine latine du mot commerce (*commercium*) servait à désigner tous les rapports juridiques que les individus entretenaient relativement à l'utilisation de leurs biens. Ceux-ci étaient soit dans le commerce (*in commercium*) soit hors du commerce (*extra commercium*). Or si à l'heure actuelle cette distinction se retrouve encore en droit civil pour désigner les choses pouvant faire l'objet d'obligations contractuelles, elle est dépourvue d'intérêt dans la délimitation du domaine du droit commercial. En effet, ce droit ne désigne pas toutes les opérations sur les biens matériels. A l'inverse, si les économistes distinguent entre commerce et industrie, le droit commercial ignore cette distinction : il s'applique à la fois au commerce, à l'industrie et aux prestations de services : l'industriel, le transporteur, l'assureur et le banquier sont des commerçants au sens juridique du terme.

La doctrine propose d'autres appellations. Ainsi parle-t-on de plus en plus de « droit des affaires » ou de « droit économique ». Sans évoquer une simple querelle de mots, ces appellations expriment chacune pour sa part un choix de société. Le concept de *droit économique* met l'accent sur l'intervention étatique tandis que celui de *droit des affaires* évoque plutôt le rôle de l'initiative capitaliste. Mais quelle que soit l'appellation retenue, ce qui doit être mis en évidence c'est l'influence des faits économiques sur le droit en général et sur le droit commercial en particulier, la remise en cause de la distinction entre droit public et droit privé et la nécessaire approche pluridisciplinaire de l'étude du droit commercial. De plus en plus s'impose, en effet, la prise en considération d'autres matières telles que le droit fiscal, le droit social, le droit comptable et le droit de la concurrence et le droit de l'investissement pour une meilleure maîtrise et intelligence des règles régissant le domaine commercial. C'est là une preuve et en même temps une conséquence de l'évolution que ce droit a connue et qu'il est appelé connaître.

SECTION II : L'EVOLUTION DU DROIT COMMERCIAL

Si le code de commerce de 1959 (§ 2) constitue une étape importante dans l'évolution du droit commercial dans notre pays, ni l'histoire de ce droit avant le code (§1) ni l'évolution marquée par les lois postérieures à ce code (§ 3) ne sont d'une moindre importance.

§ 1- Histoire du droit commercial avant le code de commerce de 1959

L'étude historique a pour objectif , moins l'inventaire des différentes étapes que le droit commercial a connues que l'enseignement qui doit en être tiré pour comprendre et parfaire les institutions actuelles.

La doctrine contemporaine enseigne que les droits de la très haute antiquité ont connu et réglementé différentes opérations et institutions commerciales. C'est ainsi qu'on rapporte que les babyloniens ont connu le prêt à intérêt, la société, le dépôt d'espèces et de marchandises. Les phéniciens auraient, pour leur part, inventé la technique de l'avarie commune. Aux grecs, on doit le prêt à la "grosse aventure". Les romains auraient mis au point la représentation et réglementé les opérations de banque et la comptabilité en partie double. Mais l'apport de l'antiquité au droit commercial est jugé plutôt limité en ce sens que les mécanismes propres à ce droit n'ont pas été découverts pendant cette période.

L'origine des principales institutions commerciales modernes serait à chercher dans le moyen-âge. Le berceau du développement de l'activité commerciale étaient les villes italiennes du nord : Gênes, Venise et Florence, points de passage obligés pour les relations avec l'Orient. Paradoxalement, les ouvrages modernes passent sous silence l'apport de ce monde au droit commercial. On néglige plus particulièrement la contribution du droit musulman au développement du droit commercial. Pourtant la position géographique privilégiée du Monde Arabe entre l'Europe, l'Inde, la Chine et l'Afrique de l'Est en a fait un centre du commerce international. L'Islam a, de son côté, favorisé l'essor du commerce en consacrant le principe de la liberté de la preuve . Les conquêtes musulmanes, les découvertes scientifiques (invention de la boussole et de l'astrolabe) et la maîtrise des techniques de l'industrie maritime furent de nature à renforcer les relations commerciales du

Monde Arabe avec ses partenaires. Des techniques nouvelles telles que la lettre de change ou le chèque ont fait leur apparition. A l'heure actuelle les droits modernes continuent d'utiliser des concepts développés par les arabes : avarie, câble, magasin, tarif etc..

Qu'il soit vu de l'orient ou de l'occident, le moyen âge fut marqué par la naissance d'une véritable branche du droit spécifique aux professionnels et aux opérations de commerce. La pratique des foires entraîna la naissance de la procédure de la faillite dont la finalité était de sanctionner les commerçants mauvais payeurs. Avec les corporations des marchands se développa un droit propre ; une *lex mercatoria* et une justice spécifique, les juridictions consulaires.

L'histoire mouvementée de la Tunisie du fait des multiples conquêtes dont elle a fait l'objet est à l'origine de la précarité de ses institutions. Avec la conquête musulmane commença le règne du Droit musulman. Malgré le fait qu'il ait été à l'origine de différents concepts du droit commercial ce système ignorait la distinction entre droit civil et droit commercial. Les *fuqahas* traitaient les questions actuellement qualifiées de droit commercial en même temps qu'ils traitaient les problèmes de droit civil. Ibn Abidine, par exemple, (auteur hanafite qui a inspiré, entre autres, les rédacteurs du code des obligations et des contrats) analysait la lettre de change tantôt comme une forme de prêt, tantôt comme une cession de créance.

Malgré le statut de régence ottomane de la Tunisie, on notera que le règne ottoman ne s'est pas suivi de l'application de la législation nouvelle en Tunisie. Le *Code de commerce ottoman* pas plus que la *Medjella* n'ont jamais été appliqués dans notre pays.

Le Pacte fondamental devait apporter des modifications profondes au système en vigueur. Garantissant la liberté du commerce et de l'industrie, (articles 9 et 10) le Pacte se proposait de créer des tribunaux "*composés d'hommes éminents pour connaître des différends que peut engendrer le commerce, cette source de prospérité des Etats...*". L'article VII du Pacte prévoyait la composition de ces tribunaux mais en différait l'entrée en fonctions jusqu'à l'établissement d'un accord avec "*les puissances amies*". La constitution du 25 avril 1861 reprit dans ses articles 23 et 25 la même idée (création de tribunaux de commerce) et d'un tribunal de révision de ses décisions (art. 24). L'élaboration d'un projet de code de commerce fut confiée à une commission désignée par Assadiq Bey en exécution des principes

du pacte fondamental. Un projet de code de commerce fut élaboré en janvier 1864 .Mais le code tunisien de commerce n'a jamais vu le jour; le Bey ayant décidé le 19 avril 1864 de suspendre le pacte fondamental et il fallait attendre les innovations que le Protectorat devait apporter.

En septembre 1896 fut constituée une commission chargée de codifier la législation civile commerciale et pénale de la Tunisie. Un projet préliminaire de code civil et commercial fut établi en 1897. La sous-commission de codification qui examina ce projet confia à David Santillana le soin d'établir un avant-projet destiné à servir de base aux délibérations d'une commission spéciale plus étendue. L'avant-projet fut adopté en 1899. Mais il fallait attendre 1906 pour voir apparaître non pas un code civil et commercial mais simplement l'actuel code des obligations et des contrats. L'abandon de l'idée d'une codification commune au droit civil et au droit commercial ne fut jamais expliqué. Pendant longtemps, les tribunaux tunisiens devaient affronter le vide législatif en matière commerciale. Les dispositions du code des obligations et des contrats qui s'y rapportent (*V. p. ex. les articles 461 et s. C.O.C. sur les livres des marchands les art. 1249 et s. sous l'intitulé "De la société contractuelle, Dispositions générales aux sociétés civiles et commerciales".*) ne suffisaient pas pour résoudre toutes les difficultés. C'est ainsi, par exemple, qu'on s'interrogeait sur la possibilité de créer une société anonyme en Tunisie en vertu d'une loi étrangère sachant que le droit tunisien ne prévoyait pas ce type de société.

Ce n'est qu'en 1926 qu'apparurent les premières réformes. Le décret de 16 juillet 1926 institua le registre du commerce. Le décret du 28 février 1930 introduisait la législation française sur la société par actions, le décret de 5 mai 1930 celle des sociétés à responsabilité limitée etc. Ainsi, par des textes épars, le législateur tunisien ne faisait que rendre applicable en Tunisie le droit commercial français sans qu'aucune tentative de codification d'ensemble n'ait été entreprise.

Avec l'indépendance et pendant quelques années, les juges tunisiens devaient en vertu de la convention judiciaire franco-tunisienne du 9 mai 1957 appliquer les textes français en vigueur à la date de l'entrée en application de cette convention toutes les fois que les textes tunisiens ne prévoyaient pas de solution . Pendant ce temps, le ministre de l'économie nationale a désigné une commission chargée d'élaborer un projet de code de commerce et de code maritime. En 1957 cette commission a achevé d'élaborer un premier projet de code de

commerce. Les rédacteurs du projet s'étaient inspirés du droit français, des conventions internationales, des droits marocain et levantins. Ce projet n'a, cependant, jamais vu le jour. Une seconde commission chargée de préparer un autre projet s'en est largement inspirée dans l'élaboration de ce qui n'est autre que l'actuel code de commerce du 5 octobre 1959.

§.2- LE CODE DE COMMERCE DE 1959

Le code de 1959 était à l'origine composé de 746 articles regroupés en cinq livres. Régissant respectivement le commerce en général (livre I), le fonds de commerce (livre II), la lettre de change, le billet à ordre et le chèque (livre III), la faillite (livre IV) et, enfin, les contrats commerciaux (livre V). Le plan du code, on le voit bien, n'obéit pas à une ligne directrice claire. Ce qui est de nature à confirmer l'assertion selon laquelle "*un code de commerce ne peut pas avoir un plan rationnel. Il n'est jamais qu'une réunion de lois particulières faite dans un ordre quelconque*". RIPERT et ROBLOT par GERMAIN, *op. cit.*, 1^o, 41, p. 21....)

Les rédacteurs du code insistent sur le caractère incomplet de leur œuvre (*Exposé des motifs du code de commerce in code de commerce, lois usuelles et codes tunisiens, collection Mahmoud BEN CHEIKH, Tunis 1975, pp. 1 et s., spéc. p. 1 et 4*). En même temps ils en reconnaissent le pragmatisme. «*L'essentiel, disent-ils, est d'avoir une loi à appliquer quelle que soit sa source* ». A cet effet, les considérations d'ordre historique ont fait que le droit commercial français ait eu sur les rédacteurs du code de commerce une influence décisive. Il n'a certainement pas été leur unique source d'inspiration. Le droit libanais a inspiré les solutions relatives à la théorie générale des sociétés et au concordat préventif (aujourd'hui abrogé). Le droit allemand est à l'origine de la réglementation des sociétés à responsabilité limitée. Le droit international privé a, pour sa part, largement inspiré la réglementation de la lettre de change du billet à ordre et du chèque.

Faisant partie des premières codifications de l'indépendance, le code de commerce n'est paradoxalement doté d'aucun prestige. Il n'a ni l'hardiesse du code du statut personnel ni la clarté du code des droits réels et encore moins l'originalité de code des obligations et des contrats pourtant œuvre coloniale par essence. Celui-ci n'est certainement pas un chef-d'œuvre en matière de codification. Mais par

la richesse et la diversité de ses sources, la tendance avant-gardiste de quelques unes de ses solutions, il se présente comme une oeuvre techniquement et fondamentalement supérieure au code de commerce aux textes parfois excessivement longs et surchargés de détails techniques, ce qui ne va pas sans entraver l'oeuvre créatrice de la jurisprudence. Une telle situation rend inévitable le recours à d'autres lois pour compléter le code ou pour régir des situations particulières.

§. 3 - LES LOIS POSTERIEURES AU CODE DE COMMERCE DE 1959

Depuis sa promulgation le code de commerce a fait l'objet de plusieurs modifications. On notera à titre d'exemple la loi n° 62-63 du 2 juillet 1962 ayant modifié le chapitre IV de titre III du livre I sur les sociétés à responsabilité limitée et le chapitre VII relatif à la publicité des sociétés commerciales, les différentes réformes de la législation sur le chèque, la loi sur les sociétés d'investissement à capital variable. Mais quelque multiples qu'elles aient pu être, ces différentes réformes avaient pour effet moins de remettre en cause le code que de le consolider. Son application par les tribunaux n'a pas provoqué de grands remous. Il a passé avec succès les premières années de l'indépendance et résisté à l'expérience des collectivisations. Mais à mesure que le pays s'industrialise et que les frontières s'ouvrent aux relations internationales, les défaillances du code étaient devenues de plus en plus visibles. Le vent des dernières réformes semble l'avoir déstabilisé. L'une des plus importantes est incontestablement celle qui résulte des lois du 17 avril 1995. D'une part la loi n° 95-35 qui a abrogé les articles 413 à 444 du code sur le concordat préventif et modifié certaines dispositions sur la faillite. D'autre part la loi n° loi n°95-34 a instauré la procédure du redressement des entreprises en difficultés économiques. Mais le code des sociétés commerciales promulgué par la loi n°93-2000 du 3 novembre 2000 est incontestablement le texte le plus important en volume et en substance qui ait ôté au code de commerce une grande partie de son rayonnement. Avec plus de 450 articles (au moment de sa promulgation) réservés aux sociétés une partie importante des dispositions du code de commerce a disparu. Et si on sait que les baux commerciaux sont régis par un texte spécial, que le droit des assurances est régi par le code de 1992, que les textes spéciaux organisent la concurrence, les ventes commerciales, les établissements de crédit, le commerce extérieur, on peut légitimement s'interroger que reste-t-il du code de commerce ? Peu de choses en réalité. Mais ce qui intéresse le plus c'est d'avoir un corps de règles

adapté à l'évolution et aux besoins de la vie économique. C'est en cela que la diversité des sources du droit commercial acquiert toute son utilité.

SECTION III: LES SOURCES DU DROIT COMMERCIAL

Le berceau du droit commercial n'était autre que les foires, il est donc normal que les sources internationales de ce droit (§1) occupent une place importante à côté de ses sources internes (§2).

§. 1- LES SOURCES DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

Le droit commercial ne peut pas répondre aux besoins de la vie économique s'il reste enfermé dans les limites réduites des frontières d'un pays quelque grand qu'il soit. Il est en quelque sorte condamné à répondre aux exigences du commerce international. L'internationalisation des affaires résultant du développement des moyens de communication a donc une influence décisive sur le droit commercial. Or le développement du commerce international se heurte à la diversité des droits nationaux. De plus la méthode des conflits destinée à déterminer la plus compétente des lois nationales s'est avérée de plus en plus difficile et inadaptée pour régler différentes transactions internationales. Pour parer à ces difficultés deux procédés sont utilisés:

1°- *La superposition aux législations nationales*, qui demeurent en vigueur pour les relations internes, *de lois uniformes* destinées à être appliquées aux relations internationales. Il en est ainsi, par exemple, de la convention de Berne du 14 octobre 1890 sur les transports par chemins de fer ou encore la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

2°- Le second procédé consiste à *uniformiser le droit applicable* aussi bien sur le plan international que sur le plan interne. Tel a été le cas des conventions de Genève du 7 juin 1930 et de 19 mai 1931 sur la lettre de change le billet à ordre et le chèque reproduites par le code de commerce de 1959.

La mondialisation des échanges et l'émergence de ce qu'il est courant d'appeler l'ordre économique international entraîne l'apparition d'un droit économique international qui va au delà des réglementations ponctuelles telles que l'illustrent les exemples précédemment cités. Les accords du G.A.T.T. et l'aboutissement à la naissance de l'O.M.C

tendent à la réalisation d'un ordre économique libéral à l'échelon international essentiellement par la suppression des mesures protectionnistes. Mais la place laissée à la liberté de manœuvre des Etats est de nature à donner naissance et à de nouveaux protectionnismes. De l'avis de certains juristes (ceux notamment des pays riches) ces mesures sont de nature à retarder le développement de ce droit économique international. Mais les intérêts de ces pays ne convergent pas forcément avec ceux des pays moins fortunés et il y va de l'avenir de la construction de ce droit et de son effectivité qu'il ne se fasse pas au détriment de ces derniers. Or en attendant cette construction équitable, les sources internes du droit commercial continuent à jouer un rôle important.

§.2- LES SOURCES INTERNES

Ces sources sont les sources écrites d'une part (A), et les sources non écrites d'autre part (B)

A- Les sources écrites

Ce sont les lois largo sensu à savoir les lois et les règlements.

Selon l'article 34 de la constitution "*sont pris sous forme de lois les textes relatifs... aux obligations*". Le texte ne précise pas s'il s'agit des obligations civiles ou commerciales. N'ayant pas, toutefois, distingué ce texte s'applique aussi bien aux unes qu'aux autres. Aussi, est-il normal de constater qu'une grande majorité des textes régissant la matière est prise sous forme de lois au sens formel, c'est-à-dire la norme d'origine parlementaire par rapport au règlement, la norme d'origine gouvernementale (décrets et arrêtés). C'est, plus précisément, le cas du code de commerce et des textes qui l'ont complété ou modifié, de la loi sur le registre du commerce ou encore celle relative au redressement des entreprises en difficultés économiques.

La réforme constitutionnelle du 27 octobre 1997 est venue donner au règlement un rôle plus important dans la création des normes. En effet, depuis cette réforme, tout ce qui ne relève pas des matières limitativement énumérées par l'article 34 de la constitution est, d'après l'article 35, du domaine du règlement. Or quand on sait que le droit commercial n'est pas composé uniquement des obligations commerciales au sens juridique du terme, on peut constater sans peine l'extension possible du domaine du règlement en la matière. (à titre d'exemple l'organisation du registre du commerce ne fait pas partie de

l'organisation des obligations commerciales et on peut parfaitement imaginer qu'elle puisse être l'œuvre de l'exécutif). A cela s'ajoute la possibilité que reconnaît l'alinéa 2 de l'article 35 d'après lequel le règlement peut même modifier les lois antérieures prises de la matière réservée au domaine du règlement.

L'extension du domaine du règlement au détriment de celui de la loi n'est pas propre au droit commercial. Mais en cette matière il semble répondre à un besoin : l'adaptation de la norme aux exigences du moment. La norme d'origine parlementaire se caractérise au stade de sa création par une lourdeur incompatible avec le dynamisme des affaires. Et si la loi permet la mise en œuvre d'une politique économique déterminée, le règlement permet une solution rapide de problèmes conjoncturels. Le risque d'inflation est certain, celui de l'improvisation l'est davantage. Dans les deux cas se pose cependant le problème de l'effectivité de la norme commerciale.

En dépit de l'inflation législative (la production normative qu'elle soit d'origine législative ou réglementaire) on observe que la législation commerciale ne se suffit pas à elle-même. Aussi, considère-t-on qu'étant donné que le droit commercial est une branche du droit privé il convient de chercher dans le droit commun, le droit civil en l'occurrence, la solution des problèmes non prévus par les textes commerciaux. Le code des obligations et des contrats recevra par conséquent application toutes les fois qu'on est en présence d'une lacune du droit commercial. Cette solution ne s'appuie pas seulement sur les travaux préparatoires du code de commerce, mais elle trouve aussi son fondement dans le code de commerce lui-même (V° p. ex. l'art. 597 C.C. sur la preuve des contrats commerciaux) et dans le code des obligations et des contrats qui contient des dispositions spécifiques à la matière commerciale (par ex. art. 175 sur la solidarité entre débiteurs, les articles 461 et s. sur la preuve par les livres du commerce.) Malgré cette possibilité de recourir à d'autres sources écrites, la richesse des celles-ci ne rend pas inutile le rôle des sources non écrites.

B- les sources non écrites

Il s'agit des usages (a) et de la jurisprudence (b)

a- les usages

Si les usages jouent un rôle important en droit commercial c'est par ce qu'ils répondent mieux à l'impératif de rapidité et s'adaptant mieux aux exigences de la profession. Manifestations d'un droit spontané, ce sont des pratiques commerciales constantes couramment suivies dans un milieu professionnel et dans un lieu déterminés. Leur apparition est fonction des besoins qu'éprouve le milieu professionnel. A l'occasion d'une difficulté, une partie adopte un comportement qui donne satisfaction. Suivi en d'autres occasions par d'autres acteurs, il se généralise et devient constant. Peu importe la sphère géographique ou professionnelle dans lesquelles il est observé : il peut être *local* pour s'appliquer dans une ville ou une région déterminées; *spécifique* à une activité donnée (commerce de l'huile , celui des agrumes etc.), il peut être *national* (tunisien, art. 378 al. 2 C.C. , par exemple), ou *international*. Dans ce cas, on parle de *lex mercatoria*, qui désigne l'ensemble des usages et principes suivis par les acteurs du droit commercial international.

La loi renvoie pour la solution des difficultés qu'elle n'a pas réglées aux usages. C'est le cas du code de commerce qui renvoie aux usages du commerce pour déterminer par exemple le montant de la rémunération du courtier (art. 621 C.C.) ou pour la détermination du délai de préavis à respecter pour la clôture d'un contrat de compte courant à durée indéterminée (art. 732 al. 2 C.C.). Il en est de même du code des obligations et des contrats qui renvoie aux usages du commerce pour décider par exemple du sort de la rétribution du mandataire lorsque l'opération en vue de laquelle le mandat avait été donné n'a pas été réalisée.(art. 1143/3°). Ce sont là des manifestations de la coutume par délégation de la loi.

Mais les usages reçoivent application même en dehors de tout renvoi par les textes. La doctrine distingue généralement entre *usages de fait* et *usages de droit*. Cette distinction ne repose pas sur la différence du mode de formation de ces deux sources; toutes deux étant des manifestations de droit spontané. La différence réside dans l'inégale autorité des uns et des autres et leur soumission à des régimes procéduraux différents.

Les usages de fait ou encore usages conventionnels

correspondent aux règles habituellement suivies dans la conclusion ou l'exécution de tel ou tel contrat. Ainsi en est-il par exemple de l'usage en matière de vente des véhicules automobiles neufs d'après lequel la garantie du fournisseur est limitée soit à un kilométrage soit à un durée

déterminés (Cass. civ. n°146 84 du 8-5-1986, B. II, 305). L'usage conventionnel tire son autorité du contrat. Il s'applique même en dehors d'une stipulation expresse des parties. Il peut déroger à une loi supplétive, jamais à une loi impérative.

La preuve de l'usage de fait incombe à celui qui s'en prévaut. Elle est faite généralement au moyen d'un *parère*, c'est-à-dire une attestation émanant de l'autorité compétente (de l' U.T.I.C.A. par exemple Cass. civ. du 8-5-1986, préc.) Le juge ne peut pas en soulever l'application d'office.

Les usages de droit sont de véritables règles de droit. Ce sont plus simplement **les coutumes**. Le juge les connaît. Il peut en soulever l'application d'office. Seulement, en raison des difficultés tenant à l'établissement des usages le juge peut requérir la collaboration des parties. Parmi les exemples, on peut citer la coutume d'après laquelle le commerçant est réputé avoir accepté une facture qui vaudra preuve à son encontre lorsque aussitôt qu'il l'a reçue il ne conteste pas la dette qu'elle renferme au moyen d'une lettre recommandée ou de tout autre document équivalent. A l'évidence, l'autorité des usages de droit -la coutume- par rapport à celle des usages de fait doit beaucoup au rôle de la jurisprudence.

b- la jurisprudence

Selon une opinion généralement répandue mais non vérifiée le rôle de la jurisprudence comme source du droit civil est dans notre système sérieusement contesté. Le pouvoir créateur de nos juges serait inexistant et à tout le moins, insuffisant. Pourtant une tradition jurisprudentielle s'appuyant sur l'interprétation des textes s'est peu à peu construite.

Ce qui vient d'être dit vaut , à quelque nuances près, pour la jurisprudence en matière commerciale. L'organisation judiciaire ne compte pas en son sein de juridictions d'exception connaissant exclusivement de la matière commerciale comme c'est le cas des tribunaux consulaires en France composés de magistrats consulaires, c'est-à-dire des commerçants élus par leurs pairs. Le droit commercial est appliqué et interprété par des magistrats professionnels dans le cadre général de leur compétence civile et des limites de leurs ressorts (juge cantonal , tribunaux de première instance, cours d'appel). Tardivement initiés au droit commercial et n'ayant reçu, le plus souvent, aucune formation spécialisée, les juges de droit commun

seraient peu sensibilisés aux problèmes des affaires et seraient par conséquent acculés, le plus souvent, à user le moins possible de leur pouvoir créateur.

Le jugement ci-dessus est sévère, mais il est surtout hâtif. Le rôle d'une jurisprudence ne peut jamais être apprécié selon des normes universelles. Chaque société secrète ses problèmes et chaque société produit ses juges. Le droit commercial est dans notre pays une discipline « jeune ». Des traditions sont en cours de formation et une jurisprudence spécifique se constitue. Contrairement à ce qu'on peut penser, son rôle créateur est certain. On en veut pour preuve la jurisprudence sur la validité des clauses d'agrément et de préemption ou encore celle sur l'abus de majorité qui ont largement contribué à la naissance de nouvelles solutions législatives.

Comme en droit civil, le rôle de la jurisprudence s'affirme en droit commercial. Est-ce là la preuve de la dépendance de ces deux disciplines ou au contraire l'affirmation de l'autonomie, celle du droit commercial par rapport au droit civil ?

S. IV - LE PROBLEME DE L' AUTONOMIE DU DROIT COMMERCIAL

C'est surtout par rapport au droit civil que se pose le problème de l'autonomie du droit commercial : quelles relations entretiennent ces deux disciplines du droit privé ? Cette vieille question n'est pas un simple exercice de style. Elle présuppose en réalité un choix législatif et impose la prise en considération des facteurs qui l'ont imposé afin de mieux en percevoir les finalités pour réaliser son importance et évaluer son influence sur l'évolution de l'ordre juridique. (Réflexion sur l'opportunité d'une justice commerciale, sur les divergences entre les solutions retenues par le droit civil et celles retenues par le droit commercial, etc.) Ceci est d'autant plus justifiable que plusieurs systèmes juridiques comme le droit italien ignorent, du moins sur le plan de la codification, la distinction - droit civil - droit commercial. De même que l'on se rappellera que les premières tentatives de codification sous le protectorat étaient commandées par l'idée d'unité du droit privé.

Le problème de l'autonomie du droit commercial semble pouvoir se résoudre par référence à la notion d'autonomie. Une discipline est

autonome si elle répond à deux conditions : 1°) si elle dispose d'un corps de règles et des principes suffisamment cohérents; 2°) si elle est en mesure de combler ses propres lacunes par une auto-production des normes en application des règles et principes préexistants.

En l'état actuel du droit positif le droit commercial ne semble pas pouvoir répondre à ces conditions. Ses concepts sont ceux du droit civil. Ainsi, les concepts de contrat, d'intérêt, d'acte et de fait juridiques, de solidarité, de prescription, etc. sont-ils ceux du droit civil. Il en est de même pour ses règles et principes. Ainsi, le contrat commercial est-il régi pour l'essentiel par les règles et principes du droit civil quant à sa formation, son exécution et son extinction. Les sources et les méthodes d'interprétation du droit commercial ne sont autres que celles du droit civil. Ainsi, se justifie l'idée que le droit commercial est un droit d'exception par rapport au droit civil.

Cependant, s'il ne peut prétendre à l'autonomie, le droit commercial présente néanmoins une originalité, des spécificités tenant au fait qu'il est appelé à régir les activités économiques. De ce fait le droit commercial doit répondre aux impératifs de rapidité et de crédit qu'exige le monde des affaires.

Contrairement au droit civil où les opérations importantes exigent réflexion et obéissent à un formalisme souvent lourd et contraignant (vente d'un immeuble immatriculé, mariage), la plupart des opérations commerciales sont répétitives et se concluent rapidement (opérations bancaires, assurance, ventes). Le droit commercial répond mieux, en effet, que le droit civil à cette exigence de rapidité de la vie des affaires. Différentes solutions concourent à la réalisation de cet impératif. Ainsi en est-il de la *liberté de la preuve* : En matière commerciale la preuve peut être faite par tous moyens alors qu'en droit civil seule la preuve des faits juridiques bénéficie de ce régime. Le *formalisme* adapté aux besoins du commerce est cité comme une autre manifestation des solutions destinées à répondre à l'exigence de rapidité : les textes imprimés des contrats-types facilitent la conclusion de différentes conventions. En matière d'effets de commerce la personne est engagée par le simple fait de la signature d'une lettre de change par exemple. L'*apparence* semble jouer en droit commercial un rôle plus important qu'en droit civil afin de mieux répondre à ces exigences, c'est ce qui explique par exemple l'inopposabilité aux tiers des limitations statutaires des pouvoirs des gérants ou administrateurs des sociétés; la

responsabilité du propriétaire du fonds de commerce jusqu'à publication du contrat de gérance.

D'un autre côté, le droit commercial répond mieux que le droit civil aux exigences du crédit. Alors que les particuliers empruntent pour consommer, ce qui est de nature à grever leur revenus et rend difficile le remboursement de leurs dettes, les commerçants empruntent par distribuer et produire. Ils sont donc mieux à même de rembourser leurs dettes. En raison de l'importance du crédit se sont développées plusieurs techniques de financement : escompte des lettres de change, titre de crédit, crédit-bail, etc. Dans le même esprit, des techniques tendant à assurer la protection des créanciers ont été imaginées : la solidarité est de droit entre commerçants, les exceptions sont inopposables en matière cambiaire.

Le droit commercial apparaît comme le droit des échanges, il refuse l'idée du gratuit. C'est un droit de compétition. Ses acteurs sont des professionnels, les sanctions qui leur sont applicables sont plus sévères que celles qui sont prévues pour un non commerçant (faillite, sanctions pénales...). S'il peut apparaître, dans ses relations avec le droit civil comme un droit d'exception ; dans la sphère des relations qu'il est appelé à régir il apparaît comme une sorte de droit commun parallèle : le droit commun des activités économiques.

On ne saurait, cependant, exagérer les différences qui peuvent être constatées entre ces deux branches du droit privé. *(Comp. Roger JAMBU-MERLIN, Du droit civil au droit des affaires, RTD, Trentenaire, p.69 ets.)* Le plus souvent les points de divergence sont en même temps des points de contact. L'influence des faits économiques engendre sur le plan juridique un rapprochement, une harmonisation entre les deux disciplines et une influence de plus en plus accrue du droit commercial sur le droit civil.

Les manifestations de phénomène sur le plan législatif sont topiques. Ainsi la loi sur le redressement des entreprises en difficultés économiques ne s'applique pas seulement aux commerçants et aux entreprises commerciales. Elle s'applique à « toute personne physique ou morale assujettie au régime d'imposition réel, exerçant une activité commerciale, industrielle, ainsi que les sociétés commerciales agricoles ou de pêche » (art. 2 L. 17. 4. 1995). Plus récemment, le législateur a uniformisé les solutions relatives à l'anatocisme. Alors qu'il était prohibé en toutes matières sauf en ce qui concerne le compte courant le

législateur a levé l'interdiction de l'anatocisme aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile. Ne peut-on pas en déduire qu'il y a un mouvement de retour vers l'unité du droit privé ?

Plan du cours.

Première partie : Les actes de commerce et l'activité commerciale

Deuxième partie : Les commerçants

Troisième partie : Le fonds de commerce

PREMIERE PARTIE

ACTES DE COMMERCE ET ACTIVITE COMMERCIALE

La notion d'actes de commerce occupe une place centrale dans les articles 1 à 4 du code de commerce. L'alinéa 2 de l'article 2 est entièrement consacré à leur énumération. Quoi de plus normal du moment que le législateur en fait le critère principal pour attribuer à celui qui les pratique la qualité de commerçant pour le soumettre aux devoirs et le faire bénéficier des droits des commerçants ? Cependant, pris isolément, un acte peut difficilement apparaître du premier abord comme un acte de commerce (une vente, une location, etc.). Il suffit pour s'en rendre compte de constater que le législateur exige que l'accomplissement des actes de commerce soit fait à titre professionnel. En outre, l'article 3 soumet aux lois et usages du commerce celui qui accomplit ces actes de manière habituelle. C'est donc à raison qu'une doctrine unanime considère que sauf rares exceptions (signature d'une lettre de charge par exemple) il n'y a pas d'actes de commerce isolés. Ces actes ne deviennent commerciaux que lorsqu'ils sont répétés, renouvelés, coordonnés entre eux. Bref, lorsqu'ils s'insèrent dans une activité globale. Plutôt donc que de se limiter à évoquer l'existence d'actes de commerce, il convient de parler d'*activité commerciale*. Cette notion apparaît déjà dans l'article 4 du code de commerce qui soumet au droit commercial les actes et faits accessoires à l'activité commerciale. Des lois plus récentes recourent à cette notion (Article 3 de la loi du 17 avril 1995 et art. 40 al. 5 du C.P.C.C.) et confirment l'idée que le législateur organise une activité économique globale.

Aussi les actes de commerce doivent-ils être appréhendés en même temps que la chaîne dont ils ne sont que les maillons. Après les avoir identifiés (Titre I) nous en examinerons le régime (Titre II).

TITRE I

IDENTIFICATION DES ACTES DE COMMERCE ET DE L' ACTIVITE COMMERCIALE

L' énumération des actes de commerce pourrait laisser croire que tout ce qui n'en relèverait pas fait partie des actes civils, de même que tous les actes qui en font partie sont des actes de commerce. Il y aurait donc des actes intrinsèquement commerciaux; on parle alors de *commercialité par nature* (chapitre I). Mais les choses ne sont pas toujours aussi simples. Des actes qui ne figurent pas dans la liste de l'article 2, donc civils, peuvent être accomplis par le commerçant pour les besoins de son commerce et sont soumis au régime du droit commercial ; ils sont pour cela qualifiés d'*actes de commerce par accessoire* (Chapitre II). Une autre catégorie d'actes prend la qualification d'actes de commerce même si l'acte en question est accompli par un non commerçant. Ce sont des actes de commerce simplement en raison de la forme qu' ils revêtent. Ce sont les *actes de commerce par la forme* (Chapitre III).

CHAPITRE PREMIER

LA COMMERCIALITE INTRINSEQUE (ou commercialité par nature)

La lecture de l'article 2 du C.C. permet de constater que le législateur pose des critères généraux de la commercialité (S.I.) qu'il corrobore par une énumération dont le principal intérêt est de permettre une classification des actes de commerce (Section II).

SECTION I : LES CRITERES GENERAUX DE L' ACTIVITE COMMERCIALE

L'alinéa 1er de l'article 2 C.C. définit le commerçant par référence à son activité. L'analyse de ce texte dans un premier temps (§.1) permettra d'en déterminer la portée dans un second temps (§.2).

§. 1- CONTENU DE L' ALINEA PREMIER DE L' ARTICLE 2 C.C.

L'article 2 alinéa 2 du code de commerce semble retenir différents critères de l'activité commerciale. Ces critères ont pour l'essentiel été proposés par la doctrine. En effet ce texte considère-t-il comme

commerçant quiconque procède à titre professionnel à des actes de spéculation (A.) d'entremise et de circulation (B) et de production (C) .

A- LA SPECULATION

La spéculation est l'opération qui porte sur des valeurs, des immeubles, de la marchandise et qui est faite en vue de réaliser un gain en profitant des fluctuations du marché. Le critère pris de l'intention de spéculation pour définir l'acte de commerce fut proposé par une partie de la doctrine française (Lyon-Caen et Renault). L'acte de commerce serait l'acte fait dans le but de réaliser des bénéfices en spéculant sur la transformation ou l'échange des produits. Il en est ainsi des actes de fabrication et de transformation des produits manufacturés ou de l'achat, la vente ou le location des biens. Peu importe d'ailleurs si le bénéfice est effectivement réalisé ou non. Ce qui compte c'est la prise de risque dans l'espoir d'un gain ultérieur.

Le critère de spéculation a l'avantage du réalisme . Le commerçant n'agit pas dans un but désintéressé. Un acte exercé sans l'intention de profit n'est pas un acte de commerce. C'est une règle logique en ce sens que le droit commercial est le droit de l'activité capitaliste.

Mais ce critère n'a pas été à l'abri des critiques. On lui reproche d'abord son inexactitude. Certains actes procurent des bénéfices et pourtant ils échappent au régime du droit commercial. Tel est le cas des activités agricoles et les professions libérales. Le critère de l'intention de spéculation serait ensuite difficile à appliquer. Comment savoir que dans tel ou tel acte l'intention de celui qui l'exerce a été effectivement de réaliser un bénéfice ? En exigeant que celui qui accomplit les actes de spéculation le fasse à titre professionnel l'article 2 al. 1^{er} semble présumer cette intention. Mais le problème reste entier lorsque celui qui accomplit ces actes le fait de manière habituelle (art. 3 C.C.), auquel cas il faudrait faire la preuve difficile de cette intention, preuve qui incombe à celui qui l'invoque. Conscient de cette difficulté, le législateur n'a pas fait de la spéculation l'unique critère de la commercialité.

B- L' ENTREMISE ET LA CIRCULATION

La circulation a été proposée comme critère de la commercialité par THALLER pour lequel un acte juridique serait un acte de commerce dès lors qu'il s'interpose dans la circulation des richesses entre producteur et consommateur. Ainsi, tous ceux qui s'entremettent dans la circulation des produits font des actes de commerce. Ceux qui se trouvent aux deux bouts de la chaîne, le producteur et le consommateur ne font pas actes de commerce. Ainsi l'entremise apparaît-elle, au premier abord comme faisant partie intégrante de l'activité de circulation.

Mais l'entremise semble pouvoir être séparée de l'activité de circulation lorsqu' elle se limite aux activités de service et c'est semble-t-il pour cette raison que le législateur les a distinguées. Cette distinction ne semble pourtant pas heureuse : l'entremise et la circulation concernent aussi bien les produits que les services et celui qui s'entremet dans la conclusion de ventes ou de locations joue un rôle identique à celui qui achète pour revendre ou pour louer. Plutôt donc que de deux critères entremise et circulation ne font qu'un.

Malgré sa simplicité ce critère, la circulation, a fait l'objet de critiques. Ce serait un critère à la fois trop large et trop étroit. Trop large en ce sens qu'il existe des activités d'entremise qu'on ne peut pourtant pas considérer comme commerciales. C'est le cas de l'association qui achète des produits pour les revendre à ses membres. Ce critère serait d'un autre côté trop étroit en ce qu'il ne permet pas d'englober l'activité industrielle. L' industriel ne s'entremet pas, il produit et on dénaturerait cette activité en affirmant que l'industriel achète des matières premières et revend un produit fini.

C- LA PRODUCTION

La production est l'activité économique qui consiste dans le création, la fabrication, la culture de produits ou de biens artistiques, industriels, agricoles etc. Cette définition englobe la fabrication et la transformation de produits manufacturés mais aussi la culture de produits agricoles et la production littéraire et artistique. Il s'agit donc d'une définition large. Aussi bien, l'agriculteur , l'homme de lettres ou l'artiste produisent, et à vouloir leur appliquer le critère de la production ils seraient tous des commerçants.

Aucun auteur n'a proposé la production comme critère de la commercialité, pourtant le législateur l'a retenue. elle n'est cependant

qu'une variante des activités commerciales, elle ne leur est pas spécifique.

Ce critère serait un critère idéal si on devait soumettre toute activité économique au droit commercial: tous ceux qui produisent, ceux qui d'une manière ou d'une autre s'intègrent dans le circuit économique au moyen de la production sous toutes ses formes seraient des commerçants. La réalité se présente cependant différemment . Seul l'industriel est commerçant tous les autres acteurs de la production ne le sont pas forcément et pourtant ils produisent. Comment expliquer le choix du législateur ? Pour répondre à cette question, il importe de vérifier la portée de l'alinéa 1 de article du code de commerce.

§.2- PORTEE DE L' ALINEA PREMIER DE L' ARTICLE 2 DU CODE DE COMMERCE.

L'alinéa 1er de l'art. 2 C.C. se veut une oeuvre de synthèse . Les insuffisances qu'on a pu lui reprocher s'avèreront à l'examen peu fondées.

A- S'inspirant du droit français, l'article 2 C.C. n'est pas pour autant une copie servile de l'article 632 C.C. français (antérieurement à la réforme de 2001). Contrairement à celui-ci, placé à la fin du code pour énumérer les actes de commerce de façon incidente à propos de la compétence des tribunaux de commerce , l'article 2 est placé au début du code de commerce. Il n'a pas pour fonction de déterminer la compétence des chambres commerciales qui n'existaient pas à l'époque de sa promulgation (les chambres commerciales n'existent dans notre droit que depuis 1995). Il contribue à la définition des commerçants auxquels ce code s'applique. Son principal apport réside dans le fait qu'il ne procède pas par énumération. Il se veut une synthèse entre les principaux critères de la commercialité à savoir le spéculation et la circulation. Mieux encore, les critères qu'il propose ne valent pas par eux-mêmes. L'acte de commerce ne le devient que lorsqu'il est réalisé par un professionnel. Ainsi, contrairement à l'apparence qui résulte d'une lecture hâtive de l'alinéa 2 de l'article 2, le législateur n'envisage pas l'acte de commerce d'une manière isolée, mais bien plutôt en rapport avec une activité globale. Ce faisant, ce texte semble apporter des réponses à la fois aux insuffisances des critères de la commercialité proposés par la doctrine et celles des solutions législatives françaises (l'exemple de la commercialité des actes des agents d'affaires). Enfin, par la généralité de ses termes, ce texte semble

augurer de solutions originales. En disposant qu' est commerçant quiconque à titre professionnel procède aux actes énumérés, sous réserve des exceptions prévues par la loi, ce texte semble reconnaître au droit commercial, moins le caractère d'un droit d'exception par rapport au droit civil, que celui de droit commun parallèle, celui des activités commerciales, et peut-être même économiques. Nous prenons à témoin les activités de production qui dans une définition large s'étendent au delà activités de production commerciale. Mais malgré cet apport, ce texte a paru pour certains présenter des insuffisances. Dans quelle mesure cette critique serait fondée ?

B- L'acte de commerce apparaît à la lecture de l'article 2 al. 1^{er} texte comme tout acte de production, circulation, spéculation ou entremise réalisé à titre professionnel, ce qui correspond en réalité à une définition de cet acte . Mais à l'examen, ce qui a paru résulter d'une synthèse de critères a pu s'avérer aux yeux de certains n'être qu'un assemblage incomplet et sans âme.

L'assemblage consisterait dans la jonction des différents critères (spéculation, circulation) en leur ajoutant la production qui n'a jamais été proposée comme critère de la commercialité. Ce serait, de plus, un assemblage incomplet en ce que le texte néglige le critère de l'entreprise. Cette notion n'est évoquée que de manière incidente dans les deux derniers alinéas de l'article 2 et dans les domaines de l'exploitation des spectacles publics, de la publicité de l'édition et de la transmission des nouvelles et renseignements.

Mais ces reproches ne semblent pas décisifs. S'il est vrai qu' aucun des trois critères n'est un critère juridique et qu'il s'agit de concepts économiques, le choix du législateur montre bien que le droit commercial a nécessairement pour milieu naturel l'activité économique et que si aucun de ces critères ne permet à lui seul de délimiter l'activité commerciale, la combinaison de tous ces critères permet d'appréhender cette activité d'une manière aussi large que possible . En assemblant les différents critères le législateur n'a donc pas entendu enserrer l'activité commerciale dans des limites strictes , bien au contraire : tout peut en relever et c'est seule la volonté du législateur qui peut en exclure une activité déterminée.

Quant au critère de l'entreprise, on peut observer que, déjà au moment où le code de commerce était au stade de son élaboration, ce concept était loin d'avoir connu l'essor qu'il connaît à l'heure actuelle. De plus la

notion juridique d'entreprise est , même aujourd'hui, incertaine et ne saurait pas conséquent servir de critère fiable. Une entreprise agricole n'est pas soumise au droit commercial par cela seul qu'elle a la qualification d'entreprise.

Le principal reproche dirigé à l'encontre du législateur consiste dans l'affirmation que la définition de l'art. 2 al. 1 n'est pas plus qu'un assemblage sans âme des critères qu'il a retenus. Les actes de production, d'entremise, de circulation ne seraient pas des actes de commerce seraient-ils accomplis par un commerçant s'il ne se fonde pas sur la spéculation, la recherche du gain. C'est pourquoi les mots "*actes de spéculation*" s'avèreront ambigus s'ils doivent désigner une catégorie différente des trois autres. Et on a pu se demander pourquoi l'intention générale de réaliser le bénéfice a-t-elle fait défaut dans l'article 2 alors qu'elle figure dans l'article 3 du même code ? (De Gaudin De Lagrange, art. préc. p. 18.)

Mais ce reproche ne semble pas, lui non plus, aussi décisif qu'il ne le paraît. Effectivement, le législateur n'a pas exigé expressément l'intention de spéculation dans l'alinéa premier de l'article 2 CC . Il ne l'a exigée que pour celui qui accomplit des actes de commerce de manière habituelle. Il n'en demeure pas moins que si un individu accomplit des actes de commerce à titre professionnel comme l'exige l'article 2 ce n'est assurément pas dans une intention libérale; *la profession présume l'intention de réaliser le bénéfice* et ce n'aurait été que redondances que d'exiger, dans le même alinéa, l'accomplissement d'actes de commerce à titre professionnel et dans l'intention de réaliser des bénéfices.

Il convient cependant de préciser que pour donner un sens utile à la définition de l'article 2 alinéa 1^{er} C. C il est nécessaire de mettre l'accent sur l'intention de spéculation. L'intention de spéculation doit ainsi être mise en facteur dans l'appréciation de l'activité du commerçant. De la sorte, un acte de production, d'entremise dans la circulation ne peut être qualifié de commercial que s'il est accompli par un professionnel en vue de réaliser un bénéfice. L'acte de commerce serait donc *l'acte de production ou d'entremise dans la circulation des richesses, effectué par un professionnel dans le but de réaliser un profit pécuniaire.*

En définissant ainsi l'acte de commerce, était-il indispensable pour le législateur d'énumérer comme il l'a fait dans l'alinéa 2 de l'article 2 les actes de commerce? On peut en douter. C'est la jurisprudence, inspirée

par la pratique qui aurait pu, à partir de la définition générale des actes de commerce, dégager les différentes applications de cette définition, ce qui revient à dire qu'une division en grandes catégories des activités commerciales est plus utile qu'une énumération des actes de commerce.

SECTION II : CLASSIFICATION DES ACTIVITES COMMERCIALES

L'alinéa 2 de l'article 2 du C.C. énumère différentes activités commerciales. C'est une énumération simplement indicative comme en témoigne l'adverbe "*notamment*" employé en début de l'alinéa 2. Aussi s'agit-il d'exemples, d'illustrations qui servent de modèles d'inspiration destinés principalement aux juges qui peuvent découvrir, à mesure que se développe le monde des affaires, d'autres manifestations d'actes de commerce. Pour cette raison le regroupement en catégories des exemples cités est plus utile qu'un exposé détaillé un par un des actes énumérés. Aussi peut-on répartir ces actes en activités de production et de transformation (§.1), en activités de distribution (§.2) et en activités de service (§.3).

§.1- LES ACTIVITES DE PRODUCTION ET DE TRANSFORMATION

Les activités de production et de transformation sont par principe des activités commerciales (A). C'est un principe assorti de tempéraments (B).

A- LE PRINCIPE

L'alinéa 1 de l'article 2 vise en premier lieu les actes de production qu'il considère actes de commerce sauf exception légale. Contrairement au droit français, les activités de production ne sont pas exceptionnellement commerciales. Parmi ces activités, l'alinéa 2- 1^o/ du C.C. cite "l'extraction des matières premières". Ce sont les activités d'extraction de toutes matières. Les termes employés sont larges. Ils ne permettent pas de distinguer comme le faisait le droit français entre exploitations des mines considérée comme activité commerciale et exploitation des carrières rangée dans la catégorie des activités civiles.

Les activités de production et de transformation désignent plus généralement les activités industrielles. C'est ce qui ressort du 2° de l'alinéa 2 de l'article 2 C.C lorsqu'il évoque la "*fabrication et la transformation de produits manufacturés*". Fabrication et transformation désignent deux modes d'intervention possibles. La fabrication suppose soit la création à partir d'un produit déterminé (la chaussure à partir du cuir par exemple) soit l'assemblage sans création (montage d'ordinateurs ou de machines de toute sorte). La transformation évoque l'activité ayant pour but l'obtention d'un produit à partir du travail sur un autre (transformation du cuir en vue de la fabrication des chaussures, transformation de la laine en fil etc.). La doctrine française précise que c'est le travail sur une chose. Peu importe si celle-ci a été ou non achetée par celui qui la transforme. Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque la chose a été achetée par celui qui la transforme (la fabrication) l'exemple donné peut être celui de la confection des vêtements ou la promotion immobilière. Dans le second cas c'est-à-dire l'ouvrage sur la chose d'autrui on vise les entreprises de travaux publics, etc. Les termes du texte sont larges et sont susceptibles d'englober toutes ces situations de sorte que la distinction entre intervention sur sa propre chose et intervention sur la chose d'autrui ne semble avoir qu'une valeur didactique.

La production n'a pas pour objet les seules choses matérielles. Aussi, même si la création d'une pièce de théâtre ou d'une chanson peuvent en elles mêmes ne pas être considérées comme activités commerciales, leur exploitation dans des représentations publiques par une entreprise organisée à cet effet rentre dans le cadre des activités de production. (Entreprises de spectacles publics notamment les entreprises de théâtre, de cinéma, de music-hall). Il en est de même des activités de publicité d'édition, de communication de nouvelles et renseignements (presse, télévision, radio). Ce qui est mis en évidence ce n'est pas l'entreprise en elle-même mais son exploitation ce qui suppose l'exercice de ces activités dans un cadre professionnel et, cela va sans dire, dans l'intention de spéculation. Toutefois, tous les actes de production ne sont pas nécessairement des actes de commerce.

B- LES TEMPERAMENTS

En posant les critères de la commercialité, l'article 2 a réservé les cas qui en seront exclus par la loi. Ainsi en est-il de l'activité agricole (a). Aussi, toutes les fois que ce n'est pas la loi qui opère l'exclusion, c'est le droit commercial qui s'applique. Mais une tendance doctrinale et jurisprudentielle opère des exclusions dont la valeur est discutable (b).

a- l'exclusion légale : la production agricole

L'exclusion des activités agricoles du domaine du droit commercial résulte du texte même de l'article 2 du Code de commerce. Après avoir admis dans un alinéa premier que les actes de production sont les actes de commerce, l'alinéa 3 du même texte prévoit l'exception en ces termes: "*n'est pas commerçant quiconque exerce une profession agricole dans la mesure où l'intéressé ne fait que transformer et vendre les produits de son fonds*". L'exclusion de l'activité agricole de la commercialité apparaît donc comme l'exception à un principe. Cette exclusion, dont la portée est limitée (2°) n'est pas sans fondements (1°)

1°- La référence à « une profession agricole » appelle deux précisions. D'une part, la notion de profession évoque l'exercice d'une activité à titre principal et de manière habituelle en vue de procurer à l'intéressé les ressources nécessaires à son existence. En cela aucune différence n'est à déceler entre les professions envisagées. D'autre part, l'adjectif agricole permet d'embrasser toute sorte d'activité se rapportant à l'agriculture. C'est une notion large qui s'applique aussi bien au travail de la terre et à toutes sortes de culture (céréaliculture, oléiculture etc.), bref l'ensemble des opérations de culture et de mise en valeur du sol en vue de l'obtention de productions végétales ou animales. Et dans la mesure où, dans la perception économiste, la pêche maritime est traditionnellement classée parmi les activités agricoles, elle devrait être considérée comme une activité agricole visée par le texte de l'article 2 CC qui semble ainsi donner à la notion de profession agricole une signification large.

Après avoir annoncé que les activités de production sont commerciales le législateur exclut l'activité agricole. Trois raisons semblent justifier cette exclusion. D'une part, l'agriculteur qui vend ses produits n'exerce pas pour autant une activité commerciale parce qu'il ne les a pas achetés au préalable. Ce motif avancé par la doctrine française repose sur le texte de l'article 632 C.C français.(l'actuel article L. 110-1 NCC)

qui répute acte de commerce "*tout achat de biens meubles pour les revendre*". Bien qu'une telle précision ne figure pas dans l'article 2 de notre code de commerce qui considère actes de commerce "*l'achat et la vente des biens...*" sans exiger qu'il y ait achat pour la revente, il ne semble pas possible de dissocier achat et vente. On peut donc supposer que le législateur adopte ce motif . L'article 2 alinéa 2 *in fine* semble le confirmer: l' agriculteur ne devient commerçant que s'il achète des produits d'un autre fonds pour les transformer et les revendre. S'il vend , s'il transforme un produit sans l'avoir acheté au préalable son activité est civile. D'autre part, et contrairement à l'industriel l'agriculteur produit, mais il ne transforme pas une chose existante ; il ne fait que recueillir les fruits naturels du travail de la terre, de l'élevage des animaux ou de la pêche. Enfin certains auteurs justifient cette exclusion par une volonté particulièrement protectrice que manifeste le législateur à l'égard de l'agriculteur contre le régime sévère de l'imposition appliqué aux commerçants.

S'il peut paraître vrai que l'agriculteur ne s'entremet pas dans la circulation des richesses , qu' il ne transforme aucun produit et qu' il n'a pas d'activité extractive il demeure difficile de dire qu'il ne produit pas. Mais ceci ne semble pas avoir déterminé le choix du législateur. Ce dont celui-ci a dû tenir compte c'est que l'activité agricole est plus que toute autre exposée aux aléas de la nature (intempéries, sécheresse, inondations, etc.) De tels éléments rendent vulnérables cette production et l'exposent plus que toute autre à des risques innombrables. La prévisibilité de gain ou de perte est liée à ces facteurs et on ne saurait considérer qu'elle puisse être traitée sur un pied d'égalité avec les autres activités économiques. Le choix du législateur tient donc compte de ces spécificités mais d'une manière tout à fait limitée.

L'argument pris de la volonté de protéger l'agriculteur devient du coup peu convaincant. Cet argument est pour l'essentiel fondé sur une confusion entre droit commercial et droit fiscal. En effet, tout en soumettant l'agriculture au droit commercial, le législateur pourrait bien protéger les agriculteurs par le système des exonérations fiscales. C'est ce qu'il fait d'ailleurs dans le cadre de la législation sur l'incitation aux investissements agricoles (titre V du code d'incitation aux investissements : avantages fiscaux , réduction des droits de douane, suspension de la Tva , remboursement du droit de mutation des terres agricoles, primes spécifiques, etc.) De plus, si tant est que le législateur entend protéger l'activité agricole en l'excluant du droit commercial pourquoi restreindre cette protection à une catégorie

réduite, l'agriculteur qui ne fait que transformer et vendre les produits de son fonds?

2°- L'exclusion de l'activité agricole du domaine du droit commercial n'est pas absolue. Elle ne concernera que l'agriculteur qui *transforme et vend les produits de son fonds*.

L'emploi du pronom possessif « son » évoque l'idée d'appropriation. A s'en tenir à une interprétation stricte commandée par le caractère spécial de la solution, il faut que l'intéressé soit propriétaire de ce fonds. En conséquence, celui qui transforme et vend les produits d'un fonds dont il n'est pas propriétaire ne sera pas soumis au droit civil. Ainsi en est-il de l'agriculteur qui exploite le fonds en vertu d'un contrat de bail. Il en est de même de celui qui exploite un fonds en vertu d'un contrat de Mogharsa tant que le contrat n'aura pas atteint son terme. D'autres situations sont, cependant moins évidentes et on peut se demander si l'exclusion s'applique au propriétaire indivis qui cultive certes son fonds (en partie) mais sans que l'on puisse déterminer quelle partie de ce fonds correspond à sa part indivise.

L'emploi du mot fonds renvoie à la notion de fonds de terre. La version arabe du texte le confirme. Or s'il en est ainsi, l'exception ne concernera pas tous ceux dont l'activité est qualifiée d'agricole mais qui ne s'exerce pas sur un fonds de terre. La situation la plus topique est l'activité de pêche maritime.

Ainsi, lorsque l'intéressé transforme et vend les produits d'un fonds qui ne lui appartient pas, ou lorsqu'il transforme et vend outre les produits de son fonds des produits achetés à des tiers, il sera considéré comme commerçant.

Cette limite n'est pas, cependant, sans poser des difficultés. Dans quelle mesure l'achat d'un produit peut-il influencer la nature d'une activité? Quelle quantité déterminera le changement de qualification? Lorsque sur des centaines de litres de lait l'agent achète quelques autres dizaines pour satisfaire une commande cela le transforme-t-il en commerçant? On appliquera ici certainement le principe de l'accessoire civil et il s'agira dans tous les cas d'une question de preuve et d'appréciation au cas par cas. C'est dans ce sens qu'une vieille jurisprudence française s'est fixée pour considérer que si la proportion des produits achetés dépasse celle tolérée par les usages, l'activité devient commerciale.

L'activité agricole est ainsi tantôt civile , tantôt commerciale. Mieux encore , la commercialité investit de plus en plus le domaine agricole grâce à l'exercice de l'activité agricole par des sociétés commerciales par la forme , plus précisément les SARL et les SA. Le droit positif a connu à cet égard une importante évolution depuis la loi du 6 août 1982. Alors en effet que la législation antérieure interdisait sous peine de confiscation de la propriété au profit de l'Etat toute constitution de société ayant pour objet l'appropriation ou l'exploitation des propriétés agricoles quelle que soit la forme de la société ou sa nationalité et tenait pour nul de nullité absolue l'acte de société ainsi constituée (loi du 12 mai 1964), la loi du 6 août 1982 portant encouragement aux investissements dans les secteurs de l'agriculture et de la pêche a autorisé les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes à exercer les activités agricoles .

Le dualisme du régime de l'activité agricole laisse une grande place à la casuistique. L'application du droit commun à l'activité agricole est prévu à titre exceptionnel. Il ne tient compte de la spécificité de l'activité agricole que d'une manière limitée et on peut légitimement douter de la l'opportunité du maintien de l'exception.

En résumé, l'exception relative à l'exclusion de l'activité agricole, même si elle est justifiée demeure limitée. C'est la loi qui en a fixé les limites. Est-il possible de faire d'autres exclusions même si elles ne sont pas légales ?

b) La valeur des exclusions extra légales

Les exclusions qui ne sont pas énoncées par la loi concernent les activités artisanales d'une part (1°) et les activités de production intellectuelle d'autre part (2°).

1- la valeur de l'exclusion de l'activité artisanale

L'activité artisanale est-elle une activité commerciale ou au contraire une activité civile ? La réponse ne peut provenir que de la vérification du contenu de cette activité et de l'applicabilité des critères de l'article 2 du code de commerce.

La référence à l'article 2 du code de commerce , formulé en des termes généraux autorise à affirmer que tant que l'intéressé exerce les des activités visées par les différents critères à titre professionnel , il est

soumis au droit commercial. L'artisanat, contrairement à ce qu'il en est des activités agricoles, n'est pas exclu textuellement par aucune disposition du code de commerce. Cependant, dans la mesure où l'exception doit être d'origine légale, il faut la chercher dans d'autres textes.

C'est dans la loi du 3 décembre 1983 portant statut de l'artisan que la recherche doit être menée. L'article 1er de cette loi dispose que " ... *l'artisanat s'entend de toute activité de production, de transformation de réparation ou de prestation de services, essentiellement manuelle et exercée à titre principal et permanent dans une des branches dont la liste est fixée par arrêté du ministre du tourisme et de l'artisanat*".

Il ne semble pas, à la lecture de ce texte, y avoir de différence de nature entre l'activité commerciale, telle que définie par l'article 2 C.C. et l'activité artisanale de l'article 1er de la loi du 3 décembre 1983. Toutes deux sont des activités de production, transformation et de prestations de services. Toutes les deux sont exercées à titre professionnel. Or à s'en tenir à ces deux critères aucune différence ne justifie l'exclusion de l'activité artisanale du domaine du droit commercial.

Il n'en demeure pas moins vrai cependant que l'article 1^{er} de la loi de 1983 ajoute une précision relative au caractère essentiellement manuel de l'intervention de l'artisan. Par ailleurs l'article 7 b de la loi de 1983 ne permet pas d'employer plus de dix personnes à moins d'une dérogation accordée par le ministre du tourisme et de l'artisanat. Or il s'agit là de deux critères dégagés par la jurisprudence et la doctrine françaises pour affirmer la nature civile de l'activité artisanale. Ainsi la différence entre activité artisanale et activité commerciale résiderait plutôt le caractère essentiellement manuel de l'activité artisanale, dans la quantité et la finalisation de la main-d'œuvre utilisée et enfin dans la nature du bénéfice projeté. L'activité artisanale serait essentiellement manuelle ce qui évoque d'abord l'absence de recours à des moyens de production industriels sophistiqués (machinisation et automatisation). L'artisan ne serait pas un industriel, c'est ce qui permet de préciser ensuite qu'il érige son activité sur un savoir faire personnel. C'est ce que la Cour de cassation qualifie de compétence ou qualification technique (Cass. civ. n° 22 du 4 novembre 1976, B. III, 97.). C'est à l'aide de ce critère que l'on pourrait distinguer, par exemple, et toujours selon la doctrine et la jurisprudence françaises, entre l'artisan qui fabrique manuellement des chaussures et l'industriel de la chaussure. L'artisan ne spéculerait pas sur la main-d'oeuvre qu'il utilise. A la différence du commerçant, il ne spéculerait donc pas sur le travail d'autrui. Enfin, l'activité artisanale n'est pas dépourvue de la

recherche d'un bénéfice. Celui - ci ne serait cependant pas réalisé sur le prix de revente d'un produit mais du propre travail accompli par l'artisan.

Bien que consacrés partiellement par la loi de 1983 les critères retenus par la doctrine et la jurisprudence françaises ne nous semblent pas suffire pour nier le caractère commercial de l'activité de l'artisan. En vérité les différences entre ces deux genres d'activité sont fondées sur des critères arbitraires : la dimension des effectifs, des instruments, des moyens de production feraient la différence entre activité artisanale et activité industrielle. Il s'agit à n'en point douter de critères non juridiques. Or si comme nous l'avons dit plus haut la nature des deux activités est la même , il ne sert à rien de les distinguer en raison de la dimension des unes et des autres. Toutes les deux contribuent à la circulation des richesses et appellent une qualification unique, la qualification commerciale.

Mais l'argument le plus décisif réside à notre avis dans l'absence de réalisation de la condition de l'article 2 du code de commerce. D'après ce texte la nature commerciale de l'activité se vérifie toutes les fois que l'agent se livre à l'une des activités qu'il énumère « sauf exception prévue par la loi ». Or l'activité artisanale n'est pas exclue ni explicitement ni même implicitement par la loi du domaine du droit commercial. En définissant l'activité artisanale la loi de 1983 n'a jamais dit qu'il s'agit d'une activité civile. C'est plutôt le contraire qui résulte de la lecture des dispositions de cette loi. Aussi, l'article 8 de cette loi même s'il oblige l'entreprise artisanale à prendre une immatriculation au répertoire des entreprises artisanales, il prévoit qu'une telle immatriculation ne dispense pas d'une immatriculation au registre du commerce lorsqu'elle est requise par la législation en vigueur (art. 9 L. 3/2/1983). Tel est le cas, par exemple, lorsque l'entreprise artisanale prend la forme d'une société de personnes (art. 7 al. 1 L. 3-12-1983). Il y a là un argument de texte pour ne voir dans la loi de 1983 qu'une réglementation touchant plutôt le statut de l'artisan vis à vis de l'administration que vis à vis du droit commercial, un statut qui tient compte des spécificités de la profession pour la soumettre à des obligations particulières et lui permettre des bénéficier de certains avantages (en matière d'investissement par exemple).

L'exclusion de l'activité artisanale de la commercialité n'a donc aucun fondement textuel. Il est contraire à la loi de tenter de la retenir. Qu'en est-il des activités intellectuelles.

2- La valeur de l'exclusion des activités intellectuelles

Ces activités sont celles des auteurs compositeurs d'une part et celle des personnes exerçant une profession libérale. Pour exclure ces activités du droit commercial on évoque la noblesse des idées et la dignité des professions libérales (ou perçoit des "honoraires" et non un salaire). Ce ne sont pas là des arguments juridiques, et il ne suffit pas de modifier l'appellation pour voiler la nature des choses. Il faut partir du texte de l'article 2 du code de commerce. En faisant de la production un critère de la commercialité le législateur a-t-il entendu y inclure tout genre de production ou seulement la production matérielle ? Le texte ne distingue pas et il ne semble pas y avoir de raison pour distinguer. A s'en tenir à ce critère, même les activités intellectuelles (l'auteur, le compositeur, le médecin etc.) sont concernées par le droit commercial.

En réalité tous ne produisent pas dans un même but, tous ne poursuivent pas la même finalité. En produisant une œuvre littéraire ou musicale, l'auteur ne le fait pas dans l'intention de spéculation. Il ne le fera que s'il l'accomplit dans le cadre d'une entreprise organisée en vue de l'exploitation de cette œuvre. Ici apparaît l'intérêt du critère de l'intention de spéculation : l'auteur n'agit pas en vue de la recherche du bénéfice (à modérer : le cas de l'auteur de romans policiers ou autres).

Pour exclure les professions libérales ce n'est pas l'absence de l'intention de spéculation qui prévaudra. On aura du mal à croire qu'un médecin de libre pratique ne cherche pas à réaliser des bénéfices, chose par ailleurs tout à fait légitime. C'est plutôt dans *la notion d'incompatibilité avec l'exercice du commerce* que l'on pourrait trouver la justification de l'exclusion (Ici l'exclusion serait légale mais elle est implicite). Ainsi en est-il de la médecine de l'activité d'avocat, d'huissier de justice.

Mais les frontières ne sont pas toujours nettes. Les intermédiaires qui exercent leur profession dans le cadre de l'activité intellectuelle sont comme nous l'avons vu des commerçants (organisateur de concerts, exploitants de théâtre, producteurs de cinéma). Même les professions libérales ont été affectées par le commerce. Ainsi, depuis la loi du 20 juillet 1998¹ les avocats peuvent exercer leur profession dans le cadre des sociétés commerciales d'avocats. (articles 4 à 12).

¹) L. n°65 du 20 juillet 1998, J.O., n°60.

§.2 - LES ACTIVITES DE DISTRIBUTION

Les activités de distribution ont considérées comme étant les activités commerciales par excellence. C'est ce qui apparaîtra à travers l'étude de leur définition (A) et de leur objet (B).

A- DEFINITION DES ACTIVITES DE DISTRIBUTION

L'alinéa 2 de l'article 2 du C.C. répute actes de commerce l'achat et la vente de biens quels qu'ils soient. Pris à la lettre, ce texte ne manque pas d'étonner. L'acte de vente ne peut pas à lui seul être considéré comme un acte de commerce : le particulier qui vend sa maison ou l'agriculteur qui vend sa récolte ne font pas des actes de commerce. De la même manière l'acte d'achat (achat d'un meuble tel qu'une voiture ou un ordinateur, etc.) n'est pas un acte de commerce. Mais on pourrait opposer à cette lecture le fait qu'elle isole les termes vente et achat de l'ensemble du texte. L'alinéa 2 de l'article 2 C.C. dit bien que ces actes doivent être considérés dans un cadre professionnel. Il s'en déduit que l'achat et la vente faits à titre professionnel sont des actes de commerce.

Achat et vente ne peuvent donc pas être dissociés, ils sont indissociables. La conjonction « et » permet de l'établir mais l'utilisation du mot vente peut être un motif d'incertitude. C'est donc à raison que la législateur français répute actes de commerce "*tout achat de biens... pour les revendre...*". (art. L.110.1/1° N.C.C. Fr.).

L'incertitude peut être dépassée par référence à l'alinéa 1^{er} de l'article 2 C.C. lorsqu'il vise les actes de circulation. L'achat et la revente étant des actes de circulation, on ne voit pas comment on pourrait les isoler. Celui qui achète pour amasser ne concourt pas à la circulation des richesses et si on ajoute que l'intention de spéculation est indispensable pour retenir la qualification de ces actes, et qu'elle résulte de l'exercice de ces actes à titre professionnel on peut en déduire que *la distribution consiste en des achats de biens quel est ils soient en vue dans les revendre afin de réaliser un bénéfice.*

Il faut, en conséquence de ce qui précède, que le bien soit acheté (ou échangé) non pas en vue de son utilisation ou de sa consommation par le commerçant mais en vue de sa revente . Peu importe l'ordre dans lequel les achats et les reventes sont conclus : la revente peut avoir lieu

dès avant même l'achat. Peu importe aussi si le commerçant n'a pas réalisé les bénéfices escomptés.

L'activité de distribution est commerciale quelles que soient les méthodes et les structures et de la distribution : commence de détail, de gros, en grandes surfaces ou dans les boutiques. On peut indifféremment utiliser des méthodes traditionnelles comme la vente au comptant ou modernes comme la vente à crédit.

B- L' OBJET DES ACTIVITES DE DISTRIBUTION

Le 3e de l'alinéa 2 de l'article 2 vise la vente et l'achat de **biens** quels qu'il soient. Les biens sont "*toutes choses qui ne sont pas hors du commerce par leur nature ou par disposition de la loi et qui peuvent faire l'objet d'un droit ayant valeur pécuniaire*". (art. 1er C.D.R.) . C'est une définition large qui englobe en même temps les biens corporels et les biens incorporels c'est-à-dire les créances, les valeurs mobilières, les droits de propriété littéraire et artistique, les brevets d'invention, etc.

Les biens sont meubles ou immeubles , dispose l'article 2 C.D.R. En prévoyant que l'achat et la vente peut porter sur les biens *quels qu'il soient*, le législateur a entendu écarter la solution française qui excluait, à l'époque de l'élaboration de notre code de commerce, la commercialité des opérations sur les immeubles : les immeubles étaient considérés comme des biens trop nobles pour être des choses du commerce. Le droit civil était jugé plus protecteur et plus respectueux de leur nature propre.

§.3- LES ACTIVITES DE SERVICES

Les activités de service connaissent un développement considérable et revêtent de ce fait une importance particulière tant sur le plan économique, en ce qu'elles permettent la création d'emplois, que sur le plan juridique en ce sens qu'elles sont la manifestation de l'extension du domaine du droit commercial. L'article 2 C.C. en énumère plusieurs qu'on pourrait regrouper en activités d'exploitation (A), activités d'entremise (B) et activités financières (C) .

A- LES ACTIVITES D' EXPLOITATION

Le terme exploitation est employé ici dans le sens de mise en valeur d'un bien ou d'un produit en vue de réaliser un profit. On peut trouver dans ce genre d'activités la location (a), le transport (b) , l'exploitation d'entreprises de spectacles publics d'édition et de publicité (c) et l'entrepôt ou la gestion de magasins généraux (d).

a) La location de biens

Le législateur traite de la location en même temps que l'achat et la vente considérées comme étant des activités de distribution. N'étant pas une activité de distribution, la location aurait dû être envisagée par le législateur d'une manière indépendante des activités de distribution. On pourrait cependant expliquer cette solution par référence à l'article 632 du C.C. français dans sa version antérieure à 1967 lorsqu'il qualifiait acte de commerce l'achat de "denrées et marchandises pour les revendre... *ou même pour en louer simplement l'usage*". On comprend ainsi qu'il fallait lier la location à l'achat : le commerçant réalise un acte de commerce, non seulement lorsqu'il achète pour revendre, mais aussi lorsqu'il achète pour louer. Retenir une telle interprétation, en droit tunisien, est certes utile. Mais il ne s'agit pas de la seule interprétation possible qui serait de plus une interprétation restrictive. La location est un acte de commerce à part entière dès lors que celui qui le pratique le fait à titre professionnel. Savoir s'il l'a préalablement acheté ou fabriqué lui-même le bien loué est indifférent. C'est cette même solution qui a été retenue par le droit français depuis 1967 pour lequel la location est un acte de commerce à part entière. La réfutation de l'interprétation restrictive est d'autant plus justifiée, que depuis son élaboration en 1959 le code de commerce n'a pas, contrairement au droit français de l'époque, retenu la distinction entre location de meubles et location d'immeubles. Conçu en termes généraux qui visent les biens quels qu'ils soient, le texte de l'article 2 se veut de portée générale et s'applique donc aussi bien aux meubles qu'aux immeubles.

A l'évidence toute opération de location n'est pas par définition un acte de commerce. Il faut que le bailleur exerce son activité à titre professionnel ce qui présuppose l'existence de l'esprit de spéculation et de répétition des mêmes opérations. Ainsi, par exemple, la location d'un bien immeuble même par un commerçant soit par un non commerçant est difficilement qualifiable d'acte de commerce si elle ne rentre pas dans le cadre de l'activité professionnelle ou habituelle de l'intéressé. En revanche, si la location fait partie d'un ensemble

ordonné d'opérations et portant sur plusieurs locaux ou biens ; il y a de fortes chances pour qu'elle puisse être considérée comme un acte de commerce.

L'opération de location peut donc porter sur des immeubles, à l'exception des terres agricoles soumises au régime civil des baux ruraux (loi n° 30 du 12 juin de 1987 sur les baux ruraux). Elle peut porter sur des meubles en trois genres : véhicules professionnels (camions, remorques) matériels d'équipement (machines-outils, ordinateurs), biens de consommation courante (véhicules de tourisme). Les modalités juridiques de la location sont multiples : location pure et simple, crédit-bail, etc.

b) Le transport

L'article 2 al. 2. 5°/ du code de commerce considère comme activités commerciales les activités de transport . Le texte ne distingue pas entre transport terrestre, maritime ou aérien. Par ailleurs, les articles 627 à 669 du C.C. sont consacrés au contrat de transport et au contrat de commission de transport (contrats commerciaux).

Si toutefois les opérations de transport sont des activités commerciales par principe, des exclusions doivent être relevées. Ainsi , ne sont pas considérées comme activités commerciales les activités de transport interne à une entreprise si l'entreprise n'est pas commerciale, comme par exemple une entreprise agricole.

c- L'exploitation d'entreprises de spectacles publics, d'édition et de publicité

Ce sont les 10° et 11° de l'alinéa 2 de l'article 2 C.C. qui considèrent comme activité commerciale l'exploitation d'agences de spectacles publics et celles de publicité, d'édition, de communication ou de transmission de nouvelles et renseignements. Ce sont d'une manière générale des entreprises qui ont pour objet l'exploitation des oeuvres intellectuelles ou la diffusion des informations.

Ces activités reposent sur la location ou l'acquisition des services d'auteurs et d'acteurs. Il s'agit de toute forme de représentation et de manifestation artistique : théâtre, cinéma, music-hall, concerts, etc. L' édition peut porter sur toute oeuvre intellectuelle qu'elle soit littéraire, artistique ou scientifique. La transmission de nouvelles et de

renseignements se fait par la presse , les brochures, la radio ou la télévision.

La combinaison de deux critères à savoir l'exercice de ces activités dans le cadre d'entreprises (individuelles ou sociétaire) à titre professionnel (ce qui suppose l'intention de spéculation) permet de faire des exclusions : les artistes qui montent eux mêmes leurs spectacles n'ont pas d'activité commerciale. Les associations, syndicats, clubs qui organisent des spectacles, qui éditent des ouvrages n'exercent pas une activité commerciale.

d- Les opérations d'entrepôt ou la gestion de magasins généraux

Ces opérations sont visées au 4° de l'alinéa 2 de l'article du code de commerce. C'est le décret du 22 février 1900 qui réglemente l'exploitation des Magasins généraux (JOT 7 mars 1900 p.195). L'article premier de ce décret fixe l'objet de l'activité de l'administration d'un magasin général. Il s'agit d'une part d'opérer la garde , la conservation et la manutention des matières premières , objets fabriqués, marchandises et denrées que les négociants , industriels ou agriculteurs voudront y déposer. Il s'agit d'autre part de favoriser la circulation des marchandises et le crédit basé sur leur nantissement par l'émission de récépissés (qui constatent le dépôt) et de warrants (ce sont des bulletins de gage) dans les conditions énoncées par ledit décret.

B) LES ACTIVITES D' INTERMEDIAIRES

L'intermédiaire n'est ni un producteur ni un revendeur. Son rôle consiste à accorder les offres et les demandes. Il est l'agent de liaison, souvent indispensable à la circulation des richesses. Les activités d'intermédiaires sont exercées par trois catégories d'acteurs : l'agent d'affaires (a), le courtier (b) et le commissionnaire(c).

a) L'agent d'affaires

C'est celui visé au 9° de l'article 2 alinéa 2 C.C. Il gère les affaires d'autrui : organisation de voyages, recouvrement de créances, surveillance et organisation des biens d' autrui (l' agent immobilier). Le domaine de ces activités est vaste et peut s'entrecouper avec d'autres profession libérales : l'expert-comptable qui gère les fonds d'un

producteur de cinéma, le conseil juridique qui a pour activité principale l'entremise.

L'illustration des activités d'agent d'affaires est parfois fournie par le législateur comme c'est le cas de l'agent d'assurances (art. 69 / 2° du code des assurances). Il en est ainsi également de l'agent commercial (art. 625 C.C). C'est celui qui, sans être lié par un contrat de louage des services, s'engage à préparer ou à conclure de façon habituelle des achats ou des ventes et d'une manière générale, toutes opérations commerciales, au nom et pour le compte d'un commerçant. La jurisprudence française lui refuse la qualité de commerçant, le considérant comme simple mandataire (Com. 29 oct. 1979 D. 1980, R.D.C. 1980. 68 obs. J. Derruppé).

b) Le courtier

Le courtier est celui qui recherche une personne pour la mettre en relation avec une autre, en vue de la conclusion d'un contrat. (art. 609 C.C.). C'est l'intermédiaire type : ce n'est pas un mandataire, il ne passe pas de contrat mais il aide à le faire. Il ne représente aucune des parties qu'il met en rapport . Par exception, l'art. 69/1 C.Ass. dispose que le courtier est le mandataire de l'assuré et est responsable envers lui. L'exception est prévue dans le but de protéger l'assuré considéré comme une partie faible par rapport aux professionnels de l'assurance (compagnies, courtiers...).

c) Le commissionnaire

A la différence du courtier, le commissionnaire agit en son nom et pour le compte du commettant . Il se distingue du mandataire ordinaire en ce qu'il traite en son propre nom sans révéler l'identité du commettant. . Son cocontractant ne connaît que lui. C'est ce qu' exprime l'art. 601 C.C. lorsqu'il dispose que le contrat de commission est le mandat par lequel un commettant reçoit pouvoir d' agir en son propre nom pour le compte de son mandant.

Le domaine de prédilection de la commissionnaire

0

0

0

bjbjýĪýĪ

TM 3t ¥ ¥ -
ç Ú ÿÿ ÿÿ 1
â x - -
8 a (Ò© Ò© Ò©
¼i¥Å9 ð¿ 0 Î²

bjbjýĪýĪ

TM 3t ¥ ¥ -
 ç Ú ÿÿ ÿÿ 1
 - - -
 â x (ò© ò© ò©

8 a ¼hé financier). La commercialité de l'activité du commissionnaire apparaît ainsi à deux stades : l'achat pour revendre et la fourniture d'un service.

C- LES ACTIVITES FINANCIERES

Ce sont les opérations d'assurance d'une part (a) et les opérations de banque de bourse et de change d'autre part (b).

a) Les opérations d'assurance

Elles sont visées au 6^e de l'alinéa 2 de l'art. 2 du C.C. qui considère comme commerçants ceux qui procèdent à titre professionnel à des opérations d'assurance. . Notre droit ne distingue pas entre assurances maritimes, terrestres ou aériennes. Le code de commerce français n'envisage que les opérations d'assurance maritime seule pratiquée à l'époque de l'élaboration du code de commerce. L'assurance terrestre qui n'est apparue que plus tard a été considérée commerciale par analogie.

L'assurance consiste pour une compagnie dans l'acquisition des primes payées par les assurés et le versement les indemnités dues aux bénéficiaires en cas de réalisation du risque couvert en prélevant des bénéfices. La commercialité de l'activité d'assurance est déduite de la poursuite d'un but lucratif par l'assureur. Elle se confirme toutes les fois q'une compagnie d'assurance prend la forme d'une société commerciale, la société anonyme (commercialité par la forme).

Cependant, lorsqu'une société d'assurance prend la forme d'une mutuelle on peut s'interroger sur la commercialité de son activité : les mutuelles ne cherchent pas, en effet, à réaliser des bénéfices. Elles cherchent à faire payer par les adhérents les primes les plus faibles possibles. Une compagnie d'assurance (commerciale) fait normalement varier le montant de la prime, chaque année, en fonction du nombre des sinistres survenus durant la même période. En revanche la mutuelle demande le paiement de primes fixes et procède en fin d'exercice soit à une demande de complément soit à une ristourne du surplus.

Pour savoir si une société mutuelle exerce une activité commerciale, l'art. 2 C.C. semble non-équivoque : l'activité d'assurance est une activité commerciale : toutes les opérations d'assurance "quelle qu'en soit la modalité" sont commerciales. Cependant, le code des assurances nuance cette solution . D'après l'article 55 C.A., il faut réunir trois conditions cumulatives pour que la société d'assurance mutuelle soit soumise au droit civil (société civile): 1- elle doit garantir à ses adhérents, moyennant cotisation, le règlement intégral de leurs engagements en cas de réalisation des risques dont elle a pris la charge, 2- elle ne doit pas utiliser des intermédiaires rémunérés en vue de la souscription de contrats d'assurance, 3- elle doit répartir ses excédents de recettes entre ses adhérents. A défaut de ces conditions une compagnie d'assurance qui prend la forme d'une mutuelle exerce une activité commerciale.

b- Les opérations de banque, de change et de bourse

1-Les opérations de banque sont les activités commerciales en ce qu'elles consistent à faire le commerce de l'agent et du crédit. La loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001 sur les établissements de crédit considère dans son article 2 comme établissement de crédit toute personne morale qui exerce à titre de profession habituelle les opérations bancaires. Le même texte énumère les opérations bancaires qui sont la réception des dépôts du public et la mise à la disposition de la clientèle et la gestion des moyens de paiement, l'octroi de crédits, l'exercice des opérations de change à titre d'intermédiaire. Si la loi excepte certaines opérations comme le dépôt de fonds pour la constitution ou l'augmentation du capital d'une entreprise pour leur refuser la qualification réception de dépôt du public, elle répute d'autres opérations comme opérations bancaires. Ainsi en est-il des opérations de leasing et d'affacturage qui sont réputées des opérations de crédit.

En plus de ces opérations la loi autorise les établissements de crédit à effectuer des activités annexes telles que le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine et de gestion financière, l'ingénierie financière et d'une manière générale tous les services destinés à faciliter la création, le développement et la restructuration des entreprises. De même qu'ils sont autorisés à prendre des participations au capital d'entreprises existantes ou en création.

2- *Les opérations de change* sont des opérations de banque. Elle consistent dans la conversion des devises, c'est l'échange de monnaies de pays différents. Le change peut être manuel. Il peut être tiré (change tiré) c'est-à-dire l'achat ou la vente d'effets de commerce payables à l'étranger. Ces opérations sont soumises à une réglementation détaillée et sévère (sanctions pénales) prévues dans un code spécifique, le code des changes et du commerce extérieur (Loi n°76-18 du 21 - 01- 1976, telle que modifiée par la loi n°93-48 du 3-5-1993 et la loi n°94-41 du 7 mai 1994 relative au commerce extérieur). Ces opérations sont exclusivement du ressort de la Banque Centrale de Tunisie et par délégation de celle-ci, de celui des intermédiaires agréés.

3- *Les opérations de bourse* sont ces opérations relatives à la négociation des valeurs mobilières et notamment le placement de ces valeurs, la tenue du marché, le démarchage financier, la gestion de portefeuille , etc.(article 56 de la loi n° 94-117 du 14 novembre 1994, portant réorganisation du marché financier). Ces opérations sont exclusivement pratiquées par les intermédiaires en bourse constitués obligatoirement en société anonyme ayant pour mission la gestion des valeurs mobilières, c'est la Bourse des valeurs mobilières de Tunis (art. 55 de la même loi).

CHAPITRE II

LA COMMERCIALITE PAR ACCESSOIRE

(actes de commerce subjectifs)

Le principe de l'accessoire permet d'attirer dans la commercialité des actes normalement civils en raison de la qualité de celui qui les a accomplis . La simplicité de l'énoncé du principe dont nous délimiterons le contenu et la portée (§ 1) contraste avec la complexité de sa mise en oeuvre (§ 2).

SECTION I – CONTENU, DOMAINE ET PORTEE DU PRINCIPLE DE L'ACCESSOIRE

§-1 CONTENU DU PRINCIPLE

A- DEFINITION

D'après ce principe sont des actes de commerce toutes les obligations du commerçant nées pour les besoins ou à l'occasion de son commerce. C'est l'exemple du commerçant qui achète une maison ou du carburant. L'acte, en soi, est de nature civile. Mais il devient commercial parce qu'il est réalisé par un commerçant. C'est ce qu'on appelle la commercialité subjective. Ainsi, a-t-on pu dire dans une formule imagée, la commercialité remonte de l'acte vers la personne : l'accomplissement d'actes de commerce à titre professionnel confère à celui qui les pratique la qualité de commerçant. De l'autre côté, la commercialité redescend de la personne vers l'acte, c'est l'acte de commerce par accessoire ou encore l'acte de commerce subjectif.

B- FONDEMENT

Le principe de l'accessoire a un fondement logique. Un vieil adage énonce que "l'accessoire suit le principal". Son domaine n'est pas limité au droit commercial Ses manifestations en droit positif sont nombreuses. En droit civil la nullité des l'obligation principale engendre celle des obligations accessoires (art. 326 C.O.C.). Le meuble qui sert à l'exploitation d'un immeuble est qualifié d'immeuble par destination pour subir le sort de l'immeuble par nature..

L'article 4 du code de commerce a expressément consacré la théorie de l'accessoire. D'après ce texte, les faits et actes juridiques

accessoires à l'activité commerciale sont soumis au code de commerce. Le même texte établit une présomption. Sont présumés accessoires, dit-il, tous actes et faits accomplis par un commerçant tel qu'il a été défini par l'article 2. Le principe de la commercialité par accessoire a, par conséquent, dans notre droit un fondement textuel, légal. Notre législateur a en réalité mis à profit l'expérience de la jurisprudence française qui a construit le principe de la commercialité par accessoire depuis un arrêt de 1865 (Cass. Civ. 24 Janvier 1865, D.P. 1865, 72.)

§.2- DOMAINE ET PORTEE DU PRINCIPE

Le principe de l'accessoire a un domaine large (A). Il fonctionne à double sens (les actes civils par accessoire) c'est un principe ambivalent (B).

A- Le domaine du principe de l' accessoire

D'après l'article 4 C.C. sont soumis au code de commerce les actes et les faits juridiques accessoires à l'activité commerciale. Le principe de l'accessoire ne s'applique pas uniquement aux actes juridiques, il concerne aussi les faits juridiques.

a) Les actes juridiques

Ce sont les engagements volontaires qu'ils s'agisse d' *engagements unilatéraux* ou *decontrats*.

L'engagement unilatéral, est celui qui émane de la volonté de celui qui s'engage seul c'est-à-dire celui qui ne dépend pas d'un échange de consentements. Il est régi par l'article 22 C.O.C.. C'est, par exemple, une offre assortie d'un délai. Celle-ci peut devenir commerciale si elle est faite par un commerçant pour les besoins de son commerce.

Il en est de même pour le contrat. Ce qui doit être pris en considération dans les deux cas c'est le but poursuivi par le commerçant. S'il agit par les besoins de son commerce l'acte est commercial, s'il agit dans un but autre, l'acte est civil. Divers actes peuvent ainsi être atteints par la commercialité : achat ou location d'outillages ou de matériel, les mandats nécessaires à l'exercice du commerce, les contrats d'assurance, etc. Il en est également ainsi de la cession d'un fonds de commerce considérée comme le dernier acte de son exploitation du côté du vendeur et le premier acte d'une série d'actes du côté des l'acheteur.

En revanche, ne sont pas considérés comme commerciaux les actes accomplis par le commerçant pour les besoins de sa vie privée. C'est l'exemple du commerçant qui achète une maison pour en faire son habitation, ou celui qui achète des aliments pour sa consommation personnelle. Il en est de même des actes qu'il accomplit à titre gratuit : donations, mandats.

Le problème s'est posé, en droit français pour le cautionnement . C'est "le contrat par lequel une personne s'oblige envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même" (art. 1478 C.O.C.). C'est une acte d'ami. Il est essentiellement gratuit dit l'alinéa 1er de l'année 1493 C.O.C. qui considère comme nulle et rend nul le cautionnement toute stipulation de rétribution.

C'est la gratuité du cautionnement qui a posé le problème de sa commercialité toutes les fois qu'il est donné par un commerçant ou en sa faveur. La jurisprudence française tient compte du but de l'agissement du commerçant. Si celui-ci agit dans un but désintéressé, par complaisance, il s'agira d'un acte civil, dans le cas contraire ce sera une acte de commerce.

La solution est plus nuancée dans notre droit. La règle de la gratuité du cautionnement "*reçoit exception entre commerçants pour affaires de commerce, s'il y a coutume en ce sens*". C'est ce que prévoit l'alinéa 2 de l'art. 1493 C.O.C. Aussi, le cautionnement sera considéré comme un acte de commerce par accessoire toutes les fois qu'il s'agit d'une relation entre commerçants; ce qui exclut les rapports commerçant non-commerçant : le cautionnement donné par un commerçant à un non commerçant, comme celui donné par un non commerçant à un commerçant est acte civil. Il doit être gratuit, à défaut de quoi il sera nul. Le cautionnement doit en outre intervenir pour affaires de commerce. Autrement dit, même s'il est donné par un commerçant à un autre commerçant, mais pour des affaires non commerciales, le cautionnement est civil. Par ailleurs, le cautionnement n'est commercial serait-il donné par des commerçants pour affaires de commerce que s'il existe une coutume dans ce sens. Ce qui déplace la difficulté sur le terrain de la preuve de cette coutume. La clarté de la solution est évidente. Elle manque cependant de souplesse.

b) Les faits juridiques

Le principe de l'accessoire s'applique aux engagements extra-contractuels du commerçant. C'est ce que l'article 4 C.C désigne par *faits accessoires à l'activité commerciale*. Le critère n'est pas ici celui du but poursuivi par le commerçant ; les engagements ne naissent pas d'un acte de volonté. Ce sont des faits qui se produisent à l'occasion de l'activité commerciale et du fait de cette activité. Ce sont, d'une manière générale les cas de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, sans distinction entre responsabilité du fait personnel, du fait d'autrui (dans les cas où elle est reconnue par le législateur) ou du fait des choses. La responsabilité encourue est une responsabilité pour dommages qu'elle qu'en soit la nature (dommage moral ou matériel).

Mais il s'agit surtout de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle spécifique à la vie des affaires. Le code des obligations et des contrats renferme des solutions propres à cette matière. C'est ainsi que l'article 90 C.O.C. prévoit la possibilité de demander réparation, sans préjudice de la suppression de ce qui a été contrefait. C'est la responsabilité pour *contrefaçon de marque*. L'article 91 prévoit la responsabilité du commerçant qui met en circulation des produits supposés ou altérés. Enfin l'article 92 C.O.C. prévoit des cas de responsabilité pour *concurrency déloyale*.

Les décisions qui sont rendues en application de ces dispositions sont rares. La raison en est peut-être qu'elles paraissent sans grand intérêt aux yeux des responsables de la publication.

Le domaine du principe de l'accessoire s'applique aussi aux autres engagements non volontaires : paiement de l'indu, gestion d'affaires et enrichissement sans cause.

Le domaine du principe de l'accessoire est large. Mais il y a des actes qu'il ne peut pas atteindre. Son caractère ambivalent fait que des actes restent civils.

B- portée du principe de l'accessoire

L'attraction reconnue à la commercialité est la même qu'on reconnaît au droit civil. Comme il existe un principe de l'accessoire commercial, il existe un principe équivalent de l'accessoire civil. Un acte intrinsèquement commercial sera malgré tout considéré comme civil, donc non soumis au droit commercial, par ce que celui que

l'accomplissement n'est pas un commerçant. (L'exemple de l'association caritative qui achète pour revendre). L'achat pour la revente est un acte de commerce. Il devient civil s'il est exercé par un non commerçant. L'agriculteur qui vend les produits de sa récolte ne pratique pas des actes de commerce. Le principe de l'accessoire s'applique aussi bien au droit civil qu'au droit commercial, d'où la difficulté pratique de séparer l'accessoire du principal.

SECTION II

LA MISE EN OEUVRE DU PRINCIPE DE L' ACCESSOIRE

Pour produire ses effets (§ 2) le principe de l'accessoire exige la réalisation de certaines conditions (§ 1)

§.1- CONDITIONS

Deux conditions sont à réunir l'une tient à la qualité de commerçant l'autre tient à l'acte lui-même.

A- Le principe de l'accessoire ne s'applique que lorsque l'opérateur est commerçant. L'article 4 alinéa 2 du C.C. présume accessoires les actes ou faits accomplis par un commerçant tel que défini par l'article 2 du même code. Il faut donc qu'il s'agisse d'un professionnel du commerce. Ceci est de nature à exclure celui qui n'est pas commerçant, même s'il procède habituellement d'accomplissement d'actes de commerce (art. 3 C.C.)

Par ailleurs, lorsqu'on est en présence d'un contrat, le principe de l'accessoire fonctionne lorsque les deux parties sont commerçantes. En revanche lorsque l'une est commerçant et l'autre est un non-commerçant le principe de l'accessoire ne s'applique qu'au commerçant. Pour le non commerçant le contrat sera régi par le droit civil. C'est le régime des actes mixtes.

B- Le principe de l'accessoire exige pour sa mise en œuvre que l'acte ou fait soient accomplis pour les besoins ou à l'occasion du commerce. L'article 4 al. 2 pose à cet égard une présomption : l'acte ou le fait du commerçant sont présumés commerciaux. Le vis-à-vis du commerçant n'aura pas à prouver la commercialité de l'acte ou du fait accessoires. Mais ce n'est là qu'une présomption simple, c'est-à-dire qu'elle peut être combattue par la preuve contraire. Le commerçant prouvera que

c'est un acte accompli par les besoins de sa vie domestique. On souligne ici la vision professionnaliste du droit commercial qui ne s'ingère pas dans la vie domestique du commerçant qui devient "civil", et peut réclamer par conséquent la protection de la législation sur la protection du consommateur, lorsqu'il ne traite pas en sa qualité de commerçant. Ainsi, en est-il par exemple de la loi du 2 juin 1998 sur la vente avec facilités de paiement qui définit le consommateur comme toute personne qui achète ... en dehors de son activité professionnelle.

§.2- LES EFFETS DU PRINCIPE

Le principe de l'accessoire à une fonction de qualification : il soumet l'acte ou le fait au régime juridique le plus approprié. L'acte est un accessoire à l'activité commerciale, il sera soumis au régime du droit commercial. L'utilité de ce principe apparaît dans les systèmes qui comme le droit français soumettent, dans un souci de cohérence, l'activité du commerçant au même régime juridique et notamment à la même juridiction.

Jusqu'à une date récente, le principe de l'accessoire n'avait dans notre droit qu'une utilité limitée au domaine de la preuve, et dans la sphère limitée des actes de commerce par accessoire qui, bénéficient du système de la liberté de la preuve (alors que s'ils devaient garder leur caractère civil, ils devaient être soumis aux règles du C.O.C.). Quant aux faits accessoires, aucune conséquence ne résulte de leur soumission régime du droit commercial du moment qu'ils sont régis par le principe de la liberté de la preuve, principe commun au droit civil et au droit commercial en matière de preuve des faits juridiques.

Depuis la loi du 2 mai 1995 qui a prévu la possibilité de création de chambres commerciales au sein des tribunaux de première instance, on peut constater une évolution: l'alinéa 4 de l'article 40 nouveau C.P.C.C. considère comme commerciale "*toute action relative à un litige entre commerçants, en ce qui concerne leur activité commerciale*". Or pour définir l'activité commerciale il ne suffit pas de se contenter de l'activité qui consiste dans l'accomplissement à titre professionnel d'actes de commerce par nature. Il faut aussi tenir compte de l'article 4 C.C. c'est-à-dire les actes accessoires à cette activité.

A l'évidence ce ne sont pas les seuls actes accessoires qui sont de la compétence de la chambre commerciale mais les faits juridiques accessoires à l'activité commerciale et notamment les faits de concurrence déloyale.

CHAPITRE III

LA COMMERCIALITE PAR LA FORME

(ou commercialité objective)

Les actes de commerce par la forme sont les actes qui, même pris isolément, sont toujours commerciaux à raison de leur forme et quelle que soit la qualité de celui qui les accomplit. Ils bénéficient à cet égard d'une présomption absolue de commercialité. Ce sont la lettre de change (section 1) les actes de nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel (section 2). Les activités des sociétés commerciales par la forme méritent une réflexion particulière (section.3).

SECTION I

LA LETTRE DE CHANGE

A- D'après l'article 269 C.C. "*la loi répute acte de commerce entre toutes personnes, la lettre de change*". La lettre de change (ou traite) est régie par les articles 269 à 338 du code de commerce. C'est un titre de crédit en vertu duquel une personne, le tireur donne l'ordre à son débiteur - le tiré- de payer à un tiers appelé le bénéficiaire ou le porteur, une certaine somme d'argent à une date déterminée. L'exemple est le suivant : un individu achète un objet à crédit. Le vendeur (tireur), lui fait signer une lettre de change (l'acheteur est le tiré). Cette lettre de change constate l'engagement du tiré de payer à l'échéance déterminée la somme prévue (1000D) au tireur lui-même ou au porteur. Sans attendre l'échéance, le tireur remet la lettre de change au grossiste. Celui-ci l'endosse et la remet à son banquier, qui à son tour versera au grossiste une somme inférieure du montant de la lettre de change pour tenir compte des intérêts, pour la période qui reste à courir jusqu'à l'échéance.

La lettre de change est donc un moyen de crédit et un moyen de paiement. C'est ce qui explique sa grande utilité et la rigueur qui l'entoure. Le législateur considère que toute personne qui concourt à quelque titre que ce soit à la circulation de la lettre de change accomplit un acte de commerce qu'il en soit le tireur, le tiré, l'avaliseur ou l'endosseur. Tous prennent un engagement commercial. Peu importe que la lettre de change soit souscrite par un commerçant pour les

besoin de son commerce ou pour les besoins de sa vie domestique. La qualité des différents signataires n'a pas d'importance : tous ceux-ci peuvent être des non-commerçants, cela n'enlèvera rien à son caractère commercial et à la nature de l'engagement des différents signataires : toutes les conséquences qui découleront de ce cautionnement commercial s'appliqueront : essentiellement inopposabilité des exceptions, prescription, etc.

Mais si la commercialité de la lettre de change prend tout son intérêt en droit français en ce sens que c'est le tribunal de commerce qui est compétent pour connaître des litiges qui en résultent .Il n'en est pas de même pour le droit tunisien : le contentieux de la lettre de change ne relève de compétence la chambre commerciale que lorsque les litigants sont des commerçants.

B-La lettre de change n'est pas le seul instrument de crédit et de paiement . Le chèque est un instrument de paiement (et non de crédit). La lettre à ordre joue la même fonction que la lettre de change (c'est un engagement de payer à un bénéficiaire une certaine somme d'argent à une date déterminée). Mais *seule la lettre de change est un acte de commerce par la forme*. Le chèque et la lettre à ordre ne sont commerciaux que par accessoire. Le chèque et la lettre à ordre souscrits par un commerçant pour les besoins de son commerce sont des actes de commerce, et ce n'est qu'à ce titre qu'ils relèvent de la compétence de la chambre commerciale lorsque le litige oppose deux commerçants (autrement, ce sont des actes civils relevant de la compétence de tribunal de première instance et du tribunal cantonal dans les limites de leurs ressorts respectifs).

SECTION II : LES ACTES DE NANTISSEMENT DE L'OUTILLAGE ET DU MATERIEL D'EQUIPEMENT PROFESSIONNEL

La loi n°2001-19 du 2001 sur le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement prévoit la possibilité pour le vendeur à crédit ou de l'établissement qui finance l'acquisition du matériel d'équipement professionnel d'exiger la constitution d'un nantissement sur ce matériel en vue d'en garantir le paiement du prix. Le débiteur peut être commerçant ou non commerçant, il suffit qu'il soit un professionnel. L'article 11 de ladite loi dispose que « les actes de nantissement conclu conformément aux dispositions de la présente loi sont

considérés des contrats commerciaux , les actions en justice y afférentes sont réputées affaires commerciales ».

Ce sont donc des actes de commerce quelle que soit la qualité des parties. Contrairement à la lettre de change la commercialité formelle déterminera la compétence juridictionnelle. L'affaire étant présumée commerciale, elle relèvera de la compétence de la chambre commerciale.

SECTION III : LE PROBLEME DES OPERATIONS DES SOCIETES COMMERCIALES PAR LA FORME

Avant son abrogation par la loi du 3 novembre 2000 portant promulgation du code des sociétés commerciales l'article 15/1° du code de commerce prévoyait que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée « ont la qualité de commerçant.» L'article 48 alinéa 2 décidait de soumettre la société anonyme quel qu'en soit l'objet au droit commercial. L'activité de ces sociétés n'avait aucune influence sur cette qualification ; elles pouvaient avoir un objet civil, mais elles étaient toujours des sociétés commerciales. Ainsi, elles pouvaient avoir pour objet une activité agricole (loi n° 69-56 du 22 septembre 1969 relative à la réforme des structures agricoles, telle que modifiée par la loi n° 88-18 du 2 avril 1988 , et la loi n° 89-43 du 8 mars 1989 relative à l'exercice des activités agricoles par les sociétés anonymes) ou professionnelle (avocats). Une disposition similaire n'existait pas pour la société à responsabilité limitée. Mais le recours à l'analogie permettait d'aboutir à l'application de la même solution étant donné que comme les sociétés anonymes les sociétés à responsabilité étaient considérées par l'article 15 C.C. des sociétés commerciales par la forme. Avec le code des sociétés commerciales la solution jadis propre aux sociétés anonymes est devenue la même pour toutes les sociétés commerciales par la forme. L'alinéa 1^{er} de l'article 7 de ce code précise en des termes non équivoques que « toute société commerciale quel que soit son objet est soumise aux lois et usages en matière commerciale ».

A quoi sert cette commercialité formelle des sociétés ? La question se pose particulièrement concernant les sociétés commerciales par la forme à objet civil.

Deux opinions s'opposent. Pour la première, la commercialité par la forme n'a d'autre but que de soumettre ces sociétés aux

obligations de commerçants (obligations fiscales, comptables, etc.). Elles ne peuvent prétendre aux droits qui sont reconnus à ces derniers. Ainsi, une société commerciale par la forme et à objet civil ne pourrait pas prétendre au bénéfice de la loi sur les baux commerciaux. Cette opinion a pour elle l'argument du texte de l'article 7 du code des sociétés commerciales qui emploie le verbe soumettre. Ces sociétés sont soumises au droit commercial. La soumission n'est pas synonyme de bénéfice. On ne saurait donc les assimiler aux commerçants d'une manière totale.

Or ce serait là pour la seconde opinion un motif de discrimination contraire à la nature des choses. Il faut partir de la distinction entre commerçant personne physique et commerçant personne morale pour réfuter l'argument de la première opinion. Si le commerçant personne physique a une double vie qui autorise à distinguer les actes de sa vie professionnelle des actes de sa vie civile, il n'en est pas e même pour les sociétés commerciales qui ne sont créées que pour un seul objet, celui de faire le commerce (Ripert ; 309). Aussi, leurs actes sont-ils toujours des actes de commerce. Ainsi donc, même si elle a un objet civil comme l'exploitation agricole par exemple, ses actes sont commerciaux. Il n'en est autrement qu'exceptionnellement. A titre d'exemple une société anonyme de promotion immobilière est commerciale par la forme mais le législateur soumet ses actes au droit civil (art. 4 de la loi de 1990 sur la promotion immobilière).

Cette solution semble en harmonie avec le droit français pour lequel sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés et non collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions (art. 1er al. 2 de la loi n°66-527 du 24-7-1966). Ce texte est le fruit d'une longue évolution qui commença avec la déconfiture de la société Canal de Panama, société par actions à objet civil. C'est ce qui la fit échapper à la faillite. De grands dommages en ont résulté pour les tiers. Par une loi du 1er août 1893 le législateur français a pallié cette défaillance, en retenant la commercialité formelle des sociétés par actions. Un loi du 7 mai 1925 avait étendu cette solution aux S.A.R.L. et enfin la loi de 1966 l'a généralisée au sociétés de personnes. La volonté du législateur était de pouvoir soumettre aux procédures collectives de droit commercial toutes les sociétés importantes même si elles ont objet civil.

Telle n'est pas la solution dans notre système. Seules en effet les SA et les SARL sont commerciales par la forme. Les sociétés de

personnes à savoir les sociétés en commandite simple, les sociétés en non collectif ne le sont pas. Elles ne sont commerciales que lorsqu'elles ont pour objet l'une des activités énumérées à l'article 2 du C.C.

Il peut paraître regrettable que même avec la promulgation du code des sociétés commerciales le droit tunisien n'ait pas connu la même évolution que celle que le droit français a connue. Il convient toutefois de remarquer que le but consistant à soumettre les sociétés commerciales aux procédures collectives du droit commercial a été partiellement réalisé (en ce sens que la faillite demeure une sanction réservée aux commerçants) par la loi du 17 avril 1995 qui ne distingue pas entre sociétés civiles et sociétés commerciales lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la procédure de redressement des entreprises en difficultés économiques.

Quant à la compétence de la chambre commerciale, la commercialité par la forme ne semble pas d'une utilité particulière puisque le texte (l'art. 40/7° CPCC) ne distingue pas entre sociétés commerciales par la forme et sociétés commerciales par l'objet . De même, la distinction entre sociétés commerciales et sociétés civiles semble ici dépassée dans la mesure où ladite chambre connaît des litiges relatifs au redressement et à la faillite des *entreprises* qui connaissent des difficultés économiques.

Par ailleurs on s'interroge si la commercialité par la forme rejait sur les actes que ces sociétés accomplissent pour leur existence et sur les actes relatifs à leur constitution ou leur dissolution . La réponse est importante pour la détermination de la compétence de la chambre commerciale. Le législateur a apporté des éléments de réponse. La chambre commerciale connaît des litiges relatifs à la constitution, la direction, la dissolution ou liquidation des sociétés sans distinction entre sociétés par la forme ou par l'objet.

TITRE II

LE REGIME DES ACTES DE COMMERCE

La spécificité du droit commercial par rapport au droit civil se répercute aussi bien sur le statut du commerçant que sur les actes de commerce. On vise plus particulièrement les actes juridiques , c'est-à-dire les engagements volontaires consentis. Les actes de commerce sont soumis à un *régime général*, dont il s'agit de vérifier les différences qui l'opposeraient à celui des actes civils (Chapitre I). Mais dans la mesure où le commerçant est appelé à traiter avec des non-commerçants, il convient de se demander s'il faut tenir compte de la qualité des uns et des autres, c'est ce qui nécessite d'envisager *le régime particulier des actes mixtes* (Chapitre II).

CHAPITRE I : LE REGIME GENERAL DES ACTES DE COMMERCE

La formation et la preuve des actes de commerce (§ 1) , leur exécution (§ 2) et enfin leur inexécution et les litiges auxquels ils peuvent donner lieu (§ 3) sont les trois questions essentielles qui se rapportent à leur régime.

SECTION I : LA FORMATION ET LA PREUVE DES ACTES DE COMMERCE

Si la formation des actes de commerce emprunte largement au régime de droit commun (§. 1) , leur preuve obéit à un régime plus spécifique (§.2) .

§. 1- LA FORMATION DES ACTES DE COMMERCE

Les conditions de validité des contrats civils s'appliquent dans leurs grands traits aux contrats de la vie commerciale. On tiendra cependant compte des règles spécifiques au consentement (A) à la capacité (B) et à la forme des actes (C).

A- CONSENTEMENT

En droit civil le silence ne vaut pas acceptation. La règle est prévue dans un souci de protection de celui qui n'a pas manifesté son accord pour rentrer dans un rapport contractuel. En droit commercial

c'est la règle inverse qui s'impose en raison des contraintes de la vie des affaires. Cette solution ressort du texte de l'article 29 du C.O.C. Deux manifestations du silence peuvent, d'après ce texte, engager le destinataire de l'offre. Dans la première, lorsqu'une réponse d'acceptation n'est pas exigée par l'usage du commerce le contrat est parfait dès que l'autre partie en a entrepris l'exécution. C'est là une première solution : elle est conditionnée par l'existence et la preuve d'un usage qui veut que l'acceptation résulte du silence si le destinataire de l'offre en a entrepris l'exécution. La deuxième solution est plus simple : l'absence de réponse vaut consentement lorsque la proposition se rapporte à des relations d'affaires déjà entamées entre les parties. Dans le premier cas, le commencement d'exécution établit, en présence d'un usage de ce sens, l'acceptation ; dans le second cas, il n'est même pas nécessaire qu'un commencement d'exécution existe.

B- CAPACITE

Le monde des affaires, des échanges et de la compétition exige des compétences particulières dont les mineurs ne sont pas dotés. C'est pour cette raison que le législateur a prévu des règles destinées à les en protéger. L'article 6 du C.C. dispose dans cet esprit que "*tout mineur, de l'un et de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, ne pourra exercer le commerce ou être réputé majeur quant aux engagements par lui consentis pour faits de commerce, s'il n'a obtenu l'émancipation absolue*".

Le mineur peut bénéficier d'une émancipation. Elle lui est accordée par le juge. Elle ne peut intervenir que s'il a atteint l'âge de quinze ans révolus. Elle peut être retirée par le juge en cas de besoin. Elle peut être restreinte ou absolue .

Le mineur non-émancipé ne peut pas exercer des actes de commerce même isolés. L'article 10 du C.O.C. permet au mineur lui-même et à son tuteur d'agir en nullité contre l'acte qu'il a souscrit alors même qu'il a utilisé des manœuvres frauduleuses pour amener l'autre partie à croire à sa qualité de commerçant. Il demeure cependant obligé à concurrence du profit qu'il a retiré de l'obligation (art. 10 al. 2 C.O.C.), c'est-à-dire à mesure qu'il a employé ce qu'il a reçu en dépenses nécessaires ou utiles ou lorsque la chose existe encore dans sa patrimoine (art. 13 C.O.C).

L'alinéa 2 de l'article 153 du code du statut personnel prévoit en outre que le mineur âgé de 17 ans devient majeur par le mariage quant à la gestion de ses affaires civiles et commerciales.

Le mineur qui ne bénéficie que d'une émancipation restreinte, et celui qui n'a pas eux atteint l'âge de 18 révolus même s'il a obtenu une émancipation absolue (à moins qu'il ne soit marié) ne peuvent exercer le commerce. Ils ont le même statut que le mineur non émancipé. Seuls le mineur ayant l'âge de 18 ans révolus et bénéficiant d'une émancipation absolue et le mineur marié âgé de 17 ans révolus peuvent exercer le commerce.

Ces solutions relatives à la capacité sont à compléter par l'art. 273 C.C. d'après lequel les lettres de change souscrites par des mineurs non-commerçants sont nulles à leur égard, sauf les droits respectifs des parties, conformément à l'art. 13 du C.O.C.

C- LA FORME

On a souvent affirmé que les impératifs de rapidité et de souplesse de la vie des affaires commandent un recours atténué au formalisme. L'acte de commerce n'est assujéti à aucune forme. La solution est en parfaite harmonie avec le principe de la liberté des preuves en droit commercial. On notera cependant quelques exceptions. Ainsi en est-il du formalisme qui entoure la lettre de change. Si le titre ne comporte pas les mentions obligatoires prévues par l'art. 269 C.C. il ne vaut pas comme lettre de change. Il en est de même pour le formalisme qui entoure la vente du fonds de commerce.

Ces exceptions ont tendance à se multiplier. Et on peut noter que les lois les plus récentes, en matière de vente à tempérament par exemple, confirment la tendance formaliste : la forme est dans tous ces cas une condition de validité de l'acte.

§.2 - LA PREUVE DES ACTES DE COMMERCE

En matière commerciale la preuve est libre. C'est un principe (A) dont découlent des conséquences(B).

A) LE PRINCIPE DE LA LIBERTE DE LA PREUVE

Le droit civil adopte le système de la preuve pré-constituée. C'est la preuve écrite. L'article 473 C.O.C. interdit la preuve par témoins

lorsque la valeur de l'engagement dépasse ou égale 1000 dinars. Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu de l'acte et encore qu'il s'agisse d'une somme inférieure à 1000 dinars.

Une telle rigueur ne semble pas convenir aux relations commerciales dont le succès dépend de la rapidité de leur dénouement. C'est ce qui impose le recours à un système plus souple. La liberté de la preuve en matière commerciale semble avoir été retenue depuis le code des obligations et des contrats. L'article 478 de ce code prévoit en effet que la preuve testimoniale est recevable entre commerçants dans les affaires où il n'est pas d'usage d'exiger des preuves écrites. Le texte apporte une dérogation à l'art. 474 c o c qui n'admet pas la preuve testimoniale contre et outre le contenu des actes dont la valeur dépasse 1000 dinars.

Avec l'article 598 C.C. le législateur consacre le principe de la liberté des preuves en matière commerciale. D'après ce texte, les engagements commerciaux se constatent par différents moyens qui vont de l'acte authentique aux témoignages et présomptions en passant par les correspondances, les factures et les livres des parties. Sur un texte quasi-similaire, l'article 109 CC. Fr., la jurisprudence française a érigé le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale. Notre jurisprudence en a fait de même (Cass. civ. n°56/1290 du 27/10/1960, B. 105 ; Cass. civ. n°9261 du 7/3/1973, B.I., 84.)

Le principe a pour signification essentielle que tous les moyens de preuve sont admis. Or si tel est le cas quelle serait la valeur de l'énumération de l'art. 598 C.C. ? Dire qu'elle est limitative ôterait à l'affirmation du principe toute sa consistance. Dire qu'elle est indicative, ferait d'elle une énumération inutile. En réalité, la formulation de ce texte est tellement large qu'on ne saurait dire qu'elle est limitative. En évoquant les présomptions dans le cas où le tribunal croira devoir les admettre le législateur dote le juge d'un large pouvoir d'appréciation et par conséquent de mise en application du principe de la liberté de la preuve. Les présomptions sont des indices au moyen desquels le juge établit l'existence de certains faits inconnus, il ne doit les admettre que si elles sont graves et précises ou bien nombreuses et concordantes et que si elles sont confirmées par le serment de la partie qui les invoque. Ceci est de nature à démontrer que le concept de liberté ne signifie pas pouvoir discrétionnaire du juge, mais que les moyens de preuve sont toujours remis à l'appréciation du juge qui doit respecter les exigences de la motivation légale de ses jugements.

Le problème peut se poser toutes les fois que la preuve qu'on se propose de faire n'a pas de support écrit. En évoquant par exemple "la correspondance", le législateur n'a pas exigé qu'elle doive avoir nécessairement un support écrit et le juge peut parfaitement recourir aux présomptions.

La difficulté s'est posée notamment concernant les procédés modernes de communication développés par l'informatique. Mais la loi n° 57 du 13 juin 2000 modifiant et complétant certaines dispositions du code des obligations et des contrats est venue lever définitivement le doute sur l'admissibilité des moyens de preuve qui sont apparus suite au développement de ces moyens de communication. Ainsi, s'il n'était reconnu d'après l'article 470 COC à la copie la même valeur que celle de l'original que si elle est certifiée conforme par l'officier public, le même texte reconnaît depuis sa réforme en 2000 la même valeur aux copies réalisées selon des procédés techniques qui procurent toutes les garanties de leur conformité à l'original. L'alinéa 3 de l'article 471 nouveau du COC répute copie fidèle et durable « toute reproduction de l'original qui entraîne une modification irréversible du support matériel tels que le microfilm ou la microfiche ou tout autre procédé d'archivage électronique ou optique ». Avec l'article 453 le législateur reconnaît la signature électronique qui consiste dans l'utilisation d'un procédé d'identification fiable garantissant le lien entre ladite signature et le document électronique auquel elle se rattache. Ainsi, le document électronique est reconnu. Il fait preuve au même titre qu'un acte sous seing privé.(art.453 bis).

Toute cette évolution a préparé le terrain sur le plan juridique au développement du commerce électronique. (La loi du 9 août 2001 sur les échanges et le commerce électronique.

Avec la réforme de 2000 le législateur tient compte de l'évolution technologique en même temps qu'il consacre une nouvelle manifestation du rapprochement entre droit civil et droit commercial.

B- CONSEQUENCES DU PRINCIPE

Le principe de la liberté de la preuve ne concerne pas que les actes de commerce. La formule de l'article 598 C.C. est générale, elle vise "*les engagements commerciaux*" ce qui couvre aussi bien les engagements d'origine volontaire (contrats et engagement unilatéraux) que ceux d'origine non-volontaires (délits, quasi-délits, quasi-contrats). Encore faut-il rappeler cependant que l'application de ce régime concerne essentiellement les engagements volontaires seuls qui

bénéficient de ce régime , étant donné qu'en en matière civile, les engagements non volontaires sont soumis par principe au système de la preuve libre. C'est pourquoi la formule de la version arabe de ce texte nous paraît plus adéquate lorsqu'elle ne vise que les « contrats commerciaux ».

La principe de la liberté de la preuve s'applique quelle que soit la qualité du partenaire du commerçant. Autrement dit, ce principe fonctionne aussi bien lorsque les deux parties à l'acte sont commerçantes ou lorsque l'une d'elles seulement l'est. C'est là une autre différence entre le droit tunisien et le droit français qui depuis 1980 a limité l'application du principe de la liberté de la preuve aux cas où les deux parties à l'acte ont la qualité de commerçant.

SECTION II : L'EXECUTION DES ACTES DE COMMERCE

L'exécution des actes de commerce est souvent présentée comme différente, dans son régime de celle des actes civils. Il convient de vérifier cette présentation concernant la solidarité (§1) et le paiement (§ 2).

§. 1- LA SOLIDARITE

A- CONTENU DE LA REGLE

La solidarité est active ou passive. Elle est active lorsque, entre plusieurs créanciers, chacun d'eux a le droit d'exiger et de toucher la totalité de la créance; le débiteur n'étant tenu de s'exécuter qu'une seule fois entre les mains de l'un de ses créanciers solidaires. L'exemple est celui du détaillant qui s'approvisionne chez plusieurs grossistes agissant en même temps sans être associés (V. art. 164 C.O.C.)

La solidarité est passive lorsqu'il y a plusieurs débiteurs et que chacun d'eux est personnellement tenu de la totalité de la dette. Le créancier peut de son côté demander l'exécution, et l'obtenir, à n'importe lequel de ses débiteurs, mais il n'a le droit de se faire payer qu'une seule fois (art. 176 C.O.C). En droit civil, la solidarité, qu'elle soit active ou passive, ne se présume pas (art. 163 et 174). Elle résulte soit de la loi soit de la convention.

En droit commercial la solution est différente. Pour la solidarité passive l'art. 175 c o c énonce que "*la solidarité est de droit dans les*

obligations contractées entre commerçants, pour affaires de commerce si le contraire n'est exprimé par le titre constitutif de l'obligation ou par la loi". Entre commerçants la solidarité passive est donc présumée, (le principe civiliste est inversé). En France, la règle de la solidarité passive entre commerçants est le résultat d'un usage consacré par la Cour de cassation (Cass. req. 20 Oct. 1920, D.P. 1920, 1. 161, note Matter).

La solidarité active ne se présume pas, les articles 163 à 173 C.O.C. ne contiennent pas une disposition similaire à l'art. 175 C.O.C. (solidarité passive).

B- PORTEE DE LA REGLE

La présomption de solidarité passive est une présomption simple. Elle peut être combattue par la preuve contraire. Cette preuve peut porter sur la démonstration de l'absence de l'une ou des deux conditions de l'article 175 COC. En effet la présomption de solidarité passive entre commerçants ne peut être invoquée que contre des commerçants pour affaire de commerce. Ce qui exclut la possibilité de l'invoquer lorsque les codébiteurs ou l'un d'eux seulement n'ont pas la qualité de commerçant. Il faut ensuite et alors même que les codébiteurs ont la qualité de commerçant, que l'engagement soit pris pour affaire de commerce. Lorsque l'engagement est pris en dehors de l'activité commerciale, il n'y a pas lieu à invoquer cette présomption. Il en est ainsi par exemple lorsque dans une affaire entre commerçants l'un d'eux a contracté pour les besoins de sa vie domestique. Le fondement de cette règle réside dans une interprétation de volonté. En traitant par un même acte, les codébiteurs auraient un intérêt commun. C'est pour cela que le législateur autorise les codébiteurs à prévoir une stipulation contraire et que le législateur peut écarter la solidarité des débiteurs.

Les expressions "*obligations contractées pour affaires de commerce*" de l'article 175 C.O.C. donnent à la solidarité un champ d'application qui déborde les engagements volontaires pour atteindre même les obligations extra-contractuelles. Mais déjà avec l'article 108 du coc la solidarité s'applique lorsqu'il est établi que le dommage est causé par des personnes agissant de concert, ce qui peut être le cas pour des commerçants pratiquant des faits de concurrence déloyale.

§. 2- LE PAIEMENT

On s'interroge sur la possibilité d'accorder des délais de grâce pour l'exécution des actes de commerce (A) ; sur l'imputation des paiements (B) et l'anatocisme.(C).

A- DELAIS DE GRACE

Le droit commercial peut paraître plus rigoureux que le droit civil relativement aux échéances. C'est ce qui ressort de la réglementation de la lettre de change, du billet à ordre du chèque. Les articles 338 al. 2 , 341 et 406 C.C. interdisent en effet d'accorder des délais de grâce une fois l'échéance arrivée. C'est une solution dont la rigueur est tempérée par les mêmes dispositions qui admettent, dans certains cas, la possibilité d'accorder des délais de grâce, c'est notamment le cas de force majeure. Mais il faut cependant reconnaître que de telles solutions ne sont pas spécifiques aux commerçants étant donné que la lettre de change, le billet à ordre et le chèque sont des moyens de paiement qui ne sont pas réservés aux commerçants.

Ces solutions sont spécifiques à ces moyens de paiement. Elles ne sont pas des règles de portée générale alors que la question est de savoir si l'article 137 C.O.C. s'applique en matière commerciale. Ce texte pose dans son alinéa premier le principe qu'aucun délai de grâce ne peut être accordé par le tribunal s'il ne résulte de la convention ou de la loi. L'alinéa 2 ajoute que si un délai de grâce résulte de la convention ou de la loi le juge ne peut pas le proroger. Or si on présente le droit commercial comme un droit rigoureux quant aux échéances, on constate sans peine que le droit civil ne l'est pas moins.

La difficulté apparaît concernant l'application de l'alinéa 3 et suivants de ce texte. D'après cet alinéa le tribunal peut accorder un délai ne dépassent pas un an et ne pouvant pas être renouvelé, au débiteur qui prouve que ce délai favorise le paiement de sa dette.

Il convient d'abord d'observer que le texte parle non pas de l'exécution d'une convention, mais de celle d'un jugement, ce qui ne laisse pas de douter sur l'opportunité d'en envisager l'application en matière d'obligations. Si on dépasse cette difficulté- étant donné que la jurisprudence l'applique à cette matière sans réserve, on constate que le législateur n'a pas excepté la matière commerciale. Or si la loi ne distingue pas, on ne doit pas distinguer. C'est ce qui permet de dire que l'exception est applicable aussi bien en matière civile qu'en matière

commerciale. Les différences entre droit civil et droit commercial en matière de délais sont donc inexistantes.

B-L' IMPUTATION DES PAIEMENTS

L'imputation des paiements est la détermination par le débiteur ou par la loi, de celle des dettes distinctes de ce débiteur envers le même créancier qui doit être éteinte en tout ou en partie par un paiement insuffisant pour les éteindre toutes . Ce sont les article 343 et 344 du C.O.C. qui la réglementent. Le législateur y prévoit un ordre de préférence. Le paiement s'impute sur la dette désignée par le débiteur. S'il n'a rien dit, il conserve le droit de désigner celle qu'il a eu l'intention de payer. En cas de doute l'imputation se fait sur la dette que le débiteur a plus d' intérêt à acquitter. Le législateur précise que le préférence sera accordée à la dette échue. Entre plusieurs dettes échues l'imputation se fera sur la dette qui offre le moins de garanties pour le créancier. Entre plusieurs dettes également garanties ; celle qui est la plus onéreuse pour le débiteur. Entre plusieurs dettes également onéreuses ; celle qui est la plus ancienne.

Le droit commercial ne contient pas de dispositions analogues aux articles 343 et 344 C.O.C. Dans la mesure où le droit civil est le droit commun, il y a lieu d'appliquer aux dettes commerciales les principes civils en matière d'imputation des paiements.

C- CAPITALISATION DES INTERETS (ANATOCISME)

C'est le fait de transformer des intérêts en capital lui-même productif d'intérêt. C'est le fait par exemple de prêter de l'argent (100d) à un intérêt annuel de 10%. L'intérêt stipulé fera pour l'avenir partie du capital initial pour être lui-même productif d'intérêt ($100 + 10\% = 110 \rightarrow 110 + 10\% = 121d$).

Avant la réforme du 13 juin 2000 la capitalisation des intérêts était soumise au même principe avec une exception applicable uniquement en matière de compte courant.

L'art. 1099 C.O.C. sanctionnait par la nullité, « entre toutes parties, la stipulation que les intérêts non - payés seront à la fin de chaque année, capitalisés avec la somme principale, et sont eux-mêmes productifs d'intérêts ». Cette règle avait une portée générale. Elle s'appliquait aussi bien aux commerçants qu'aux non commerçants. Pour preuve, le législateur disait que cette nullité devait atteindre les

stipulations *entre toutes parties*, c'est à dire qu'il ne distinguait pas comme il le faisait pour le calcul et les taux d'intérêts entre commerçants et non commerçants.

Cette règle recevait exception en matière de compte courant dans l'article 736 C.C, toujours en vigueur. L'alinéa 1er de ce texte prévoit que les créances entrant en compte cessent d'être soumises aux règles qui leur sont propres en matière de prescription et d'intérêts. L'alinéa 3 du même texte prévoit que les remises produisent intérêts, tandis que l'alinéa 4 du même texte dispose que les intérêts produisent eux-même intérêts à compter du jour ils font l'objet d'une remise en compte. La jurisprudence était claire pour sa part quant au sens de cette exception : l'interdiction de l'anatocisme prévue par l'art. 1099 ne s'applique pas en matière du compte courant.

Depuis la loi du 13 juin 2000 qui a modifié certaines dispositions du code des obligations et des contrats notre droit a connu une importante évolution en la matière. Désormais, ce qui était l'exception deviendra la règle. L'article 1098 alinéa 3 nouveau du COC prévoit que les intérêts non payés sont capitalisés avec la somme principale. L'article 1099 nouveau précise les conditions de cette capitalisation. Il faut d'abord que la capitalisation soit prévue par une stipulation expresse de la convention. Peu importe la nature du rapport (civil ou commercial). Cette solution reçoit exception en matière de compte courant. Autrement dit il n'est pas nécessaire de stipuler par une clause expresse l'anatocisme.(art. 1099 al 4 c o c). Il faut ensuite que le défaut de paiement ne soit pas dû au créancier. C'est une application particulière de la demeure du débiteur.

La réforme des dispositions sur l'anatocisme unifie les solutions applicables en droit civil et en droit commercial.

SECTION III : INEXECUTION ET LITIGES

Il s'agit ici encore de préciser si le droit commercial adopte des solutions spécifiques à l'inexécution des actes de commerce (§.1) et de quelle manière il prévoit de régler les litiges auxquels ces actes peuvent donner lieu (§.2).

§. 1- INEXECUTION

Une mise en demeure est-elle nécessaire (A) et quelle est la sanction de l'inexécution en matière d'actes de commerce (B) ?

A- LA MISE EN DEMEURE

En droit civil, le débiteur est en demeure lorsqu'il est en retard d'exécuter son obligation totalement ou partiellement, sans cause valable (art. 268 C.O.C) . Le créancier est-il obligé de le mettre en demeure ? Il faut distinguer deux situations : le cas où l'obligation a assortie d'un terme et le cas où elle ne l'est pas. Lorsqu'une échéance est prévue , le débiteur est constitué en demeure par la seule échéance du terme (art. 269 C.O.C.) Si aucune échéance n'est prévue, le débiteur n'est constitué en demeure que par une interpellation formelle du créancier : la mise en demeure est donc nécessaire dans les obligations non assorties d'un terme. Il n' y a pas de forme fixe de la mise en demeure. Elle peut résulter d'un exploit d'huissier notaire, d'un télégramme et même d'une citation en justice devant un juge incompetent (269 C.O.C.). Y a -t-il lieu d'appliquer ces solutions en matière commerciale ? Dans le silence des textes oui, dans la mesure où le droit civil est le droit commun des relations privées.

Des solutions exceptionnelles sont prévues par le droit commercial. Ainsi l'article 38 du code de commerce actuellement abrogé et remplacé par l'article 55 du code des sociétés commerciales exigeait des créanciers sociaux qui ont une dette contre la société en nom collectif de mettre préalablement en demeure la société et les associés. Dans un arrêt du 15-2-1973 (Cass. civ. n°8986 du 15-2-1973, B. I 87) la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui ont refusé de d'élargir le domaine d'application de ce texte à une société qui n'était pas une société en nom collectif. Il s'agissait en effet d'une affaire opposant deux sociétés, l'une d'elles a reproché à la décision des juges de fond d'avoir omis d'appliquer l'art. 38 C.C. Constatant que la société contre laquelle l'action était dirigée n'était pas une société en nom collectif, la Cour de cassation a estimé que ce texte ne lui était pas applicable. Ainsi peut-on déduire de cet arrêt que la Cour de cassation considère que la mise en demeure est une solution exceptionnelle qui ne s'applique que lorsque l'action est dirigée contre une société en nom collectif.

Comme en matière civile la mise en demeure en matière commerciale n'est pas exigée par la jurisprudence.

B- SANCTIONS DE L'INEXECUTION

La résolution pour inexécution en matière civile n'est pas automatique. Aux termes de l'article 273 du COC, il faut établir l'impossibilité d'exécution pour obtenir la résolution d'un contrat. C'est une différence importante entre notre droit et le droit français. Cependant dans un arrêt du 26 février 1996, les chambres réunies de la Cour de cassation ont remis en cause cette solution constante depuis 1959. La solution abandonnée était pourtant en parfaite harmonie avec le monde des affaires : il n'est dans l'intérêt de personne de briser le rapport contractuel. D'où la nécessité de recommander l'application de l'art. 273 en matière commerciale au cas où la jurisprudence continuerait de maintenir la nouvelle solution.

La notion d'impossibilité d'exécution, permet de faire admettre l'idée de *réfaction*, solution spécifique en droit commercial français, qui autorise le juge à refaire le contrat en fonction de ce qu'il reste possible à faire : payer un moindre prix, réparer l'absence partielle de conformité avec le produit convenu, etc. Dans notre droit une telle possibilité n'est prévue que de manière exceptionnelle (v. par exemple l'article 8 de la loi de 1992 sur la protection du consommateur).

Autre solution, la *faculté de remplacement* reconnue à l'acheteur L'art. 275 C.O.C. autorise en effet le créancier d'une obligation de faire, dont l'accomplissement n'exige pas l'action personnelle du débiteur à la faire exécuter lui même aux dépens du débiteur.

§.2- LITIGES

Des solutions spécifiques au droit commercial sont prévues. Elles concernent la justice commerciale (A) et la prescription (B)

A) La justice commerciale

Le législateur a procédé à deux réformes importants dont les conséquences sur la justice commerciale ne tarderont pas à se manifester. D'une part il a réformé l'article 40 C.P.C.C. prévoyant la possibilité de création de chambres commerciales au sein des tribunaux de première instance (a). D'autre part, et sans que cela soit exclusif aux

relations commerciales, il a réformé le droit de l'arbitrage en promulguant le code de l'arbitrage (b).

a- Les chambres commerciales

Par une importante loi du 2 mai 1995 , le législateur a modifié l'article 40 du C.P.C.C. régissant la compétence d'attribution du tribunal de première instance. Désormais, le paragraphe 4 dudit article prévoit la possibilité de créer par décret, au tribunal de première instance, des chambres commerciales compétentes pour connaître des affaires commerciales. En application de ce texte, un décret du 11 mars 1996 a créé des chambres commerciales au sein des tribunaux de première instance du siège des différentes cours d'appel de la République (Tunis, le Kef, Sousse, Monastir, Sfax, Gabès, Gafsa et Médenine).

La création de ces chambres par décret est un moyen souple qui permet d'adapter l'organisation judiciaire au besoins de la vie économique d'une région ou d'une ville.

Les chambres commerciales ne connaissent pas de toutes les affaires commerciales, celle-ci sont définies par le paragraphe 5 de l'article 40 comme étant *celles qui opposent les commerçants en raison de leurs activités commerciales*. En sont donc exclues les affaires opposant des commerçants à des non-commerçants ou encore celles opposant des commerçants pour des affaires non-commerciales. Il ne s'agit donc de chambres spéciales aux commerçants, chose qui aurait été de nature à laisser penser à un privilège - injustifié- en faveur de commerçants mais *des chambres spécialisées dans un type déterminé d'affaires commerciales*.

Cette spécialisation transparaît à travers la composition de ces chambres. En effet, lorsqu'il connaît des affaires civiles le tribunal de première instance est composé d'un président et de deux assesseurs, magistrats professionnels (art. 40 al. 3 C.P.C.C.). En revanche la chambre commerciale se caractérise dans sa composition par l'adjonction à cette structure de deux membres commerçants désignés pour trois ans par arrêté du ministre de la justice.

Les deux membres commerçants viennent soit s'ajouter au collège du tribunal soit se substituer aux deux magistrats professionnels.

Dans le premier cas, c'est-à-dire, lorsque la chambre commerciale est composée d'un président de deux assesseurs et de deux membres commerçants, elle est appelée à statuer sur trois catégories de litiges:

- 1°- les litiges relatifs à la constitution, la direction, la dissolution ou la liquidation des sociétés,
- 2°- les litige se rapportant au redressement ou à la faillite des entreprises en difficulté économique,
- 3°- enfin, lorsque la chambre commerciale est saisie sur appel des décisions rendues en matière commerciale par les tribunaux cantonaux de son ressort.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque les membres commerçants se substituent aux assesseurs magistrats professionnels, la chambre commerciale connaît de tous les litiges commerciaux qui ne rentrent pas dans la liste prévue au paragraphe 6 de l'article 40 C.P.C.C. à savoir, le contentieux des effets de commerce lorsqu'il oppose des commerçants ou celui des contrats commerciaux.

La spécialisation des chambres commerciales ne s'est pas réalisée grâce à la création d'une formation spécialisée ou d'un recyclage de magistrats professionnels. Ce sont là des procédés lents et coûteux mais dont l'efficacité est peu contestable en ce qu'elle associe la maîtrise de la technique juridique à une connaissance adéquate du monde des affaires. La méthode adoptée par la réforme de 1995 a consisté dans l'injection au sein du tribunal de première instance de membres de la profession sans faire de la chambre commerciale une juridiction exclusivement composée de commerçants comme c'est le cas en droit français. C'est le système de l' *échevinage*. Le pragmatisme de la solution n'est pas mis en doute. Les assesseurs commerçants éclairement les juges par leur expérience. C'est un système jugé supérieur a celui des tribunaux élus.

Cependant les assesseurs n'ont qu'un avis consultatif. Leur absence ne justifie pas le sursis à statuer (art. 40 al. 8) ce qui n'est pas sans influence sur la garantie des droits des justiciables notamment lorsque cette absence donne lieu à une décision rendue par un juge unique (ce qui est le cas des affaires qui doivent normalement être examinées par un président magistrat professionnel et deux assesseurs commerçants). De plus cette spécialisation demeure limitée

au tribunal de première instance. Devant les cours d'appel et la Cour de cassation la spécialisation est simplement de fait.

La question de savoir si la chambre commerciale peut statuer sur sa propre compétence ; c'est-à-dire si elle doit se déclarer incompétente ou si elle doit transmettre le dossier de l'affaire au tribunal de premier instance chaque fois que le litige ne relève pas de ses attributions doit être résolue à partir des règles régissant la compétence d'attribution.

Les règles régissant la chambre commerciale (art. 40) ne sont pas des règles de procédure mais des règles de compétence. C'est une compétence spéciale exclusive : seule la chambre commerciale peut connaître des affaires spécialement désignées par le texte qui l'organise. Ce texte l'investit d'un pouvoir propre qui se manifeste dans le fait qu'elle rend ses décisions en son propre nom. (La chambre commerciale, composée....). Il résulte de ce qui précède que la chambre commerciale doit se déclarer incompétente pour connaître des affaires qui ne relèvent pas normalement de sa compétence telle que définie par l'article 40 al 5 du C.P.C.C.

Un telle conclusion tranche évidemment avec l'un des objectifs de la réforme de 1995 à savoir la solution rapide des litiges commerciaux. C'est la raison pour laquelle la pratique est divisée. Si, certaines chambres se déclarent incompétentes lorsqu'elles ne sont pas saisies d'affaires commerciales au sens de l'art. 40 alinéa 5 du C. P. C. C, d'autres se contentent de transmettre le dossier de l'affaire au tribunal de première instance dans sa formation de droit commun. Malgré la faveur qu'elle a rencontré chez une partie de la doctrine, la première solution semble ne pouvoir se justifier que par des considérations de fait. On ne saurait, cependant, contrevenir aux règles élémentaires sur le compétence d'attribution au motif qu'elles sont contraires à l'esprit d'une réforme. La compétence exclusive peut, de l'avis d'une doctrine autorisée, aller à l'encontre de l'intérêt d'une bonne justice qu'elle se propose pourtant de réaliser. Il appartient donc au législateur lui-même d'apporter les correctifs nécessaires afin que les règles actuelles ne fassent pas obstacle à la réalisation des l'objectifs de cette réforme. Il reste que la rigueur des règles en vigueur ne doit pas faire oublier l'importante évolution de notre doit non seulement au point de vue de l'organisation judiciaire, mais aussi quant aux pouvoirs de la chambre commerciale. En disposant que cette chambre peut être investie par les parties du pouvoir de statuer sur le litige selon les règles

de l'équité, le législateur dote la justice étatique de l'un des avantages de la justice arbitrale.

b) La justice arbitrale

La justice arbitrale est une justice privée. Les arbitres sont des personnes privées investies du pouvoir de juger par ceux qui les ont désignés. C'est une justice parallèle : elle oeuvre là où la justice étatique a vocation à dire le droit.

Les parties peuvent prévoir dès la formation du contrat, avant donc même la naissance de tout litige, qu'elle soumettraient leur conflit à l'arbitrage. On parle alors de *clause compromissoire*. Elles peuvent, une fois le litige né, s'entendre pour soumettre cette contestation à un tribunal arbitral, c'est *le compromis d'arbitrage*. L'arbitrage peut aussi bien être interne qu'international.

L'arbitre ne peut être qu'une personne physique. (art. 10 du code de l'arbitrage.), si la convention d'arbitrage désigne une personne morale le rôle de celle-ci se réduit à désigner le tribunal arbitral (art. 10 al. 2). La saisine du tribunal arbitral, ainsi que l'existence d'un compromis ou d'une clause compromissoire rendent la justice étatique incompétente pour connaître de litige (art. 19 C.A).

La procédure est caractérisée par sa souplesse mais en même temps des gardes fous sont posés afin de prévenir les abus (ex : la procédure débute dès la réception par le défendeur de la demande de soumission de différend à l'arbitrage, art. 9; prorogation de l'instance par le tribunal arbitral d'arbitrage mais limitation du délai maximal dans lequel la sentence doit être rendue art. 24) . Les arbitres disposent de larges pouvoirs d'investigation, notamment la possibilité d'injonction à l'une des parties de produire une preuve détenue par elle. (article 28 al. 2). Cette possibilité n'est pas reconnue au juge civil par le code de procédure civile et commerciale. Mais cette souplesse ne signifie pas que les arbitres sont dispensés de respecter les grands principes de la procédure civile et commerciale : respect des droits de défense, l'égalité des parties motivation de la sentence, etc.

Les arbitres appliquent le droit (une loi nationale, la loi d'autonomie ou la loi désignée par la règle de conflit) à moins que les parties ne leur confèrent dans la convention d'arbitrage la qualité

d'amiabes compositeurs. Il en résulte qu'ils ne sont pas tenus d'appliquer les règles de droit et statuent en équité.

Le tribunal arbitral rend une sentence qui peut faire l'objet soit d'une exécution spontanée soit d'une exécution forcée par ordonnance du juge. Les recours contre la sentence sont limités. L'appel voie de recours ordinaire en droit commun est, en matière d'arbitrage interne, exceptionnel (art. 39). Les sentences ayant fait l'objet d'un appel ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. En matière d'arbitrage international les sentences arbitrales ne sont susceptibles que d'annulation (art. 78).

Le rôle de l'arbitrage est important en matière commerciale et notamment dans les relations internationales (ce qui explique l'apport fondamental du code de l'arbitrage qui - contrairement à la réglementation précédente - a autorisé l'Etat à recourir à l'arbitrage dans les relations commerciales internationales art. 7 - 5° du code de l'arbitrage. Ses avantages sont la rapidité, le discrétion et l'économie .

B- LA PRESCRIPTION

C'est un mode d'extinction des obligations sans satisfaction pour le créancier qui, par son inaction pendant une durée déterminée par la loi, ne peut plus voir condamner son débiteur à l'exécution.

En droit civil, le délai de prescription est de quinze ans (art. 402 C.O.C.), délai de droit commun. Contrairement au droit français où le délai de droit commun en matière commerciale est de 10 ans (art. 189 bis C.C., le délai de droit civil étant de 30 ans), notre droit commercial ne connaît pas cette spécificité. Il en résulte que le délai de droit commun du droit commercial est celui là même qui est retenu par le droit civil.

Il faut toutefois tenir compte de la *multiplicité des délais spéciaux* qui résultent aussi bien du code des obligations et des contrats que du code de commerce.

Ainsi se prescrivent pas une année de 365 jours les actions des marchands, fournisseurs et fabricants à raison des fournitures par eux faites (403/1°) ; celle des loueurs de meubles (403. /7°), (404./2° celle des intermédiaires (404. 7°). La prescription a lieu, dans ces différents

cas, même s'il y a continuation de fournitures , livraison ou services (407 C.C.)

Le droit des sociétés prévoit des délais spéciaux de prescription. Ainsi en est-il par exemple de l'action en responsabilité contre le gérant ou les associés auxquels la nullité est imputable. Cette action se prescrit par trois ans à partir de la décision d'annulation passée en force de chose jugée (art. 106 al 2 CSC.)

Des délais plus courts ont prévus. Ainsi en est-il en matière de chèque par exemple où les actions en recours du porteur contre les endosseurs se prescrivent par six mois à partir de l'expiration du délai de présentation (art. 398 al 1^{er} CC).

La pluralité de ces délais est sans doute adaptée aux différents situations. Mais c'est un facteur de complication incompatible avec les exigences du crédit.

Une jurisprudence constante n'applique les courts délais de prescription prévus par le code des obligations et des contrats que lorsque l'affaire oppose un commerçant à un non commerçant. Lorsque le litige oppose deux commerçants entre eux le délai de prescription retenu est celui de droit commun de l'article 402 c o c c'est-à-dire quinze ans. (cass. civ. 2340 5/5/64 B 21, 16562 du 11.5.89 B 197.) Le motif d'une telle solution réside dans l'idée que les courts délais sont destinés à protéger le non commerçant dans ses rapports avec les commerçants. Lorsqu'il s'agit de commerçants entre eux il leur revient d'aménager par eux mêmes les moyens de leur propre protection.

CHAPITRE II : LE REGIME PARTICULIER DES ACTES MIXTES

L'acte est mixte en ce qu'il occupe une position médiane entre le droit civil et le droit commercial. Il est civil pour l'une des parties, commercial pour l'autre. Mais la qualité des parties est sans importance en ce que l'acte mixte peut réunir deux commerçants mais il ne sera commercial qu'à l'égard de celui qui agit dans le cadre de son activité commerciale.

A l'égard du commerçant qui agit pour les besoins de sa vie domestique ; c'est un acte civil. Peu importe aussi si l'acte est accompli par le commerçant à titre principal ou à titre accessoire ; l'acte est civil

à l'égard de son vis-à-vis non - commerçant. Par ailleurs, la mixité ne concerne pas que les engagements volontaires, elle s'étend même aux engagements extra-contractuels. Il y a cependant des actes qui ne sont jamais concernés par la mixité : ce sont les acte de commerce par la forme : la lettre de change est toujours un acte de commerce quelle que soit la qualité de celui qui la crée ou participe à sa circulation.

Les actes mixtes n'obéissent pas à un régime uniforme. Les éléments du droit positif permettent parfois d'appliquer tour à tour le droit civil et le droit commercial. Ce sont les solutions dualistes (Section I). D'autres fois on appliquera les mêmes règles (civiles ou commerciales) au non commerçant et au commerçant. Ce sont les solutions monistes (Section II).

SECTION I : LES SOLUTIONS DUALISTES

Le dualisme consiste à appliquer les règles de droit commercial à celui pour lequel l'acte est un acte de commerce et à appliquer les règles de droit civil à celui pour qui l'acte est civil, (application distributive du droit civil et du droit commercial). Aucun texte de portée générale n'autorise un tel procédé. Des textes spéciaux permettent de retenir le régime distributif dans certaines modalités d'exécution des engagement et plus particulièrement la détermination du taux (article 1100 du COC) et le calcul des intérêts (article 1099 al. 2 et 3) où le législateur distingue clairement entre matière civile et matière commerciale.

Concernant d'autres situations, les textes ne sont pas aussi clairs. Ainsi en est-il en matière de preuve. La question est de savoir comment doit s'organiser le système des preuves lorsque le litige oppose un commerçant à un non commerçant ? Faut-il soumettre les deux au droit civil ou au droit commercial ? faut-il appliquer à chacun son droit et selon quels critères ?

Lorsque le commerçant agit contre un non commerçant , aucune règle ne l'autorise à l'actionner devant une juridiction spéciale, bien au contraire. A l'appui de ses prétentions il doit apporter la preuve de ses allégations. Aucune règle ne prévoit la possibilité d'appliquer un régime dérogatoire. L'article 478 COC n'admet la preuve testimoniale qu'entre commerçants. Si la prétention du commerçant a pour objet un engagement dont la valeur dépasse ou égale 1000 dinars il est tenu d'en apporter la preuve par écrit. Il devrait en être de même pour le non commerçant qui agit contre le commerçant. Cependant lorsqu'il

dispose que les engagements commerciaux se prouvent par les différents moyens qu'il a énumérés l'article 598 CC impose de distinguer entre commerçant et non commerçant. A moins de considérer que le contrat n'est commercial que lorsque toutes ses parties sont commerçantes. Or tel n'est pas le cas et le contrat est commercial du moins du côté de la partie commerçante. S'agissant d'un contrat commercial du côté du commerçant, le non commerçant peut prouver par tous les moyens. Envisagé du côté du non commerçant c'est un contrat civil et le commerçant doit prouver selon les règles du droit civil.

De tous ces éléments on peut déduire que ces solutions tiennent compte de la qualité du défendeur à la preuve . (On doit distinguer entre demandeur à l'action et demandeur à la preuve, défendeur à l'action et défendeur à la preuve). Si la preuve est faite contre le commerçant, par un non commerçant , la qualité du défendeur à la preuve (commerçant) implique que le particulier puisse appuyer ses prétentions par tous les moyens : témoignages, factures, correspondances. Il suit la loi commerciale, loi de celui contre lequel il prouve. Ainsi dans un prêt consenti à un commerçant par un non commerçant, tous les moyens de preuve sont admis lorsque c'est le non commerçant qui prétend l'existence de ce prêt.

A l'inverse lorsque le défendeur à la preuve est un non commerçant, le principe distributif veut que le commerçant apporte sa preuve selon les règles du droit civil, la loi de celui contre lequel il agit. S'il s'agit d'un engagement dont la valeur de l'objet égale ou dépasse les 1000 dinars le commerçant doit prouver par écrit.

Ce système est contraignant pour le commerçant. Il se justifie par le déséquilibre supposé entre commerçant et non commerçant. Il est cependant critiquable en ce qu'il soumet un seul acte à deux régimes différents. C'est pourquoi les solutions unitaires semblent préférables.

SECTION II : LES SOLUTIONS UNITAIRES

Il s'agit d'appliquer les mêmes règles soit civiles soit commerciales sans tenir compte de la qualité des partenaires à l'acte. *L'unité commande d'abord les règles de la compétence.* Lorsque le litige oppose un commerçant à un non commerçant, c'est le tribunal de première instance et non la chambre commerciale qui est compétent.(sauf exception comme pour les litiges qui opposent le

commerçant à un non commerçant en matière de contrat de nantissement de l'outillage industriel). La solution est différente en droit français où le particulier qui poursuit un commerçant peut l'assigner soit devant le tribunal civil soit le tribunal de commerce tandis que le commerçant ne dispose pas de cette option.

Les règles de droit civil s'appliquent par ailleurs à quelques *modalités d'exécution* des contrats : l'imputation des paiements, la capitalisation des intérêts et les sanctions de l'inexécution.

La coexistence des solutions dualistes et de solutions unitaires empêche à notre sens d'évoquer l'existence d'un principe et d'exceptions à ce principe. Il y a une sorte de casuistique qui donne matière à réflexion sur l'opportunité du maintien des actes mixtes qui mène à des distinctions artificielles, souvent difficiles à résoudre.

DEUXIEME PARTIE : LES COMMERCANTS

Ce sont les principaux acteurs de la vie des affaires. Il faut le définir (Chapitre I) d'abord pour en déterminer le statut ensuite (Chapitre II).

CHAPITRE I : IDENTIFICATION DES COMMERCANTS

On distingue entre commerçants personnes physiques (Section I) et commerçants personnes morales (Section II).

SECTION I : LES COMMERCANTS PERSONNES PHYSIQUES

Deux éléments permettent de définir le commerçant personnes physiques : l'exercice professionnel d'une activité commerciale (§.1) et l'exercice personnel de cette activité (§.2).

§. 1- L'EXERCICE PROFESSIONNEL D'UNE ACTIVITE COMMERCIALE

L'exercice professionnel d'une activité commerciale suppose l'accomplissement d'actes de commerce (A) et on peut se demander s'il est nécessaire d'exiger que cet accomplissement soit fait de manière habituelle (B).

A- L'ACCOMPLISSEMENT D'ACTES DE COMMERCE A TITRE PROFESSIONNEL

Cette exigence ressort de l'article 2 du C.C. qui définit le commerçant comme étant celui que procède à *titre professionnel* à des actes de production, circulation entremise et spéculation. La même idée est reprise par l'alinéa 2 du même article.

L'accomplissement d'actes de commerce apparaît comme un exigence fondamentale pour l'attribution de la qualité de commerçant. Cependant, ce ne sont pas tous les actes de commerce qui sont pris en considération. Seuls comptent les actes de commerce par nature. C'est l'accomplissement de ces actes qui détermine la qualité de celui qui les pratique. Quant aux actes de commerce par accessoire, ils n'ont aucune influence sur l'attribution de cette qualité, au contraire, nous avons pu

remarquer que c'est l'exercice d'une activité commerciale qui donne à ces actes, par nature civils, le qualification commerciale. Dans le même ordre d'idées, l'accomplissement d'actes de commerce par la forme n'a aucune influence sur la détermination de la qualité de commerçant. Le non-commerçant qui a pris l'habitude de régler ses dettes par des lettres de change ne devient pas, par cela seul, commerçant.

Seul donc l'accomplissement d'actes de commerce tels que définis par l'article 2 C.C. permet de retenir la qualification de commerçant. C'est donc une condition nécessaire. C'est, cependant, une condition insuffisante. L'accomplissement de ces actes ne suffit pas à lui seul de retenir cette qualification. Il faut qu'il le soit *à titre professionnel*.

Le mot « titre » n'a pas d'équivalent précis dans la version en langue arabe de l'article 2 du code de commerce. Cela nous semble normal. *Cartitre* ne signifie pas dans ce cas un document officiel, un acte qui constate cette qualité : mais plutôt une situation, une volonté d'exercer ces actes dans un cadre professionnel. Plus que le titre, c'est la profession qui détermine la qualité du commerçant. A cet égard, il ne semble pas nécessaire pour qu'on puisse parler de profession d'exiger une entreprise organisée ou au moins un fonds de commerce et une clientèle. *La profession est l'état de celui qui se livre à un activité de nature à lui procurer l'essentiel de ses ressources*.

Par ailleurs, l'activité professionnelle n'a pas besoin d'être exclusive. Un individu peut exercer deux professions distinctes dont l'une d'elles seulement peut être commerciale.

On peut donc constater que ce qui caractérise la profession, ce n'est pas l'accomplissement isolé d'un acte de commerce. C'est l'exercice organisé d'une activité en vue de réaliser des bénéfices. Ici réapparaît l'intérêt de la précision que le commerçant se reconnaît à l'exercice d'une activité dont le moteur est l'intention de spéculation. On peut toutefois s'interroger s'il est nécessaire d'exiger que l'exercice de la profession commerciale soit de manière habituelle ?

B- L'ACCOMPLISSEMENT D'ACTES DE COMMERCE DE MANIERE HABITUELLE

A la différence du droit français qui considère commerçant ceux qui exercent des actes de commerce et en fait sa profession habituelle, l'article 2 C.C. ne retient pas l'élément habitude dans la définition du

commerçant. La solution tunisienne nous semble plus défendable tant il est vrai que la profession implique l'habitude. Sans habitude, il n'y a pas profession. L'habitude suppose une répétition et une durée. C'est son *élément matériel*. Elle suppose la volonté de se comporter en tant que commerçant, c'est son *élément intentionnel*, un achat occasionnel pour la revente ne suffit pas pour instaurer l'habitude.

Mais l'habitude ne suffit pas à elle seule pour créer la profession. Il en est ainsi du fonctionnaire qui accomplit des actes de commerce au sens de l'article 2 CC, en contravention au statut général de la fonction publique. Tel est aussi le cas de tout autre individu, même s'il n'a aucun autre activité principale apparente. C'est ce genre de situation qui vise l'article 3 du code de commerce lorsqu'il soumet « *aux lois et usages du commerce quiconque de manière habituelle _____ procède aux opérations visées à l'article 2 en vue de réaliser un bénéfice* ». C'est ce qu'on désigne par le qualificatif « commerçant par habitude ». Mais une telle qualification ne semble pas opportune. Si l'habitude ne crée pas, à elle seule, la profession, on ne saurait parler de commerçant par habitude. Seul le commerçant de l'article 2 mérite cette qualification. Si l'intention du législateur avait été de créer deux catégories de commerçants il l'aurait fait soit au sein même de l'article 2 en précisant qu'est commerçant celui qui accomplit des actes de commerce à titre professionnel ou de manière habituelle, soit dans l'article 3 en spécifiant qu'est commerçant celui qui procède à l'accomplissement d'actes de commerce de manière habituelle.

La référence à la notion d'habitude procède d'une volonté protectrice des tiers et d'une volonté sanctionnatrice à l'encontre de celui qui, par habitude, procède à l'accomplissement d'actes de commerce. Le commerçant par habitude crée une apparence qui risque de tromper les tiers de bonne foi. Le texte dit « est soumis ». Le verbe soumettre marque la contrainte, le devoir, l'obligation. Strictement interprété il ne signifie pas le bénéfice, la faveur ou l'avantage. Ainsi, celui qui pratique des actes de commerce par habitude ne pourra pas réclamer l'application du taux d'intérêt commercial au cas où il aurait prêté de l'argent. Il ne pourra pas prétendre à l'application du principe de la liberté de la preuve s'il doit prouver contre un commerçant. Bref, il sera assujéti aux lois commerciales qui lui sont défavorables, celles qui lui imposent des contraintes sans qu'il puisse prétendre aux avantages de la profession, c'est à dire aux droits des commerçants.

§. 2- L' EXERCICE PERSONNEL D' UNE ACTIVITE COMMERCIALE

Cette condition n'est pas exigée par le code de commerce. Mais c'est une affirmation qui tient de la logique que pour pouvoir être qualifié de commerçant, l'exercice de la profession doit être de manière autonome : c'est ce qu'on appelle l'indépendance juridique du commerçant. Le commerçant spéculé dans son intérêt propre et à visage découvert. S'il est lié à autrui par un lien de subordination, il ne sera pas considéré comme commerçant.

Le loi s'inscrit exactement dans ce sens. Il en est ainsi des salariés de l'entreprise. Le lien de subordination juridique fait que le salarié n'a pas cette indépendance nécessaire pour travailler pour son propre compte. La solution est la même pour les voyageurs, représentants, Placiers (V.R.P.) qui prospectent la clientèle de l'entreprise qu'ils représentent. L'article 409 du Code du travail précise les conditions en vertu des quelles le contrat qui lie les V.R.P. aux commerçants, est considéré comme un contrat de louages de travail.

SECTION II : LES COMMERCANTS PERSONNES MORALES

On distingue entre personnes morales de droit privé (§.1) et personnes morales de droit public(§.2).

§. 1- LES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE

Ce sont les associations, les sociétés civiles et les sociétés commerciales. Les associations et les sociétés civiles sont régies par le droit civil. Quant aux sociétés commerciales on distingue entre sociétés commerciales par l'objet et commerciales par la forme . Les premières sont les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple. Les sociétés commerciales par la forme sont les sociétés par actions (sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions) et les sociétés à responsabilité limitée (unipersonnelles et pluripersonnelles).

§. 2- LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

Depuis longtemps l'Etat intervient dans la vie des affaires. De nombreux services publics sont exploités en régie . C'est l'exemple

du monopole de l'alcool , du tabac. Mais l'Etat n'est pas considéré comme commerçant. Les activités de production et d'échange ne sont que des accessoires à des fonctions plus générales étrangères par nature à la commercialité.

En revanche les établissements publics à caractère industriel et commercial sont considérés comme des commerçants et sont à cet égard assujettis à l'immatriculation au R.C. (art. 2 L. 2.5.95). Les sociétés nationales (ex. SNDP) et les sociétés d'économie mixtes dans lesquelles les capitaux privés sont associés avec les capitaux publics sont considérées comme des commerçants. (On parle d'entreprises à participations publiques).

CHAPITRE II : LE STATUT DES COMMERCANTS

L'accès aux professions commerciales est en principe libre (S. I). Or à partir du moment où on choisit de devenir commerçant on doit respecter les obligations inhérentes à cette activité (S. II).

SECTION I : LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est apparu pour la première fois dans l'histoire de la Tunisie contemporaine avec le Pacte fondamental et la constitution de 1861. La constitution de 1959 ne l'a pas explicitement consacré. Mais on considère qu'il s'agit d'une liberté garantie par cette constitution. La liberté d'entreprendre est l'un des aspects de ce principe. Elle consiste dans le droit de se livrer à l'activité commerciale industrielle par toute personne physique ou morale. L'examen du contenu de cette liberté (§ 1) s'impose avant d'en déterminer les limites (§.2).

§.1- LE CONTENU DE LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE

La liberté d'entreprendre se traduit par la reconnaissance de ce principe (ce qui n'est pas sans évoquer l'existence d'exceptions) à toute personne physique ou morale de se livrer au commerce ou à l'industrie de son choix. Il peut s'agir soit de la création d'une entreprise nouvelle soit de la reprise ou l'extension d'une entreprise déjà existante. Cette liberté suppose également la possibilité d'inventer tout genre d'activité commerciale se rapportant à l'industrie, aux prestations de services ou aux modes de distribution. Cette liberté n'est pas limitée, dans l'espace national (sauf quand il s'agit de restrictions particulières tenant par

exemple à la nationalité de l'intéressé). Elle n'est pas limitée par le nombre de personnes admises à faire le commerce ou l'industrie (sauf exceptions : ex fixation d'un minimum d'associés des S.A., du maximum des associés des SARL).

Menacée lors de l'expérience des collectivisations cette liberté n'a pas perdu sa valeur constitutionnelle, ni sa qualification de liberté publique. L'option actuelle pour l'adoption d'un système fondé sur l'économie libérale est de nature à consolider cette liberté. Ceci se manifeste essentiellement dans les textes législatifs et réglementaires qui encouragent la liberté d'entreprendre. Ces différentes dispositions marquent la volonté du législateur d'accorder des incitations financières, des incitations fiscales et de prendre des mesures administratives pour favoriser la création et le développement d'entreprises nouvelles.

C'est ainsi que pour encourager les investissements un code d'incitation aux investissements a été promulgué par une loi du 27.12.1993 , plusieurs fois modifiée.(Néji Baccouche, le code de l'incitation aux investissements, RTD 2000). Une agence de promotion de l'investissement extérieur a été créée (loi du 6.2.1995). Des primes sont accordées pour les investissements réalisés dans les activités de recherche développements dans les secteurs de l'industrie et l'agriculture et de la pêche (D. 94-536 du 10-3-1994) Des avantages fiscaux sont accordés (D.94-1191 du 30-5-1994). Il en est ainsi également des avantages sociaux tels que la prise en charge par l'Etat de la contribution nationale au régime de la sécurité sociale (D. 94-494 28.2. 94) On notera par ailleurs la multiplication des incitations financières : refonte de la réglementation relative au fonds de promotion et de décentralisation industrielle (FOPRODI, qui a pour objet de favoriser de la promotion des entrepreneurs et d'encourager la création et le développement de petites et moyennes entreprises (D. du 9.6.78). Le cadre juridique de la liberté d'entreprendre est sans cesse amélioré : réorganisation de registre du commerce, réorganisation du marché financier, refonte de la législation bancaire, refonte de la législation sociale (instauration de la flexibilité de l'emploi...).

L'intervention de l'Etat vise ainsi à encourager l'initiative privée et à offrir le cadre juridique adéquat pour un meilleur exercice de la liberté d'entreprendre. Or l'encadrement juridique de cette liberté suppose l'existence de limites.

§. 2- LES LIMITES A LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE

Deux catégorie de limitations ; les unes sont pour objet la protection du mineur et de l'incapable, les autres sont motivées par des préoccupation d'intérêt général.

A- LES INCAPACITES (RAPPEL)

L'exercice du commerce comporte des risques : la spéculation suppose la possibilité de réaliser des bénéfices, elle peut entraîner des pertes qui pourraient atteindre le patrimoine de l'individu dans sa totalité. C'est pour cela qu'on affirme que l'exercice du commerce est dangereux et exige une certaine maturité. Ceci concerne aussi bien les mineurs (On consultera à leur sujet les développements précédents sur la capacité dans la cadre du régime général des actes de commerce), que les incapables majeurs.

S'agissant des incapables majeurs, c'est le régime de droit commun qui s'applique. Les actes du déments sont nuls, qu'ils soient accomplis avant et après le jugement d'interdiction. Les actes accomplis par le faible d'esprit avant son interdiction sont annulables si la cause de l'interdiction existait notamment à l'époque où ces actes ont été faits. Les actes problématiques au jugement d'interdiction sont nuls s'ils ont été faits sur l'assistance du tuteur qui peut les homologuer.

Les actes accomplis par le prodigue avant son interdiction sont valables et un peut faire l'objet d'une demande en nullité. La validité de ses actes accompli après le jugement d'interdiction est subordonné à l'homologation de son tuteur.

Pendant l'interdiction , les biens des incapables sont administrés par des tuteurs qui ont soumis dans cette gestion aux dispositions du décret du 18-7-1957 sur l'organisation de la nomination de tuteurs et le contrôle de leur administration et comptes de gestion.

Les mêmes règles sont applicables à la tutelle des personnes condamnées pour un seul crime à une peine d'emprisonnement pour une période dépassant dix années. Ces personnes sont mises en état d'interdiction légale pour la durée de la peine en application de l'article 30 C.P.

B- LES INCOMPATIBILITES DECHEANCES ET INTERDICTIONS

a) **L'incompatibilité** est l'interdiction faite à certaines personnes d'exercer le commerce en raison de leur fonction ou de leur profession.

Les fonctionnaires de l'Etat offrent le meilleur exemple d'incompatibilité de leur fonction avec les professions commerciales. C'est le statut général de la fonction publique qui le prévoit (loi de 1983) Les statuts particuliers reprennent cette incompatibilité. C'est par exemple le cas des magistrats. La loi du 14-7-1967 relative au statut de la magistrature prévoit dans son art. 16 al. 1 que "l'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice de toute autre activité professionnelle ou salariée".

L'incompatibilité existe également pour les professions libérales : avocats, huissiers-notaires et notaires. Des sanctions disciplinaires sont prévues. Mais les actes faits en infraction à la loi sont valables : la personne qui les a faits sera considérée comme commerçant elle ne peut se prévaloir de sa faute pour échapper à ses obligations professionnelles. Elle peut être mise en faillite. Mais elle n'aura que les inconvénients de la qualité de commerçant sans pouvoir prétendre à ses avantages.

b) Les déchéances

L'exercice du commerce suppose une bonne moralité. Pour cette raison le législateur interdit l'exercice de certaines professions commerciales aux personnes frappées de certaines sanctions pénales . Ainsi le courtiers d'assurance ne peut exercer sa profession que s'il justifie de la possession d'une carte professionnelle qui ne peut être accordée lorsque le requérant a été condamné pour un crime ou délit intentionnels (art. 70 et 71 du C.A).

Notre droit n'a pas aménagé un cadre général interdisant aux personnes frappées de certaines sanctions pénales l'exercice du commerce. La situation est différente en droit français où la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales frappe de déchéance (appelée incapacité générale) les personnes ayant fait l'objet de certaines condamnations. Il s'agit pour l'essentiel , dans notre système, de déchéances particulières à certaines professions ou à certaines infractions. Il en résulte que la personne frappée de déchéance et qui exerce malgré tout le commerce sera soumise aux obligations des commerçants. Elle ne pourra pas bénéficier des droits qui leur sont normalement reconnus.

c) Les interdictions et autorisations

Pour des raisons d'ordre public l'Etat interdit ou soumet à autorisation l'exercice des certains commerces. C'est ainsi que

l'exercice du commerce par les étrangers fait l'objet d'une réglementation précise par le décret loi du 30 Août 1961 tel que modifié par la loi du 11 août 1985.(et l'arrêté du 14-9-1961 tel que modifié par l'arrêté du 22-12-1998 relatif à la carte de commerçant, JORT, 1999 n°1, p.9) L'article 2 dudit décret - loi prévoit que "les personnes physiques et morales qui ne possèdent pas la nationalité tunisienne ne peuvent exercer directement ou indirectement une activité commerciale que si elles répondent à l'une des conditions énumérées par l'article 4 de ce décret loi. L'intéressé doit soit : 1- être ressortissant d'un Etat ayant conclu avec la Tunisie une convention de garanties réciproques en matière d'investissement, soit 2- être ressortissant d'un Etat qui aura conclu avec la Tunisie une convention d'établissement spécifiant expressément l'exercice de l'activité en question, soit 3- avoir passé avec l'Etat tunisien une convention approuvée par une loi, soit 4- avoir été agréé comme sous-traitant d'une entreprise tunisienne et uniquement pendant la durée des travaux faisant l'objet par la demande d'agrément, soit 5- se livrer à l'extraction des matières premières, soit 6- procéder à la fabrication ou à la transformation des produits manufacturés , à leur entretien , leur réparation ou installation, soit 7- se livrer à des opérations de banque de change et de bourse , soit 8- se livrer au commerce et à la distribution des hydrocarbures, soit 9- exécuter sous certaines conditions des travaux financés par des fonds publics ou privés provenant des pays desquels ils ressortissent, soit enfin 10- avoir obtenu une carte de commerçant étranger. Cette dernière condition concerne toute personne physique ou morale voulant exercer l'une des activités énumérées par le texte.

Par ailleurs plusieurs activités ne peuvent être exercées sans l'obtention d'une autorisation préalable de l'administration. Les entreprises d'assurance et de banque les activités d'intermédiaire en bourse et d'intermédiaires des commerce, celle de promoteur immobilier sont soumises à l'autorisation préalable. Il en est de même pour l'importation l'exportation le raffinage et la distribution des produits pétroliers. La réglementation de ces activités par l'exigence des autorisations préalables marque la volonté de l'Etat de contrôler les secteurs sensibles de l'activité économique. Ce contrôle n'est pas incompatible avec l'idée de la liberté d'entreprendre. Il s'agit de rationaliser l'exercice de cette liberté.

Une nouvelle tendance est remarquée : les autorisations préalables sont progressivement remplacées par des cahiers des

charges. Ainsi en est-il de l'exercice des activités de concessionnaire, de représentant de commerce, de commerce des ascenseurs et assimilés, de conseiller en exportation, d'agent de publicité commerciale et d'agent immobilier (Loi n° 66 du 10 juillet 2001 , art. 2, JORT, 2001 n 55.)

SECTION II : LES OBLIGATIONS DES COMMERCANTS

Deux catégories d'obligations pèsent sur les commerçants la première est relative à l'immatriculation au registre du commerce (§.1), la seconde consiste dans des obligations comptables et fiscales (§.2).

§. 1- L'IMMATRICULATION AU REGISTRE DU COMMERCE

Le registre du commerce est un répertoire officiel des personnes physiques et morales exerçant le commerce. Il permet de réunir et de diffuser un certain mode de renseignements concernant ces personnes et leurs entreprises.

Diverses conceptions du registre du commerce sont possibles. La première veut que le registre du commerce soit constitutif de droit, il confère la qualité de commerçant à ceux qui sont tenus de s'y inscrire. C'est la conception allemande. Dans une autre conception, le registre du commerce n'est qu'un simple répertoire de renseignements données par les commerçants sous la responsabilité des déclarants. Aucune garantie n'est offerte. Les effets juridiques de l'institution sont restreints. C'est le régime français du décret de 1919.

L'option du législateur tunisien occupe une place médiane entre ces deux conceptions. Le décret du 16 juillet 1926, instituant pour la première fois en droit tunisien le registre du commerce, n'a pas fait de ce registre un simple catalogue. L'immatriculation y était obligatoire pour les commerçant français et tunisiens. A défaut d'inscription dans les délais, des sanctions pénales étaient encourues. Mais l'immatriculation n'emportait aucune conséquence sur la qualité de commerçant. Ce texte était demeuré en vigueur jusqu'à la loi du 2 mai 1995.

Sur le plan de l'organisation, peu d'innovations sont à relever. Comme le décret de 1926, la loi de 1995 prévoit un registre local et un registre national. Le registre local est tenu auprès de chaque tribunal de première instance par le greffier. Il comprend toutes les indications

initiales et toutes les notifications postérieurs ainsi que les radiations, actes et pièces devant être déposés. Ces données sont regroupées dans une centrale informatique rattachée aux services du ministère de la justice. Le registre national est tenu par l'institut national de la normalisation et de la propriété intellectuelle (INNORPI) qui centralise les renseignements consignés dans chaque registre local. Des inscriptions diverses doivent être accomplies (A). Elles emportent des effets tandis que leur défaut engendre des sanctions (B).

A- LES DIVERSES INSCRIPTIONS

Il s'agit de l'immatriculation principale (a), des immatriculations secondaires, des inscriptions complémentaires, des inscriptions modificatives et des radiations (b) qui sont toutes soumises à un contrôle(c).

a) L'immatriculation principale

L'obligation de l'immatriculation principale pèse aussi bien non les personnes physiques que sur les personnes morales. Elle pèse les personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens du code de commerce, les personnes physiques exerçant une activité sous le nom d'une société de fait et ayant la qualité de commerçant ainsi que les étrangers exerçant un activité commerciale en Tunisie.

Concernant les personnes morales, il s'agit des sociétés jouissant de la personnalité morale et ayant leur siège en Tunisie ; des sociétés commerciales étrangères, des représentations qui ont un établissement ou une succursale en Tunisie et des sociétés non-résidentes : à cela s'ajoute les établissement publics à caractère industriel et commercial, et d'une manière générale toute personne morale à laquelle la loi impose de prendre une immatriculation.

Mais qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, l'exécution de l'obligation prend la forme d'une *déclaration volontaire de l'intéressé*. Cependant, une procédure d'injonction existe pour contraindre les récalcitrants à prendre une immatriculation.

La déclaration contient des renseignements sur l'identité, l'état civil du déclarant et de son conjoint s'il entend collaborer à l'exercice de l'activité commerciale de l'assujetti. En renferme des renseignements sur l'établissement : son adresse, l'objet des activités commerciales

exercées, l'indication s'il s'agit d'une création d'un fonds de commerce. Des indications sont spécifiques aux sociétés (art. 11) la raison sociale, la forme, le montant du capital social, etc.

L'immatriculation principale présente un caractère personnel (art. 3 LRC). Elle est unique (on ne peut pas être immatriculé plus d'une fois). Elle doit être demandée au greffe du tribunal de première instance du siège au début de l'activité du commerçant personne physique (art. 8). S'agissant des sociétés, elle doit être demandée dès l'accomplissement des formalités de constitution, sous réserve du respect des dispositions du code des sociétés commerciales relatives à la publicité des sociétés. Pour les autres personnes morales, la demande d'immatriculation doit être faite dans le mois qui suit l'ouverture du siège ou de l'établissement réservé à son activité.

Qu'il soit personne physique ou personne morale le requérant doit produire avec sa demande toutes les pièces justificatives et les actes nécessaires pour assurer une bonne publicité commerciale (art. 3 art. 25).

b) Les autres inscriptions

Le mot inscriptions est utilisé dans un sens large. Il désigne des situations multiples.

1°) Immatriculation secondaire et immatriculation complémentaire

L'immatriculation *secondaire* concerne aussi bien les commerçants personnes physiques que les personnes morales à l'exception des EPIC et des personnes morales non expressément désignées par l'art. 2 LRC . Elle doit être requise toutes les fois qu'un établissement secondaire est ouvert dans le ressort d'un tribunal autre que celui dans lequel le commerçant ou le personne morale sont déjà immatriculés. (art. 14/1°). Le dernier alinéa de l'art. 14 L. 95 définit l'établissement secondaire comme étant tout établissement permanent distinct de l'établissement principal et dirigé soit par l'assujetti, soit par un préposé, soit par un mandataire.

Si l'établissement secondaire est ouvert dans le ressort du même tribunal dans lequel le commerçant ou le personne morale sont déjà immatriculés il s'agit de demander une immatriculation *complémentaire* (art. 14/2°) .

La demande d'immatriculation secondaire ou complémentaire doit intervenir dans un mois à partir de l'ouverture de l'établissement secondaire.

2°) Il y a lieu à demander une *nouvelle immatriculation* lorsqu'une personne morale déjà immatriculée transfère son siège ou son premier établissement dans le ressort d'un tribunal dans lequel elle n'était pas déjà immatriculée à titre secondaire. Si elle a déjà une immatriculation secondaire dans le ressort de ce tribunal, elle demandera *la transformation de son immatriculation secondaire en immatriculation principale* (art.20).

Dans les deux cas, la demande doit intervenir dans le mois à partir du transfert.

3°) Il y a lieu, d'autre part, à *inscription modificative* dans le délai d'un mois, toutes les fois que la situation du commerçant ou de la société subit un changement qui exige la rectification ou le complément des énonciations. Il en est ainsi notamment de l'incapacité et de l'interdiction.

4°) *Les inscriptions d'office et les radiations*. L'article 34 L. 95 énonce les différents hypothèses dans lesquelles le greffier doit procéder aux *mentions d'office*. Il s'agit à titre exemple des déclarations de cessation de paiement, des décisions d'interdiction, des décisions prononçant la faillite de la société. L'art. 36 énumère d'autres hypothèses d'inscriptions d'office.

La radiation doit être demandée par le commerçant qui cesse totalement son activité. Pour la personne morale elle est demandée par le liquidateur.

La radiation d'office atteint tout commerçant interdit d'exercer une activité commerciale ou décédé. Elle intervient dans d'autres cas, comme la dissolution de la personne morale. 11 (art. 39, 4°, 41, 42).

c) Le contrôle des formalités d'immatriculation

Le greffier s'assure de la régularité des demandes. Il vérifie la conformité des énumérations aux exigences légales : il procède à l'inscription dans les 15 jours de la réception de la demande. *Il ne peut se faire juge de la validité des actes juridiques qui lui sont présentés*. S'il estime que la demande n'est pas conforme aux prescription de la loi

sur le registre du commerce il saisit (dans le délai de 5 jours de la réception de la demande) le juge commis à la surveillance du registre : ce dernier statue par ordonnance. Ceci vaut toutes les fois qu'il y a contestation soulevée au cours de l'immatriculation. Ces ordonnances sont susceptibles d'opposition dans les 15 jours à partir de la notification par lettre recommandée avec accusé de réception de l'ordonnance. Elle est examinée par le Tribunal de première instance qui y procède en chambre de conseil.

B- LES SANCTIONS ET LES EFFETS DES INSCRIPTIONS

La loi prévoit des sanctions pénales (a) et des sanctions civiles (b).

a- Les sanctions pénales

Elles frappent les personnes qui n'ont pas déféré aux injonctions du juge commis à la surveillance du registre de requérir une immatriculation, une mention complémentaire ou une radiation. Elles frappent ceux qui procèdent à des déclarations frauduleuses ou qui ne mentionnent pas dans les factures, bons de commande, etc. le numéro d'immatriculation.

b- Les sanctions civiles

1) Les effets de l'immatriculation

L'immatriculation d'une personne physique emporte *présomption de la qualité de commerçant* (art. 60 al. 1). C'est l'affirmation du caractère déclaratif de l'immatriculation. On lui oppose le caractère constitutif retenu par le droit allemand . Cette différence s'explique par le fait qu'à la sévérité du contrôle résultant d'un examen judiciaire approfondi des demandes en droit allemand correspond une présomption irréfragable de la présomption, tandis que le droit tunisien donne à l'immatriculation un effet simplement déclaratif parce que le contrôle est un contrôle minimum.

La présomption de l'art. 60 ne vaut que pour les personnes physiques. Pour les personnes morales et avant la promulgation du code des sociétés commerciales par la loi du 3 novembre 2000, l'immatriculation ne conférait ni la personnalité morale ni la qualité de commerçant aux sociétés commerciales par l'objet. Avec le code des sociétés commerciales , si la solution concernant la qualité de

commerçant n'a pas été abandonnée on note une importante évolution apportée par l'article 4 de ce code. A partir de l'immatriculation, la société régulièrement constituée jouit de la personnalité morale ; autrement dit l'immatriculation confère la personnalité morale à la société commerciale.

La présomption de la qualité de commerçant pour les personnes physiques est une présomption simple . Elle peut être combattue par la preuve contraire.

Le problème est de savoir si la preuve contraire peut être apportée aussi bien par l'intéressé que par le tiers ou seulement par ces derniers.

L'alinéa 2 de l'article 60 de la LRC précise que cette présomption « n'est pas opposable aux tiers qui apportent la preuve contraire ». Seuls donc les tiers sont admis à prouver le contraire. Une telle solution correspond à la finalité de protection des tiers qui s'ils y trouvent intérêt contesteront la qualité de commerçant de leur partenaire sans que celui-ci puisse échapper à ses obligations en apportant la preuve contraire. C'est également une application d'un principe général du droit consacré par l'article 547 du code des obligations et des contrats en vertu duquel nul ne peut venir contre son fait.

La lecture de la partie finale du même texte (art.60 al.2) permet de faire une nuance. Dans sa version en langue française le texte précise que nul ne peut se prévaloir de la présomption s'il a été prouvé que la personne immatriculée n'avait pas la qualité de commerçant, ce qui autoriserait l'intéressé lui même à apporter la preuve contraire. Mais la version en langue arabe du même texte, celle qui fait foi en cas de contradiction, précise que nul ne peut se prévaloir de cette présomption s'il a été établi que le tiers savait que l'intéressé n'avait pas la qualité de commerçant. La preuve contraire aura donc un objet limité. L'intéressé ne pourra pas prouver qu'il n'avait pas la qualité de commerçant mais seulement que le tiers savait qu'il n'était pas commerçant.

2- Les effets du défaut d'immatriculation

L'immatriculation confère à toute personne physique qui exerce une activité commerciale à titre professionnel la qualité de commerçant de droit. Il en résulte que tout le statut des commerçants lui est applicable c'est à dire aussi bien les droits que les devoirs . Aussi, un individu ne devient commerçant de plein exercice que s'il se livre à une activité commerciale et s'il a fait immatriculer au registre du commerce.

A L'expiration du délai de 30 jours à compter du commencement de son activité, l'assujetti qui n'a pas requis son immatriculation ne peut pas se prévaloir de sa qualité de commerçant tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des administrations publiques. Il ne peut pas invoquer la compétence de la chambre commerciale, ni utiliser les modes de preuve du droit commercial. Il en sera ainsi jusqu'à ce qu'il se fasse immatriculer. En revanche, il ne peut invoquer son défaut d'immatriculation pour se soustraire aux obligations inhérentes à la qualité de commerçant. Il en résulte que les tiers peuvent s'ils y trouvent avantage, invoquer la qualité réelle de commerçant de l'intéressé : l'assigner devant la chambre commerciale, demander le prononcé de sa faillite. L'intéressé supporte les charges de sa qualité et ne bénéficie pas de ses avantages. Ce n'est qu'un commerçant de fait.

L'immatriculation au R.C. conduit par conséquent à revoir la classification commerçant à titre professionnel « commerçant » par habitude et à adopter la distinction commerçant de droit (CD), commerçant de fait (CF) :

C.D.

- Commerçant professionnel qui prend une immatriculation au R.C.

-« Commerçant» par habitude qui prend une immatriculation et jusqu'à preuve contraire

-Autres personnes qui n'ont pas la qualité de commerçant au sens de l'art. 2 c. c. et qui prennent une immatriculation.

C.F.

- Commerçant à titre professionnel qui ne prend pas une immatriculation au R.C. et jusqu'à ce qu'il la prenne.

- « commerçant » par habitude qui ne prend pas une immatriculation.

Il en résulte que le « commerçant par habitude » devient une sous-catégorie de la catégorie commerçant de fait en même temps qu'une sous-catégorie de la catégorie commerçant de droit .

3-Les effets du défaut de radiation

Le commerçant immatriculé qui ne demande pas sa radiation conserve sa qualité de commerçant. L'alinéa 3 de l'article 61 consacre l'une des conséquences de cette sanction : le commerçant inscrit qui cède un fonds de commerce ne peut opposer la cessation de son activité

pour se soustraire aux obligations contractées par son successeur qu'à partir du jour de la radiation.

4- L'inopposabilité aux tiers des faits et actes non mentionnés

C'est l'article 62 qui dispose que dans l'exercice de son activité, la personne assujettie à immatriculation ne peut opposer ni aux tiers, ni aux administrations les actes sujets à mention que si ces actes ont été publiés au R.C. Ainsi à défaut de mention, le commerçant ne peut opposer par exemple la mise en location-gérance de son fonds de commerce . La société ne peut opposer la modification des statuts. Cependant les tiers et les administrations ne peuvent se prévaloir de cette sanction s'ils avaient connaissance de ce faits et actes.

§. 2- LES OBLIGATIONS COMPTABLES ET FISCALES

A- LES OBLIGATIONS COMPTABLES

La comptabilité est la science qui a pour but l'enregistrement en unités monétaires des mouvements de valeur économique en vue de faciliter la conduite les affaires financières industrielles et commerciales. Son rôle revêt une importance particulière. C'est un instrument de gestion et de prévision au service du chef d'entreprise et des associés. C'est aussi un instrument d'information du banquier , de l'administration fiscale et de l'éventuel acheteur de l'entreprise.

En évoquant les livres des commerçants , le code des obligations et des contrats.(art. 461 et suivants du C.O.C.) ne s'était pas fixé à l'époque de son adoption l'objectif de réglementer la comptabilité des commerçants en ce sens que rien ne permettait de dire que la tenue de ces livres tenue était obligatoire. Le code reconnaît à ces livres cependant sous certaines conditions la valeur de preuves littérales.

La comptabilité des commerçants n'est devenue obligatoire qu'avec le code de commerce. (articles 7 à 13). L'article 7 de ce code impose à tout commerçant personne physique ou morale la tenue d'une comptabilité. D'autres textes, notamment la loi du 30-12-1996, relative au système comptable des entreprises (LSCE), et les dispositions du code de l'impôt sur le revenus des personnes physique et de l'impôt sur les sociétés sont venus abroger et modifier quelques unes de ces dispositions. De ces différents textes se dégage la détermination des documents comptables (a) et de leur force probante (b).

a) Les documents comptables

Le tenue d'une comptabilité est une obligation qui pèse sur toute personne physique en morale qui a la qualité de commerçant (art. 7 C.C.). L'alinéa 2 du même texte dispense une catégorie de personnes physiques en tenant compte de leur compte d'affaire annuel. Il faut désormais tenir compte pour la détermination de ces personnes de l'art. 62 §.III de code de l'IRPP et de l'IS qui fait une énumération limitative.

L'article 2 de la loi du 30 décembre 1996 LSCE dispose que la tenue d'une comptabilité s'appuie sur des pièces justificatives et comporte la tenue des livres comptables et l'élaboration et la présentation des états financiers.

Les livres comptables sont régis par l'article 11 de la LSCE . Ils comportent le journal général , le grand livre le livre d'inventaire et la balance. Ce sont les documents comptables obligatoires qui peuvent être accompagnés de documents facultatifs , ce sont les journaux auxiliaires et les livres auxiliaires.(art. 14 LSCE) .

Le journal général comporte toutes les opérations découlant des transactions de l'entreprise et des effets des événements liés à son activité et qui ont un impact sur ses résultats et ses performances financières (ex. achats et ventes, paiement de factures, versements des salaires). C'est la mémoire de l'entreprise. L'enregistrement doit se faire chronologiquement opération par opération, jour par jour et appuyé des pièces justificatives.

Le grand livre reçoit les écritures du journal général. Il en est le complément indispensable. Les écritures du journal général sont portées sur le grand livre et ventilées selon les comptes de l'entreprise conformément à la nature de l'opération (achats ventes, caisse, banque...) de façon à suivre l'évolution des différents comptes.

La balance comporte les totaux des opérations et les soldes ouverts dans le grand livre. Elle est établie périodiquement et au moins une fois par exercice.

L'inventaire c'est un relevé de tous les éléments d'actif et de passif, matériels et immatériels du patrimoine de l'entreprise ainsi que leur existence physique et la valeur de chacun d'eux à la date d'inventaire. Il doit être réalisé au moins une fois par exercice (art. 17 LSCE). Le livre d'inventaire doit être suffisamment détaillé pour permettre la justification de tous les éléments des états financiers.

Les états financiers comportent le bilan, l'état de résultats, le tableau de flux de trésorerie et les notes aux états financiers. Ils forment un tout indissociable (art.18 LSCE). Ils sont portés sur le livre d'inventaire.(art.20 al 2).Ils doivent être élaborés et présentés dans les

trois mois qui suivent la date de clôture de l'exercice comptable. L'article 19 fixe les objectifs de états financiers qui doivent présenter de manière fidèle la situation financière réelle de l'entreprise, ses performances , les changements de cette situation et refléter l'ensemble des opérations de l'entreprise.

b) La force portante des documents comptables

Les articles 11 et suivants réglementent la force probante des livres des commerçants **lorsque le litige oppose des commerçants pour faits de commerce**. L'art. 11 C.C. dispose à cet effet que la preuve par les livres de commerce sera admise entre commerçant pour faits de commerce si ces livres sont régulièrement tenus. S'ils ne le sont pas ils n'ont force probante que contre l'assujetti, et non en sa faveur. Dans le même esprit, l'article 26 LSCE dispose que les documents comptables à savoir les états financiers, les documents, livres , balances et les pièces justificatives y afférentes peuvent être admis pour faire preuve en justice, à condition qu'ils soient conformes aux dispositions de cette loi.

La loi précise les critères en vertu desquels le tenue des documents comptables peut être considérée comme régulière. En effet, la comptabilité de l'entreprise peut avoir indifféremment un support papier ou informatique. Dans le premier cas , l'alinéa 2 de l'article 11 LSCE prévoit que le journal général et le livre d'inventaire sont cotés et paraphés au greffe du Tribunal dans le ressort duquel est situé le siège de l'entreprise ou toute autre autorité compétente prévue par les législations spéciales. Ces livres précise l'alinéa 3 du même texte, sont tenus sans blanc ni altération d'aucune sorte. Lorsqu'ils sont issus de l'informatique , les documents comptables doivent être identifiés datés et numérotés dès leur élaboration par des moyens offrant toute garantie en matière de preuve (art. 14 al.3 LSCE).

L'article 12 du code de commerce prévoit les cas dans lesquels les documents comptables sont intégralement communiqués en justice. Ce sont les cas de succession, de société et de faillite.

En dehors de ces cas, l'intéressé peut offrir de communiquer les extraits de ses livres qui concernent le litige, son adversaire peut le demander et le juge peut le requérir d'office.

Si la partie aux livres de laquelle on offre de faire foi refuse de les représenter sans motif valable, le juge admettra les dires de l'autre partie en lui déférant le serment (art. 13 CC).

Les dispositions du code de commerce sur les livres de commerce ne semblent pas avoir abrogé celles du code des obligations et des contrats **lorsque le litige oppose un commerçant à un non commerçant**. L'article 461 COC ne prévoit aucune condition relative à

la régularité des livres des marchands. Lorsque ces livres portent l'annotation ou la reconnaissance écrite de l'autre partie ou correspondent à un double qui se trouve entre les mains de cette dernière , ils constituent pleine preuve contre elle et en sa faveur.

Les autres textes (462 à 469) organisent les cas et les modalités de la représentation en justice de ces livres de même que la sanction en cas de défaut de représentation. La ressemblance entre les solutions du code des obligations et des contrats et celles du code de commerce est évidente, sauf à remarquer que les premières sont parfois plus détaillées.

B- LES OBLIGATIONS FISCALES

Les commerçants sont des contribuables de l'Etat . Ils sont assujettis à payer trois catégories d'impôts .

Les commerçants personnes physiques sont assujettis à l'impôt sur le revenu au titre des bénéfices industriels et commerciaux qu'il réalisent (art. 9 du code de l'IRPP et IS). C'est l'impôt sur les bénéfices.

Les sociétés commerciales sont assujetties à l'impôt sur les sociétés art. 45 I, Code IRPP et IS. Il s'applique aux sociétés de capitaux (SA , SCPA et SARL) les sociétés de personnes, les associés sont assujettis à l'impôt sur le revenu des personnes physiques.

Enfin, la taxe sur la valeur ajoutée est un impôt indirect qui frappe essentiellement les activités économiques. C'est un impôt général que les commerçants parmi d'autres professionnels collectent pour le compte de l'Etat.

TROISIEME PARTIE : LE FONDS DE COMMERCE

Qu'il s'agisse d'un exploitant personne morale ou physique, il est toujours nécessaire d'aménager un cadre d'activité qui n'est pas forcément une boutique. Ainsi une société industrielle a un fonds de commerce bien qu'elle n'exploite aucun magasin. *Le fonds de commerce* est donc le cadre juridique principal de l'entreprise commerciale.

La notion de fonds de commerce n'a été consacrée par le législateur en France qu'avec la loi du 17 mars 1909. C'est cette même loi qui a inspiré le décret beylical du 18 juillet 1927 sur la vente et le nantissement du fonds de commerce que le code de 1959 a repris dans ses articles 189 et suivants qui constituent actuellement le siège de la matière. L'absence de définition législative du fonds de commerce n'empêche pas de tenter de l'identifier à partir de ses *éléments* (Chapitre I) pour s'interroger ensuite, dans une optique de synthèse, sur *sanature juridique*(Chapitre II). L'importance de ce bien, qui ne cesse de croître sur le plan économique, justifie l'intérêt réservé aux *opérations* juridiques dont il peut faire l'objet.(Chapitre III).

CHAPITRE PREMIER: LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU FONDS DE COMMERCE

Ces éléments sont les éléments incorporels (section I) et les éléments corporels (section II).

SECTION I : LES ELEMENTS INCORPORELS

Sans que les autres éléments soient démunis d'importance (sous-section III) ; la clientèle (sous-section I) et le droit au bail (sous-section II) sont les éléments incorporels les plus importants du fonds de commerce.

SOUS- SECTION I : LA CLIENTELE

§1-Définition et nature

Aux termes de l'article 189 alinéa 2 du code de commerce le fonds de commerce comprend la clientèle et l'achalandage. La différence entre ces expressions consisterait dans le fait que la clientèle serait composée des personnes attirées par les qualités personnelles du

commerçant tandis que l'achalandage désignerait les personnes attirées par l'implantation de l'établissement commercial.

Mais il n'y a en réalité aucune différence pratique entre ces deux expressions et il est possible de désigner sous le vocable unique de clientèle l'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et qui seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel dont ils constituent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués.

Le même texte (l'art. 189 al. 2 CC) prévoit que le fonds de commerce comprend *obligatoirement* la clientèle et l'achalandage. Une telle précision ne figure pas dans la loi française du 17 mars 1909, ce qui a suscité un débat sur la question de savoir si la clientèle est une résultante ou un élément constitutif du fonds de commerce. En apportant cette précision le législateur a tranché pour la seconde solution qui met l'accent sur l'existence préalable de la clientèle. Mais ceci ne doit pas occulter le lien évident entre existence du fonds de commerce et l'activité qui a pour finalité de l'attirer. Or quelle que soit la position prise on ne saurait perdre de vue le caractère nécessaire de la clientèle pour l'existence et la survie du fonds de commerce.

§2- Nécessité de la clientèle

La formulation de l'article 189 alinéa 2 CC ne laisse pas de doute sur le caractère essentiel de la clientèle pour le fonds de commerce. C'est ce que la Cour de cassation affirme. Pour sa part la doctrine considère que la clientèle est de l'essence du fonds de commerce, elle en est l'âme, le fédérateur des différents éléments du fonds de commerce qui sans elle seraient insuffisants pour le constituer.

Des conséquences fondamentales découlent de ce qui précède :

1. Il n'y a pas de fonds de commerce là où il n'y pas ou plus de clientèle. L'absence de clientèle ou sa disparition entraînent celles du fonds. La Cour de cassation a approuvé, dans cet esprit, les juges du fond lorsqu'ils ont décidé que le fonds de commerce disparaît du fait de la fermeture prolongée de la boutique entraînant son oubli par la clientèle et son abandon en faveur d'autres fonds (Cass.civ. n° 9418 du 9 janv. 1975 B.I., 25).

2. Le transfert du fonds suit le transfert de la clientèle. On ne saurait concevoir une cession de fonds, vente ou apport en société, sans cession de clientèle. Il n'est pas indispensable que tous les éléments soient cédés de manière globale. Il suffit de céder les éléments qui

attirent la clientèle pour que le fonds soit transmis du même coup. L'appréciation des différentes situations de fait revient aux tribunaux qui décideront en fonction de la nature de l'activité. Ainsi la cession par un commerçant de détail de son droit au bail vaut -elle cession de son fonds de commerce.

3. Le fonds existe dès lors qu'il y a une clientèle et alors même qu'aucun autre élément ne peut être constaté (marchandise, droit au bail). Tel est le cas du courtier « ambulant ».

4. Un même commerçant a plusieurs fonds de commerce s'il dessert des clientèles distinctes en des lieux distincts. Tel n'est pas le cas de l'entreprise qui exploite à côté de son siège principal des succursales, sauf dans l'hypothèse où l'une de celles-ci est vendue séparément.

§3-Qualités de la clientèle

La clientèle doit être réelle et certaine , personnelle et licite.

La condition relative à **la réalité et la certitude** signifie qu'une clientèle potentielle ou virtuelle ne suffit pas pour la qualification de fonds de commerce. Le fait d'aménager un local pour l'exercice d'un commerce (vente de chaussures, aménagement d'une salle de cinéma, etc.) n'entraîne pas, à lui seul, création d'un fonds de commerce (cass. civ 10456 du 11/10/84 B II 187 p 175). La location de ce local ne peut, en l'absence d'une clientèle, être analysée que comme un bail d'immeuble. Elle ne peut être analysée comme une location-gérance d'un fonds de commerce que lorsqu'une clientèle a pu être constituée.

La clientèle doit, en outre, être **personnelle** au titulaire du fonds de commerce. Le problème peut se poser lorsque le commerçant exerce dans un espace appartenant à une entreprise qui a elle-même sa propre clientèle. Tel est le cas de l'exploitant d'une cafétéria implantée dans l'enceinte d'un hôtel. C'est le problème de la *clientèle dérivée*. Le problème s'est posé à l'occasion d'un conflit qui a opposé le propriétaire d'un hôtel à l'exploitant d'une cafétéria implantée dans l'enceinte de ce même hôtel. La Cour de cassation, approuvant en cela les juges du fond, a décidé que la location des locaux implantés dans les hôtels comprend nécessairement la location du fonds de commerce qui y est exploité étant donné que ses éléments corporels et incorporels et notamment la clientèle, sont tous inclus dans les éléments du fonds de commerce de l'hôtel. Le propriétaire de ces fonds est donc non pas le locataire (de la cafétéria) mais le propriétaire du fonds de commerce qu'est l'hôtel (Cass. civ. n° 11960 du 15 mai 1985, B. II, 199). La règle est donc clairement posée par la Cour de cassation : l'exploitant d'un

commerce implanté dans l'enceinte d'une entreprise qui a ses propres clients n'a pas de clientèle propre.

Il nous semble toutefois plus judicieux d'assortir cette règle d'un tempérament qui permettrait de tenir compte des situations extrêmes : *lorsqu'il prouve qu'il a pu réunir autour de lui une clientèle attachée à ses qualités personnelles, l'exploitant peut prétendre à une clientèle propre.*

L'exigence d'une clientèle personnelle pose un autre problème, celui de la **clientèle commune**. C'est l'hypothèse dans laquelle l'exploitant oeuvre dans un espace commun ; un centre commercial par exemple. L'idée de clientèle commune n'aurait à notre sens aucun intérêt. En effet soit que le commerçant n'exerce pas sous un nom commercial propre et on rejoint ici l'hypothèse précédente, à savoir la nécessité de prouver qu'une clientèle personnelle attachée aux qualités propres de l'exploitant s'est constituée, soit que le commerçant exerce déjà sous un nom commercial ce qui suppose l'existence d'une clientèle propre.

La clientèle doit, enfin, être *licite*. La vente de boissons alcoolisées en l'absence d'autorisation ne donne pas naissance à un fonds de commerce, quelque important que soit le nombre des clients desservis.

SOUS –SECTION II : LE DROIT AU BAIL

Il peut y avoir un fonds de commerce sans qu'aucun bail n'existe. Le commerçant exerce son commerce dans un local dont il est propriétaire.

Le plus souvent le commerçant est locataire du local dans lequel il exerce son activité. Pour protéger le locataire commerçant le législateur a promulgué la loi du 25 mai 1977 sur le renouvellement des baux d'immeubles à usage commercial, industriel ou artisanal le statut des baux commerciaux dont les dispositions sont d'ordre public. En vertu de cette loi le locataire peut obtenir soit le renouvellement de son bail ; soit -à défaut de renouvellement- une indemnité d'éviction. C'est le droit au bail, qualifié par la doctrine et la jurisprudence de droit à la propriété commerciale. Contrairement à l'apparence que donne cette appellation, ce droit n'a nullement un caractère réel. C'est le droit de créance que le locataire commerçant a contre le propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité. Son objet est la jouissance des lieux loués.

Sans être donc indispensable à l'existence du fonds de commerce, le droit au bail est, dans les hypothèses où il existe, un élément important voire le plus important de ceux qui constituent le fonds de commerce.

Le statut des baux commerciaux est un texte qui reprend pour l'essentiel les dispositions du décret du 27 décembre 1954¹ lui-même très largement inspiré du décret français du 30 septembre 1953. Ce texte résumerait les nombreuses tentatives qui ont essayé de résoudre une situation de crise apparue après la première guerre mondiale du fait de la pénurie des locaux commerciaux. Plusieurs fois modifié le décret français de 1953 exprimerait la force politique des commerçants en ce que le législateur est toujours intervenu en leur faveur contre les propriétaires. Bien que contrairement à ce qu'il en est droit français le texte tunisien soit demeuré inchangé depuis sa promulgation, on peut relever des points communs dans les choix législatifs et à tout le moins une ressemblance entre les résultats pratiques engendrés dans les deux systèmes par la réglementation du statut des baux commerciaux. Celui-ci serait à l'origine de l'augmentation artificielle des prix des fonds de commerce et du développement exagéré de la pratique dite du "pas de porte", ce qui ne laisse pas de douter non seulement de la légalité d'une telle pratique mais aussi de la légitimité de la surprotection du commerçant locataire vis-à-vis du propriétaire des murs.

Le statut des baux commerciaux fixe successivement son champ d'application (§1) ; l'exécution du bail (§2) et les relations des parties en fin de bail (§3).

§1 - Le champ d'application de la loi du 25 mai 1977

L'article premier de la loi du 25 mai 1977 en détermine le champ d'application en ces termes: "*les dispositions de cette loi s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds de commerce est exploité pendant deux années consécutives au moins, que ce fonds appartienne à un commerçant, à un industriel ou à un artisan.*" Il convient d'examiner les conditions relatives au contrat (A), les conditions relatives aux lieux loués et à leur affectation (B) et enfin les conditions relatives au locataire (C).

¹ Décret du 27 décembre 1954 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal. JO 28 décembre 1954 p.1879 et du 15 février 1955 p.254.

A- Conditions relatives au contrat de bail

En disposant qu'elle s'applique aux baux, la loi exige l'existence d'un *contrat de louage d'immeuble*, c'est-à-dire un contrat qui confère au locataire la jouissance des lieux loués. Peu importe d'ailleurs que ce contrat soit écrit ou verbal.

En outre, pour être opposable le bail doit avoir été régulièrement conclu et avoir une date certaine. C'est ainsi qu'en cas de vente de l'immeuble le nouveau propriétaire se subroge dans les droits et obligations de son auteur si le bail est fait sans fraude et s'il a une date certaine antérieure à l'aliénation (art.798 COC).

La condition relative à l'existence d'un bail sert notamment à faire des exclusions. Ainsi l'application de la loi de 1977 se trouve-t-elle exclue toutes les fois que le l'intéressé ne jouit pas de l'immeuble ou du local à titre de locataire. Tel est le cas par exemple, lorsqu'il est usufruitier ou propriétaire indivis ou lorsqu'il occupe les lieux en vertu d'une convention d'occupation précaire. Et même si le législateur ne vise pas expressément ces conventions, leur exclusion ne fait pas de doute en raison de l'impossibilité de leur qualification de baux. L'alinéa dernier de l'article 2 de la loi vise "*les autorisations d'occupation temporaire accordées par les administrations et les collectivités publiques.*" Ces autorisations ne sont pas à confondre avec les précédentes en ce qu'elles n'ont pas le caractère conventionnel même si elles leur ressemblent par leur caractère temporaire.

Par ailleurs, bien que l'article 1er de la loi du 26 juillet 1994 relative au leasing¹ qualifie ce contrat de contrat de location, l'article 3 de la même loi prévoit que les dispositions de la loi du 25 mai 1977 ne s'appliquent pas au leasing. Il est bien entendu acquis qu'il s'agit du contrat de leasing qui a pour objet un local ou un immeuble destiné à une exploitation professionnelle, industrielle, commerciale, de services ou d'agriculture et de pêche. Dans le même esprit, la loi du 22 février 1989 relative à l'exploitation des carrières² dispose dans l'alinéa 2 de son article 4 que le statut des baux commerciaux ne s'applique pas à l'exploitation des carrières. Ceci s'explique par le fait que l'exploitation des carrières est plutôt une vente qu'un bail.

¹ loi n° 89-1994 du 26 juillet 1994 relative au leasing, JORT n° 60 p.

² loi n° 20-1989 du 22 février 1989 relative à l'exploitation des carrières, JORT n° 16 p.

B - Conditions relatives aux lieux loués et à leur affectation

a - La nature des lieux loués

La loi du 25 mai 1977 s'applique aux "*immeubles ou locaux*". Les *immeubles* ne sont pas pris dans leur sens général de biens qui ne peuvent être déplacés mais plutôt dans le sens d'immeubles bâtis. Sont donc exclus les terrains nus. Tel est par exemple le cas d'une location d'un terrain sans aménagement à un exploitant d'un parc de stationnement.

Cependant lorsque postérieurement ¹ à la location le locataire édifie des constructions, le statut des baux commerciaux s'applique. Mais pour cela il faut que deux conditions soient réunies. L'alinéa 2 /2° de l'article 2 exige que la construction soit destinée à un usage commercial industriel ou artisanal, d'une part, ce qui exclut par exemple la construction à usage d'habitation. D'autre part, le même texte dispose que ces constructions doivent avoir été élevées et exploitées avec le consentement exprès ou tacite du propriétaire. Ce qui implique que le fait de la seule construction n'engage pas le propriétaire qui doit en outre approuver l'exploitation des constructions à des fins professionnelles. Or une telle rigueur ne se retrouve nullement dans la version arabe du texte. Cette version exige en effet que la construction soit élevée *ou* exploitée avec le consentement du propriétaire. C'est cette version qui fait foi. L'emploi de la conjonction "ou" marque l'alternative, ce qui signifie que le propriétaire peut exprimer son consentement tacite ou exprès soit à l'édification de la construction soit à son exploitation.

La loi désigne à côté des immeubles *les locaux*. Par local on entend le lieu clos et couvert de dimension suffisante pour y faire le commerce. Il en résulte que le statut des baux commerciaux ne s'applique pas aux rayons de vente concédés de manière discrétionnaire dans les grandes surfaces.

b- L'affectation des lieux loués

Les locaux ou immeubles doivent être affectés à l'exploitation d'un fonds de commerce appartenant au locataire. Par les expressions "*un fonds de commerce exploité...*" l'article premier de la loi de 1977 exige l'exercice effectif (remarquer l'utilisation du verbe exploiter)

¹ Le décret de 1954 prévoyait que les constructions pouvaient être antérieures au bail. Cette solution n'a pas été reprise par la loi de 1977.

d'une activité (activité commerciale: un fonds de commerce), ce qui implique l'existence d'une clientèle.

L'activité du fonds peut être concentrée en un lieu *unique*. L'hypothèse la plus courante est celle du boutiquier. Mais il ne s'agit nullement d'une illustration exclusive. L'activité du fonds peut être dispersée entre plusieurs locaux. C'est notamment le cas de l'entreprise commerciale dotée de succursales multiples ou de l'entreprise industrielle qui dispose d'usines de bureaux, d'un siège social, etc. Il s'agit là de locaux *principaux* auxquels s'applique bien évidemment le statut des baux commerciaux.

A l'inverse un local *accessoire* (garage, entrepôt, hangar) ne donne pas lieu en principe à l'application de la loi de 1977 étant donné que la clientèle n'y est pas reçue. Mais la même loi prévoit dans son article 1° un tempérament lorsque deux conditions se réalisent :

1. Il faut d'abord que l'utilisation des locaux ou immeubles accessoires soit *indispensable à l'exploitation du fonds*. La formule est assez large et ouvre la voie aux appréciations les plus diverses de la part des juges du fond ce qui ne laisse pas de s'interroger sur l'opportunité de l'extension du statut. On peut donc se demander si les juges ne doivent pas vérifier cette condition de manière stricte car le locataire peut souvent trouver un local de substitution sans perdre de clientèle .

2. Il faut ensuite que le local ou l'immeuble accessoire appartienne au propriétaire du local ou de l'immeuble dans lequel est situé l'établissement principal. Cette condition posée par l'alinéa 1 de l'article 2/1° de la loi du 25 mai 77 marque la volonté du législateur d'entendre strictement le domaine de l'exception. Mais cette rigueur est assouplie lorsque le législateur exige pour l'application du statut aux immeubles ou locaux accessoires qu'en cas de pluralité de propriétaires le bail doit avoir été consenti au vu et au su du ou de l'un des propriétaires des locaux accessoires en vue de leur utilisation jointe avec le local principal. Ce qui est de nature à poser le problème de l'application du statut en termes de preuve.

La loi n'a pas résolu la question des *baux mixtes*, c'est-à-dire ceux affectés pour partie au commerce et pour partie à l'habitation. Dans un arrêt, la Cour de cassation paraît favorable à l'application du statut pour le tout.

Le statut s'applique en outre aux établissements d'enseignement privé , aux baux consentis aux communes pour des immeubles ou locaux affectés à des services exploités en régie et aux baux des immeubles ou locaux appartenant à l'Etat, aux communes, aux

établissements publics ou d'utilité publique, aux baux des immeubles destinés par des collectivités à des travaux d'utilité publique.

C- Conditions relatives au locataire

La loi de 77 s'applique aux baux d'immeubles ou de locaux dans lesquels *un fonds de commerce est exploité*. La question relative au mode d'exploitation ne pose pas de difficultés particulières. Peu importe si le fonds est exploité directement ou par les préposés du locataire. Peu importe aussi s'il est exploité par un gérant salarié ou par un locataire-gérant.

En revanche le problème relatif à *la nature de l'exploitation* fournit matière à réflexion. Le texte ne distingue pas selon que le fonds appartienne à un commerçant, à un industriel ou à un artisan. Evidemment, la distinction entre industriel et commerçant est artificielle. Aux yeux du droit commercial l'industriel est un commerçant. C'est la précision relative à l'artisan qui pose en pratique le plus de difficultés. La jurisprudence est hésitante et contradictoire. La loi du 25 mai 1977 s'applique-t-elle aux artisans? Le texte répond, faut-il le rappeler, par l'affirmative. A l'origine, l'article 1er du décret français du 30 septembre 1953 qui dispose clairement qu'il s'applique aux artisans. Mais à la différence du texte tunisien le texte français est plus clair. Car si la loi de 77 exige qu'un fonds de commerce soit exploité le décret français exige seulement qu'un fonds, sans le qualifier, soit exploité. Peu importe, précise le même texte, si l'artisan accomplit ou non des actes de commerce. Le commerçant a un fonds de commerce, l'artisan a un fonds artisanal étant entendu qu'en droit positif français l'artisan n'est pas un commerçant.

La loi de 1977 apporte une précision relative à la nature commerciale du fonds qui n'existe pas dans le texte français. C'est ce qui a donné lieu à la coexistence de deux courants jurisprudentiels contradictoires sur le point de savoir si le statut des baux commerciaux est applicable lorsque le locataire est un artisan. Certaines décisions ont exclu les artisans du bénéfice du statut des baux commerciaux. Ainsi en est-il du métier de coiffeur ou de l'électricien d'automobiles. D'autres décisions prenant à contre pied la jurisprudence opposée estiment que du moment que l'artisan procède à l'accomplissement d'actes de commerce (notamment la vente de produits annexes : parfums et produits de beauté pour la coiffure pour dames, pièces de rechange pour l'électricien, etc.) en même temps qu'il exerce son activité, le statut des baux commerciaux s'applique.

Dans leur arrêt du 13 mars 1995 les chambres réunies de la Cour de cassation ont rejeté le critère pris de la nature de l'activité exercée. Peu importe si le locataire exerce une activité commerciale ou artisanale. Il faut et il suffit -dit la cour- que le locataire prouve sa propriété d'un fonds de commerce.

Dans ses différents courants, cette jurisprudence repose sur un malentendu qui a pour origine la négation de la qualification de commerçant à l'artisan. Or si le premier courant aboutit à une solution en harmonie avec cette qualification, le deuxième courant aboutit à des résultats peu convaincants.

En considérant que l'artisan non commerçant peut avoir un fonds de commerce du fait qu'il procède à la vente de produits nécessaires à son activité, le deuxième courant fait table rase du principe de l'accessoire caractérisé par son ambivalence. Si l'artisan n'est pas un commerçant les actes qu'il accomplit à l'occasion de l'exercice de son activité sont des actes civils par nature. S'il accomplit des actes de commerce, il s'agira d'actes civils par accessoire (on peut d'ailleurs se demander s'il ne s'agit pas en réalité d'actes tout simplement civils par nature!).

Par ailleurs, l'arrêt des chambres réunies du 13 mars 1995 ne procède pas moins par affirmation. C'est-à-dire sans motivation. Car, en réalité, en optant pour la solution d'après laquelle il suffit pour l'artisan de prouver sa propriété d'un fonds de commerce, on n'a pas résolu le problème de savoir si l'artisan peut ou non être propriétaire d'un fonds de commerce. Or si la loi de 1977, de même qu'aucune autre loi n'ont reconnu la possibilité pour l'artisan d'avoir un fonds artisanal, peut-on prendre le concept de fonds de commerce dans sa signification la plus large (en déformant le sens du mot commerce) en faisant table rase du caractère exceptionnel du statut des baux commerciaux pour dire qu'un civil peut être propriétaire d'un fonds de commerce? Il nous semble difficile de l'admettre. D'ailleurs voudrait-on le faire que des difficultés d'ordre conceptuel ne manqueront pas d'apparaître. En effet, même si le législateur n'a pas défini le fonds de commerce sa définition à partir de ses éléments a permis à certains auteurs de l'identifier à la clientèle¹. Certes cet artisan (civil) a une clientèle, mais cette clientèle n'est pas rattachée à l'exercice d'une activité commerciale.

Le débat est à notre avis complètement faussé par l'idée que l'artisan ne serait pas commerçant. Or nous avons pu démontrer

¹ RIPERT

qu'aucun texte n'exclut l'activité artisanale de la commercialité. Du coup l'artisan étant commerçant, il a une clientèle commerciale, le statut des baux commerciaux lui est applicable de par la lettre de la loi du 25 mai 1977 et de par la lettre de l'article 2 du code de commerce. Quant à la précision de la loi de 77 qui semble distinguer entre commerçant et artisan elle n'est que le résultat d'une omission des rédacteurs de cette loi qui n'ont pas tenu compte des différences entre les solutions du droit français et celles de notre droit.

Enfin, et contrairement au droit français la loi du 25 mai 1977 n'exige pas pour son application que le commerçant soit immatriculé au registre du commerce. Dans quelle mesure doit-on tenir compte de l'immatriculation au registre du commerce pour faire bénéficier l'artisan du statut des baux commerciaux?

Lorsqu'il dispose que la personne assujettie à immatriculation et qui ne la requiert pas dans les délais légaux ne peut se prévaloir de sa qualité à l'égard des tiers, l'article 61 LRC apporte une condition non prévue par la loi de 77 mais dont le respect ne s'impose pas moins. Le statut des baux commerciaux reconnaît et garantit un droit en faveur du commerçant. Si ce dernier ne se soumet pas aux obligations qui lui sont imposées il ne peut prétendre aux droits des commerçants.

§2- L'exécution du bail

A- L'application du droit commun du bail

A défaut de dispositions spéciales ce sont les règles du droit commun du bail qui s'appliquent quant à la forme (a) et la durée du bail.(b), les obligations des parties (c), l'action en résiliation (d) et le tribunal compétent (e).

a – La forme : Le bail commercial n'est soumis à aucune exigence de forme. Comme en droit commun c'est un contrat consensuel. La loi du 25 mai 1977 a abandonné la distinction jadis retenue par le décret de 1954 entre baux verbaux et baux écrits. Désormais il suffit de prouver une exploitation effective d'un fonds de commerce pendant deux années consécutives.

b- La durée : Aucune durée minima n'est prévue par la loi. La solution contraste nettement avec le droit français qui depuis la loi du 12 mai 1965 a fixé la durée minimale des baux commerciaux à neuf ans. Cette règle est d'ordre public et les parties ne peuvent convenir d'une durée moindre. La solution française s'explique par la volonté du législateur de garantir la stabilité de l'exploitation. La solution de notre

droit positif tente de trouver un juste équilibre entre les intérêts des uns et des autres.

c – Les obligations des parties :Elles sont régies par les 727 et suivants du code des obligations et des contrats. Le locataire est tenu de conserver le local loué et de payer les loyers. Le bailleur est tenu, de son côté, à la garantie contre les vices de la chose et à la garantie d'éviction. La Cour de cassation admet toutefois que le locataire n'est pas en droit de demander la réparation d'un prétendu dommage résultant du fait que le propriétaire ait consenti un bail en faveur d'un locataire exerçant un commerce similaire. Il s'agit d'après la haute juridiction non pas d'un trouble au sens de l'article 743 COC mais d'une concurrence légitime.¹

d - L'action en résiliation pour défaut d'exécution par l'une des parties de ses obligations est en principe soumise au droit commun (art. 273 COC et dispositions spéciales). Il faut toutefois signaler que la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers est soumise au régime spécial de l'article 23 de la loi.

Les clauses résolutoires expresses ne sont soumises à aucune disposition spéciale (sauf le cas de l'article 23 de la loi). Elles peuvent donc autoriser le bailleur à refuser le renouvellement sans indemnité d'éviction pour motif grave et légitime. La jurisprudence est cependant vigilante. C'est ainsi que la Cour de cassation n'a pas admis le jeu de telles clauses lorsque les données du litige font apparaître leur caractère abusif. Ainsi la clause qui interdit de disposer dans les lieux loués des produits inflammables a-t-elle pu être écartée lorsque le bailleur l'invoque contre le commerçant de détail qui vend du gaz en bouteilles, ou du plombier qui utilise un produit similaire.

e - Le tribunal compétent est déterminé par application des dispositions du code de procédure civile et commerciale, à l'exception des cas expressément spécifiés par la loi (art. 27 à 30).

B- Les dispositions spéciales

Des dispositions spéciales régissent, le loyer (a), la sous-location et la cession du bail (b) et les clauses de résiliation de plein droit (c).

a-Le loyer

Fixation initiale (1) et révision des loyers(2)

¹ ***Cass. civ. n° 10724 du 14 nov. 1974 B.II, 141.

1-Fixation initiale

La fixation initiale des loyers est remise à l'entière liberté des parties. C'est, pourrait-on dire, l'un des derniers bastions de l'autonomie de la volonté consolidé par la loi de l'offre et de la demande.

Dans la pratique, les parties conviennent du versement par le locataire d'un *pas de porte* ou encore l'indemnité d'entrée. Il s'agit d'une somme d'argent versée par le locataire au moment de la conclusion du contrat. Elle varie en importance selon l'emplacement du local loué et la nature de l'activité projetée. Son caractère licite peut paraître douteux. Elle semble ne correspondre à aucune contrepartie de la part du bailleur, ce qui laisserait supposer qu'elle pourrait donner lieu à nullité partielle pour absence partielle de cause.

Une partie de la doctrine admet la validité du pas de porte en le qualifiant de *supplément de loyers* amortissable sur la durée du bail. Une telle analyse concorde avec le droit français qui fixe la durée minimale du bail commercial à neuf ans. Or tel n'est pas le cas dans notre droit. La transposition de la solution doctrinale française dans notre système déboucherait sur l'admission d'un engagement aléatoire étant donné qu'on ne peut pas savoir combien d'années le bail peut-il durer (moins de deux ans ou beaucoup plus que neuf ans).

On pourrait toutefois admettre qu'il s'agit d'une *indemnité compensatrice du droit au renouvellement* provenant du préjudice résultant pour le bailleur de la diminution de la valeur vénale de l'immeuble. Ce sont les règles sur l'objet qui permettent de retenir cette qualification: même si le droit au renouvellement demeure une simple expectative, un droit éventuel, avant l'écoulement de la durée minimale d'exploitation donc futur et incertain, la stipulation d'une telle indemnité n'est pas moins valable étant donné que l'article 66 COC dispose que l'obligation peut avoir pour objet une chose future et incertaine.

De la qualification retenue découleront d'importantes conséquences. Si le pas de porte est analysé comme un supplément de loyers, le juge doit en tenir compte dans la révision. S'il s'agit d'une indemnité compensatrice on peut se demander s'il ne faut pas en tenir compte dans le calcul de l'indemnité d'éviction. En effet, si la stipulation d'un pas de porte est une pratique courante dans le milieu commerçant, on peut y voir un usage de la profession auquel l'article 7 de la loi du 25 mai 77 renvoie expressément.

Afin d'éviter les risques de la qualification la pratique recourt à la location dite "*à l'américaine*". Aucun pas de porte n'est payé, mais les

loyers convenus sont élevés. Ils comprennent le montant de la valeur locative et l'amortissement d'un droit d'entrée.

2- la révision des loyers

Si les parties ont stipulé une clause d'échelle mobile, il s'agira d'une révision spéciale (2-2) par opposition à la révision ordinaire (2-1).

2-1-La révision ordinaire (révision triennale)

Il s'agit d'une dérogation légale au principe de fixité de l'accord des parties. Mais contrairement à ce qui a été affirmé, il ne s'agit nullement de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision.

La demande de révision peut être formulée par l'une ou l'autre partie, l'une pour demander la révision à la baisse (le locataire) l'autre pour en obtenir l'augmentation (le bailleur). En pratique c'est souvent le bailleur qui formule la demande. Le phénomène ne nécessite pas d'explications savantes : c'est souvent vers la hausse que vont les prix des biens et services ce qui permet de dire que les conditions économiques générales favorisent plutôt les demandes tendant à l'augmentation que celles qui tendent à baisser les prix des loyers. Mais quel qu'en soit le motif la révision des loyers ne peut pas être obtenue si elle ne répond pas aux conditions prévues par la loi (2-1-1). Après avoir vérifié la réalisation de ces conditions, le juge procède à la révision par référence à la valeur locative équitable (2-1-2)

2-1-1-Les conditions de la révision

Quel qu'en soit l'auteur, la demande doit être formée par exploit d'huissier notaire (art. 24 al 2). Elle doit répondre à deux conditions. La première tient au délai, la seconde a rapport avec les conditions économiques.

La première condition a trait au **délai minimum** en dessous duquel la demande de révision ne peut pas être formée. Il faut en effet que **trois ans au moins** s'écoulent à partir de la date d'entrée en jouissance du locataire ou à partir du point de départ du bail renouvelé pour qu'une demande de révision puisse être présentée. C'est ce qu'on désigne par *révision triennale*.

La seconde condition est en rapport avec **l'évolution des conditions économiques**. L'alinéa 2 de l'article 25 précise que "*cette demande ne sera, en outre, recevable que si les conditions économiques se sont modifiées au point d'entraîner une variation de plus du quart de la valeur locative des lieux loués fixée contractuellement ou par décision judiciaire*".

D'apparence claire, cette condition ne pose pas moins de difficultés au point de vue de sa mise en application par les tribunaux. On peut, en effet, légitimement se demander par référence à quels critères doit s'apprécier la modification des conditions économiques au point d'entraîner la variation du plus du quart de la valeur locative? La loi ne donne pas d'autres précisions. La Cour de cassation se contente parfois du rappel de cette condition sans d'autres détails. C'est ce qui fait de cette condition, pourtant une question de droit soumise au contrôle de la légalité, une question de fait soumise au contrôle minimum des motifs. Les juges du fond, pour leur part, s'en remettent le plus souvent aux experts même si rien ne les oblige à en suivre les conclusions. Mais cette liberté ne concerne que les détails (montant du loyer), jamais le procédé. Or de manière générale, c'est en fonction de l'indice des prix publié par le ministère de l'économie que les experts déterminent la variation des conditions économiques.

Le procédé a assurément le mérite de l'objectivité. Mais il risque de s'avérer insuffisant. La variation des prix peut être faussée soit par l'existence de produits compensés soit par celle de produits surtaxés. Il convient alors de corriger ce procédé par d'autres. (prix des services, coût de la construction, etc.)

Les conditions ci-dessus exposées sont exigées toutes les fois qu'une demande est formée pour la première fois depuis le commencement du bail. Au terme des trois années à compter du jour où le nouveau loyer est devenu applicable, une nouvelle demande de révision peut être formée à condition de respecter la condition relative à la modification des conditions économiques (art. 25 al.3).

Lorsque la demande de révision est présentée avant que le délai de trois ans ne se soit écoulé ou lorsque les conditions économiques n'ont pas connu des modifications de nature à entraîner des variations du plus du quart de la valeur locative, la demande de révision se solde par l'irrecevabilité. Il n'en est autrement qu'en cas de cession du fonds de commerce. Dans cette hypothèse, le nouveau propriétaire peut demander la révision sans avoir à justifier des conditions prévues par les alinéas 1 et 2 de l'article 25 (art. 25 al.4).

Une fois les conditions vérifiées, le juge fixe la valeur locative équitable.

2-1-2- La valeur locative équitable

L'article 22 de la loi du 25 mai 1977 prévoit que « le montant du loyer des baux à renouveler ou à réviser doit correspondre à la valeur locative équitable ». Ce concept trouve ses origines dans la loi française du 13 juillet 1933 qui l'avait introduit en vue de permettre au

juge de tempérer les augmentations de loyer résultant de la loi de l'offre et de la demande. La référence à l'idée d'équité tend à prendre en considération les intérêts du bailleur en même temps que ceux du locataire. Le sens élémentaire de l'équité veut que le juge n'appliquera pas les règles du droit positif mais qu'il s'en remettra à sa propre conception de la justice en fonction des cas qui lui sont soumis. Une telle solution est de nature à ouvrir la voie aux plus grandes divergences et c'est, semble-t-il, pour cette raison que le législateur français a dû la supprimer par une loi du 3 janvier 1966. Avec cette loi le juge est appelé à se référer à une liste limitative composant la valeur locative sans pouvoir se référer à l'équité. Notre législateur n'a pas cru nécessaire d'adopter la même démarche. La référence à l'équité est conservée mais c'est une équité tempérée par des éléments objectifs qui servent de critères d'évaluation et en même temps des critères d'harmonisation. L'article 22 de la loi de 1977 se réfère à trois éléments.

Il s'agit d'une part de «*la surface totale réelle affectée à la réception du public* ». La valeur locative dépendra de l'importance de la surface des lieux loués. En principe plus la surface est grande plus la valeur locative est appelée à augmenter et inversement. Mais le législateur complète cet élément par des sous-critères à savoir *lavétusté* et *leséquipements* mis à la disposition du locataire d'une part et *la nature et la destination* de ces lieux leurs *accessoires* et leurs *dépendances* d'autre part. Il serait en effet anormal de contraindre le locataire à payer des loyers élevés pour des locaux vétustes et dépourvus d'équipements de même que l'équité veut que la valeur locative augmente si les locaux sont neufs et bien équipés.

D'autre part, la loi tient compte de la surface totale réelle des locaux annexes éventuellement affectés à *l'habitation* de l'exploitant ou de ses préposés.

Enfin le juge tiendra compte des *éléments commerciaux ou industriels*. A cet égard la loi impose de tenir compte de trois éléments : l'importance de *laville*, du *quartier* et de *l'emplacement* ; la *nature* de l'exploitation et des *commodités* offertes pour l'entreprendre et enfin les *charges* imposées au locataire.

Ces éléments résument pour l'essentiel des critères de droit français. Il ne s'agit que de critères indicatifs ce qui signifie que le juge est en mesure de prendre en considération d'autres critères. Ce sont des critères dont la l'appréciation est le plus souvent abandonnée aux experts.

2-2 La révision spéciale

Pour se protéger contre l'instabilité monétaire les parties peuvent insérer dans leurs contrats des clauses *d'indexation* encore appelées clauses d'échelle mobile. Ce sont des clauses qui permettent une adaptation automatique du loyer aux variations économiques mesurées par un indice selon les échéances choisies par les parties. A la date prévue par le contrat, qui correspond généralement à la date de parution de l'indice choisi le loyer est modifié. (indexation par rapport au SMIG par exemple). Cette clause n'est pas à confondre avec celle qui prévoit une majoration périodique d'un pourcentage déterminé.

La légalité de cette clause ne fait pas l'objet de doutes puisque l'article 26 la prévoit expressément.

Son caractère dérogatoire à la règle de l'article 25 concerne la périodicité de la révision. Autrement dit le demande de révision en application de cette clause *n'est pas conditionnée par un minimum de trois ans*. Mais cette clause ne jouera comme pour la révision ordinaire que si le loyer se trouve par le jeu de cette clause *diminué ou augmenté du plus du quart par rapport au prix précédemment fixé* en justice ou par contrat.

L'alinéa 2 de l'article 26 détermine l'autorité appelée à adapter le jeu de la clause à la valeur locative équitable et la date d'effet de la clause . C'est le juge qui à la demande de l'une des parties adaptera le jeu de la clause d'indexation à la valeur locative équitable. Il doit le faire au jour de la demande (et non au jour de la modification de l'indice).

La formulation de ce texte est particulièrement ambiguë. L'adaptation du jeu de la clause d'échelle mobile à la valeur locative équitable permet-il au juge de réviser le loyer en tenant compte du prix initial qui constituerait le plancher et l'augmentation de 25% résultant de la clause qui sera considérée comme le plafond ce qui signifie l'impossibilité de descendre au dessous du minimum contractuel ? Signifie-t-il au contraire que le juge aura un pouvoir de réfaction du contrat en application de l'article 26 qui serait un cas légal d'application de la théorie de l'imprévision ce qui l'autoriserait à revoir aussi bien à la hausse mais surtout à la baisse le prix des loyers même si ce prix doit être inférieur au minimum convenu ? Ces deux opinions ont divisé la jurisprudence en France. La Cour de cassation française s'est rangée sous la deuxième opinion. (civ III 15 janvier 1992, RTD Com.p.792 , obs. Pédamon.)

Le problème ne s'est posé à notre jurisprudence. Notre droit qui conserve la référence à la valeur locative équitable semble indiquer une ligne de conduite. L'adaptation du jeu de la clause mobile à une valeur

locative qualifiée d'équitable tend à empêcher les excès. L'équité exige que le bailleur ne soit pas obligé à percevoir une somme inférieure à celle prévue au contrat ni qu'il perçoive un prix supérieur à celui qui résulte du jeu de la clause.

Enfin si l'un des éléments retenus pour le calcul de la clause disparaît, il en résulte une inapplicabilité de la clause et la révision doit se faire dans les conditions de l'article 25. de (article 26 alinéa dernier).

b-La sous-location et la cession de bail

1- La sous-location : En droit commun du bail , le locataire a le droit de sous-louer à un autre totalement ou partiellement, sauf stipulation contraire (art. 772).

Dans la loi de 1977 la solution est inversée. La sous-location totale ou partielle est en principe interdite à moins d'une stipulation contraire.(art.20). La lecture de l'article 21 permet d'affirmer qu'une stipulation expresse n'est pas toujours nécessaire. L'autorisation peut être tacite. C'est le cas lorsque le propriétaire prend connaissance de la sous-location et ne la conteste pas.

Le législateur organise les rapports entre qui se nouent entre les différentes parties. Ainsi, le propriétaire est-il appelé à concourir à l'acte de sous-location. A cet effet le locataire lui signifie son intention de sous louer le local par exploit d'huissier notaire. Dans la quinzaine de cette signification le propriétaire fera connaître au locataire sa position. S'il ne répond pas malgré l'autorisation stipulée au contrat il sera passé outre. Autrement dit, si la location n'a pas été préalablement autorisée, le propriétaire ne peut pas être contraint à concourir à l'acte. Il peut donc refuser discrétionnairement d'agréer la sous- location.

La loi reconnaît au propriétaire la possibilité de demander une augmentation corrélative du loyer principal lorsque le loyer de la sous-location lui est supérieur. A défaut d'accord des parties le loyer est déterminé par le juge selon la procédure de l'article 28 de la loi de 1977.

La loi reconnaît au sous-locataire un droit de renouvellement vis à vis du locataire principal dans la mesure des droits que ce dernier tient lui-même du propriétaire.

Elle ne lui reconnaît un droit direct de renouvellement vis à vis du propriétaire que dans la mesure où ce dernier a expressément ou tacitement autorisé ou agréé la sous-location. En cas de sous-location partielle, le droit au renouvellement n'est reconnu que si les lieux sous-

loués sont divisibles par rapport aux lieux faisant l'objet du bail principal matériellement ou dans la commune intention des parties.

2- *La cession de bail* : Le droit commun reconnaît au locataire la possibilité de céder son bail. Ce droit est reconnu en faveur du locataire qui bénéficie du régime de la loi de 77 par l'article 33 qui tient pour nulles sous quelque forme que ce soit les clauses qui tendent à interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise.

Cette interdiction a pour but d'empêcher que le propriétaire s'oppose au transfert de la propriété du fonds de commerce. La cession du fonds de commerce dont il s'agit est à prendre dans son sens large : à titre onéreux ou gratuit, vente, échange ou apport en société.

L'interdiction est à prendre dans un sens strict. Ce qui serait nul c'est la clause qui interdit la cession du bail consécutive à la cession du fonds de commerce. Le bailleur peut en effet prohiber la cession isolée du droit au bail.

Analysée comme une cession de créance, la cession de bail n'est opposable au propriétaire que par la signification à lui faite ou par son acceptation en vertu d'un acte ayant date certaine, conformément à l'article 205 du COC.

c- Résiliation pour défaut de paiement des loyers

L'article 23 de la loi prévoit qu'à défaut de payer les loyers aux échéances convenues le bail est résilié passé le délai de trois mois à partir de la date d'émission par voie d'huissier-notaire d'un avis de paiement resté sans effet. Cet avis doit mentionner ledit délai à peine de nullité. C'est une mesure destinée à protéger le locataire qui ne sera pas privé de son droit à la moindre défaillance concernant le paiement des loyers. Mais ce délai ne pourra pas être prorogé par le juge et la résiliation sera prononcée d'office. Cette rigueur vis à vis du locataire n'est qu'apparente. Tant qu'il paie dans la limite des trois mois, le bail ne sera pas résilié. Le délai qui lui est accordé est trop large. A l'origine de ce texte, l'article 25 du décret français du 30 septembre 1953 réglait le problème des clauses résolutoires pour défaut de paiement de loyer qui ne produisaient effet qu'à l'expiration du délai d'un mois. Depuis une loi de 1989 ce régime a été étendu à toutes les clauses résolutoires quel qu'en soit le contenu. L'article 23 de la loi de 77 ne s'applique pas seulement lorsqu'il y a une clause résolutoire expresse pour défaut de paiement des loyers mais toutes les fois que cette défaillance du locataire est constatée. En revanche, la loi ne prévoit pas un régime spécifique aux clauses résolutoires expresses

insérées dans les baux commerciaux qui restent donc soumises au droit commun (art.274 du COC).

§3- LES RELATIONS DES PARTIES EN FIN DE BAIL (LE RENOUELEMENT ET LE REFUS DE RENOUELEMENT)

A l'expiration du bail , le locataire a droit soit au renouvellement de son bail (A) , soit à une indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement (B).

A – Le renouvellement

Pour produire ses effets (b) le renouvellement requiert la réalisation de conditions précises (a).

a- Les conditions du droit au renouvellement .

Ces conditions sont celles relatives au bénéficiaire (1) , à la durée de l'exploitation (2). Une procédure particulière doit en outre être observée (3).

1- Les conditions relatives au bénéficiaire

A côté des conditions déjà exposées relatives à la qualité du bénéficiaire , aux immeubles loués, l'article 3 de la loi prévoit de manière limitative les bénéficiaires du droit au renouvellement. Il s'agit du locataire lui-même, du cessionnaire en cas de cession de bail, ou de l'ayant droit.

Dans tous les cas il faut justifier d'une exploitation pendant deux années consécutives. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une exploitation personnelle. Ainsi, le locataire qui a donné son fonds en gérance libre avant l'expiration du délai de deux ans peut se prévaloir du droit au renouvellement. De même le fonds de commerce peut indifféremment avoir été exploité soit personnellement soit par l'intermédiaire d'un préposé.

En faisant référence à l'ayant droit, l'article 3 vise aussi bien l'ayant droit à titre particulier comme l'acquéreur du fonds de commerce que l'ayant droit universel ou à titre universel qui peuvent demander le renouvellement ou bénéficier de la durée réalisée par leur ayant cause. Ainsi, en cas de cession du bail avant l'expiration de la période de deux ans , le cessionnaire peut se prévaloir de ses droits acquis pour compléter la durée de l'exploitation personnelle.

Pour le sous-locataire (v. plus haut § la sous-location et la cession de bail).

Une dernière question concerne la condition relative à la nationalité du locataire. Ni l'article 1^{er} ni même l'article 3 de la loi n'exigent, contrairement à ce qu'il en est en droit français, que le locataire soit de nationalité tunisienne. A la question de savoir si un étranger peut réclamer le bénéfice de la loi de 1977 la réponse ne peut à notre avis être qu'affirmative. Toutes les fois que le commerçant étranger répond aux conditions de l'exercice d'une activité commerciale en Tunisie, il est en droit de réclamer le bénéfice au droit de renouvellement.

2- La durée de l'exploitation

L'article 1^{er} pose une condition de durée. Le fonds de commerce doit avoir été *exploité* pendant deux années consécutives au moins. Il n'est pas nécessaire que la bail ait été consenti pour une durée de deux ans. Il peut avoir été conclu pour une année renouvelable. Le plus important est que l'exploitation pendant cette durée soit effective ; il ne suffit pas de la conclusion d'un bail pour deux ans (Cass. 6385 du 16/9/1981)

Pour éviter de tomber sous l'effet du statut, les particuliers concluent des baux non renouvelables pour une durée inférieure à deux ans. La loi du 25 mai 1977 n'a pas prévu de durée minima du bail. La liberté des parties est préservée. On s'interroge cependant sur la validité d'une telle pratique au vu de l'article 32 du statut. Ce texte tient pour nuls et de nul effet quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par cette loi. De prime abord de telles conventions seraient nulles. Mais à bien y regarder ce qui serait nul ce sont les conventions qui feraient «échec au droit au renouvellement» ce qui présuppose un droit déjà né. Or dans un bail conclu pour moins de deux ans et à défaut d'exploitation effective du fonds de commerce ce droit n'est encore qu'éventuel, l'article 32 ne semble donc d'aucun secours pour le locataire qui a consenti un bail d'une durée inférieure à deux ans.

3- La procédure du renouvellement

A l'expiration du bail, le renouvellement n'est pas automatique. Il faut que l'une des parties déclenche la procédure par un acte juridique. Il s'agit soit d'un congé adressé par le propriétaire (3-1) soit d'une demande de renouvellement adressée par le locataire (3-2).

3-1- Le congé du bailleur

Le congé est exigé dans trois hypothèses :

1- Si, en droit commun, le contrat prend fin par l'expiration du terme convenu ou de la période déterminée pour le paiement des loyers, sans qu'il soit nécessaire que le bailleur donne congé au locataire.(article 791 et 792 COC), l'article 4 de la loi prévoit par dérogation à cette règle, qu'en matière de baux commerciaux, la cessation du bail ne peut intervenir que par l'effet d'un congé donné par le bailleur au locataire. Il résulte de cette disposition que le congé doit être donné qu'il s'agisse d'un bail à durée déterminée ou à durée indéterminée. A défaut d'un tel congé le bail conclu pour une durée déterminée se poursuit sans tacite reconduction et se transforme en bail à durée indéterminée. Dans ce cas le congé doit être donné dans le délai indiqué à l'alinéa 2 de l'article 4. (Cass.civ.11299 du 11-3-1976 B.I, 117).Autrement dit, il n'y a pas « renouvellement » pour la même période du contrat initial, il y a, par l'effet de la loi ¹, *reconduction du bail* auquel le propriétaire peut mettre fin à tout moment mais en respectant le délai légal minimum. (Cass. civ. 710 du 19/5/1977, B I , 285).

2- Le congé est également exigé lorsque la durée du bail est subordonnée à la réalisation d'un événement autorisant le bailleur à demander la résiliation (art. 4 al 2). Le bailleur doit notifier la réalisation de cet événement . Il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation (Cass. civ. 544 du 4/3/78 B 1 69) qu'une condition résolutoire expresse ne peut pas être qualifiée d'événement autorisant le bailleur à demander la résiliation au sens de l'article 4 alinéa 2 du statut. La solution nous semble conforme au texte. S'il avait entendu régler la question des conditions résolutoires le législateur l'aurait dit. Il a préféré évoquer l'événement dont dépendra la durée du bail. C'est la stipulation prévue au bénéfice du seul bailleur de mettre fin au bail par l'arrivée d'un événement comme la vente de l'immeuble ou le décès de l'une des parties. Elle n'est pas de nature à faire échec au bénéfice de la loi étant donné que le locataire obtiendra une indemnité d'éviction (l'hypothèse de l'article 4 al. 3 n'étant pas prévue parmi les exceptions contenues dans l'article 8 relatives au refus de renouvellement sans indemnité d'éviction) .

3- Lorsque le bail comporte plusieurs périodes, si le bailleur dénonce le bail à l'expiration de l'une des périodes un congé doit être donné.

Dans tous les cas ci-dessus, le délai dans lequel le congé doit intervenir est *desix mois au moins à l'avance*.

¹ Cass civ 6957 du 16-12-82 B IV 199.

Le congé est un acte formaliste. Ceci se vérifie à trois points de vue : 1- Quant au délai : le congé doit être donné dans un délai minimum de six mois à l'avance, un congé donné pour moins de six mois est nul. 2- Quant à son support ensuite : il doit être fait par exploit d'huissier-notaire, autrement il sera nul ; ainsi en est-il du congé donné par lettre recommandée. 3- Quant à son contenu enfin : il doit mentionner les motifs pour lesquels il a été donné et reproduire les termes de l'article 27 de la loi.

Il est bien entendu que s'agissant d'un renouvellement, le congé doit comporter « les motifs pour lesquels il est donné », c'est à dire que le bailleur indiquera ses intentions au sujet du renouvellement, c'est à dire qu'il peut s'agir d'une offre de renouvellement moyennant des conditions nouvelles.

Mais le congé peut aussi avoir pour objet un refus de renouvellement. Une jurisprudence abondante a été rendue relativement à la détermination des motifs de refus. Ceux-ci concerneront les causes légales du défaut de renouvellement. On en veut pour preuve l'exigence de la reproduction de l'article 27 de la loi . D'après ce texte, le locataire qui entend soit contester les motifs de refus de renouvellement, soit demander le paiement de l'indemnité d'éviction, ou qui n'accepte pas les conditions proposées pour le nouveau bail doit saisir la juridiction compétente .

Une jurisprudence isolée considère contrairement à la lettre du texte qu'il n'est pas nécessaire de reproduire les termes de l'article 27.

3-2- La demande de renouvellement

Lorsque aucun congé n'est donné par le bailleur, c'est le locataire qui peut prendre l'initiative du renouvellement. L'art 5 de la loi envisage cette hypothèse. S'il entend obtenir le renouvellement de son bail , le locataire doit en faire la demande au propriétaire.

Cette demande doit intervenir dans les six mois qui précèdent l'expiration du bail. S'il s'agit d'un bail qui a été reconduit tacitement, aucune exigence de délai n'est prévue. Le locataire peut faire sa demande « à tout moment » au cours de la reconduction du bail.

Comme le congé, la demande de renouvellement est un acte formaliste : elle doit être signifiée par exploit d'huissier-notaire au propriétaire lui-même , au gérant ou à l'un seulement des propriétaires s'ils sont plusieurs. Les deux dernières possibilités peuvent être écartées par une stipulation contraire du contrat.

La notification doit à peine de nullité reproduire les termes de l'alinéa 5 de l'article 5 de la loi. Ce texte exige de la part du

propriétaire de faire connaître au locataire, dans un délai de trois mois à partir de la signification de la demande de renouvellement, par exploit d'huissier, soit son acceptation pure et simple, soit son refus, soit son acceptation sous de nouvelles conditions en précisant les motifs du refus ou les nouvelles conditions exigées. La notification du propriétaire doit, comme le congé, reproduire à peine de nullité, les termes de l'article 27 de la loi. S'il répond hors délais, le propriétaire est réputé avoir accepté le renouvellement du bail aux mêmes conditions et pour la même durée.

b- Les conséquences du renouvellement

L'hypothèse normale, celle qui ne donne lieu à aucune difficulté est celle où les parties acceptent le renouvellement. Le nouveau bail prendra effet à compter de l'expiration du bail précédent (art.6) au cas où il n'aurait pas déjà fait l'objet d'une reconduction. Dans le cas où il y a eu reconduction, le nouveau bail prendra effet à compter de cette reconduction. Celle-ci commencera soit à la date du congé soit au terme du délai de trois mois qui suivra la signification de la demande de renouvellement.

Souvent des litiges naissent et il convient de régler la procédure et la compétence (1), les droits et les obligations des parties (2).

1- procédure et compétence

L'article 28 de la loi prévoit que lorsque le bailleur consent au renouvellement et que le différend porte sur le prix, la durée, les conditions accessoires ou sur l'ensemble de ces éléments, **les parties comparaissent devant le président du tribunal de première instance du lieu de situation de l'immeuble** ou le juge qui le remplace qui sera **saisi et statuera conformément à la procédure en matière de référé**. La pratique retient la qualification de juge des baux commerciaux. Il s'agit d'une compétence spéciale et exclusive.

Par exception au droit commun du référé, le délai de comparution ne peut pas être inférieur à 8 jours ; l'appel est suspensif d'exécution.

2- Droits et obligations des parties

Pendant la durée de l'instance, le locataire doit payer les loyers échus au prix ancien. (art. 29). Une *fixation à titre provisionnel* peut être faite par le tribunal (le président du tribunal de première instance du lieu de l'immeuble selon la procédure de l'article 28) à la demande de la partie la plus diligente (généralement le propriétaire, celui qui

offre le renouvellement à un prix plus élevé). Après fixation définitive du prix du bail renouvelé les parties arrêteront leurs comptes.

Dans le délai d'un mois de la signification de la décision définitive les parties concluent un nouveau contrat aux conditions fixées par le juge. Sauf si le locataire renonce au renouvellement ou si le bailleur le refuse. Dans ce cas, la partie qui aura manifesté son désaccord supportera les frais. Lorsque c'est le bailleur qui refuse le renouvellement aux conditions fixées par le juge, le locataire doit sous peine de forclusion, dans les trois mois de la notification du refus de renouvellement, saisir le tribunal compétent (tribunal de première instance ou juge cantonal) en vue de l'obtention de l'indemnité d'éviction (art.30)

Si le bailleur refuse de signer le projet du nouveau bail comme en cas de défaut d'accord dans le mois à partir de la signification de la décision de justice, celle-ci vaudra bail.

B- Le refus de renouvellement .

Le refus de renouvellement peut prendre des formes différentes (a) Il engendre des conséquences précises (b).

a- Les variantes du refus de renouvellement

Le bailleur peut refuser le renouvellement, en contrepartie de quoi il payera une indemnité d'éviction (1). Le législateur organise dans d'autres cas la possibilité pour le bailleur de reprendre son local, sans payer cette indemnité (2).

1- Le refus de renouvellement avec indemnité d'éviction

L'indemnité d'éviction est due dans deux hypothèses : la première est celle de l'alinéa 1^{er} de l'article 7 (1-1) ; la deuxième étant celle des articles 15 et 16 du statut des baux commerciaux. (1-2)

1-1- Le bailleur peut exercer un *droit discrétionnaire de refus* de renouvellement. C'est un refus qui n'est justifié par aucun motif et qui donne lieu au paiement d'une *indemnité d'éviction*. L'article 7 de la loi après avoir reconnu cette possibilité dans son alinéa 1^{er} prévoit dans son alinéa 2 que le bailleur devra « payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction ». C'est comme s'il s'agissait de déposséder un propriétaire de son bien et qu'il faut en conséquence le dédommager de cette dépossession.

L'alinéa 3 du même texte fixe les critères d'évaluation de cette indemnité. Il s'agit de la valeur marchande du fonds de commerce déterminée suivant les usages de la profession. Cette valeur est augmentée des frais normaux de déménagement et de réinstallation et des frais d'enregistrement pour l'acquisition d'un fonds de même valeur. Les juges se fient généralement aux rapports des experts qu'ils désignent à cet effet.

Ces critères ne sont pas limitatifs. Le mot notamment employé par le législateur l'exprime. Le juge a un large pouvoir pour tenir compte d'autres critères. Mais déjà avec les critères légaux, l'indemnité d'éviction consiste à mettre à la disposition du locataire les moyens d'acquérir un fonds d'une même valeur. Ce qui n'est pas sans poser des difficultés relatives à un possible enrichissement du locataire dont le fonds n'est pas particulièrement florissant.

1-2- A côté de l'hypothèse de l'alinéa 1^{er} de l'article 7 deux autres cas sont à relever :

Le paiement de la même indemnité est dû par le propriétaire qui est en même temps le vendeur du fonds de commerce et qui en a reçu le prix intégral et qui refuse le renouvellement du bail au profit de l'acquéreur (locataire des murs) , sauf s'il justifie d'un motif grave et légitime. (art.15). Il s'agit d'une application particulière de la garantie légale contre le trouble du fait personnel du vendeur.

La même indemnité est également due au locataire évincé lorsque le propriétaire est l'Etat, une commune, ou une collectivité publique qui refuse le renouvellement pour un motif tiré de l'intérêt public (art. 16)

Dans tous ces cas, il s'agit de la mise en œuvre de l'hypothèse type de l'indemnité d'éviction. Aucune autre hypothèse ne donne lieu au paiement de cette indemnité. Dans les autres hypothèses où le législateur prévoit d'indemniser le locataire, il ne s'agit pas d'indemnités d'éviction mais d'indemnités pour lesquelles on retiendra la qualification d'indemnités compensatrices.

2- Le refus de renouvellement sans indemnité d'éviction

Ce sont les hypothèses dans lesquelles le bailleur ne sera pas tenu de payer l'indemnité de l'article 7 ni aucune autre indemnité d'une part (2-1) ; ce sont d'autre part les cas où une indemnisation du locataire est envisagée (2-2).

2-1- Ce sont les cas de refus de renouvellement sans que le bailleur soit tenu de payer aucune indemnité.

2-1-1-La loi les détermine d'une façon limitative le refus de renouvellement «**pour motif grave et légitime à l'encontre du locataire sortant**». (art.8 / 1°). Il s'agit de la faute du locataire. La loi n'en donne aucune illustration, preuve que l'appréciation du comportement du locataire est abandonnée à l'appréciation des juges (Cass. civ. n° 4107 du 22/3/1966 B 17. appliquant le décret de 1954). La faute du locataire peut être relative à l'exécution du bail : défaut de paiement des loyers, etc.

2-1-2- le refus de renouvellement à raison de l'état de l'immeuble est prévu par l'article 8/2° de la loi. C'est le cas dans lequel il est établi que l'immeuble doit être totalement ou partiellement démoli soit en raison de son insalubrité reconnue par l'autorité administrative, soit parce qu'il ne peut plus être occupé sans danger à raison de son état.

2-2- *Le refus de renouvellement avec indemnisation du locataire*

Le bailleur peut refuser ou reporter le renouvellement à charge pour lui d'indemniser le locataire dans des cas qualifiés par la doctrine de droit de reprise . Ces cas sont les suivants :

2-2-1- Le bailleur peut refuser le renouvellement s'il entend *reconstruire l'immeuble*. Dans ce cas, le propriétaire est tenu de payer au locataire et préalablement à son départ une *indemnité égale à quatre ans de loyers*. (art. 9 al. 1^{er}). Le locataire a le droit de rester dans les lieux aux clauses et conditions du contrat jusqu'au commencement effectif des travaux.

La même indemnité est due dans le cas où le bailleur qui a obtenu un permis de construire et qui entend entreprendre des travaux de construction d'un local d'habitation sur les parties non bâties des terrains loués. Cette indemnité n'est due que si elle a pour effet d'entraîner obligatoirement la cessation de l'exploitation. (art. 14). Au cas contraire, le locataire n'a ni droit au renouvellement ni au paiement d'une quelconque indemnité.

2-2-2- Le bailleur peut *différer pendant une période maximale de trois ans le renouvellement du bail* s'il se propose de **surélever** l'immeuble et que cette surélévation rend nécessaire l'éviction du locataire. Ce dernier aura droit à une *indemnité égale au préjudice subi sans qu'elle dépasse l'équivalent de trois ans de loyers*. (art. 12)

2-2-3- Le bailleur peut refuser le renouvellement s'il entend *prendre les lieux pour habitation*. Le droit de reprise pour habitation est soumis à des conditions contraignantes. C'est le propriétaire, ses ascendants ou

ses ascendants qui doivent bénéficier de la reprise. Il faut en outre que le bénéficiaire de la reprise ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux et à ceux des membres de sa famille vivant habituellement avec lui. Ces besoins doivent correspondre à une utilisation normale du local objet de la reprise qui doit pouvoir être adapté à un usage d'habitation par de simples travaux d'aménagement (art.13 al 1^{er}). Le bailleur qui a acquis l'immeuble en vertu d'un acte à titre onéreux ne peut bénéficier du droit de reprise que si son acte date de dix ans avant l'exercice de son droit et qu'il s'agisse d'un acte ayant date certaine (art. 13 al 2). De plus ce droit de reprise pour habitation ne peut être exercé si les locaux loués sont affectés à usage d'hôtel ou de location en meublé. Une fois ces conditions réalisées, le bailleur doit verser au locataire une indemnité égale au *loyer payé*, pour les locaux objet de la reprise pendant les *cinq dernières années*. Si la durée de la location est moindre l'indemnité est égale à *cinq fois le loyer de la dernière année*.

Le bénéficiaire de la reprise doit occuper les locaux dans les six mois du départ du locataire et pendant une durée minimale de six ans au cours de laquelle le local ne peut être affecté à un usage commercial, industriel ou artisanal. A défaut de respecter ces conditions le locataire aura droit à l'indemnité d'éviction de l'article 7. (art 13 al 5)

2-2-4- En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'organisme expropriant peut se soustraire au paiement de l'indemnité d'éviction de l'article 7 en offrant au locataire un immeuble équivalent situé à l'emplacement de l'ancien ou dans le voisinage. Le locataire reçoit dans ce cas une indemnité compensatrice de sa privation temporaire de jouissance et le cas échéant, la moins value de son fonds. Il est en outre remboursé de ses frais de déménagement et d'emménagement. (art.17)

2-2-5- Lorsqu'une personne est en même temps propriétaire de l'immeuble loué et du fonds de commerce qui y est exploité et que le bail porte en même temps sur l'immeuble et sur le fonds de commerce, le locataire gérant n'a pas droit à une indemnité d'éviction en fin de bail parce qu'il n'a pas de droit au renouvellement. L'article 35 impose cependant au propriétaire le paiement d'une indemnité correspondant au profit qu'il pourra retirer de la plus value apportée soit au fonds, soit à l'immeuble en raison des améliorations matérielles faites par le locataire avec l'accord explicite du locataire. L'indemnisation, dans les ceux cas, n'est pas automatique. Elle est subordonnée à la preuve par le

locataire de cette plus value et à l'existence de l'accord exprès du propriétaire sur les améliorations matérielles.

b- Les conséquences du refus de renouvellement

Le refus de renouvellement ouvre la possibilité au locataire de se faire indemniser suite à une procédure (1) au cours de laquelle la loi fixe les droits et les obligations des parties (2).

1- La procédure et la compétence

Le locataire peut soit contester les motifs du refus de renouvellement soit demander le paiement de l'indemnité d'éviction . Il doit pour cela saisir la juridiction compétente dans les trois mois de la notification du congé ou de la réponse du le propriétaire.

Le délai de trois mois est un délai de forclusion. L'alinéa 2 de l'article 27 précise à cet effet que passé ce délai, le locataire est forclos et il est réputé avoir renoncé au renouvellement ou à l'indemnité d'éviction.

Le tribunal compétent est déterminé par la loi. Il faut préciser la compétence d'attribution avant de déterminer la compétence territoriale.

S'agissant de la compétence d'attribution, la combinaison des articles 27 et 28 permet d'affirmer que le tribunal compétent est déterminé par application du droit commun du code de procédure civile et commerciale. En effet, l'article 28 de la loi de 77 ne reconnaît une compétence exceptionnelle au président du tribunal de première instance de la situation de l'immeuble que lorsque le litige porte sur le prix, la durée ou les conditions accessoires ou l'ensemble de es éléments lorsque le locataire consent au renouvellement. Il en résulte que dans tous les autres cas et notamment pour des litiges portant sur la discussion des motifs de renouvellement ou le paiement de l'indemnité d'éviction, la compétence est déterminée en application des articles 21 et 23 al. 3 du code de procédure civile et commerciale. En effet si le premier de ces textes prévoit que la compétence est déterminée par la nature et le montant de la demande, le second précise que lorsqu'il s'agit d'un bail non contesté, la valeur de l'objet du litige est déterminée par le montant annuel du loyer. Par nature de l'affaire on entend déterminer si elle est personnelle, réelle ou mixte. Les litiges portant sur les baux sont des actions personnelles. **Dès lors, si le montant annuel des loyers est inférieur ou égale sept mille dinars, le juge compétent es le tribunal cantonal. Dans tous les autres cas ce sera le tribunal de première instance.**

La compétence territoriale sera également décidée en application du droit commun. Il s'agira soit du tribunal du domicile du défendeur ou celui du lieu d'exécution du contrat (article 35 CPCC).

2- Droits et obligations des parties

Il s'agit pour le locataire d'être indemnisé (2-1). Mais en cours de bail il doit continuer de payer les loyers (2-2) . Pour le bailleur , il doit pouvoir exercer le droit de repentir (2-3)

2-1- l'indemnisation du locataire

Le moment du paiement des indemnité. Le bailleur qui n'entend pas renouveler ou qui entend reprendre son local a intérêt à payer l'indemnité correspondante dans les plus brefs délais. En effet, qu'il s'agisse de l'indemnité d'éviction ou des indemnités compensatrices, le législateur reconnaît au locataire *un droit de maintien dans les lieux* tant que l'indemnité due n'a pas été payée ou à tout le moins tant qu'une indemnité provisionnelle n'a pas été payée.

L'indemnité provisionnelle est accordée par le Tribunal de première instance du lieu de situation de l'immeuble qui sera saisi et statuera dans les conditions de l'article 28 de la loi. Cette indemnité sera imputée sur celle qui sera définitivement fixée si celle-ci est supérieure, dans le cas contraire le locataire remboursera la différence.

2-2-Paiement des loyers : Jusqu' à paiement du montant intégral de l'indemnité ou de la provision, le bail est soumis « aux clauses et conditions du contrat initial », (art. 19) ce qui signifie que le locataire a l'obligation de continuer de payer les loyers. *A défaut, le bailleur pourra déclencher la procédure de l'article 23.*

2--3- Le droit de repentir du bailleur

Le bailleur qui aura été condamné à indemniser le locataire peut exercer ce que la doctrine appelle le droit de repentir, c'est à dire « se soustraire au paiement de l'indemnité » (art. 30 al.2) et consentir au renouvellement du bail dont les conditions seront fixées conformément à l'article 28 en cas désaccord . Il devra cependant supporter les frais de l'instance. Mais ce droit ne peut être exercé que sous certaines conditions : une condition de délai : il ne peut être exercé que dans les 15 jours à compter soit de la date ou la décision de première instance est devenue définitive, soit du jour de la décision d'appel. A cette condition s'ajoute celle relative au fait que le locataire ne doit pas avoir encore quitté le local ou n'a pas acheté ou loué un autre local.

Sous section III . Les éléments incorporels autres que la clientèle et le droit au bail

L'essentiel des éléments incorporels est énuméré par l'article 189 alinéa 3 C.C. (§1). Mais il ne s'agit pas d'une énumération limitative (§ 2).

§1-L'article 189 alinéa 3 C.C. cite parmi les biens nécessaires à l'exploitation le nom commercial, l'enseigne, le droit au bail, les brevets, marques de fabrique, dessins et modèles, droits de propriété littéraire et artistique.

A- Le nom commercial sert à identifier le commerçant et son entreprise. C'est l'appellation sous laquelle le commerçant, personne physique ou morale, exerce son activité. Il est possible d'utiliser indifféremment un nom patronymique, un pseudonyme ou un nom composé. On parle de *raison sociale* pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite et de *dénomination commerciale* pour les sociétés anonymes.

Contrairement au droit civil le nom commercial a une valeur patrimoniale. Il est cessible, même s'il s'agit d'un nom patronymique, car il sert à rallier la clientèle. Le nom commercial est protégé par l'action en concurrence déloyale telle que prévue par l'article 92, 1° du C.O.C.

B. L'enseigne est le signe extérieur qui sert à individualiser le fonds. Ce peut être le nom d'une personne, une dénomination de fantaisie ou un emblème (silhouette d'un animal, armoiries, etc.)

Comme le nom commercial, l'enseigne fait l'objet d'un droit de propriété incorporelle en faveur du premier utilisateur et peut, en conséquence, être cédée ou louée avec le fonds.

Comme le nom commercial, l'enseigne peut être défendue en justice par l'action en concurrence déloyale (art.92/2° COC).

C- Les droits de propriété industrielle et intellectuelle. Ce sont les brevets d'invention, les dessins et modèles, les marques de fabrique de commerce ou de service, etc. Il s'agit de biens incorporels qui constituent souvent toute la valeur du fonds. Ils sont protégés par l'action en concurrence déloyale.

§ 2. La liste de l'article 189 n'est pas limitative. D'autres éléments peuvent être incorporés au fonds. Il s'agit notamment des autorisations

administratives qui ne sont pas attachées à la personne de l'exploitant, du bénéficiaire des clauses de non concurrence, de certains contrats tels que les contrats de travail, des contrats d'assurance relatifs au fonds de commerce (assurance incendie par exemple.)

Section II- Les éléments corporels

L'article 189 al.1 C.C. dispose que les biens mobiliers affectés à l'exercice d'une activité commerciale font partie du fonds de commerce. Ces biens sont le matériel et l'outillage d'une part (§1) et la marchandise d'autre part (§2).

§1. Le matériel et l'outillage

C'est l'ensemble des biens mobiliers corporels qui servent durablement à l'exploitation. Ce sont notamment les machines et l'équipement. L'importance du matériel et de l'outillage varie d'une branche d'activité à l'autre. Dans l'industrie il joue un rôle plus important que dans le commerce ou les services.

Le matériel n'est cependant pas toujours la propriété de l'industriel ou du commerçant. Il est parfois seulement loué ou utilisé en crédit-bail ou acquis sous réserve de propriété. Dans ce cas il ne fait pas partie du fonds de commerce. C'est la même solution lorsque le matériel et l'outillage sont la propriété du commerçant qui exerce son activité dans un local dont il est propriétaire. Ils sont alors considérés comme des immeubles par destination au sens des articles 9 et 10 du C.D.R. soit à raison de leur affectation à l'exploitation soit à raison de leur attache à perpétuelle demeure. Ils suivent dans ce cas le régime des immeubles et ils ne peuvent rentrer dans le gage des créanciers nantis sur le fonds. Telle est la position actuelle de la Cour de cassation dans son arrêt des Chambres réunies du 18 mai 1995 (arrêt n° 21626 in , Recueil des arrêts de Chambres réunies 1994-1995 arrêt n° 12 p.40 et s. ; Revue de science juridique économique et de gestion de Sousse, n°1 , 1997, p.81, note Iheb Ben Rejeb).

§2. Les marchandises

Ce sont les stocks de matières premières destinées à être transformées, les produits finis et les biens destinés à la vente. La référence à la notion de stock évoque le caractère interchangeable, fongible des marchandises. Elles sont donc instables : lorsqu'elles sont vendues elles se transforment en créances sur les clients, ces créances deviendront ensuite liquides avant d'être à nouveau converties en stock. C'est ce qui explique que les marchandises ne soient pas incluses dans le nantissement du fonds (art.237 C.C.) C'est aussi ce qui

explique l'intérêt de la distinction entre marchandises et matériel. On considère en effet que la différence est plutôt de destination que de nature. Un ordinateur est une marchandise si le commerçant se spécialise dans la vente de matériel informatique. Ce sera en revanche du matériel si tel n'est pas le cas.

Les marchandises qui se trouvent dans les locaux du commerçant peuvent parfois ne pas être sa propriété. C'est le cas des marchandises acquises d'un vendeur qui s'en est réservé la propriété. Cette situation semble favoriser une impression de solvabilité apparente qui pourrait tromper les créanciers du commerçant.

CHAPITRE II LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

Vouloir préciser la nature juridique du fonds de commerce c'est tenter de le qualifier par référence à une catégorie juridique afin d'en déterminer le régime. Dans cet effort de classification deux thèses se sont opposées (A). Plutôt que de tenter de trancher pour l'une ou l'autre de ces théories, il convient de mettre l'accent sur les qualités juridiques du fonds de commerce (B).

Section I -Les thèses en présence

D'après certains auteurs le fonds de commerce serait une **universalité de droit**. Une universalité de droit est un ensemble de biens formant un actif et un passif au sein duquel fonctionne la subrogation réelle. Une telle qualification présente surtout un intérêt pour les entreprises exploitées par un commerçant individuel. Le fonds de commerce pourrait, selon cette analyse, être considéré comme *un patrimoine d'affectation*. Il en résulte que le fonds serait affecté aux créances rattachées à l'exploitation commerciale. On assisterait alors à un dédoublement du patrimoine du commerçant : un patrimoine privé qui répondrait des dettes personnelles et familiales du commerçant et un patrimoine commercial qui répondrait seul de ses dettes professionnelles.

Cependant, au point de vue juridique rien ne s'oppose à ce que le fonds de commerce soit saisi et vendu en vue d'obtenir le paiement de dettes non commerciales (art.243 C.C. «*tout créancier* »- sans distinction- qui exerce les poursuites de saisie-exécution peut demander la vente du fonds de commerce). De même, rien n'empêche la saisie et la vente des biens destinés à l'usage privé du commerçant afin de réaliser le paiement de ses dettes professionnelles. Il n'y a donc pas d'autonomie des dettes relatives au fonds par rapport au patrimoine de l'exploitant. L'explication tient au fait que notre droit, subissant en la

matière l'influence du droit français consacre le principe de l'unité du patrimoine. La thèse de l'universalité juridique ne semble donc pas , en l'état actuel du droit positif, être défendable.

Le recours à l'idée d'universalité de droit n'était pas dépourvu d'assise textuelle dans notre système. Sous un chapitre deuxième intitulé «*du transfert d'un ensemble de droits* » du titre IV du C.O.C. réservé au transport des obligations, le législateur réglementait la cession du fonds de commerce. Le cessionnaire héritait à la fois des créances et des dettes. Le fonds de commerce était donc considéré comme un ensemble, comme une universalité. Mais cette universalité était moins destinée à protéger le cédant par la consécration de l'idée d'affectation qu'à protéger les créanciers en leur permettant d'exercer conjointement leurs actions contre le cédant et le cessionnaire (art.222 C.O.C.). Ce faisant, le législateur semble avoir subi l'influence des droits allemand et italien. Dans le premier de ces systèmes, la transmission de la *firma* entraîne celle du passif commercial sauf clause contraire publiée au registre du commerce. En droit italien, l'article 2560 c. civ. décide que l'acheteur du fonds est tenu de plein droit des dettes commerciales du vendeur. Ainsi, dans ces deux législations, comme dans le système du code des obligations et des contrats, les créanciers du vendeur du fonds de commerce deviennent de plein droit créanciers de l'acheteur. C'est un système original destiné à protéger les créanciers du vendeur, différent de celui adopté par la loi française de 1909 dont le code de commerce s'est inspiré.

En adoptant le système de la loi française de 1909 depuis le décret beylical de 1927, repris d'ailleurs par le code de commerce de 1959, notre législateur a rompu avec l'esprit du code des obligations et des contrats. La rupture est nettement affirmée depuis 1927. L'article 37 du décret de 1927 ayant expressément abrogé les dispositions du code des obligations et des contrats qui lui sont contraires.

A défaut de pouvoir évoquer pour le fonds de commerce l'idée d'universalité de droit, certains auteurs préfèrent parler d'**universalité de fait**. Il s'agirait d'un ensemble de biens homogènes et hétérogènes qui sont traités, par la volonté du propriétaire, comme un bien unique. Mais alors plutôt que d'une explication ou une qualification , il s'agit d'une simple description.

Section II- Les caractères juridiques du fonds de commerce

Le constat d'échec de l'idée d'universalité conduit à une sorte de résignation. Il suffit pour sortir d'impasse de reconnaître au fonds de commerce les caractères de bien meuble et de bien incorporel.

Tous les biens sont meubles ou immeubles selon l'article 2 du C.D.R. d'où l'obligation d'identifier le fonds.

Dans son arrêt du 28 juin 1989 la Cour de cassation s'exprime sur ce sujet en des termes non équivoques : *les fonds de commerce sont des meubles ils ne sont pas des immeubles ni par détermination de la loi ni par destination.*

La Cour de cassation a pu ainsi censurer l'arrêt d'appel qui a décidé que la promesse de vente de l'immeuble dans lequel le fonds de commerce litigieux est exploité porte également sur celui-ci du moment qu'elle ne l'a pas excepté. Le fonds de commerce est donc un bien meuble parce qu'il ne correspond pas à la qualification d'immeuble. Il est composé de biens mobiliers et ne comporte jamais de biens immobiliers. Il suit donc le régime des meubles concernant les successions , les privilèges , etc.

Il s'agit cependant d'un meuble d'une nature particulière en raison de sa grande stabilité qui s'explique par son exploitation dans un immeuble. Il en résulte qu'il peut offrir des garanties particulières pour les besoins du crédit du commerçant. On peut relever à cet effet que le nantissement du fonds de commerce constitue une sûreté analogue , par sa technique juridique, à celle qui porte sur les immeubles. C'est ainsi que les articles 250 et suivants du C.C. organisent une procédure de purge comparable à celle prévue par le code des droits réels en matière d'hypothèques (art.292 et s. C.D.R.)

C'est un meuble incorporel malgré la présence de plusieurs éléments corporels tels que le matériel et les marchandises. Il n'est donc pas susceptible de possession d'où l'inapplicabilité de la règle de l'article 53 C.D.R (en fait de meubles possession vaut titre).

L'importance de ce bien du commerçant se manifeste dans les multiples possibilités dont ce dernier dispose pour en transférer la propriété ou l'utiliser comme moyen de crédit. C'est ce qui justifie l'étude des opérations dont il peut faire l'objet.

CHAPITRE III LES OPERATIONS RELATIVES AU FONDS DE COMMERCE

Les opérations qui peuvent avoir un fonds de commerce pour objet sont nombreuses, l'alinéa premier de l'article 190 c. c. en énumère quelques unes. Il s'agit de la vente - et généralement toute cession quelle qu'en soit la forme-, de l'attribution du fonds par partage ou licitation et de l'apport en société. Le code de commerce en régit les plus importantes à savoir la vente (Section I) , l'apport en société (

Section II), la location (Section III), et le nantissement du fonds de commerce (Section IV).

SECTION I : LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

L'article 190 al. 1er du c. c. dispose : «*Toute vente amiable, promesse de vente , et plus généralement, toute cession de fonds de commerce... toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation, tout apport en société d'un fonds de commerce...*» .

Ce texte figure sous une section intitulée « de la vente et de la promesse de vente ». Mais dans le texte de l'article ci-dessus ainsi que dans ceux qui suivent ce sont d'autres actes qui sont concernés par cette réglementation. C'est peut-être parce que la vente est le plus usuel des contrats, même en matière de fonds de commerce, que le législateur la prend comme figure représentative de toute cession. Sa réglementation complexe tend à prendre en considération les différents intérêts en présence. La loi prend en considération d'abord l'intérêt du vendeur, qui n'est pas toujours payé comptant, en le protégeant contre le risque d'insolvabilité de l'acquéreur. Elle tient compte, ensuite, de l'intérêt de l'acquéreur qui risque d'être trompé sur la valeur effective du fonds. Elle sauvegarde , enfin, l'intérêt des créanciers du vendeur qui risquent d'être privés d'un élément important de l'actif de leur débiteur. Aussi adopterons nous la même démarche que le législateur pour examiner les conditions (§1), la publicité (§2) et les effets de la vente (§3) tout en signalant que ces développements concernent, pour la plupart, les opérations visées par l'article 190 al.1er C.C.

§1-Les conditions de la vente

Nous examinerons successivement les conditions de fond (A) et les condition de forme (B).

A- Les conditions de fond

Les conditions de fond (capacité , consentement , objet et cause) sont généralement celles du droit commun de la vente telles que prévues par le code des obligations et des contrats. Il convient toutefois de relever les particularismes relatifs à quelques unes de ces conditions.

Le consentement doit exister . Il doit être exempt de vices. L'état de la jurisprudence publiée ne permet pas de relever une spécificité particulière à la vente du fonds de commerce. Dans d'autres systèmes les juges paraissent plus souples dans l'appréciation des conditions de l'erreur et du dol. C'est ainsi que l'erreur sur l'importance de la clientèle cédée et le dol par réticence sont admis comme motifs de nullité de la vente. A notre sens, il n'y a pas de particularisme des

conditions des vices du consentement. Quant au dol par réticence, l'article 56 COC le consacre quel que soit l'objet de la vente.

La capacité s'apprécie du côté du vendeur et de l'acheteur.

L'objet est constitué par le fonds et le prix. La vente doit porter sur le fonds de commerce et, par conséquent, sur le ou les éléments qui servent à rallier la clientèle. Il appartient aux parties de déterminer ces éléments, mais elles n'ont aucune liberté quant à la question de savoir si la clientèle y est ou non comprise étant donné la formulation non équivoque de l'article 189 C.C. ce qui consolide le pouvoir de requalification des tribunaux. Concernant les autres éléments, les parties recouvrent leur liberté. En cas de silence la vente est censée porter sur les éléments incorporels. Par ailleurs, le fonds cédé doit être licite. On ne peut valablement céder par exemple un débit de boissons ou une maison de jeu non autorisés. On retrouve ici les règles du droit commun sur le caractère licite de l'objet.

Le prix doit répondre aux conditions de l'article 579 C.O.C. à savoir être déterminé ou au moins déterminable. Il ne doit pas dépendre d'une détermination unilatérale de l'une des parties. Il ne doit pas être soumis à la détermination d'un tiers à moins que cette détermination ait précédé l'accord des parties. Il doit être réel et sérieux. La loi accorde aux créanciers du vendeur une action qui permet de les protéger contre les prix insuffisants ou simulés. C'est ainsi que les créanciers inscrits et les créanciers opposants peuvent faire la surenchère du sixième lorsqu'ils estiment que le prix de la vente est insuffisant pour les désintéresser.(art.194 C.C.)

La dissimulation du prix peut nuire au fisc. Mais cette hypothèse ne semble pas particulièrement inquiétante dans la mesure où la vente du fonds de commerce est soumise au tarif des droits proportionnels et progressifs d'enregistrement de 2,5°/° (art.20 c.d.e.t.). Dans ce cas le droit d'enregistrement est dû sur le prix de vente de la clientèle, de l'achalandage, de la cession du droit au bail et des objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds de commerce (art.28 c.d.e.t.). Il n'est cependant pas exclu que les parties procèdent à une dissimulation. Mais le fisc n'est pas désarmé. Bien que le droit de préemption du fisc ait été supprimé, l'administration peut, en cas d'insuffisance du prix, requérir une expertise pour tous les actes constatant le transfert de propriété de fonds de commerce (art. 111 c.d.e.t). L'insuffisance ainsi prouvée permet ensuite à l'administration de redresser le prix de la vente.

Dans toutes les ventes sont indiqués à côté du prix global les prix des éléments incorporels des marchandises et du matériel. Ce fractionnement (ventilation) est utile pour la détermination de l'assiette

du privilège du vendeur (art.205 al.3 c.c ; art. 207 /3°) et pour le jeu de la surenchère.

Enfin *la cause* de la cession doit être licite c'est-à-dire conforme aux bonnes mœurs à l'ordre public et à la loi. Aucun particularisme n'est à relever par rapport aux autres contrats.

B- Les conditions de forme

Les actes de vente de fonds de commerce sont soumis un formalisme qui se manifeste dans l'exigence d'un écrit(a) et dans les mentions que cet écrit doit comporter, c'est à dire les mentions obligatoires (b).

a- L'écrit

Toute vente (ainsi que toutes les opérations visées par l'article 190 C.C.) doit être constatée par écrit.

Avant la loi n° 31 du 28 avril 2003 l'écrit pouvait être indifféremment un acte sous seings privés ou un acte authentique. Désormais et avec l'article 189 bis ajouté par la loi du 28 avril 2003 tous les actes ayant un fonds de commerce pour objet doivent être des actes sous seings privés établis par une catégorie unique de rédacteurs : les avocats en exercice non stagiaires. Les actes établis par des rédacteurs autres que ceux spécifiés par la loi sont nuls de nullité absolue. Seuls les contrats conclus par l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics à caractère administratif ainsi que les mainlevées de nantissement et les contrats pour lesquels la loi exige la forme notariée échappent à cette formalité.

Le rédacteur de l'acte est tenu d'y insérer les mentions relatives à son identité, sa signature et son cachet sauf si l'acte est établi par les services de l'Etat des collectivités locales et des établissements publics administratifs. Il mentionnera également qu'il a consulté le registre du commerce et celui des nantissements des fonds de commerce et qu'il a pris connaissance des indications qu'ils contiennent concernant le fonds de commerce objet de l'opération.

Le rédacteur mentionnera également qu'il a informé les parties de la situation juridique du fonds de commerce et l'absence de tout empêchement légal à la rédaction de l'acte. Seront en outre indiquées les mentions indispensables à la rédaction de l'acte autrement dit les mentions obligatoires. Pour ce faire le rédacteur se référera aux données indiquées au registre du commerce et celles du registre des nantissements. Enfin le rédacteur indiquera que les parties doivent accomplir les formalités pour l'inscription de l'opération au registre du commerce et au registre des nantissements.

A défaut d'observer ces formalités , le rédacteur engage sa responsabilité envers les parties. C'est une responsabilité à laquelle il ne pourra pas échapper par des stipulations contraires. Il sera de plus responsable à l'égard des tiers dont les droits auront été atteints du fait de l'inobservation des dispositions de l'article 189 bis du code de commerce.

Ce formalisme s'inspire très largement de celui retenu pour la rédaction des actes portant sur les immeubles immatriculés. Une différence notable sépare cependant les deux situations. Alors en effet que le formalisme assure dans la publicité foncière une fonction constitutive de droit (du moins pour les titres qui sont soumis à l'effet constitutif des inscriptions) , celui exigé pour le registre du commerce concernant les opérations portant sur le fonds de commerce n'assure qu'une fonction informative.

L'acte de vente, et généralement tout acte ayant un fonds de commerce pour objet, sont donc soumis à un condition de forme exigée comme condition de validité (*ad validitatem*). Le texte de l'article 190 évoque « toute cession » de fonds de commerce assimilant de la sorte la promesse de vente à la vente du fonds de commerce. C'est là incontestablement la marque du droit français dont l'art. 1589 C. civ. dispose que la promesse de vente vaut vente. Pour sa part, le code des obligations et des contrats n'a jamais réglementé la promesse de vente. Le code de commerce ayant été élaboré à une époque où la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la nature juridique de la promesse de vente , aucune anomalie n'était à signaler. Mais sachant que depuis l'arrêt des chambres réunies du 31 janvier 1976 la promesse de vente ne vaut pas vente et qu'elle n'est donc pas translatif de propriété, on peut s'interroger sur l'étendue des divergences entre la solution légale et la solution jurisprudentielle. Autrement dit, lorsqu'une règle est posée en fonction du caractère translatif de propriété de l'acte doit-on la respecter quand bien même la promesse ne produit pas le même effet ? Il ne s'agit pas de dissenter trop longtemps sur la question : les textes sont clairs , ils posent des règles spéciales, celles-ci sont d'interprétation stricte, il faut donc les appliquer à la lettre. Lorsque la loi exige l'accomplissement d'une formalité pour la validité ou pour l'opposabilité d'une acte portant sur le fonds de commerce il n'y a pas lieu à en exclure aucun autre tant que l'exclusion ne résulte pas de la loi elle même. En conséquence, la promesse de vente doit être établie par écrit sous peine de nullité . Elle doit en outre être publiée selon les formes prescrites par le code.

b- Les mentions obligatoires

L'alinéa 2 de l'article 190 C.C prévoit les mentions que tout acte de vente doit comporter. Ce sont les *mentions obligatoires* dont l'exigence s'impose pour des motifs de protection de l'acquéreur. La loi met ainsi à la charge du vendeur une obligation d'information sanctionnée par la nullité. Elle constitue avec d'autres manifestations éparses dans les différents textes récents la consécration d'une obligation générale d'information dans les contrats.

Les mentions obligatoires ont pour objet les données suivantes :

1°. *Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition, le prix de ladite acquisition en spécifiant distinctement les prix des éléments incorporels, des marchandises et du matériel* (art.190 al. 2 ,1°). Cette mention permet à l'acquéreur de s'assurer du caractère sérieux de la cession.

2°. *L'état des inscriptions, des privilèges et nantissemements pris sur le fonds* (art.190 al. 2, 2°). Cette mention est de nature à empêcher le vendeur de dissimuler les charges qui grèvent le fonds.

3°. *Le chiffre d'affaires que le fonds a réalisé au cours de chacun des trois derniers exercices, ou depuis son acquisition, si la durée de l'exploitation n'a pas comporté trois exercices.* (art.190 al. 2 ,3°).

4°. *Les bénéfices réalisés pendant la même période.* (art.190 al. 2 ,4°).

Les deux dernières mentions ont pour but de protéger l'acquéreur contre les fraudes que le vendeur pourrait commettre à son encontre en majorant le chiffre d'affaires et les bénéfices afin d'obtenir un prix plus élevé.

5°. *S'il y a lieu, le bail, sa date, sa durée , le montant du loyer actuel, le nom et l'adresse du bailleur* (art.190 al. 2 ,5°). Le but de cette mention est de permettre à l'acquéreur de connaître ses droits et ses devoirs dans ses rapports avec le bailleur (ex. la demande de renouvellement doit être faite dans les six mois qui précèdent l'expiration du bail, la possibilité pour le bailleur de demander la révision des loyers en dépit de l'absence des conditions de l'article 27 L. 25 mai 77, etc.)

L'omission des mentions obligatoires entraîne la nullité de l'acte de vente. C'est un cas de *nullité relative* dans la mesure où elle a été édictée en faveur de l'acquéreur qui seul peut l'invoquer. L'action doit être intentée dans l'année suivant la prise de possession du fonds. Le délai d'un an est un délai préfix, c'est-à-dire qu'il n'est susceptible ni de suspension ni d'interruption.

Cette nullité est *facultative* « l'omission ...peut...entraîner la nullité ». Facultative pour le juge qui peut apprécier si

l'omission des énonciations prescrites a pu vicier le consentement de l'acquéreur.

L'inexactitude des mentions figurant dans l'acte de vente peut donner lieu à une *action en garantie* contre le vendeur et éventuellement contre les rédacteurs d'actes, les intermédiaires et leurs préposés qui sont solidairement tenus avec le vendeur s'ils connaissent l'inexactitude des énonciations faites. Cette action qui obéit quant au fond aux conditions des actions en garantie contre l'éviction et les vices de la chose doit être intentée dans l'année à partir de la date de la prise de possession du fonds (art. 217 C.C.). On peut, par ailleurs, se demander si l'acquéreur conserve la possibilité d'exercer l'action en nullité pour dol conformément au droit commun. L'option semble possible en application de l'article 523 du C.O.C. Il faut donc apporter la preuve de manœuvres ou de réticences. L'action peut être exercée dans les délais de droit commun (une année à partir de la découverte du vice et dans tous les cas dans les quinze ans à partir du contrat, art. 330,331 et 334 C.O.C.)

D'autres conditions de forme résultent de la nécessité d'obtention de certaines *autorisations administratives*. Dans cet ordre d'idée le décret-loi du 16 août 1961 relatif aux conditions d'exercice de certaines activités commerciales disposait dans son article 12 que les mutations des fonds de commerce et de leurs éléments constitutifs, à l'exception des marchandises doivent, *lorsque ces fonds appartiennent à des personnes physiques ou morales de nationalité étrangère*, être préalablement autorisées par le ministre chargé des finances. La méconnaissance de cette formalité entraînait la nullité absolue de l'acte, l'alinéa 3 de l'article 12 précité prévoyait que la nullité est constatée à la requête du ministère public, des parties ou de tout tiers intéressé. Avec la loi n° 66-2001 du 10 juillet 2001 relative à la suppression des autorisations administratives délivrées par les services du ministère de l'économie *les cessions de fonds de commerce d'un étranger à un tunisien ne sont plus soumises à autorisation préalable mais à une déclaration conformément aux stipulations d'un cahier de charges*.

§2- La publicité de la vente du fonds de commerce

A. But de la publicité

La publicité de la vente du fonds de commerce, ainsi que celle de tous les autres actes qui ont ce fonds pour objet, a pour but l'information des créanciers chirographaires du vendeur et leur protection contre les mutations clandestines du fonds. Elle prévient ces

créanciers et leur permet de faire opposition et, éventuellement , surenchère du sixième. C'est une publicité exceptionnelle dans la mesure où, assimilés à des ayants cause à titre universel, les créanciers chirographaires sont obligés de subir les effets des actes accomplis par leur débiteur . Mais l'importance du fonds de commerce comme gage des créanciers justifie cette exception. Comparée à la publicité foncière elle ne tend pas, contrairement à celles-ci, à régler les conflits entre titulaires de droits réels, acquéreurs et créanciers hypothécaires ¹. En cas de conflit on préférera non pas celui qui le premier a publié son achat, mais celui dont le titre d'acquisition est le premier en date. Contrairement aussi à la publicité foncière qui résulte d'une inscription permanente sur le registre foncier la publicité de la vente du fonds de commerce est éphémère et résulte d'insertions dans les journaux (officiel et quotidien) .

La publicité assure selon les termes mêmes de la loi *une fonction d'information des tiers* . C'est par conséquent à raison que la Cour de cassation considère que la publicité de la cession est destinée à informer le propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité (Cass.civ.n°4178 du 10 mars 1982 B.II , 143).

B. Formes et sanctions

a- Formes de la publicité

L'acquéreur doit, dans la quinzaine de la date de l'acte, publier la cession sous forme d'extraits dans un journal quotidien et dans le Journal Officiel de la République tunisienne.

L'extrait destiné à être publié dans un journal quotidien doit contenir les mentions relatives aux données suivantes :

**la cession elle même* : date et objet de l'acte , indication de l'opération effectuée ;

**l'enregistrement de l'acte* : date, volume et numéro d'enregistrement de l'acte ;

**l'identité des parties* : noms prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire ;

**l'identification de l'objet de la cession* : nature et siège du fonds .

L'extrait doit en outre mentionner :

**le délai fixé pour les oppositions*

**une élection de domicile* dans le ressort du tribunal du siège du fonds.

¹ Pédamon, op.cit. n°266 ; Ripert et Roblot par Germain , op.cit. n° 611.

Quant à l'extrait destiné à la publication au journal officiel , il doit contenir les mêmes mentions exigées pour l'extrait publié dans le journal quotidien auxquelles doit s'ajouter la mention du titre et de la date du quotidien où la publication a été faite.

En outre et aux termes de l'article 192 C.C. l'acquéreur doit, à partir de la vente et jusqu'à l'expiration de vingt jours après la publication au journal officiel, laisser en dépôt au domicile élu un des originaux de l'acte de vente (l'unique forme étant depuis la réforme de 2003 l'acte sous seings privés, la référence à l'acte authentique par ce texte est implicitement abrogée). Cette obligation tend à permettre aux tiers (les créanciers) de consulter l'acte en question afin de pouvoir formuler leurs oppositions. Le vendeur peut pour sa part et dans le même délai prendre communication et copie de ces oppositions.

Le vendeur du fonds de commerce doit demander, dans le délai d'un mois, une inscription modificative du registre du commerce, s'il compte poursuivre son activité (art.16 LRC) soit, dans le même délai, sa radiation s'il entend cesser ses activités(art.23 LRC).

Enfin par une loi du 20 juin 2000¹ le législateur a ajouté au code de commerce un article 228 bis d'après lequel si le fonds est grevé de nantissements, l'acquéreur doit dans le délai de quinze jours à partir de la date du contrat notifier la cession par huissier de justice aux créanciers inscrits à leur domicile élu. Cette notification a pour objectif de permettre à ces créanciers de faire opposition sur le prix de la cession. (Bien que précédemment à cette réforme, rien ne leur interdisait l'exercice de ce droit comme les créanciers chirographaires).

b. Sanctions

Les insertions faites en méconnaissance des dispositions de l'article 191 C.C. sont nulles. La nullité n'atteint pas la vente et il semble pour le moins inhabituel que la nullité qui sanctionne par définition les actes juridiques vienne frapper des formalités de publicité.

L'inopposabilité de ces insertions aux créanciers du vendeur aurait pu être la sanction la plus adéquate. C'est finalement la sanction retenue par l'article 204 C.C. d'après lequel l'acquéreur qui verse le prix au vendeur sans avoir fait les publications dans les formes prescrites n'est pas libéré à l'égard des tiers. La formule du texte nous semble pouvoir s'appliquer aussi bien à l'acquéreur qui n'a pas

¹ Loi n ° 2000-61 du 20 juin 2000.

respecté les mentions obligatoires des insertions qu'à celui qui a complètement négligé de procéder à ces insertions. Concrètement, l'acquéreur qui n'a pas respecté les formalités de publicité et qui verse en dépit de cela le prix de vente au vendeur risque de payer une seconde fois au profit des créanciers du vendeur.

C'est la même sanction qui s'applique lorsque l'acquéreur ne dépose pas son contrat au domicile élu conformément à l'article 192 C.C.

La méconnaissance des formalités de publicité au registre du commerce (inscription modificative ou radiation) entraîne l'inopposabilité de la cession aux tiers. Le vendeur répondra en conséquence des dettes de son successeur. Il ne pourra se soustraire aux actions en responsabilité dont il est l'objet du fait des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fond qu'à partir du jour de la radiation ou de l'inscription modificative (art. 61 al.3 LRC.). L'acquéreur doit de son côté prendre une immatriculation au registre du commerce sous peine de ne pas pouvoir se prévaloir de sa qualité de commerçant. (art. 60 al.1 LRC.)

C. Droits des créanciers

Les créanciers du vendeur peuvent faire soit opposition au paiement du prix soit surenchère du sixième.

a. L'opposition

Le droit de faire opposition au paiement du prix appartient à tout créancier que sa créance soit ou non exigible mais à la condition d'être certaine. Cette créance peut indifféremment être civile ou commerciale. On rappellera ici que les créanciers commerciaux n'ont aucun droit de préférence sur le fonds de commerce qui n'a pas de passif propre. La loi a entendu protéger les créanciers chirographaires qui ont fait opposition. Les créanciers inscrits sont protégés du fait de leur inscription mais rien ne les empêche de faire opposition. Une restriction concerne le bailleur qui ne peut pas, nonobstant toute stipulation contraire, faire opposition pour loyers en cours et à échoir puisqu'ils devront être payés par l'acheteur. Il est bien entendu qu'il peut faire opposition pour les loyers échus.

L'opposition doit être faite au domicile élu de l'acquéreur, dans les vingt jours qui suivent l'insertion au journal officiel. Elle peut être faite soit par lettre recommandée avec avis de réception, soit par

exploit d'huissier-notaire. Elle doit à peine de nullité contenir les énonciations relatives au nom et au domicile de l'opposant et au montant et causes de la créance.

L'opposition a pour effet de bloquer le paiement du prix. Aucun transfert judiciaire ou amiable ne sera opposable aux créanciers opposants. L'acquéreur qui aura payé soit avant l'expiration du délai d'opposition (les vingt jours de l'article 193) soit au mépris des inscriptions et oppositions ne sera pas libéré à l'égard des créanciers.(204 C.C.)

Le vendeur peut aux termes de l'article 193 al. 5 demander en référé au président du tribunal du lieu de situation du fonds la mainlevée de l'opposition. La demande en mainlevée peut être fondée sur la nullité de l'opposition quant à la forme ou sur son absence de titre ou défaut de cause. Elle tend à obtenir l'autorisation de toucher le prix malgré l'opposition. Cette autorisation n'est pas conditionnée par la consignation d'une quelconque somme.

Le vendeur peut aussi , et sans que sa requête soit justifiée par la nullité ou l'absence de cause ou de titre de l'opposition , se pourvoir en référé devant le président du tribunal pour obtenir le paiement de son prix malgré l'opposition. Dans ce cas le juge fixera la somme qui devra être versée soit à la caisse des dépôts et des consignations soit entre les mains d'un tiers commis à cet effet. Ladite somme servira à désintéresser les créanciers du vendeur des causes de l'opposition dans le cas où il s'avèrera qu'il leur en est débiteur. Ces sommes sont affectées aux créanciers par privilège exclusif. (art. 201 C.C.)

b. La surenchère du sixième

Si le prix ne suffit pas à les désintéresser , les créanciers inscrits et les créanciers opposants peuvent, les uns ou les autres agissant individuellement ou de concert, former une surenchère du sixième, dans les dix jours qui suivent l'expiration du délai d'opposition. La loi cantonne le domaine de la surenchère du sixième aux seules ventes amiables. L'article 198 C.C. précise à cet effet que ce procédé n'est pas admis après la vente judiciaire d'un fonds de commerce ou la vente poursuivie à la requête d'un syndic de faillite, de liquidateurs et d'administrateurs judiciaires ou de copropriétaires indivis du fonds et faite aux enchères publiques.

Mais l'article 194 C.C. ne précise pas, contrairement à la loi française de 1909 qui l'a inspiré (art.5), selon quelles formes et

procédures cette surenchère doit être faite. Il est néanmoins possible de déduire de l'orientation générale des textes et par référence à leur source historique¹, que la demande doit être portée devant le tribunal dans le ressort duquel le fonds est exploité. Cette exigence a au moins un fondement rationnel car il n'est pas admissible de confier l'appréciation de l'insuffisance du prix à la seule volonté des créanciers du vendeur.

La demande a pour objet de mettre le fonds aux enchères publiques en offrant de se porter enchérisseur pour le prix du fonds augmenté du sixième. En excluant le renvoi à l'article 251 C.C dans l'alinéa 2 de l'article 194 CC, le législateur ne semble pas retenir la solution de la loi française de 1909 selon laquelle la surenchère porte sur la seule valeur des éléments incorporels².

La participation à l'enchère est conditionnée par le dépôt à la caisse des dépôts et consignations, avec affectation spéciale au paiement du prix, d'une somme qui ne doit pas être inférieure à la moitié du prix total de la première vente, ni à la proportion du prix de la vente stipulée payable comptant augmentée du sixième.

§3 – Les effets de la vente du fonds de commerce

Comme toute vente, la vente du fonds de commerce est translatrice de propriété (A). Elle met à la charge des parties des obligations réciproques précises (B).

A – Le transfert de propriété

Le principe est celui du droit commun de la vente. La propriété est transférée par le seul échange des consentements (transfert *solo consensu*). Aucune formalité n'est exigée pour la réalisation de ce transfert aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers.

Contrairement à la vente d'immeubles immatriculés gouvernée par le principe de l'effet constitutif des inscriptions, la publicité de la vente du fonds de commerce n'a pas pour but de conditionner le transfert de la propriété mais seulement celui d'informer les créanciers du vendeur.

Pour certains éléments composant le fonds de commerce, il faut observer les règles qui leur sont propres en matière de transfert de propriété. Ainsi pour les marchandises le transfert de leur propriété n'est opposable aux tiers que par leur mise en possession.(application

¹ La loi française de 1909 renvoie pour la procédure de surenchère du sixième aux règles régissant la surenchère du dixième (art.23 de la même loi.)

² Art.5 al.2 de la loi française du 17 mars 1909.

de la règle de l'article 53 CDR). L'alinéa 3 de l'article 63 de la loi du 24 août 2000 relative aux brevets d'invention conditionne l'opposabilité de toute cession aux tiers d'un brevet d'invention à son inscription au registre national des brevets. Le transfert de la propriété d'une marque de fabrique, de commerce ou de service n'est opposable aux tiers que par son inscription au registre national des marques (art. 13 al. 4 de la loi du 17 avril 2001 sur la protection des marques de fabrique , de commerce et de service).

B- Les obligations des parties

Aux obligations qui pèsent sur le vendeur (a) correspondent celles qui pèsent sur l'acheteur (b).

a- les obligations du vendeur

Il incombe au vendeur deux obligations principales, l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie.

1- L'obligation de délivrance

Cette obligation s'étend à la chose vendue et à ses accessoires.

La délivrance de la chose elle-même, le fonds de commerce en l'occurrence, consiste pour le vendeur à mettre l'acquéreur en mesure d'en prendre possession sans empêchement. Telles sont les dispositions de l'article 592 COC qui s'appliquent au fonds de commerce. S'agissant de la délivrance d'un meuble incorporel, elle se fera selon les modes de l'article 594, c'est à dire par la remise des titres qui en constatent l'existence et l'usage qu'en fait l'acquéreur. Cela suppose aussi, étant donné que généralement, le fonds de commerce est exploité dans un local et que son exploitation suppose l'utilisation de choses mobilières, que l'acheteur soit mis en possession de ce local et de ces choses sans obstacle de la part du vendeur.

L'obligation de délivrance s'étend aux accessoires de la chose vendue. En précisant dans son alinéa 3 que le fonds de commerce comprend aussi tous les autres biens nécessaires à l'exploitation du fonds, l'article 189 a repris l'essentiel de l'article 620 COC sur les accessoires du fonds de commerce. Ne prévoyant pas de dispositions contraires au décret du 18 juillet 1927 relatif à la vente et au nantissement du fonds de commerce, ce texte n'a pas été abrogé et semble de ce fait faire double emploi avec l'article 189 al. 3 CC. L'intérêt de cet texte réside néanmoins dans son alinéa 2 qui précise que la vente du fonds de commerce ne comprend pas, sauf stipulations contraires, ce qui est purement personnel au vendeur tels que les diplômes, les médailles, les certificats, les titres scientifiques, etc.

La délivrance des documents comptables est régie par l'article 219 du code de commerce. La propriété des livres est transférée sauf convention contraire à l'acheteur. Ce dernier doit les mettre à la disposition du vendeur pendant dix ans à partir de la vente. La même obligation pèse sur le vendeur dans les mêmes conditions s'il a conservé ces documents. Cette obligation réciproque est d'ordre public (art. 219 al.5).

2- L'obligation de garantie

C'est la double garantie contre les vices de la chose et contre l'éviction.

La garantie des vices est celle du droit commun de la vente de l'article 647 COC qui assimile la garantie des qualités promises à la garantie des vices. Deux éléments marquent la spécificité de cette garantie en matière de vente de fonds de commerce. Le premier tient à ce que le législateur écarte le jeu des clauses de non garantie toutes les fois que l'acte comprend des énonciations inexacts. De plus, les rédacteurs d'actes, les intermédiaires et leurs préposés sont tenus solidairement avec le vendeur s'ils connaissent l'inexactitude des énonciations.

Le deuxième élément qui marque la spécificité de la garantie pour vices en matière de vente de fonds de commerce consiste dans le fait que l'acheteur bénéficie aux termes de l'article 218 du code de commerce d'un délai plus long que le délai de droit commun. Il intentera son action dans le délai d'un an de la date de la prise de possession, alors que l'article 672 COC prévoit que pour les meubles, le délai est de 30 jours à partir de la délivrance.

En renvoyant à l'article 630 du COC, l'article 217 CC n'a pas seulement visé la garantie des défauts de la chose mais aussi la garantie d'éviction. La garantie d'éviction signifie que le vendeur est tenu de défendre l'acquéreur en justice contre *la revendication des tiers* qui prétendent détenir des droits antérieurs à la vente. En cas de gain de cause par le tiers auteur de la revendication, le vendeur doit subir la résolution du contrat, la restitution du prix, les frais du contrat, les dépenses judiciaires et doit réparer les dommages résultant de l'éviction. La garantie d'éviction signifie aussi que le vendeur garantit son fait personnel. Il s'agit essentiellement, en cas de vente de fonds de commerce, du fait pour le vendeur de se rétablir dans des conditions telles qu'il en arrive à reprendre la clientèle déjà cédée. Dans ce cas le vendeur est garant du *trouble personnel* qu'il a causé et doit dédommager son cocontractant.

Le délai d'un an prévu par l'article 217 CC, semble s'appliquer à l'action en garantie contre l'éviction. L'acheteur ne disposera donc pas du délai de droit commun (quinze ans, art. 402 COC).

C'est ce qui justifie que dans la pratique les parties recourent à la stipulation de clauses de non-concurrence encore appelées clauses de non-rétablissement. La validité de ces clauses ne pose pas de difficultés si elles sont limitées soit dans le temps soit dans l'espace, conformément à l'alinéa 2 l'article 118 COC.

Ces clauses mettent à la charge du vendeur une obligation de ne pas faire soumise quant à son inexécution à l'article 276 COC qui permet au créancier d'obtenir la condamnation du débiteur à des dommages intérêts du seul fait de la contravention et de se faire, en outre, autoriser à supprimer, aux dépens du débiteur, ce qui a été fait contrairement à l'engagement.

La transmissibilité de la clause doit être considérée du côté du débiteur (transmissibilité passive) et du côté du créancier (transmissibilité active).

Il ne semble pas que la clause de non concurrence soit transmissible aux héritiers du vendeur en raison de son caractère personnel. La clause permet de protéger l'acheteur contre le vendeur qui tente de reprendre sa clientèle. L'héritier qui se rétablit ne reprend pas sa propre clientèle.

S'agissant de la transmissibilité passive, la clause de non concurrence peut être considérée comme un accessoire attaché au fonds, son bénéfice se transmet donc aux sous acquéreurs successifs.

b- Les obligations de l'acheteur et les garanties de paiement du vendeur

Deux obligations pèsent sur l'acheteur : prendre possession du fonds et payer le prix, cette dernière obligation étant son obligation principale.

Lorsque le prix est payable au comptant, l'acheteur doit attendre l'écoulement du délai d'opposition avant de le verser au vendeur. La vente peut aussi être consentie à crédit. Des garanties sont en conséquences offertes au vendeur. Il s'agit du privilège du vendeur et de l'action résolutoire

1- Le privilège du vendeur (articles 205 à 216 CC) : C'est une sûreté réelle mobilière qui permet au vendeur impayé d'être satisfait du prix de la vente par préférence aux autres créanciers seraient-ils nantis. C'est un privilège spécial qui ne figure pas dans la liste de l'article 200 CDR. En l'organisant le législateur s'est inspiré du droit français qui a retenu en la matière un mécanisme que notre droit ignore ; le privilège

du vendeur d'immeuble (art. 2103/1° C.civ.) C'est un privilège qui se conserve par une inscription prise par le bénéficiaire au bureau des hypothèques.

Dans un esprit analogue, le code de commerce exige que pour être opposable aux tiers, le privilège du vendeur du fonds de commerce doit répondre à deux exigences de forme. Il faut d'abord que la vente ait été constatée par un acte sous seing privé dûment enregistré (la référence à l'acte authentique a été implicitement abrogée par la loi de 2003 ajoutant l'article 189 bis CC). Il faut ensuite que le privilège soit inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de première instance dans le ressort duquel le fonds de commerce est exploité. (art. 205 CC)

L'inscription doit être prise même en cas de jugement déclaratif de faillite dans la quinzaine de l'acte de vente. (art. 206 al. 1^{er}) A l'appui de sa demande le vendeur présente au greffe du Tribunal l'un des originaux de l'acte de vente auquel sont joints deux bordereaux qui comprennent les mentions relatives à l'identité des parties à l'acte de vente, le prix avec l'indication distincte pour le matériel et la marchandise d'une part et les éléments incorporels d'autre part, la désignation du fonds et une élection de domicile par le vendeur dans le siège du tribunal de situation du fonds. (art. 207)

La violation de la condition relative au délai dans lequel l'inscription doit être prise est sanctionnée par la nullité qui peut être invoquée par tout intéressé et même par le débiteur (art. 206 al. 1 et 2).

L'omission relative aux mentions devant être portées sur le bordereau conformément à l'article 207 CC n'entraîne la nullité de l'inscription que lorsqu'il en résulte un dommage pour les tiers seuls habilités à la demander. Le juge peut selon la nature et l'étendue du préjudice annuler l'inscription ou en réduire l'étendue. (art.209)

L'inscription régulièrement accomplie prime toute autre prise du chef de l'acquéreur et notamment celle prise par le créancier nanti. Elle est opposable à la faillite de l'acquéreur (art. 206 al. 3).

Elle conserve le privilège pendant dix ans à compter du jour de sa date. Son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai. Elle garantit au même rang que le principal deux années d'intérêts.(art.212)

Le privilège confère au vendeur un droit de préférence et un droit de suite.

Le droit de préférence est cependant réduit quant à son assiette. Celle-ci ne porte pas de plein droit sur tous les éléments du fonds. En effet , à défaut de stipulation contraire, le privilège ne grève que les

éléments qui sont considérés les plus importants du fonds à savoir l'enseigne , le nom commercial, le droit au bail et la clientèle.

Mais l'efficacité du droit de préférence est réduite en raison de la dérogation au principe de l'indivisibilité des sûretés qui veut que toute sûreté garantisse la totalité de la dette. En effet , le privilège est divisé en trois fractions qui grèvent les éléments incorporels le matériel et les marchandises. C'est ce qui explique l'exigence par l'article 205 al. 3 CC l'établissement dans l'acte de vente de prix distincts pour chacun de ces éléments. Le privilège du vendeur garantit chacun de ces prix ou ce qui en reste dû. Il s'exerce distinctement sur le prix de revente de chacune de ces catégories et aucune compensation de l'une à l'autre n'est possible.

Les paiements partiels autres que les paiements comptant s'imputent nonobstant toute stipulation contraire d'abord sur le prix des marchandises , ensuite sur le prix du matériel. (205 al. 5) La raison en est qu'il convient de libérer les éléments du fonds d'autant plus vite qu'ils présentent une plus grande liquidité.

Le privilège confère un *droit de suite* au vendeur (art. 250 CC) qui lui permet de saisir et vendre le fonds en quelques mains qu'il passe et en quelque lieu qu'il se trouve.

Le tiers acquéreur peut, comme en matière d'hypothèque, purger, c'est à dire faire disparaître le privilège en payant le premier vendeur. Il doit à cet effet avant les poursuites ou dans les quinze jours de la sommation de payer à lui faite et à peine de déchéance accomplir les formalités de l'article 250 CC. IL doit pour ce faire notifier aux créanciers inscrits à leurs domiciles élus les données relatives notamment à l'identité du vendeur, au fonds et à son contenu, aux charges qui le grèvent et la déclaration qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes inscrites jusqu'à concurrence de son prix. Tout créancier inscrit qui estime que le prix est insuffisant peut faire une *surenchère du dixième* calculée sur la valeur des éléments incorporels (art. 251) qui n'est pas à confondre avec la surenchère du sixième par les créanciers consécutive à la publicité de la vente amiable au journal officiel).

Le privilège du vendeur présente un grand intérêt pratique en ce qu'il peut être cédé en même temps que la créance du solde du prix qu'il garantit. Il peut aussi faire l'objet d'une subrogation au profit du tiers qui règle le vendeur. Dans les deux cas, l'inscription doit être complétée par une inscription en marge (art.210).

Enfin , lorsque des effets de commerce sont créés en représentation de la créance garantie (effets de fonds) , l'article 211 CC précise que le bénéfice de la sûreté est transmis aux porteurs successifs.

Il faut toutefois que l'acte de vente prévoie expressément la création de ces effets.

2- L'action résolutoire

Elle est régie par les articles 220 et suivants du code de commerce. Elle est ouverte au vendeur dans les conditions du droit commun (art.273 COC) ou en vertu d'une clause expresse.

-*L'action résolutoire au sens de l'article 273 COC* est limitée aux seuls éléments qui font partie de la vente.

L'article 220 al. 2 interdit l'exercice de cette action au préjudice des tiers (créanciers nantis du chef de l'acquéreur) après extinction du privilège. Cette solution peut être source de difficulté dans notre droit dans la mesure où contrairement au droit français, notre législateur n'exige pas que pour produire effet, l'action résolutoire doive être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription.(art. 2 al. 2 de la loi du 17 mars 1909). C'est ce qui laisse entendre qu'à défaut de l'inscription régulière du privilège du vendeur l'action résolutoire ne peut pas être exercée au préjudice des tiers. Elle peut en revanche être exercée conformément au droit commun lorsque l'acquéreur n'a pas de créanciers nantis et lorsqu'il n'a pas revendu le fonds.

Le vendeur qui exerce l'action résolutoire doit la notifier aux créanciers inscrits dans leurs domiciles élus. Le jugement ne peut intervenir qu'un mois après cette notification. L'article 221 CC règle l'essentiel des effets de la résolution. Le vendeur doit reprendre tous les éléments qui font partie de la vente et même ceux pour lesquels son privilège et l'action résolutoire sont éteints. Mais il ne reprend la marchandise qu'à concurrence du prix de la vente.

-Au cas où *une clause résolutoire* faute de paiement du prix a été stipulée ou lorsque la résolution a été décidée à l'amiable , le vendeur doit par acte extra-judiciaire notifier aux créanciers dans leurs domiciles élus la résolution intervenue ou consentie qui ne devient effective qu'un mois après cette notification.

- Lorsque *la vente du fonds de commerce est poursuivie aux enchères publiques*, le poursuivant doit notifier aux précédents vendeurs par acte extra-judiciaire que faute d'exercer l'action résolutoire dans le mois de la notification ils seront déchus du droit de l'exercer.

L'article 225 CC prévoit que l'action résolutoire est opposable à la masse de la faillite. Mais l'action résolutoire risque de devenir une garantie illusoire avec la loi du 17 avril 1995 dans la mesure où l'article 46 de cette loi interdit au créancier d'agir en résolution du contrat lorsque le débiteur l'acquéreur faillit à ses engagements financiers.

SECTION II : L'APPORT DU FONDS DE COMMERCE EN SOCIETE

Vente et apport en société sont deux opérations de même nature. Elles emportent toutes deux cession du fonds à titre onéreux. Seul le mode de rémunération diffère. La contrepartie est représentée dans la vente par un prix (l'équivalent monétaire). Dans l'apport en société elle est représentée par des parts sociales ou par des actions. L'apport en société d'un fonds de commerce permet de répondre à des préoccupations diverses dont notamment celle de développer l'affaire du commerçant individuel ou encore celle de limiter sa responsabilité et lui permettre de soustraire son patrimoine personnel aux risques de l'exploitation. La jurisprudence se montre à cet égard assez libérale. Le propriétaire du fonds de commerce peut résilier le bail qui le lie au propriétaire des murs, faire de son fonds un apport à une société nouvellement créée et se faire restituer le fonds après dissolution de ladite société pour l'exploiter dans le même local en vertu du nouveau bail conclu entre la société dissoute et le propriétaire des murs¹.

L'apport du fonds de commerce peut être fait soit à une société que le commerçant crée spécialement à cet effet, soit à une société déjà existante. La société peut être aussi bien une société de personnes qu'une société de capitaux, une société unipersonnelle ou une société pluri-personnelle.

Mais une telle opération risque de dépouiller les créanciers de l'apporteur de leur garantie dans la mesure où la contrepartie n'étant pas un prix, ils ne pourront faire ni opposition ni surenchère du sixième. C'est ce qui justifie l'adoption par le législateur dans l'article 228 C.C. de dispositions spéciales à l'apport d'un fonds de commerce à une société. Elles concernent la publicité de l'opération (§ 1), l'inscription des créances (§2) et l'option des associés (§3).

§1 . Publicité

La publicité est, en principe, la même que celle requise lorsqu'il s'agit d'une vente. Les termes de l'article 190 C.C. sont à cet égard non équivoques : toute cession telle que définie à l'article 190 sera publiée. La publication doit être faite dans un quotidien et au journal officiel. Ceci vaut pour le cas où l'apport est fait à une société déjà constituée. Mais cette règle semble recevoir exception lorsque la société à laquelle l'apport du fonds de commerce a été fait est nouvellement constituée. Dans ce cas la publicité de l'acte constitutif de société, étant obligatoire,

¹ Cass. civ. n° 3644 du 21 jan. 1982 R.J.L. 1983 n°3 p.92

elle semble suffisante ¹. Mais encore faut-il que l'acte de société, les statuts, qui constate l'apport contienne toutes les mentions requises par l'article 190 C.C. sous peine des sanctions qui frappent leur omission ou leur inexactitude².

§.2 - l'inscription des créances

L'article 228C.C. distingue selon qu'il s'agit d'une société déjà constituée ou d'une société nouvellement constituée.

Dans la première hypothèse les créanciers non inscrits de l'associé qui a fait apport du fonds à la société doivent faire une déclaration au greffe du tribunal de situation du fonds dans les quinze jours de l'acte d'apport au journal officiel. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une société nouvellement constituée tout créancier de l'associé qui a fait l'apport doit dans les quinze jours de la publication de l'acte de société déclarer au greffe du tribunal dans lequel le dépôt de l'acte a eu lieu, sa qualité de créancier et le montant de sa créance.

Cette procédure spéciale dite de "déclaration de créances" a pour but de protéger les créanciers de l'apporteur. Elle a, d'un autre côté, pour effet de porter à la connaissance des coassociés le passif grevant éventuellement le fonds.

§3. L'option des associés

Dans les quinze jours qui suivent l'expiration du délai de déclaration les associés peuvent demander en justice soit l'annulation de l'apport, s'il s'agit d'une société déjà constituée, soit l'annulation de la société si c'est le cas d'une société nouvellement formée. Le juge dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation pour prononcer ou non la nullité³.

Si les associés ne demandent pas la nullité dans le délai ou si celle-ci n'est pas prononcée, la société est tenue solidairement avec le débiteur principal (l'apporteur du fonds de commerce) du paiement du passif déclaré dans le délai imparti et dûment justifié. On estime dans ce cas que la société acquiert le fonds de commerce comme une universalité⁴.

1 *** cass.civ.n° 2423 du 17 fév. 1982 B.I, 1982 , 381. Dans cet arrêt la cour de cassation ne se réfère pas à l'article 190 cc mais elle admet clairement , en application des articles 179, 189, cc , 205 et 220 coc, que la publicité des statuts suffit pour rendre l'apport en société du fonds de commerce opposable aux tiers.

2 Comp. Pédamon, Op. cit., n°282.

3 De Juglart et Ippolito, Op.cit., n°219.

4 De Juglart et Ippolito, Op.cit., n°219.

Si le commerçant peut céder son fonds de commerce, il peut aussi choisir d'en confier l'exploitation à un tiers au moyen d'un contrat de location-gérance.

SECTION III : LA LOCATION-GERANCE DU FONDS DE COMMERCE (GERANCE LIBRE)

Généralités. Le législateur qui la régleme dans les articles 229 à 235 CC ne définit pas la location-gérance. On peut, cependant à partir de ces dispositions la définir dans ces termes: *c'est tout contrat ou convention par lesquels le propriétaire du fonds de commerce en concède totalement ou partiellement l'exploitation, pour une période déterminée et moyennant un loyer, à une autre personne, dénommée gérant, qui exploite le fonds loué à ses risques et périls*¹. Apparue aux alentours de la seconde guerre mondiale, la location-gérance était traitée comme un mode de placement au même titre que l'immobilier. Mais bien vite elle était devenue un mode de spéculation qui a incité le législateur français à intervenir pour la régler d'une manière rigide².

La location-gérance présente une utilité évidente dans la mesure où elle permet, par exemple, à un mineur de conserver le fonds dont il a hérité et qu'il ne peut pas exploiter personnellement ; à un commerçant âgé ou malade d'en conserver la valeur en l'exploitant par l'intermédiaire du gérant et à celui-ci, généralement sans fortune, de travailler pour son propre compte dans l'espoir de devenir un jour propriétaire à son tour d'un fonds de commerce.

S'inspirant du droit français le législateur de 1959 a cependant été plus souple que son homologue français. Cela apparaît tant au stade des conditions (§1) qu'à celui des effets de la location-gérance (§2).

§1- Les conditions de la location-gérance

A- Les conditions de fond

La loi ne prévoit aucune condition particulière, ce qui suppose que comme tout contrat, le contrat de location-gérance obéit aux conditions de droit commun à savoir la capacité, le consentement, l'objet et la cause.

Le locataire gérant doit avoir la capacité commerciale. Cela va de soi du moment que l'article 231 CC dispose qu'il a la qualité de

¹ Comp. Art. 1er de la loi du 20 mars 1956.

² Décret du 22 septembre 1953.

commerçant. Il en est de même pour le loueur¹. Si ce dernier est un incapable mineur ou majeur c'est par l'intermédiaire de son représentant légal ou de son tuteur que la location-gérance va être donnée.

L'objet du contrat est constitué par le fonds de commerce et le loyer. On retrouve concernant l'exigence d'un fonds de commerce la condition relative à l'existence d'une clientèle réelle, certaine et personnelle. Le contrat qui aurait pour objet la location d'un local simplement aménagé en vue d'une certaine activité mais qui n'a pas encore été effectivement exploité est un bail d'immeuble et non un contrat de location-gérance. Il y a lieu d'appliquer ici les règles de droit commun relatives à la nullité pour défaut d'objet et celles relatives à la conversion de l'acte nul.

A défaut de dispositions spéciales, ce sont les règles du droit commun du bail qui s'appliquent aux loyers en matière de location-gérance.(art.734 et 735 COC) .

B- Les conditions de forme et de publicité

a- Forme

En prévoyant que « tous les contrats relatifs au fonds de commerce » doivent être rédigés par les rédacteurs et dans la forme indiqués par ce texte à peine de nullité absolue l'article 189 bis CC fait de l'acte de location-gérance du fonds de commerce un acte solennel. Avant la loi du 28 avril 2003 , aucune condition de forme n'était exigée pour la validité de l'acte, mais l'écrit était néanmoins nécessaire en vue de la réalisation des formalités de publicité.

b- Publicité

La loi impose une double publicité. L'une est relative au contrat, l'autre intéresse les parties à l'acte.

Le contrat de location-gérance doit, dans la quinzaine de sa date, être publié sous forme d'extrait dans un journal quotidien et dans le journal officiel.

Dans le même délai, le loueur doit soit se faire inscrire au registre du commerce s'il ne l'était pas déjà; soit modifier son inscription personnelle s'il est déjà inscrit avec, dans les deux cas, la mention expresse de la mise en location. Le locataire est tenu d'informer les tiers de sa qualité. L'article 232 CC lui impose à cet

¹ Le législateur n'exige pas , à la différence du droit français , l'exercice préalable du commerce par le loueur pendant une durée minimale (sept ans).

effet de mentionner cette sur tous les documents relatifs à son activité, sous peine d'amende

La fin de la location-gérance donne lieu aux mêmes mesures de publicité.

On peut se demander si la tacite reconduction doit donner lieu aux mêmes mesures de publicité. Juridiquement, une réponse affirmative se justifie car à chaque fois se forme un nouveau contrat même si en pratique cette solution s'avère coûteuse et entraîne pour le loueur une obligation solidaire aux dettes contractées par le locataire jusqu'à l'accomplissement de la publicité. Il n'y a donc pas lieu à distinguer entre reconduction tacite et reconduction expresse. Cette analyse se trouve d'ailleurs consolidée par l'article 9 de la LRC qui exige que la demande d'immatriculation indique "*7°-En cas de location-gérance ... l'indication que le contrat est renouvelable par tacite reconduction*".

La sanction de l'inobservation des mesures de publicité n'est pas la nullité du contrat de location-gérance (v. dans ce sens Cass. civ. n°23485 du 29 mai 1991 B. 124). Mais elle n'en est pas moins grave pour le loueur. L'article 234 CC prévoit à cet effet que jusqu'à la publication du contrat le loueur est solidairement responsable avec le locataire des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds. En outre l'article 61 al. L RC précise que le commerçant inscrit qui concède l'exploitation de son fonds sous forme de location-gérance ne peut opposer la cessation de son activité commerciale pour se soustraire aux actions en responsabilité dont il peut faire l'objet du fait des obligations contractées par son successeur que du jour où a été opérée la mention concernant la location-gérance.

§2. Les effets de la location-gérance

Le contrat de location-gérance a des implications non seulement sur le statut de chacune de ses parties (A) mais aussi sur les rapports entre les parties elles-mêmes (B) et sur les rapports de celles-ci avec les tiers (C).

A-Effets sur le statut des parties

Aucun texte ne dispose que le loueur cesse d'avoir la qualité de commerçant. Au contraire, les dispositions relatives à la publicité du contrat de location-gérance autorisent à penser que le loueur peut soit cesser son activité soit la continuer. L'essentiel est de porter à la connaissance des tiers que le fonds de commerce en question a été donné en location-gérance. On peut ainsi remarquer que la location-gérance n'est pas seulement un moyen au service du commerçant au

crépuscule de sa carrière mais aussi un moyen de développement de l'activité du commerçant entreprenant. De son côté, le locataire devient commerçant avec tous les droits et obligations qui en découlent. Il exploite le fonds à ses risques et périls, c'est donc lui qui supporte les évolutions défavorables du chiffre d'affaires du fonds.

B-Les effets du contrat entre les parties

En l'absence de règles spécifiques applicables à la location-gérance ce sont les stipulations du contrat qui déterminent les droits et devoirs de chacun. A défaut, ce sont les dispositions du droit commun du bail adaptées aux particularismes de ce contrat qui recevront application. Sachant que selon le droit commun le locataire doit payer les loyers et conserver la chose louée et en user sans excès ni abus suivant sa destination naturelle ou conventionnelle (art.767 COC), ce sont ces mêmes obligations qui pèsent sur le gérant. On notera, pour plus de précision concernant la deuxième de ces obligations, que le locataire doit exploiter le fonds en bon père de famille : conserver le mobilier et le matériel, garnir le fonds de marchandises, etc.

Le loueur garantit au locataire une jouissance paisible du fonds. Il doit notamment s'abstenir de lui faire concurrence(Comp. Art. 747 et s. COC).

A la fin du contrat les parties peuvent en décider le renouvellement exprès ou le reconduire tacitement. Mais aucun droit au renouvellement, aucune indemnité d'éviction ne sont reconnus en faveur du locataire lorsque le loueur décide de reprendre le fonds en fin de bail. Le locataire-gérant ne peut pas non plus prétendre à une indemnité compensatrice du fait de la plus-value qu'il a apportée au fonds. Une situation particulière est cependant envisagée par l'article 35 de la loi de 1977 sur les baux commerciaux. Elle s'applique lorsque le propriétaire du fond est en même temps propriétaire des murs. (v. supra sur le refus de renouvellement sans indemnité d'éviction).

C-Effets à l'égard des tiers

Le code de commerce ne règle que les rapports des parties avec les créanciers pour dettes d'exploitation (a). Il n'envisage pas la situation du locataire-gérant vis-à-vis des contractants du loueur (b).

a-Les droits des créanciers pour dettes d'exploitation

Les créanciers sont d'abord ceux du loueur et ceux du locataire-gérant ensuite.

1-Dans le délai de trois mois de la publication du contrat de location-gérance au journal officiel et à peine de forclusion, *les créanciers du loueur* ont la possibilité de demander au tribunal de la situation du fonds de déclarer l'exigibilité immédiate des créances afférentes à l'exploitation du fonds. Le tribunal peut faire droit à cette demande s'il estime que la location met en péril le recouvrement de ces créances.

2-*les créanciers du locataire-gérant* bénéficient d'une double faveur. D'une part le loueur est, jusqu'à la publication du contrat, responsable solidairement avec le locataire-gérant des dettes contractées par ce dernier à l'occasion de l'exploitation du fonds (art.234 CC). D'autre part l'alinéa 2 de l'article 61 LRC prévoit une responsabilité personnelle pour les dettes contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds. Le loueur ne peut se soustraire à cette obligation en opposant la cessation de son activité que du jour où a été opérée la mention sur le registre du commerce de la location-gérance.

b-La situation du locataire-gérant vis-à-vis des contractants du loueur

A l'égard du propriétaire des murs le locataire-gérant n'est - de disposition expresse de la loi - ni cessionnaire, ni sous-locataire du bail de l'immeuble. Il n'a donc aucun droit à l'égard du bailleur de l'immeuble, il ne peut pas prétendre au renouvellement du bail .

Lorsque le fonds donné en location-gérance est vendu, soit par le propriétaire du fonds soit par les créanciers inscrits, on se demande si l'acquéreur est tenu de respecter la location-gérance si elle est antérieure à la vente.

En principe il ne devrait pas y avoir d'hésitation sur l'application de la théorie générale des obligations ou le droit spécial des contrats. En vertu de l'article 241 COC l'acquéreur est un ayant droit du vendeur, il est obligé par le contrat de son auteur. De plus, l'article 798 COC dispose clairement que le contrat de louage n'est pas résolu par l'aliénation volontaire ou forcée de la chose louée. Le nouveau propriétaire se subroge dans les droits et obligations de son prédécesseur. Il faut et il suffit pour que la relation continue que le bail en cours ait une date certaine antérieure à l'aliénation et qu'il ait été fait sans fraude¹.

¹ V. pour une solution opposée en droit français: Pédamon, op.cit., n°318 ; Ripert et Roblot par Germain, Op.cit. n°568 ; De Juglart et Ippolito, Op. cit. n°236. La solution est justifiée par l'absence de disposition spéciale dans la loi relative à la location-gérance qui serait l'équivalent de l'article 1743 C.civ. (art. 798 COC).

SECTION IV : LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

Généralités.- Le nantissement de fonds de commerce est une sûreté réelle mobilière sans déplacement, c'est-à-dire sans transfert de possession, qui permet notamment lorsque le fonds a une grande valeur d'obtenir les crédits nécessaires au financement de son exploitation. Le nantissement de fonds de commerce est né de l'imagination de la pratique qui devait combiner l'idée de gage et l'absence de dépossession. En effet, en droit commun le gage nécessite une dépossession du débiteur (art. 212 CDR). Appliquée au fonds de commerce, cette dépossession s'avère incompatible avec la nécessité de son exploitation. C'est une loi du 1er mars 1898, profondément modifiée par la loi du 17 mars 1909, qui a réalisé en France cette conciliation. En reprenant les dispositions de cette loi dans les articles 236 à 240 C.C. le législateur a élaboré un régime spécifique au nantissement conventionnel du fonds de commerce fonctionnant comme une véritable hypothèque mobilière (§1). En outre, pour faciliter l'acquisition par le commerçant de l'outillage et du matériel d'équipement un nantissement spécial est prévu par la loi ... du (§2).

§1. Le nantissement conventionnel

A. Conditions du nantissement

a. Forme et publicité

1- Forme : L'article 238 CC prévoit que contrat de nantissement doit être constaté soit par acte authentique soit par acte sous seing privé. L'option pour l'une de ces formes n'est plus permise depuis la loi du 28 avril 2003 qui a ajouté l'article 189 bis du CC dont la formule en des termes généraux («*tous les actes* relatifs au fonds de commerce ... ») imposent le recours à peine de nullité à l'acte sous seing privé établi par les rédacteurs et sous les conditions indiqués par le texte. L'article 189 bis du code de commerce a donc implicitement abrogé la disposition de l'article 238 du même code relative à la possibilité de recourir à la forme authentique.

L'acte de nantissement doit en outre être *enregistré*. (article 238 C.C.)

2- Publicité : Le nantissement doit être *inscrit sur un registre public* au greffe du tribunal dans le ressort duquel le fonds est exploité. (art. 238 al. 2 CC). La formalité de l'inscription n'est pas destinée à assurer l'opposabilité du nantissement vis à vis des tiers. L'inscription doit être prise à peine de nullité du nantissement dans le délai d'un

mois de la date de l'acte constitutif. Cette nullité peut être invoquée par tout intéressé et même par le débiteur. L'alinéa 3 de l'article 239 qui prévoit cette précision a été ajouté par la loi du 20 juin 2000 tend à inciter le créancier à réaliser cette mesure de publicité.

Si le nantissement porte sur des succursales du fonds de commerce une inscription doit être prise dans le même délai au greffe du tribunal dans le ressort duquel se situe chacune des succursales comprises dans le nantissement.(art. 238 al. 3)

L'inscription a effet à partir de sa date (art. 238) le privilège s'établit par le seul fait de l'inscription. Le législateur ne se prononce pas sur la durée de l'inscription, ce qui laisse supposer qu'elle dure autant que dure le nantissement (par un raisonnement par analogie à partir des règles de l'hypothèque).

Contrairement au privilège du vendeur, le nantissement du fonds de commerce est inopposable à la masse. Ainsi, et en application des articles 239 alinéa 2 , 462 et 463 C.C, le nantissement fait par le commerçant pendant la période de cessation des paiements ou dans les vingt jours précédents *doit* être déclaré inopposable à la masse. Le nantissement *peut* être déclaré inopposable si le cocontractant du commerçant savait qu'il était en état de cessation des paiements.

b. conditions de fond

Ce sont celles relatives à l'assiette du nantissement. L'article 237 al. 1er C.C. précise quels sont les éléments qui seuls peuvent être compris dans le nantissement, ce qui laisse entendre qu'il y a des éléments qui ne peuvent pas l'être. C'est ainsi que l'enseigne et le nom commercial, la clientèle ou l'achalandage font partie du nantissement. Un nantissement serait en effet nul en l'absence de clientèle qui est de l'essence même du fonds de commerce. La Cour de cassation admet cependant que le nantissement d'un fond de commerce en constitution est valable.

S'il existe, le droit au bail peut faire partie du nantissement. Il en est de même pour le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant à l'exploitation du fonds. Enfin, sont compris dans le nantissement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique. Lorsque l'acte n'en précise pas l'assiette, le nantissement est limité aux principaux éléments incorporels à savoir, l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Le nantissement peut aussi porter sur les succursales du fonds qui doivent, dans ce cas, être désignées par l'indication précise de leurs sièges.

Sont par conséquent exclues les marchandises et les créances. Ce qui ne veut pas dire que le commerçant ne peut pas les donner en gage. Il doit cependant s'en dessaisir dans les conditions du droit commun.

§2. Effets du nantissement

A. Effets à l'égard des créanciers chirographaires. L'inscription d'un nantissement peut rendre exigibles leurs créances antérieures qui ont pour cause l'exploitation du fonds (art.241 al. 5).

B. Effets à l'égard du créancier nanti

Le nantissement confère aussi et surtout au créancier nanti une sûreté réelle. Comme le privilège du vendeur, le nantissement donne au créancier nanti un droit de préférence et un droit de suite à côté de garanties supplémentaires.

a. Le droit de préférence donne au créanciers inscrit le droit d'être payé avant tout autre ¹. Il a le droit, en application de l'article 244 C.C., lorsque le débiteur ne rembourse pas à l'échéance de faire vendre le fonds.

Dans la distribution du prix, le créancier nanti est préféré aux créanciers chirographaires et aux créanciers dont le nantissement est postérieur. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence. *Mais le créancier nanti est primé par le superprivilège des salariés, le privilège général des frais de justice et les privilèges généraux du Trésor.*

b.Le droit de suite est le droit pour le créancier nanti de faire vendre le fonds en quelques mains qu'il se trouve. C'est là une exception à la règle de l'article cdr , en matière de meubles possession vaut titre. L'acquéreur peut éteindre le droit de suite par la procédure de purge (art.250). De son côté, le créancier peut faire la surenchère du dixième s'il estime que le prix est insuffisant(art.251 et s.)

c.La loi offre par ailleurs des garanties supplémentaires . En dehors du droit d'être informé de l'action résolutoire du vendeur (art.222), les garanties supplémentaires sont les mêmes que celles dont le vendeur dispose: droit d'être informé en cas de déplacement du fonds avec toutes les conséquences qui découlent de l'information ou de son défaut, droit d'être informé de la résiliation du bail ² et, enfin, droit de demander la vente de la totalité du fonds lorsque seule est poursuivie la vente d'un ou de plusieurs de ses éléments (art.248).

§2. Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (à compléter).

¹ Cass.civ. n°11446 du 3 juin 1985 RJL 1985 n°3 p.78

² Cass.civ. n° 7689 du 20 juin 1983 B.II, 146.