

## Objet du droit commercial

Le droit commercial est un ensemble de règles qui s'applique aux commerçants (c'est-à-dire ceux qui exercent des actes de commerce à titre professionnel et habituel), ainsi qu'aux non-commerçants lorsqu'ils accomplissent occasionnellement un acte de commerce. Le **droit commercial** constitue avec le droit des sociétés, le droit bancaire et boursier ainsi que le droit de la propriété industrielle une branche éminente de ce qu'il est convenu d'appeler le droit des affaires.

Le droit commercial est défini comme l'ensemble des règles de droit privé applicables aux commerçants et aux actes de commerce. Cette première définition fait apparaître la coexistence de deux conceptions :

- dans la conception **subjective**, le droit commercial est le droit des commerçants : il s'agit d'un droit professionnel, issu des pratiques des marchands et dont l'application est déclenchée par la qualité des personnes en cause.
- dans la conception **objective**, le droit commercial est le droit des actes de commerce, c'est-à-dire des opérations commerciales : son application est conditionnée non par la profession de l'intéressé, mais par la nature de l'acte, ou par la réunion de certaines circonstances objectivement définies.

L'article L. 121-1 du code de commerce français dispose « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Le critère d'habitude a été retenu par la jurisprudence, pour une personne morale dont l'activité était de nature civile, en ces termes : « *Attendu qu'une personne morale, même si elle est de statut civil, peut être tenue pour commerçante dans l'exercice d'une activité habituelle consistant en la pratique répétée d'actes de commerce ; que tel est le cas pour les Caisses de Crédit agricole, dans leur pratique des opérations de banque, même si elles sont autorisées légalement à accomplir par ailleurs des actes relevant du droit civil* »

semble privilégier la conception objective en définissant le commerçant comme celui qui accomplit des actes de commerce.

L'évolution a montré que le droit commercial pouvait se développer selon ces deux axes que sont, d'une part, le statut du commerçant (conditions d'accès à la profession, droits et obligations spécifiques) et, d'autre part, les règles applicables aux commerçants, et à l'ensemble des activités professionnelles.

## **Relations avec les autres droits**

Le droit commercial est classé parmi le droit public jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle car on considérait que le commerce créait avant tout des richesses pour l'État. Cette conception se retrouve dans les politiques interventionnistes.

Il a été profondément influencé par le droit civil qui est le droit commun, notamment pour les contrats. Mais avec le développement des sociétés commerciales au XIX<sup>e</sup> siècle, est apparue la nécessité d'un droit spécial.

Il est également lié au droit social puisqu'il s'intéresse aux entreprises qui ont des salariés et au droit fiscal.

Le droit pénal a enfin aussi de l'importance pour réprimer les fraudes et les profits illicites aux détriments des consommateurs ou d'autres entreprises.

## **Évolution du droit commercial**

Le droit commercial remonte au Code d'Hammourabi vers 1730 avant Jésus Christ. Il prend de l'importance dans le droit romain qui est marqué par le corporatisme. Le Moyen Âge est marqué par les foires qui regroupaient les commerçants de plusieurs villes et qui ont favorisé l'émergence de règles et la création de juridiction spécialisées. L'Église après s'être opposée au commerce, va tenter de le concilier avec les prescriptions religieuses en autorisant par exemple le paiement pour le change.

En France, un tournant est pris avec la Révolution française qui permet une grande libéralisation. Ainsi les décrets de 1791 qui proclament la liberté de commerce et suppriment le système des corporations.

Après la Première Guerre mondiale : l'État intervient de plus en plus pour remédier aux excès du libéralisme, et le droit commercial devient très dirigé. Depuis quelques années, on assiste à un retour du libéralisme dans pratiquement tous les domaines. Il y a actuellement une économie mixte, où coexistent libéralisme et interventionnisme.

Plus récemment, les pays européens ont du s'adapter au droit communautaire et notamment aux principes de libre circulation des biens et des services, et de libre établissement.

## **Sources du droit commercial**

### **Sources internationales**

#### **A/ les traités internationaux**

Beaucoup de domaines de droit commercial voient leurs règles dépendre des traités internationaux. Il en est ainsi en matière de transport, de propriété industrielle, de chèque. Les traités internationaux jouent un rôle important en droit commercial à 3 points de vue en fonction de leur objet. Certains traités proposent un corps de règles unifiées applicables à un domaine d'activités ou à un type d'opération. On peut citer par exemple, la convention de Vienne du 11 avril 1980, entrée en vigueur en France en 1988. Elle régit la vente internationale de marchandises. La convention de Berne de 1890 qui régit les transports ferroviaires internationaux ; la convention de Varsovie de 1929, elle s'applique aux transports internationaux aériens. Elles présentent un intérêt pratique car elles répondent aux besoins du commerce international. Cependant ces conventions ne sont pas applicables en droit interne mais de telles conventions peuvent établir des règles uniformes applicables tant en droit international qu'en droit interne. De telles conventions réalisent une harmonisation des législations nationales. C'est le cas des conventions de Genève de 1930 sur la lettre de change et de 1931 sur

le chèque. Ces conventions ont été introduites en France par 2 décrets lois du 30 octobre 1935. Plus modestement d'autres conventions internationales règlent les conflits de lois nationales. Ces conventions n'établissent pas un nouveau corps de règles applicables. Elles se bornent à définir la loi natale applicable dans une situation déterminée. C'est l'objet par exemple de la convention de la Haye du 2 octobre 1973 relative à la responsabilité des objets. Une dernière catégorie de conventions internationales institue des organismes permanents qui vont formuler des règles de droit international. De telles conventions vont mettre en place des organismes... Ainsi une convention a créé l'uni droit c'est-à-dire l'institut international pour l'unification du droit privé. Aujourd'hui une cinquantaine d'États ont adhéré à l'uni droit. Cette institution a publié en 1994 des principes relatifs au contrat du commerce international. Ces principes sont habituellement dénommés « principes uni droit », l'institut international pour l'unification du droit. On peut encore mentionner dans cette œuvre des règles internationales du commerce, le bureau international pour la propriété industrielle, ou encore la commission des nations unies pour le développement du commerce international.

## **B/ le droit communautaire**

Ce qui a accru considérablement le rôle des traités est la construction européenne qui tend vers l'uniformisation du droit. Le droit communautaire est une source importante du droit commercial. Le traité de Rome du 28 mars 1957 a institué la CEE qui a mis en place le marché commun et des politiques commerciales communes. La monnaie unique, le commerce avec les pays tiers et enfin la protection des consommateurs. Des points entiers du droit commercial relèvent des dispositions communautaires. Notamment le droit de la concurrence, la TVA, le droit de la société. Le traité de Rome proclame les grandes libertés qui intéressent fondamentalement le droit commercial. Le droit d'établissement c'est-à-dire le droit d'exercer une activité professionnelle dans n'importe quel autre État de l'union dans la même condition que les nationaux, on peut encore citer la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux. Le droit dérivé intéresse également le droit commercial, il s'agit des règlements et des directives communautaires. Les directives

sont prévues par l'article 189 du traité de Rome. De nombreuses directives ont été appliquées dans le droit des sociétés, par exemple en matière de SA, de fusion de société, en matière de OPA. Le droit communautaire dérivé oblige les États à adapter le droit national pour transposer ces directives communautaires.

### **C/ les usages internationaux**

Les usages internationaux sont particulièrement développés dans la mesure où le commerce international a besoin de règles communes, or les États édictent des règles qui s'appliquent sur leur territoire et elles sont inadaptées au commerce international sauf lorsque des conventions sont conclues. De nombreux problèmes dans de larges domaines ne sont pas réglementés par des textes internationaux. Les usages comblent les difficultés dues à l'absence d'harmonie entre les droits nationaux. Aussi certains organismes ont mis au point des normes, des formules qui sont utilisées dans les contrats commerciaux. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, les commerçants d'une même profession se sont groupés au sein d'organisations internationales qui ont codifié les usages, qui ont établi des contrats types. On peut citer la chambre de commerce international qui siège à Paris. Cette chambre a codifié des usages, notamment en matière de garanties contractuelles, elle a élaboré des incoterms. Il s'agit de termes commerciaux normalisés destinés aux ventes de marchandises accompagnées de transport. Ces termes sont des mots codes dont l'intérêt majeur est de définir les principales obligations des parties dans les ventes commerciales accompagnées d'un transport. Les obligations de chaque partie sont codifiées par des sigles. À chaque sigle correspond des obligations précises intéressantes par exemple, le lieu de délivrance de la marchandise ou encore les conditions de l'assurance. La chambre de commerce internationale a mis en place des contrats types utilisés dans certains échanges commerciaux. Cette institution n'est pas une chambre de commerce au sens institutionnel du terme. On peut encore citer l'institut international pour l'unification du droit privé qui compte une cinquantaine d'états. Cette institution a élaboré en 1994 les principes relatifs au contrat du commerce international, les principes unidroit. Ces règles et usages jouent un rôle très important, en pratique ils contiennent presque

systématiquement des clauses compromissoires. Ce sont des clauses qui prévoient que si un litige survient entre 2 contractants, ce litige n'est pas soumis aux tribunaux mais à des arbitres. Ces arbitres sont souvent des juristes qualifiés en matière de commerce international. On leur confie le litige, ils décident qui a tort ou a raison, ils fixent le montant des dommages-intérêts. Exemple : un fabricant français de véhicules se fait livrer de l'acier défectueux venant d'un autre pays européen ; aucune des 2 parties n'a intérêt à faire de la pub autour de ce litige. Il sera réglé rapidement par la chambre de commerce international de Paris qui utilisera la procédure de l'arbitrage. L'arbitrage est un domaine méconnu du droit des affaires. Il a pourtant de l'importance grandissante en raison de la rapidité et de la discrétion de la procédure. Il est évident que les parties ne souhaitent pas mettre sur la place publique des différends relatifs à la mauvaise qualité des marchandises livrées, à des retards de livraison etc. qui causeraient un préjudice en terme d'image de marque. L'inconvénient tient à ce que les sentences arbitrales restent secrètes, méconnues. Elles échappent au contrôle des autorités publiques c'est-à-dire des États.

### **Sources internes**

Les pays ont développé leur législation interne pour s'adapter à divers phénomènes.

- économiques : la révolution industrielle du XIX<sup>e</sup> siècle ; la crise des années 1920 et 1930 ; la tendance au regroupement de sociétés monopolisatrices.
- politiques : régime démocratique ; les deux Guerres mondiales ; la constitution d'un ensemble européen économique et politique.
- idéologiques : les doctrines socialistes ; l'apparition du néo-libéralisme.
- sociaux : revendication des salaires de plus en plus élevés ; organisation des consommateurs.

La législation est donc éclatée entre plusieurs codes, mais également dans des arrêtés, circulaires et recommandations qui peuvent avoir valeur obligatoire.

Une autre source est la jurisprudence commerciale, issue des tribunaux de commerce mais aussi de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

La dernière source, moins importante est la doctrine : écrits, articles, commentaires rédigés par des juristes, professeurs, théoriciens ou praticiens qui peuvent inspirer les juges.

## **Les usages**

Les usages sont des pratiques très anciennes dont les destinataires ont acquis la certitude qu'elles étaient obligatoires. Aujourd'hui marginalisés par le développement du droit écrit, ils restent importants dans le droit commercial. Exemples :

- Dans le droit maritime
- Pratique des contrats types : les chambres de commerce mettent en place des modèles de contrat dans des domaines précis qui deviennent coutumiers
- Réglementation de la Chambre de commerce internationale
- La jurisprudence arbitrale

En France, ces usages ont valeur obligatoire selon la jurisprudence quand bien même une loi d'ordre public dirait le contraire.

# DROIT COMMERCIAL

le droit commercial: c'est la partie du droit privé relative aux oppositions juridictionnelles effectuées par les commerçants soit entre eux soit avec leurs clients. les actes relatifs au droit commercial sont des actes de droit commun.

le mot commerce est utilisé pour tout ce qui est industrie donc un industriel est un commerçant aussi.

le droit commercial est une partie du droit privé, cela ne signifie pas que le droit privé est en deux parties: droit privé et droit commercial. le droit civil est le droit commun auquel déroge le droit commercial qui est un droit d'exception.

la vente de fonds de commerce peut être annulé pour vices de consentement , cela signifie que quand le droit commercial est muet sur une question, il faut appliquer les règles du droit civil. le droit commercial est un droit d'exception car il vise à satisfaire des besoins propres c'est tout d'abord le besoin de sécurité juridique au niveau des transactions, le besoin de rapidité des transactions et le besoin de protection des investissements et donc des investisseurs.

## Sections

- [1 A. La délimitation du domaine d'application du droit commercial](#)
- [2 B. Évolution](#)
- [3 C. les sources du droit commercial](#)
- [4 D. L'esprit du droit commercial](#)
- [5 E. L'organisation judiciaire](#)
  - [5.1 a. les juridictions de l'ordre judiciaire](#)
  - [5.2 b. L'arbitrage](#)
- [6 F. Structures administratives et professionnelles](#)
- [7 PARTIE 1 L ENTREPRISE COMMERCIALE INDIVIDUELLE](#)
  - [7.1 TITRE 1 LE COMMERÇANT , UNE PERSONNE PHYSIQUE](#)
    - [7.1.1 CHAPITRE 1 LES CONDITIONS REQUISES](#)

## POUR DEVENIR COMMERÇANT

- 7.1.1.1 Section 1: les conditions tenant à la personne
- 7.1.1.2 Section 2. Les conditions tenant à l'activité
  - 7.1.1.2.1 §1. L'accomplissement des actes de commerce
    - 7.1.1.2.1.1 A. Les actes de commerce par nature
    - 7.1.1.2.1.2 B. Le problème des frontières avec d'autres activités
  - 7.1.1.2.2 §2. L'accomplissement de ces actes à titre de profession habituelle
  - 7.1.1.2.3 §3. Une activité exercée de manière indépendante
- 7.1.1.3 section 3. Les incidences particulières résultant du mariage du commerçant
- 7.1.2 CHAPITRE 2: DÉTERMINATION ET PREUVE DE LA QUALITÉ DE COMMERÇANT
  - 7.1.2.1 Section 1. La liberté de preuve de la qualité de commerçant
  - 7.1.2.2 Section 2. le rôle particulier du RCS
    - 7.1.2.2.1 §1. Les règles générales relatives à son organisation
    - 7.1.2.2.2 §2. Les effets de l'immatriculation, publicité au RCS
- 7.1.3 CHAPITRE 3 LES CONSÉQUENCES DE LA QUALITÉ DE COMMERÇANT
  - 7.1.3.1 section 1. Les conséquences quand aux actes
    - 7.1.3.1.1 §1. Les conséquences quand à la nature des actes
      - 7.1.3.1.1.1 A. Attraction de certains actes de l'orbite du droit commercial.
      - 7.1.3.1.1.2 B. Les limites
    - 7.1.3.1.2 §2. Le conséquences relatives au



meuble incorporel

- 7.2.2 CHAPITRE 2 L UTILISATION DU FONDS DE COMMERCE
  - 7.2.2.1 Section 1. L'exploitation du fonds
    - 7.2.2.1.1 §1. l'exploitation directe du fonds de commerce
    - 7.2.2.1.2 §2. La location gérance
      - 7.2.2.1.2.1 A. Les conditions de la location gérance
      - 7.2.2.1.2.2 B. Les effets de la location gérance
      - 7.2.2.1.2.3 C. La fin du contrat de location gérance
  - 7.2.2.2 Section 2. Le nantissement du fonds de commerce
    - 7.2.2.2.1 §1. Le nantissement conventionnel
      - 7.2.2.2.1.1 A. Les conditions de fonds et de forme
      - 7.2.2.2.1.2 B. les effets
    - 7.2.2.2.2 §2. Le nantissement judiciaire
  - 7.2.2.3 Section 3. La cession du fonds de commerce
    - 7.2.2.3.1 Sous section 1. La vente du fonds de commerce
      - 7.2.2.3.1.1 §1. Les conditions
      - 7.2.2.3.1.2 §2. La publicité de l'opération de vente
      - 7.2.2.3.1.3 §3. les effets de la vente
    - 7.2.2.3.2 Sous section 2 l'apport en société
  - 7.2.2.4 Section 4. le crédit bail sur fonds de commerce

**[modifier] A. La délimitation du domaine d'application du droit commercial**

la part des sujets de droit commercial c'est à dire les personnes auxquelles on applique de règlements du droit commercial. le droit commercial c'est le droit des commerçants et c'est une conception subjective. c'est historiquement la plus ancienne, c'est le droit de corporation tel qu'il existait avant la révolution. la définition stricte du droit commercial: un commerçant peut passer des actes pour les besoins de sa vie civile. un non commerçant peut passer des actes commerciaux (en signant une lettre de change).

on prend en considération les actes donc une définition sur des actes de la vie commerciale donc le droit commercial est le droit des actes de commerce, c'est la conception objective. le fait que certains contrats comme celui de transport ou de vente sont utilisés dans la vie civile et dans le cadre du commerce. le fait que l'on constate que la législation que souvent ces personne exercent une certaine activité qui est soumise à une certaine réglementation.

il faut combiner les deux conceptions en disant que c'est le droit des commerçants et des actes de commerce. cette combinaison est elle suffisante ?

le droit des affaires est composé de toutes les règles s'appliquant quand des faits d'affaires. un reproche fait au droit des affaires opposé à celui d'une autre conception qui est l'idée du droit économique. le droit économique est une conception doctrinale comme une réponse au capitalisme lié à une économie dirigée.

le droit commercial est la mémoire des exceptions apportées aux règles de droit civil par le droit commercial.

Mme Dekuwer: le droit commercial est une branche du droit privé qui régit un certain nombre d'activités économiques et des personnes qui se livrent à ces activités, branches réglementée par le droit commun.

[\[modifier\]](#) **B. Évolution**

A partir du milieu 12<sup>ème</sup> siècle, important développement des échanges économiques, la naissance des grandes villes marchandes et des foires.

ce développement a engendré certains besoins: éviter d'avoir à transporter de l'argent d'où la naissance de la lettre de change car le marchand va voir son banquier et lui dit qu'il veut de l'agent à Hanovre et le banquier lui remet une lettre de change qu'il pourra se faire restituer en argent à Hanovre dans une autre banque.

Sous l'ancien régime, le pouvoir royal étend son pouvoir sur les seigneuries sous l'influence de Colbert et Savary qui a dirigé un code des pratiques commerciales. ce pouvoir va donner de l'impulsion à l'économie.

une influence du pouvoir religieux, et pendant longtemps l'interdiction du prêt à intérêt qui suscitent des réactions. cela favorise des catégories de la population qui pouvaient passer outre (les juifs).

le développement de contrat prévoyant une rémunération autre que l'intérêt.

La révolution française. l'édiction de liberté du commerce et de l'industrie: décret d'Allarde du 2 et 17 mars 1791 La loi Le Chapelier du 14.06.1791 sur l'abolition des corporations ordre du commerce de napoléon, codification des ordonnances de Colbert. depuis 1850, une vague de flux et de reflux entre une période dirigiste et libéraliste.

de 1850 a la première guerre mondiale, développement du capitalisme triomphant de 1919 retour vers l'économie dirigée dès 1990 une aire de réglementation

il faut une régulation, laisser faire le marché mais le réguler à tout les niveaux. cela se traduit dans les textes;

## **[[modifier](#)] C. les sources du droit commercial**

LES SOURCES NATIONALES I a jurisprudence et la loi.

1. La loi: c'est le code du commerce et d'autres textes;

avant le 18.09.2000, le code du commerce de 1804 et des dispositions fragmentaires; une codification était nécessaire. un premier projet repoussé puis une ordonnance du 18.09.2000 qui adopte le nouveau code du commerce. après cela, une idée de codification à droit constant. celle ci ne doit pas être une compilation mais qu'elle n'aboutisse pas à une oeuvre novatrice. c'est rassembler toutes les solutions existantes et un objectif.

le code se compose de 9 livres: 1: le commerce général, 2: sociétés commerciales et groupements d'intérêts publics, 3: certaines formes de ventes et clauses d'exclusivité, 4: liberté des prix et concurrence, 5: effets de commerce et garanties, 6: difficultés des sociétés, 7: organisation du commerce, 8: quelques professions réglementées, 9: outre mer.

comment regrouper quelque chose qu'on ne connaît pas ? ce code ne contient même pas les principes généraux du commerce, de la concurrence.

l'objectif d'organisation: on peut en douter. on constate que des dispositions de textes anciens découpés en différentes dispositions. d'autres critiques pour le moment la partie réglementaire du code n'a pas vu le jour la loi du 26.07.2005 remanie l'article L 611 et suivant. ce code a été ratifié .

## 2. Les usages

ceux conventionnels et ceux de droit les usages conventionnels: des pratiques commerciales courantes auxquelles on suppose que les contractants se sont tacitement référés sauf volonté express contraire; (usage entre commerçant: les prix s'entendent H.T. sauf convention contraire)

cela suscite des difficultés de preuve quand ce sont des usages propre à une profession. pour prouver un usage à une profession on a recours à des parères établit par des organisations professionnelles: c'est une attestation de l'usage. certaines organisations professionnelle organise des codes d'usage.

le problème de l'opposabilité de l'usage quand c'est une usage propre à un secteur d'activité. l'usage n'est opposable qu'entre professionnels exerçant la même activité.

les usages de droit: sont des usages obligatoires sans nécessaire de passer par la fiction d'une volonté présumée des parties. ces usages sont de deux types: - les usages secundum legem: sont des usages comblant des vides laissés volontairement par le législateur. - les usages contra legem: sont des usages à l'encontre d'une solution législative.

on ne peut avoir de capitalisation de intérêts sur une période inférieure à un an. la vente d'un produit d'un achat à une quantité déterminée. la présomption de solidarité en matière commerciale. c'est une règle de droit en matière de dette.

en matière commerciale, la présomption de solidarité est quand il y a plusieurs débiteurs d'une dette commerciale, ils sont solidaire de cette dette et le créancier peut demander le paiement de la dette à un seul des débiteurs sauf quand la convention le précise. cette règle favorise le crédit car le risque d'insolvabilité est reporté sur un autre débiteur quand le premier ne peut plus payer.

## LES SOURCES INTERNATIONALES

les conventions internationales: (art 55 C°) prééminence sur les lois nationales les conventions qui résolvent les problèmes liés à la diversité des droits nationaux. c'est soit conférer aux nationaux des états contractants des droits en principe refusés aux étrangers soit c'est les conventions qui règlent les conflits de loi et déterminent la loi applicable pour tel type de litige.

les conventions qui visent une unification internationale de la législation soit par des traité énonçant les règles matérielles s'appliquant qu'aux relations internationales. soit les traités qui ont pour objet l'adoption d'une législation uniforme. les traités relatifs à la communauté européenne car le conseil et la commission ont un pouvoir normatif. l'importance du droit communautaire est primordial en droit commercial car beaucoup de réglementations sont issus de

transposition de règles et de directives européennes. ce droit prime sur le droit interne des états membres.

les usages internationaux: jouent un rôle prépondérant dans le droit commercial. ces usages font l'objet de recueils par de organisme nationaux. ce sont les LEX MERCATORIA. la cour de cassation considère l'arbitre qui applique des règles relatives à cette lex, il statue en droit donc ce sont des règles de droit.

### **[[modifier](#)] D. L'esprit du droit commercial**

le droit de la circulation des richesse. les règles doivent favoriser cette circulation. le droit est un moyen d'action politico économique.

en droit commercial, dans un système libéral on développe les échanges , production de richesse, en supposant la sécurité des investisseurs et celles des investissements.

il faut se demander si la règles est efficace et répond aux besoins de l'économie. cet esprit a différentes particularités: rapidité, liberté de preuve, sécurité juridique dans la primauté de la volonté déclarée sur la volonté interne.

un rôle accrue de l'apparence sur deux niveaux: - application de certains textes qui permettent aux tiers de se contenter d'une situation apparente. -application de la théorie de l'apparence quand elle n'est pas expressément écartée par certains textes. elle permet de créer aux profits des tiers, des droits qu'ils n'auraient pas eu par le jeu normal des règles de droit.

en matière de mandat, "le mandant n'est pas engagé par les actes du mandataire quand celui ci dépasse les pouvoirs qui lui sont conférés sauf si le contractant a pu légitimement croire au pouvoir du mandataire compte tenu des circonstances".

### **[[modifier](#)] E. L'organisation judiciaire**

quelles sont les juridictions sont chargées de trancher les litiges relevant du droit commercial? l'ordre judiciaire ou l'arbitrage

## [modifier] a. les juridictions de l'ordre judiciaire

le système général est applicable à la vieille franc c'est à dire tout sauf Alsace Lorraine. le domaine de compétence des juridictions: un texte art 631 du code commerce: qui dit que les tribunaux de commerce connaissent des contestations entre commerçants, de celles relatives aux actes de commerce entre les personnes et des contestations entre associés pour des raisons d'une société de commerce.

cet article 631 montre que le dogme de l'infailibilité des professionnels de droit et la doctrine qu'illusion. il devait être transféré dans le code de l'organisation judiciaire début 1990 et quand on transfère ou abroge , on le transfère dans un autre code; il est abrogé par une loi de 1991 mais le législateur a oublié de le transférer dans le code l'organisation judiciaire.

la loi NRE de 15 mai 2001 a adopté un texte rétablissant rétroactivement la compétence matérielle des tribunaux de commerce en insérant le texte adéquat dans le code de l'organisation judiciaire

le texte nouveau est l'article L 411-4 code de l'organisation judiciaire. qui dispose que les tribunaux de commerce connaissent: - des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux. - des contestations relatives aux sociétés de commerce - de celles relatives aux actes de commerce entre toutes les personnes.

la composition: le système actuellement en vigueur est celui qui consiste à désigner des juges consulaires c'est à dire les juges élus aux sein des chambres de commerce et donc des personnes du monde économique et y compris le président.

les gros scandales dans les années 90 surtout à Nanterre, car certains juges pratiquaient le conflit d'intérêt car ils profitaient de leur situation au tribunal pour avantager quelqu'un qui comme par hasard est le repreneur.

donc une réforme comme sur le système de l'Alsace Lorraine avec l'echevinnage c'est à dire des juridictions composées de professionnels mais avec une magistrature professionnelle à leur tête.

une très forte opposition des juges consulaires, grève des tribunaux de commerce.

le système particulier de l'Alsace Lorraine dérivé du particularisme allemand.

le domaine de compétence il n'y a pas de tribunaux de commerce en alsace lorraine en raison de la législation spécifique suite à la période où l'Alsace était allemande. les litiges réglés par un transfert de juridictions. - pour les petits litiges inférieurs à 10 000 € la compétence est celle du TI sinon dans le reste de la France c'est le tribunal de commerce qui est compétent en dernier ressort. - pour les litiges plus importants la compétence est celle de la chambre commerciale du TGI.

la composition: une magistrature professionnelle avec un président et deux assesseurs élus de même conditions que dans le reste de la france.

### [modifier] b. *L'arbitrage*

par l'arbitrage les parties décident de faire trancher leur litige par un ou plusieurs personnes qui sont choisies à cet effet et auxquelles elles donnent ce pouvoir.

Avantages: la rapidité car plus vite que devant les tribunaux normaux et l'exclusion des voies de recours. la discrétion par rapport au fisc. la spécialisation des arbitres. cela a disparu car aujourd'hui il est possible de demander à un tribunal de l'ordre judiciaire de statuer pareillement. cet arbitrage c'est statuer en variable composition, cela signifie que l'on confère à l'arbitre éventuellement au tribunal, de statuer en équité c'est à dire que l'arbitre peut s'affranchir de certaines règles supplétives, de certaines OP mais pas celles d' OP fondamentales. les inconvénients: généralement l'absence de voies de recours c'est à dire on demande à l'arbitre de statuer en dernier ressort

et donc assez dangereux surtout quand c'est doublé d'une variable avec l'amicable composition. les arbitres sont rémunérés et les parties payent leur conseils et honoraires relatives au arbitrage.

l'arbitrage est la règle, le plus souvent une clause le prévoit. il existe des organismes qui fournissent le guide en entier. dans l'ordre interne, l'arbitrage est favorisé en matière commerciale seulement car avant la loi NRE du 15 mai 2001 il était possible d'insérer dans les contrats des clauses compromissoires mais uniquement en matière commerciale. en matière civile, l'arbitrage est possible par le biais de compromis. le compromis: c'est l'arbitrage qui intervient une fois que le litige est né. la clause compromissoire: un mécanisme qui permet de soumettre à l'arbitrage les futurs litiges.

évidemment qu'il est plus facile d'arbitrer avant qu'après le litige. aujourd'hui cette opposition entre droit civile et droit commercial est estompée par la nouvelle rédaction de l'article 2001 du CC qui dit que sous réserve des dispositions légales particulières, la clause compromissoire est valable dans les règlements professionnels.

## **[modifier] F. Structures administratives et professionnelles**

celles relevant du gouvernement et des collectivités territoriales - le commissariat général au plan (CGP) - la direction général de la concurrence de la consommation de la répression des fraudes (DGCCRF) qui relève du ministre de l'économie - les CODEFI placés sous l'autorité du préfet, qui sont des comités départementale d'examens des problèmes e fait des entreprises.

## **[modifier] PARTIE 1 L ENTREPRISE COMMERCIALE INDIVIDUELLE**

le terme d'entreprise correspond à une réalité mais un problème de définition car c'est un terme qui est un lien géométrique d'un conflit politique.

l'entreprise c'est un ensemble de moyens et de personnes qui ont mis de l'argent dans l'affaire et du personnel qui n'existe pas. l'entreprise est une réunion de moyens matériels, humains, et financiers en vue de l'exécution d'une activité. si l'activité est commerciale, l'entreprise est commerciale.

ces moyens peuvent être mis en oeuvre par une seule personne qui du jour au lendemain décide d'ouvrir un local photocopieuse par une ou plusieurs personnes qui vont se regrouper et c'est un groupement commercial.

jusqu'en 1985; l'individu qui voulait créer sa propre entreprise sans s'associer avec quelqu'un pouvait que créer une société individuelle justement. dans les faits il y avait une autre possibilité: de trouver un associé de façade pour créer une structure juridique dotée de personnalité morale et en réalité il avait tout les pouvoirs.

l'un des avantages c'était de pouvoir bénéficier par le biais du recours à l'associé d'une responsabilité limitée car on ne perdait que ce qu'on avait mis dans la société.

depuis la loi du 11 juillet 1985, les choses ont changés. le principe d'unicité du patrimoine: toute personne juridique n'a qu'un seul patrimoine. plutôt que de laisser des pseudo sociétés on a dit qu'il est possible de créer des sociétés unipersonnelle et donc créer une EURL (entreprise unipersonnelle a responsabilité limitée)., c'est une SARL dont les règles de fonctionnement adaptées aux faits que plus qu'un seul associé; à partir de là, on peut créer une EURL et que cette société qu'exerce l'activité et à la fois associé unique et gérant de cette société;

cette possibilité étendue à une autre type de société commerciale pour laquelle il ne peut y avoir qu'un associé unique c'est la société pour action simplifiée (SAS). deux types de sociétés individuelles: celles sociétaires et celles non sociétaires.

les entreprises individuelles non sociétaires: qu'elle soit commerciale ou non elle et soumise au principe d'unicité du patrimoine. cela signifie que ce sont à sortes de dettes contractées par l'entrepreneur

sont des dettes personnelles et tout l'actif de l'entrepreneur va répondre de ces dettes il n'y a pas de distinction entre professionnel et personnel.

ce principe d'unicité du patrimoine s'oppose au système dit du patrimoine d'affectation où on peut affecter certains biens et uniquement certains biens à une certaine activité. si on crée une SARL des problèmes de fonctionnement d'une SARL

le principe d'unicité du patrimoine a des failles: - loi de 1985 car le même résultat avec le patrimoine d'affectation - la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique article L. 526 à L. 526-4 du code commerce.

ces textes offre une possibilité à l'entrepreneur individuel, celle de déclarer insaisissable pour ces créanciers les droits détenus par l'entrepreneur individuel sur l'immeuble où est fixé sa résidence principale.

s'agissant des commerçants, il doit être fait par acte notarié et publié notamment à la conservation des hypothèques et eus les dettes soit postérieur à la dette. le banquier va prêter en fonction de notre actif, à partir du montant où il sait qu'on ne peut pas toucher à l'actif. pour qu'il y est une entreprise commerciale individuelle; une personne physique qui doit avoir la qualité de commerçant c'est à dire il faut un entrepreneur. il faut que l'entrepreneur mette en place une organisation matérielle pour exercer son activité commerciale. dans certaines hypothèses, une organisation matérielle peut être réduite (dans le cas du courtier qui met en relation un acheteur et u vendeur).

## [\[modifier\]](#) TITRE 1 LE COMMERÇANT , UNE PERSONNE PHYSIQUE

### [\[modifier\]](#) CHAPITRE 1 LES CONDITIONS REQUISES POUR DEVENIR COMMERÇANT

des conditions tenant à la personne et d'autres tenant à l'activité

## [modifier] Section 1: les conditions tenant à la personne

par application du principe de liberté de commerce et de l'industrie, ces conditions peu nombreuses sauf pour les professions réglées pour protéger des intérêts individuelles ou pour protéger un intérêt général.

- S'agissant des conditions pour la protection des intérêts individuels: le fondement de la plupart des ces conditions des idées de message attaché aux professions commerciales. le commerçant peut gagner plus qu'un employé mais risque sa fortune. la position du législateur est assez libérale car il se réserve des réglementations particulières peut être commerçant. toute personne âgée de plus de 18 ans accomplis et saine d'esprit. pas de commerçant mineurs, émancipés et incapables.

- Pour les conditions protectrices des intérêts généraux: interdiction et restriction et incompatibilité. les interdictions générales: le fondement c'est le défaut d'honorabilité qui conduit à exclure certaines personnes. art L. 47: l'assainissement des professions commerciale par la loi. elle contient toute une série d'interdiction: toute personne condamnée pour vol, escroquerie à plus de 3 mois ferme d'emprisonnement sans sursis est frappé d'interdiction de plein droit d'exercer une profession commerciale.

s'il exerce quand même une activité commerciale: il est passible d sanctions correctionnelle au plan pénal, au plan civil néanmoins est considéré comme un commerçant de fait c'est à dire qu'il est soumis à toutes les obligations sans bénéficier des avantages qui sont attachés à la fonction de commerçant.

les restrictions: elles tiennent à la profession et elles visent un certain type de personnes et les fonctionnaires, les officiers ministériels, ou encore les professions libérales réglementées. donc un officier ministériel ne peut pas être en même temps un commerçant; le fondement de cette indépendance et la dignité de la profession visée par les restrictions se traduisent par un certain nombre d'incompatibilité. pour certaines catégories d'étrangers la délivrance de cette carte sera automatique s'il existe des conventions entre la france et d'autres pays et pour d'autres se ne sera pas automatique car

il n'y a pas de conventions. des exceptions pour les ressortissants d'Algérie et ceux ressortissants de la CE.

### [modifier] *Section 2. Les conditions tenant à l'activité*

la personne doit accomplir des actes de commerce, à titre de profession habituelle et de manière indépendante.

#### [modifier] §1. L'accomplissement des actes de commerce

l'acte de commerce est opposé à l'acte civil. pour les actes de commerce, on distingue les actes de commerce par forme, ceux par nature, ceux par accessoire. plutôt que de parler d'actes de commerce par forme ou par nature on parle d'une commercialité par forme ou par nature.

la commercialité par forme: c'est 'hypothèse où le mécanisme qui est utilisé par l'individu. la commercialité c'est à dire qu'on ne s'occupe pas de savoir si l'objet de l'acte est commercial ou civil. deux hypothèses: la lettre de change et les sociétés commerciales La lettre de change: art L.110- 1 al 10: dit que la portée par une personne sur une lettre de change constitue un acte commercial: ordre donné par un tiers au titre de payer une personne , le bénéficiaire. la solution particulière car pour la signature est portée sur d'autres actes comme le chèque, billet à ordre, tout dépend de la nature de l'obligation principale en vertu de laquelle la signature a été émise. pour la signature sur la lettre de change il faut toujours un acte de commerce ou on veut appliquer un même corps de règles à l'ensemble des signataires d'une lettre de change, on veut pas distinguer selon qu'un acte soit civil ou commercial.

Les sociétés commerciales: art 210-1 code commerce: considère que les sociétés qu'il énumère sont des sociétés commerciales par leur forme.

cela signifie que ces sociétés sont toujours commerciales même si elles ont une activité autre et cela signifie que ces actes passés par une société commerciale sont donc des actes de commerce. mais des sociétés commerciales par forme peuvent exercer une activité civile.

les sociétés commerciales sont très importantes du point de vue numérique, économique et la commercialité par la forme est de savoir tout e suite quelles sont les règles applicables;

l'explication réside dans ce qui a été la plus grand scandale du 19 eme siècle, celui ci du canal de panama, une usine à gaz géante où beaucoup de gens ont perdu beaucoup d'argent investis. la société du canal ne pouvait être mise en faillite car elle était commerciale et à l'époque c'était interdit. la commercialité par forme ne permet pas de déterminer quelles sont les activité commerciale. si on veut déterminer cela il faut se référer aux actes de commerce par nature mais cela ne résout pas tout car il y a des problèmes de frontières avec d'autres pays.

#### [\[modifier\]](#) A. *Les actes de commerce par nature*

il suffit de se référer à l'article L. 110-1 code commerce. on peut distinguer les actes de commères en raison de leur objet et ceux car effectifs aux entreprises.

##### a. Les actes de commerce en raison de leur objet`

ce sont des actes qui supposent pas nécessairement que l'on bénéficie d'une organisation matérielle pour pouvoir les accomplir et pour la majorité de la doctrine les actes isolés constituent un acte de commerce (il faut une répétition); s'il y a répétition d'actes de commerce par nature et exécution de cet actes à titre habituel, la personne qui effectue cet actes est qualifiée de commerçante , le sera également si' elle effectue en entreprise. quels types d'actes ? - L'achat pour revendre art L.110-1 et 2: tout achat d'un bien meuble pour le revendre soit en nature soit après l'avoir travaillé ou mise en oeuvre. tout biens immeubles pour le revendre.

cela concerne tout les opérations sur meubles corporels ou incorporels, également tout les immeubles à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs s bâtiments et de les revendre en bloc ou par locaux. cela car le législateur ne veut pas remettre en cause les avantages accordées aux sociétés ou aux immeubles. le promoteur

immobilier exerce une activité civile sauf si celui ci fait une activité commerciale et alors sa société sera commerciale.

pour les actes de commerce il faut une condition en plus: c'est qu' à l'achat doit être réalisé avec l'intention de revendre et cette intention doit exister au moment de l'achat. La jurisprudence ajoute encore que l'achat doit comporter l'intention de réaliser un bénéfice.

- Le opérations de banque et de change

il faut regarder dans le code monétaire et financier art L. 311-1: c'est la réception de fonds du public, les opérations de crédit, la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de paiement. le problème pour les banques mutualistes car a priori ces banques poursuivent un but spéculatif. ça explique que dans le premiers temps, ces banques accomplissent pas d'actes de commerce. ensuite, en réalité c'est le caractère commercial. le texte qui énumère ce genre d'activité parle pas d'une exigence de spéculation et car des banques qui cherchent la réalisation de bénéfice même si elles ne les distribuent pas leurs clients.

- Les actes de courtages art L110-1 al 7 le courtage se définit comme l'opération par laquelle une personne : le courtier met en relation deux autres personnes ensemble pour la conclusion d'un contrat. une différence avec le mandat car le courtier n'a pas le pouvoir d'engager une ou l'autre partie. tous les courtiers ont le statut de commerçant même s'ils travaillent avec des contrats civils.

- Les opérations de commerce effectuées en entreprise: ce sont des actes par lesquels le code utilise expressément le terme d'entreprise mais ce terme n'est pas proche de la lettre car une absence de structure organisée comme l'indifférence dès lors qu'il y a répétition. la location de meubles les entreprises de manufactures, e commercialisation, de transport.

-les sociétés de fourniture; d'agences, de bureau d'affaires, établissement de vente à l'encan, sociétés de spectacles de public. cela vise les fournitures de biens et de services. cela vise la gestion

d'affaires d'autrui. la vente aux enchères au public (art. 320-1 à 320- 1 code commerce)

nul ne peut faire d'enchères au public à titre professionnel dans son commerce. une activité réservé aux bien d'occasions ou neufs issus directement de la production du vendeur si celui ci n'est ni commerçant ni artisan. (art L321-3 code commerce): vente aux enchères électroniques)

le critère de l'acte de commerce peut être un acte de spéculation le critère peut être l'idée d'entreprise. une activité commerciale exercée sans structure matérielle d'appui et d'autres activités commerciale dans la société. quand surgit une activité nouvelle, se pose le problème de savoir si elle est commerciale ou non?

*[modifier] B. Le problème des frontières avec d'autres activités*

les entreprises artisanales, agricoles, libérales.

- la différence entre commerçant et artisan les intérêts de cette différence ont diminués et sont résiduels. l'artisan relève de la juridiction civile sauf les procédures collectives donc devant les tribunaux de commerce compétent. l'artisan est immatriculé sur le registre des métiers. il effectue des actes de commerce à titre habituel; une différence d'ordre politique pour faire bénéficier ceux ci d'un régime de faveur. on utilise les critères suivant: l'artisan est un travailleur manuel, qualifié, son entreprise est modeste et n'accomplit pas d'actes de commerce sans rapport avec son activité.

- La différence entre commercial et agricole l'agriculteur accomplit des actes civils par nature. il bénéficie d'un certain nombres de mesures (régime social). cela est bouleversé par les techniques modernes de production. la loi du 30.12.1988: réfute avoir un caractère civil tout ce qui est une activité agricole de base. ce qui correspond à la maîtrise et l'exploitation d'un site biologique de caractère animal ou végétal. toutes les activités dite d prolongement: transformation des produits agricoles et activités para touristiques. cette loi supprime le principal intérêt de la différence , les agriculteurs peuvent bénéficier du régime des procédures collectives.

- la différence commerciale et activités libérales on considère les professions intellectuelles, libérales ont un caractère civile,. cela ne correspond pas à la réalité; bien souvent les membres des professions libérales sont autant attiré par l'argent que le commerçant. ces activités sont toujours de nature civile pour la compétence des tribunaux, le problème de la preuve, le problème de la clientèle. un droit à présenter la clientèle. a coté des professions libérales, il y a d'autres professions intellectuelles qui sont commerciales ou civiles. il y a des entreprises libérales qui utilisent comme support des sociétés commerciale "SEL" (société exercice libéral). il faut privilégier la forme ou l'activité. les SEL sont réglée par le COJ (code de l'organisation judiciaire). qui attribuent la compétence aux tribunaux civils; pour les professions libérales avec les sociétés libérales pures, la solution est moins certaine. ce problème de frontière a des intérêts diminuant avec le temps la loi du 26,07,2005 réforme les procédures collectives. elle soumet les membres des professions libérales et indépendantes aux procédures collectives. l'intérêt devient insignifiant. les véritables intérêts concernent le régime des actes, et la cession de clientèle.

[\[modifier\]](#) §2. L'accomplissement de ces actes à titre de profession habituelle

ils sont accomplis à titre professionnel et habituel. - a titre professionnel: c'est une occupation de toute ou partie des moyens d'existence; dans l'hypothèse ou la personne à différentes professions dont l'une est commerciale même d'importance secondaire, celui ci exerce aura la qualité de commerçant. une exception: quand l'activité commerciale est un complément nécessaire de celle civile.

- a titre habituelle: (art L.121- 1): il faut qu'il y ait répétition mais combien? il n'y a aucune jurisprudence sur ce point. on considère que le législateur et les tribunaux n'ont pas fixé de chiffre pour éviter de se laisser enfermé. il faut exclure de la catégorie des commerçants, ceux exerçant des actes isolés.

### [[modifier](#)] §3. Une activité exercée de manière indépendante

une idée de risques attachée à cette catégorie. cette condition est posée par les tribunaux car il ne peut y avoir d'exercice de profession commerciale si celle ci n'est pas exercée indépendante. l'indépendance peut être conçue seulement juridiquement ou économiquement. au plan juridique, toute personne est indépendante au plan économique, toute personne doit avoir la personnalité juridique et agir librement;

le commerçant fait des actes en son nom et pour son compte propre. on exclut différentes personnes comme les salariés, les dirigeants de société commerciale, les gérants salariés. le locataire gérant est un commerçant car il exploite à ces risques et périls. il loue un fonds de commerce et l'exploite moyennant le paiement d'un loyer versé au propriétaire du fonds de commerce. cela ne signifie pas qu'il ne peut pas y avoir qu'un seul commerçant. il peut y avoir deux personnes qui exploitent un même fonds de commerce d'où co exploitation car elles sont sur un pied d'égalité, chacune ayant fait des actes de commerce donc considérée comme commerçante. chacun pourra être remis en redressement judiciaire.

### [[modifier](#)] *section 3. Les incidences particulières résultant du mariage du commerçant*

il faut déterminer l'influence du régime de mariage adopté?

quelque soit le régime adopté, chaque époux peut effectuer librement des actes d'administration nécessaire à l'exercice de sa fonction. pour les actes de disposition, il faut distinguer dans un régime séparatiste (séparation des biens), l'époux propriétaire en dispose librement. dans un régime de communauté, les époux ne peuvent l'un sans l'autre aliéner ou grever les immeubles, fonds de commerce, exploitation dépendant de la communauté. la cession d'un élément isolé du fonds de commerce est possible. le problème des dettes contractées par l'époux dans le cadre de son activité commerciale. si c'est un régime séparatiste, les biens de l'autre ne sont jamais touchés si c'est régime de communauté, les biens communs répondent des dettes de l'époux.

dans la demande d'immatriculation, doit figurer la date et lieu du mariage et si après une modification du lien du mariage, il faut le réinscrire. jusqu'à une ordonnance du 06,05,2005 le régime matrimonial devait être mentionné au RCS.(registre du commerce et des sociétés)

## §2. Le conjoint du commerçant

(art L. 121-3) le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de son époux.

l'hypothèse du conjoint travaillant avec le commerçant, cet article ne résout pas tout, on le combine avec l'art (L.121-4): le conjoint du chef d'une société artisanale, commerciale, libérale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle, il opte pour différents statuts: conjoint collaborateur, salarié ou associé.

- le conjoint salarié: est quelqu'un qui est régit par art (L. 784-1)du code de travail. application de ce code au conjoint du chef de société qui est salarié, placé sous son autorité et perçoit une rémunération horaire égale au SMIC.

- le conjoint associé: deux époux associées dans une même société

- le conjoint collaborateur: (art L.121-5): qui travaille avec le commerçant, lui est subordonné mais sans rémunération. si un commerçant , la déclaration est donné au RCS. le conjoint a un mandat légal lui permettant de faire au nom du commerce, les actes d'administration concernant les besoins de la société. chaque époux peut y mettre fin avec une déclaration au RCS. ce conjoint est électeur et éligible aux chambres et tribunaux de commerce.

- le conjoint co exploitant: (art L.121-3): pose une présomption simple de non commercialité pour le co exploitant conjoint. celui ci peut acquérir la qualité de commerçant dans le cadre de l'exploitation du fonds de commerce de son conjoint. quand il accomplit des actes de commerce à titre de profession habituelle.

la cour de cassation casse les arrêts de la cour d'appel quand le seul élément d'immixtion du conjoint dans la gestion du fonds. l'hypothèse de la société de fait: le contrat entre deux personnes des caractéristiques d'une société sans la volonté de s'associer.

## **[[modifier](#)] CHAPITRE 2: DÉTERMINATION ET PREUVE DE LA QUALITÉ DE COMMERÇANT**

savoir si telle personne assujetti aux obligations pesant sur les commerçants? si elle relève de la compétence des tribunaux de commerce? si elle peut bénéficier des avantages liés à cette profession?

le principe: la liberté de preuve de la qualité de commerçant d'où une insécurité certaine mais atténuée par l'immatriculation au RCS.

### ***[[modifier](#)] Section 1. La liberté de preuve de la qualité de commerçant***

même si ce principe de liberté de la preuve n'existait pas, la qualité de commerçant se prouverait librement car on prouve des actes matériels et non juridiques. la qualité de commerçant est prouvé par tout moyen même les présomptions de faits: installation matériel, contrat soumis au régime des commerçants. on peut mieux atteindre celui qui est commerçant par personne interposée.

la décision donnant cette qualité à une autorité relative(seulement entre les parties au procès). cela débouche sur une incertitude. les inconvénients sont plus théoriques que réel car l'immatriculation au RCS joue un rôle primordial dans la matière.

### ***[[modifier](#)] Section 2. le rôle particulier du RCS***

en 1919, on crée le RCS. sur le texte de base: décret de 1953 refondu en 1967. actuellement régit par le décret du 30.05.1984. article L.123-6 à L.123-9 code du commerce

[\[modifier\]](#) §1. Les règles générales relatives à son organisation

la tenue du RCS: par le greffier du tribunal de commerce sinon par le greffe du TGI statuant commercialement. il tient le registre sous la surveillance d'un juge du tribunal. il y a un registre local dans chaque tribunal de commerce. il y a un registre national qui centralise toutes les informations locales tenu par l'institution nationale de la propriété intellectuelle.

- Le registre local: un fichier alphabétique avec un dossier individuel avec la demande d'immatriculation. pour les personnes morales, il y a un dossier annexe avec les pièces et documents qu'elles ont tenu de déposer.

les personnes tenues de s'immatriculer: les commerçants, les sociétés commerciales, les sociétés civiles, groupements d'intérêt économique, les EPIC les représentations commerciales des états étrangers.

1981: création CFE (centre de formalité des entreprises): application du système du guichet unique. depuis 1984: le passage au CFE est obligatoire. le CFE va transmettre les différents documents aux différentes obligations concernées et au greffe du RCS.

le décret de 1978: un délai bref, un jour ouvrable après le dépôt d'un dossier complet sauf s'il s'agit d'un dossier qui nécessite un examen particulier: 5 jours. si le dossier est incomplet, le greffier demande sa régularisation dans un délai d'un jour. le requérant a 15 jours pour s'exécuter.

en août 2003, création d'un récépissé de création d'entreprise remplaçant l'immatriculation. la transmission par voie électronique la création d'entreprise, modification de sa situation ou cessation de l'activité.

en dépit des délais, la délivrance du certificat d'immatriculation (K-BIS), ce délai était trop long pour les sociétés car tant qu'on ne peut pas le montrer, les fonds des apports des associés restaient bloqués. le récépissé pouvant être obtenu dès la justification d'un dépôt du dossier

complet. il permet d'accomplir des démarches nécessaires auprès des organismes publiques et privés chargés d'une mission publique.

dans quels délais cette immatriculation doit elle avoir lieu? le délai pour les personnes physiques (L.123-8): 15 jours dès le commencement de l'activité. le délai pour les personnes morales, pas de délai prévu, c'est l'immatriculation qui confère la personne morale.

la demande d'immatriculation doit avoir certaines mentions qui sont différentes selon que ce soit une personne physique ou morale. pour les personnes physiques, on indique le nom, nationalité, domicile, situation matrimoniale, si on a une déclaration d'insaisissabilité.

pour les personnes morales, on indique la forme sociale c'est à dire une SA, SARL (cela indique le degré de responsabilité de chaque associé). le capital social, la personne représente légalement la société. seule celle ci a le pouvoir d'engager la société). des modifications qui peuvent arriver par la suite sur ces renseignements feront l'objet d'inscription modificatives: celle de la cessation d'activité: - pour le commerçant, il doit se radier du RCS dans le mois de la cessation d'activité - pour les personnes morales, la décision de dissolution est publiée au RCS et la radiation intérieure à la clôture des opérations de liquidation.

l'immatriculation suppose qu'on fournisse différents renseignements. comment contrôle t on les inscriptions? quel est le rôle du greffier? l'ampleur du contrôle donné au greffier au tribunal, dépend du rôle qu'on confère au RCS. 3 conceptions:

- de n'y voir qu'un simple répertoire des entreprises sans conséquence d'ordre juridique donc le contrôle est léger du greffier

- l'immatriculation est vue comme un rôle constitutive de droits. on est commerçant quand on s'est immatriculé. 'immatriculation confère de manière irréfugable la qualité de commerçant avec un contrôle très poussé donc le registre est tenu par un tribunal

- dans l'immatriculation, on voit comme une présomption simple de commercialité. ce contrôle est confié au greffier qui a des pouvoirs limités sous le contrôle d'un magistrat.

si les contestations sont présentes, le magistrat les tranchera. ce système s'oriente vers un contrôle de plus en plus poussé car sous sa responsabilité, il doit contrôler la régularité des demandes et que l'assujetti remplit les conditions de diplôme et d'autorisation.

il exerce ce contrôle au moment de l'immatriculation et pendant la procédure d'immatriculation. en cas de contestation entre l'assujetti et le greffier, c'est le président du tribunal de commerce ou le juge qui est commis à la surveillance du RCS, qui tranchera le conflit.

les sanctions au cas de défaut d'immatriculation

- une procédure d'injonction à l'initiative du juge commis à la surveillance du RCS ou le procureur de la république ou tout intéressé. on décerne une injonction à une personne de s'immatriculer ou modifier des éléments; si la personne ne s'exécute pas dans les 15 jours c'est passible d'une amende de 3750€.

- en cas de déclaration inexacte donnée de mauvaise foi en vue de l'immatriculation ou lors d'une inscription modificatrice, l'amende est de 4500 € et 6 mois de prison. ce registre est public donc on peut le consulter sur place et obtenir à ses frais une copie intégrale ou extraits ou des pièces déposées en annexe.

une évolution grâce à la télématique, les recherches sont facilitées par un registre alphabétique et les personnes immatriculées indiquent sur leur correspondance et documents commerciaux, leur numéro sirène: 9 chiffres qui est attribuée par l'INSEE. ces renseignements n'ont aucune valeur légale. le RCS n'est pas un registre qui centralise tout les informations relatives à un commerçant. d'autres registres: celui des publicités des opérations de crédit- bail, celui des nantissements.

## [[modifier](#)] §2. Les effets de l'immatriculation, publicité au RCS

les effets de l'immatriculation: pour les personnes physiques, l'effet de l'inscription c'est une présomption légale de la qualité de commerçant, cette présomption n'est pas opposable aux tiers et à l'administration qui apportent la preuve contraire. les tiers et administration ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption quand il savait que la personne immatriculée n'était pas un commerçant.

en cas d'absence d'immatriculation, la personne non immatriculée ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des tiers, ni se prévaloir des qualités attachées à la qualité de commerçant, ni du statut de baux commerciaux.

le non inscrit ne peut se soustraire aux obligations et responsabilité est inhérente à la qualité de commerçant. il perd les avantages et gagne les inconvénients.

la cessation des effets de l'immatriculation: cette cessation résulte de la radiation (L.123-8 al 2): tant qu'on est immatriculé on peut se prévaloir de la perte de la qualité de commerçant vis à vis des tiers même quand les tiers savent la cessation de l'activité.

pour les personnes morales, les effets sont que la société jouit de la personnalité juridique.

### B. Les effets quand aux faits et actes non publiés (L. 123-9)

la personne assujetti ne peut opposer aux tiers ou l'administration publiques, dans le cadre de son activité commerciale, les faits ou actes qui avaient du être mentionnés. si le tiers, ou l'administration ont eu la connaissance du fait ou de l'acte au moment où ils ont contractés, le tiers ou l'administration ne peut se prévaloir de l'inopposabilité. c'est à la personne assujetti qu'incombera la charge de la preuve de cette connaissance. les tiers et l'administration peuvent se prévaloir des faits et actes non publiés s'ils y ont un intérêt. ces règles valent pour tout les actes de délibération et décision déposées en annexe au RCS.

## [\[modifier\]](#) CHAPITRE 3 LES CONSÉQUENCES DE LA QUALITÉ DE COMMERÇANT

ces conséquences touchent t les actes accomplis et les obligations pesant sur les commerçants. la qualité du commerçant a deux effets: attraction de certains dans l'orbite du droit commercial et des limites.

### [\[modifier\]](#) *section 1. Les conséquences quand aux actes*

elles touchent la nature de l'acte et les conséquences du régime juridique des actes fait par le commerçant.

#### [\[modifier\]](#) §1. Les conséquences quand à la nature des actes

un effet d' attraction d'actes dans l'orbite du droit commercial avec des limites.

#### [\[modifier\]](#) *A. Attraction de certains actes de l'orbite du droit commercial.*

cet effet résulte d la théorie de l' accessoire. c'est une commercialité par accessoire. quand la qualité de commerçant déteint sur lactes faits par celui ci, c'est une commercialité subjective de droit. cette théorie se bâtit sur 3 textes: ancien article 631 code de commerce: les contestations relatives aux engagements entre commerçants relèvent des tribunaux de commerce. l'ancien article 632 code de commerce: sont es actes de commerce, toutes les obligations entre négociant, marchands et banquiers. et l'ancien article 638 code de commerce: les billets à ordre souscrit par un commerçant sont censés être fait pour les besoins du commerce.

un billet à ordre est un engagement pris par une personne à un bénéficiaire de payer une somme à une certaine date.

cette théorie aboutit a ce “ que la commercialité part de l'acte et en retour elle retombe sur d'autres actes pour en saisir le plus grand nombre”. un acte civil par nature devient commercial car il est

accessoire d'une activité commerciale, d'un commerçant. pour deux raisons: - unifier le régime des actes accomplis du commerçant - résoudre des problèmes de compétence. deux conditions remplies pour avoir la commercialité par accessoire: - l'acte est accomplis par un commerçant sont pour les besoins de son commerce. les tribunaux posent une présomption sur laquelle les actes de toute nature effectués par un commerçant sont présumés fait pour le besoin du commerce. c'est une présomption simple. le commerçant peut en démontrer le contraire. vaut elle selon la nature des actes faits? pour les quasi délits et délits survenus dans une activité commerciale la jurisprudence répond oui.

on ne doit pas confondre avec la théorie de commercialité objective par accessoire en fonction d'un acte, un acte civil par nature sera commercial car il est accessoire de l'acte commercial. bâtit sur la jurisprudence: l'ancien article 91 code de commerce relatif aux gages constitués; les règles du gage commercial s'appliquent aux gages constitués par un non commerçant qui est l'accessoire d'un acte de commerce.

cette théorie s'applique à 3 hypothèses: les intérêts pratiques sont toujours un problème de compétence des tribunaux et souvent l'application de règles spéciales. - les opérations effectuées par un non commerçant partant sur le fonds de commerce. (la location d'un fonds de commerce, la vente d'un fonds de commerce). l'acte sera considéré comme un acte de commerce qui limite de manière général " un acte accomplit par un non commerçant devient un acte de commerce quand il est passé en vue d'exercer une activité commerciale et il est indispensable à l'exercice de cette activité". les héritiers d'un commerçant qui décident de vendre le fonds e commerce.

- les billets à ordre et chèques du commerçant sont des actes de commerce quand la dette est par l'activité commerciale. le gage commercial est soumis aux règles de commerce quand il garantie une règle de commerce même quand celui qui le constitue n'est pas un commerçant.

-le problème de cautionnement pour garantir les dettes souscrites par une société pour le patron. c'est un acte civil car désintéressé qui peut

devenir commercial dans certains cas. ce sera un acte commercial quand il est donné par un non commerçant chaque fois que la personne s'est portée caution aurait un intérêt patrimonial au paiement de la dette de garantie alors même qu'elle ne participe pas directement à l'activité commerciale. pour les associés majoritaires, épouse de gérant, des décisions dans le sens contraire; quelque soit la juridiction choisie par le créancier, souvent la caution conteste la compétence dans un but dilatoire. il vaudrait mieux que le critère de la jurisprudence soit remplacé par un critère objectif donc serait commercial, le cautionnement de toute obligation commerciale. 3 intérêts: la compétence, la solidarité et les tribunaux ont tendance à être moins stricte pour les mentions figurant sur l'acte de cautionnement commercial.

### [\[modifier\]](#) B. Les limites

cela concerne la commercialité subjective par accessoire

#### 1. L'effet d'attraction partiel

des situations dans lesquelles des actes vont être soumis au régime des actes de commerce tout en échappant à la compétence des tribunaux de commerce. on est dans la situation commerciale pour un des parties et civil pour l'autre. c'est un acte mixte.

- les limites résultant de textes particuliers

ces textes visent les actes soumis au régime juridique des actes de commerce mais échappent à la compétence des tribunaux de commerce. les baux commerciaux relèvent de la compétence civile. de même pour les accidents de la circulation, tout ce qui est conflit individuel du travail, compétence du conseil des prud'hommes. toutes les marques et brevets, tout ce qui relève des contrats de consommation. ` c'est la compétence du TI. dans les cas la compétence s'explique par la volonté d'unifier le contentieux. dans la plupart des actes ce sont des actes mixtes car d'un coté on a un commerçant et de l'autre un particulier.

- les limites de cette théorie d'actes

la nature de l'acte d'un commerçant et non commerçant. l'idée d'acte mixte. le problème de la compétence des tribunaux. le problème de règles de preuve applicables; la jurisprudence tient compte de la double nature de l'acte en appliquant un principe de distributivité.

la compétence des tribunaux si c'est el non commerçant qui est demandeur, il aura le choix entre le tribunal de commerce et celui civil; si c'est le commerçant qui est demandeur, il assigne devant le tribunal de civil. ces règles sont guidées par l'idée que ces tribunaux de commerce sont d'exception jugeant les litiges entre commerçants.

l'application en matière de preuve pour les actes juridiques d'une valeur supérieur à 800 € la preuve est par écrit avec des exceptions. en droit commercial, c'est le système de la liberté de la preuve, on prouve par tout moyen. pour les actes de plus de 800 € on combine les solutions, la preuve à l'égard d du commerçant est une preuve rapportée par tout moyen. quand c'est le commerçant qui veut prouver contre le non commerçant il doit de soumettre au système civil. il y a d'abord un problème de compétence à résoudre puis un problème sur le régime de preuve applicable. on aboutit à une situation où la compétence est au tribunaux de commerce et l'application des preuves de droit civil.

## 2. L'absence totale d'effet d'attraction

les dettes fiscales considérés par les tribunaux des hypothèses où la théorie d'acte civil par accessoire joue. ( des actes de commerce sont effectués par un professionnel non commerçant sont considérés comme des actes civil car ils sont fait par un civil dans l'exercice et besoins de son activité.

[\[modifier\]](#) §2. Le conséquences relatives au régime juridique des actes accomplis par le commerçant.

des dispositions particulières qui soumettent certains actes à certaines règles. l'exigence d'un écrit pour un vente de fonds de commerce. on applique les règles de droit civil pour les contrats et conventions. sur

certain points, on a des règles dérogatoires valant pour tout acte de commerce sauf textes particuliers. cela concerne la preuve et la prescription.

#### *[modifier] A. Le problème de la preuve*

en droit commercial, une exception prévue à l'article L.110-3: à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tout moyen sauf dispositions contraires par la loi". une nécessaire rapidité en matière de transaction commerciale. il est possible de retenir une preuve comme témoignage, présomption, correspondance, livres de commerce, factures que cela émane de l'autre partie. le système de liberté de preuve: il est ainsi possible de prouver contre les mentions d'un écrit par un témoignage. de nombreuses exceptions: des dispositions spéciales exigent un écrit, d'autres mécanismes nécessitant un support écrit (chèque, effet de commerce). cela concerne le contenu et le problème de la date. pour prouver contre un commerçant il faut respecter les règles de l'article 1326 CC "il faut que l'écrit est une date certaine".

en droit commercial, l'écrit fait preuve de sa date jusqu'à preuve du contraire. pour que la règle de la liberté de preuve s'applique, il faut 2 conditions: - l'objet de la preuve (preuve d'acte de commerce) - une preuve à l'encontre du commerçant la seconde condition explique que cette règle ne s'applique pas au cautionnement d'un gérant d'un SARL au profit de cette société.

#### *[modifier] B. La prescription*

article L.110-4: "les obligations nées de leur commerce, entre commerçants ou entre non commerçant et commerçant se prescrivent par 10 ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes".

en droit commercial, la prescription est abrégée pour mettre en accord le délai de prescription avec le délai imposé aux commerçants pour la conservation de leur livre de commerce. on considère cette prescription abrégée comme la contrepartie du danger de la liberté de la preuve.

son champ d'application vise les actes de commerce mais cela vise t elle les actes mixtes? oui, car on ne peut pas demander aux commerçants de faire le tri entre les opérations faite avec les commerçants et celles faites avec les non commerçants; cela concerne le obligations quasi contractuelles ou encore délictuelles.

cette prescription ne joue qu'à défaut d'une différence plus courte. des prescriptions plus courtes sont nombreuses: celle de 5 ans pour les paiements d'intérêt, celles de 2 ans pour les acte de marchands au titre de marchandises vendues à un particulier. la prescription annale (article L.133-6) en matière de transport. la jurisprudence considère que la prescription de 10 ans s'écarte quand une autre spéciale est plus longue.

## [\[modifier\]](#) *Section 2. Les obligations pesant sur les commerçants*

les obligations varient selon l'activité du commerçant. il y ne a des générales qui s'appliquent à tout les commerçants et d'autres plus spécifiques. elles sont étendues à l'ensemble des professionnels. le commerçant est soumis à de multiples obligations: obliger d'établir des factures (L.441-3), obliger d'avoir des comptes bancaires; pour les règlement au dessus de 750 € il procède par CB, virement chèque bancaire.

### [\[modifier\]](#) §1. Les obligations comptables

les commerçants sont obligés de tenir une comptabilité. les règles de base figurent dans le code de commerce. (L.123-12 et suivant). ces obligations ont été changées sous l'influence de directives européennes pour améliorer l'information. il y a des régimes simplifiés pour les petits commerçants.

#### [\[modifier\]](#) *A. Les documents comptables de l'entreprise commerciale*

la comptabilité joue un rôle essentielles dans le droit des affaires. les documents qui procèdent des obligation comptables générales: cela suppose l'établissement de documents d'enregistrement de contrôle, de synthèses.

les documents d'enregistrement et de contrôle.: le livre journal qui enregistre opération par opération, toute les opération qui affectent le patrimoine de l'entreprise. le grand livre classe selon le plan comptable, les écritures qui sont portés chronologiquement dans le livre journal. le livre d'inventaire qui a pour objet de contrôler un fois par an, l'existence et la valeur des différents éléments du patrimoine de la société qu'il s'agisse du passif ou actif. ils doivent être tenus sans blanc ni rature. les documents de synthèse: l'établissement des comptes annuels. (L.123-12 al 3): chaque commerçant doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice en vue des enregistrements comptables et de l'inventaire. les comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat, et une annexe. ceux ci forment un tout indissociable. le compte de résultat trace tout les mouvements et opérations conduisant au résultat. il retrace les produite et charges de l'exercice après la déduction des amortissements et provisions, il montre le bénéfice ou la perte de l'exercice .

l'annexe complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat. on peut déroger exceptionnellement à une règle comptable si cela donne une image fidèle de la société. cela doit être mentionnée et expliquée dans l'annexe. l'annexe assure la régularité et la sincérité des comptes et permet aux comptes de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et le résultat de la société.

les comptes annuels se réfèrent à 3 systèmes. pour la tenue des comptes il y a des règles de base.

## 2. les règles de base relatives à l'établissement des comptes

- l'établissement d'une comptabilité en partie double: chaque opération à 2 écritures en sens opposée qui s'équilibre au débit et crédit. cela permet de repérer les erreurs et un analyse plus précise des comptes par la multiplication des présentations et évaluations. - la permanence des méthodes de présentation et évaluation. (L. 123-17): on ne peut changer la présentation ou l'évaluation qu'il y a un changement exceptionnel dans la situation de la société. - les règles d'évaluation sont soumises aux obligations de régularité, sincérité et respect du principe de prudence. l'évolution des biens doit se faire à

leurs coûts historique c'est à dire la valeur d'entrée dans le patrimoine de la société. on procède à une évaluation séparée des éléments du passif et actif, on interdit des compensations; ces principes impliquent le fait en cas d'insuffisance des bénéfices; on procédera aux amortissements et provisions nécessaires.

les amortissements: constatent dans le bilan, la diminution de la valeur d'un bien du à son vieillissement. le bien figure à l'actif pour sa valeur historique et dans le compte de résultat au titre des charges d'exercice, une dotation aux amortissements correspond à la perte de valeur subi par le bien au cours de l'exercice. on assure la sincérité des comptes et met en réserve chaque année les sommes nécessaires pour remplacer le bien quand il sera obsolète. l'amortissement augmente le passif donc baisse d'autant le bénéfice imposable.

la provision: est une constatation comptable de la dépréciation d'une valeur d'actif ou la constatation d'une charge future probable.

seuls les bénéfices réalisés à la clôture d'un exercice peuvent être inscrits dans les comptes de l'exercice.

### *[modifier] B. Le rôle des documents comptables*

ces documents ont un rôle primordial car cela ne concerne pas seulement le commerçant. cela concerne aussi tout les créanciers. pour les clients, pour le salarié, pour le fisc et pour toutes les sociétés cotés en bourse.

le premier rôle de ces documents: déterminer la situation financière de la société second rôle: constituer un élément de gestion en fournissant au chef de société des éléments à éclairer ses prises de décision. troisième rôle: un rôle probatoire (L. 123-23) (Article 1330 CC). ces sociétés sont dotées de conserve les documents pendant 10 ans.

quelle est la force probante de la comptabilité du commerçant?  
comment obtient on la production ou la communication en justice de ces documents comptables?

la force probante qu'il s'agisse de rapports entre commerçants. la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice. donc invoquée par celui qui l'a établie. quand elle est irrégulière, elle ne peut être invoquée par son auteur à son profit. (L. 123-23).

quand il s'agit de rapport entre commerçants et non commerçants, les livres de commerce ne font preuve que contre les commerçants; la partie qui veut invoquer contre un commerçant une mention figurant dans sa comptabilité, elle peut se voir opposé les différentes mentions de cette comptabilité.

la production en justice pour pouvoir utiliser la comptabilité d'un commerçant pour la faire à son encontre, il faut la produire en justice. il faut tenir compte du "secret des affaires" qui garde le secret des éléments de comptabilité pour la concurrence. (L.123-23 al 3): la communication c'est à dire la mise à disposition de l'état de la comptabilité n'est possible que dans 4 cas: la succession, la communauté, le partage de société et la procédure collective d'apurement du passif. a coté de la communication, on a la représentation des livres de commerce suivant le code de procédure civile et concernent que les pièces qui ont trait aux différents. la partie demandera au juge d'ordonner la production de cette pièce dont elle a besoin.

## [modifier] §2. *Les obligations fiscales et sociales*

les obligations sociales à titre personnel; le commerçant doit être affilié au régime d'assurance maladie, maternité, allocation vieillesse, caisse d'allocation familiales. si le commerçant emploie du personnel, il doit respecter l'ensemble des dispositions du code du travail et de payer les différentes cotisations sociales à sa charge. s'il relève d'un secteur couvert d'une convention collective il en est tenu aussi.

les obligations fiscales: le commerçant est imposé sur les bénéficiaires industriels et commerciaux. il paye la taxe professionnelle en fonction de la valeur locative des immobilisations et de la masse salariale. il paye la TVA mais il peut la récupérer.

## [\[modifier\]](#) TITRE 2 LE FONDS DE COMMERCE

il faut trouver un local bien situé, le louer et essayer d'attirer une clientèle. on développe son affaire, fait des bénéfices et vend le bien: le fonds de commerce. la localisation est importante. un risque pour le commerçant de voir son loyer augmenté: c'est le bail commercial qu'il faut protéger.

### [\[modifier\]](#) CHAPITRE 1 LE STATUT DU FONDS DE COMMERCE

le fonds de commerce c'est l'ensemble des moyens mis en oeuvre par le commerçant pour attirer la clientèle.

#### [\[modifier\]](#) *Section 1. Les éléments du fonds de commerce*

aucune énumération des éléments du fonds de commerce dans la loi. 2 catégories de fonds de commerce: les éléments corporels et incorporels.

#### [\[modifier\]](#) Sous section 1. Les éléments corporels

- le matériel et l'outillage: c'est l'ensemble des biens mobiliers qui servent à l'exploitation du fonds de commerce et qui ont une certaine stabilité. une exception pour les immeubles par destination quand le fonds de commerce est exploité dans un immeuble qui appartient au commerçant.

- les marchandises: les stocks de matière première destinés à être transformés et celles vendues tel quel. dans différentes hypothèses, un problème de distinction entre le matériel et l'outillage.

ce qui est matériel et outillage peut être l'objet d'un gage alors que les marchandises ne peuvent l'être car elles sont destinées à être vendues.

[\[modifier\]](#) Sous section 2 Les éléments incorporels

[\[modifier\]](#) § 1. La clientèle et l'achalandage

la clientèle se constitue par des personnes qui viennent acheter dans le fonds de commerce, les personnes fidélisées chez le commerçant. elle se différencie de l'achalandage car celui-ci vise la clientèle potentielle qui résulte de la bonne situation du fonds de commerce. c'est la clientèle de passage.

l'achalandage est à lui seul insuffisant pour constituer l'élément clientèle du fonds de commerce.

la loi du 17 mars 1909, relative aux nantissements et à la vente du fonds de commerce cite la clientèle parmi les éléments du fonds de commerce. le commerçant n'a aucun droit sur elle car la concurrence est libre et donc le droit de se concurrencer c'est le droit de chercher à ravir la clientèle du concurrent. c'est l'objectif poursuivi par le commerçant, il veut développer et fidéliser sa clientèle. c'est un élément nécessaire mais pas suffisant.

la jurisprudence considère néanmoins qu'il ne peut y avoir de fonds de commerce sans clientèle. si le fonds de commerce à différents établissements avec une certaine autonomie de gestion avec une installation matérielle et une clientèle propre: c'est une succursale. la succursale est accessoire de l'établissement principal donc elle fait partie du fonds de commerce. si on la vend ou loue séparément du fonds de commerce c'est une vente ou location du fonds de commerce. il faut une clientèle propre et pas celle d'autrui. la jurisprudence va plus loin, il faut que la clientèle soit prépondérante; la même question se pose pour les stations services. généralement l'existence d'un fonds de commerce n'est pas reconnu car on ne peut caractériser la clientèle de prépondérante et propre à la station. le problème rebondit pour les franchisés: c'est le contrat par lequel le franchiseur confère au franchisé le droit d'utiliser une marque et ou une enseigne, lui transmet un savoir faire et une assistance commerciale, technique, administrative. en contrepartie, le franchisé s'engage à respecter une discipline commune et payer un droit d'entrée et des redevances pendant la durée du contrat.

savoir si la clientèle est attachée à la marque ou au franchisé? s'il n'y a pas de clientèle, y a pas de fonds de commerce donc pas de bail commercial donc viré plus vite par le propriétaire. la société vaut beaucoup moins.

il n'y a pas de fonds de commerce car le franchisé n'a pas démontré que le droit au bail avait attiré la clientèle de manière tel que cet élément prévaut sur la marque. la cour de cassation penche du coté des franchisés et distingue la clientèle nationale attachée à la marque et celle locale. la locale n'existe que parce que le franchisé a mis en oeuvre différents moyens à ses risques et périls pour la fidéliser.

pour les autres commerces indépendants, la cour de cassation donne un retentissement à cet arrêt. le commerçant dépendant doit démontrer qu'il exerce avec une autonomie de gestion. la cour de cassation oublie le critère de l'autonomie de gestion au profit des contraintes incompatibles avec le libre exercice commercial.

la clientèle n'est pas suffisante. quand il n'y a pas de session de clientèle, il n'y a pas de session de fonds;

la clientèle se rattache à différents éléments matériels et immatériels généralement il y a le nom commercial et l'enseigne.

### *[modifier] §2. Le nom commercial et l'enseigne*

le nom commercial: c'est le nom sous lequel est exercé l'activité. il peut être un nom patronymique, un surnom, un prénom, un nom fantaisie. c'est un moyen de ralliement de la clientèle donc protégé par les usurpations et imitations du à la théorie de la concurrence déloyale. (art. 1382 CC). cette théorie se base sur un texte donc le nom ne sera protégé que s'il y a au moins un risque de détournement de clientèle. un problème pour l'homonymie.

le problème de l'utilisation de son nom patronymique. le nom est en dehors du commerce juridique. en droit commercial, l'entrepreneur peut utiliser son nom, pour exercer son activité commerciale. s'il y a un risque de confusion avec une concurrence déloyale; le tribunal peut ordonner une distinction pour le second entrepreneur. le patronyme

devient un élément de fonds de commerce et devient un droit de propriété incorporel. différentes conséquences: celui qui utilise son nom ne peut s'opposer à son utilisation commerciale par son successeur auquel il a vendu le fonds de commerce dans sa globalité.

cela devient un droit de propriété incorporel pour celui qui l'achète.

le problème du parasitisme: utiliser la notoriété d'un nom commercial dans un autre secteur d'activité différent de celui où le nom commercial est utilisé. c'est n'est pas de la concurrence déloyale car il faut un risque de perte de clientèle et ce n'est pas le cas. (art 713-5 code propriété intellectuelle): "on sanctionne l'exploitation injustifiée d'une marque notoire même au delà de leur domaine de spécialité".

il faudra démontrer qu'il y a un dommage pour faire une action en responsabilité civile.

### *[modifier] §3. Le droit au bail*

un fonds de commerce dans un local loué à cet effet. un souci pour le locataire de se faire expulser à la fin du bail. (L.145-1 à L.145-60) on confère au locataire différentes prérogatives qui vont permettre de parler d'un droit au bail au profit du locataire " voir d'une propriété commerciale",. pour permettre au commerçant de valoriser son commerce, c'est valoriser son bail. donc céder son bail en même temps que le fonds. on confère un droit au renouvellement, le locataire bénéficie de ce droit mais le bailleur peut passer outre à conditions de le payer une indemnité d'eviction très lourde. ce droit au renouvellement est dérogatoire au droit commun.

#### A. Les conditions d'application des baux commerciaux.

si les conditions sont réunies, le statut s'applique obligatoirement. il peut y avoir soumission volontaire à ce statut par contrat, même quand toutes les conditions ne sont pas réunies. toutes les dispositions impératives du statut s'appliquent automatiquement.

a; Les parties le bailleur n'a pas de condition spécifiques par le contrat. qui va conclure le contrat de bail? le locataire: doit être inscrit

au RCS s'il est commerçant et doit être inscrit au registre des métiers s'il est artisan. cela concerne les établissements secondaires situés dans d'autres villes, le décret du 30.05.1984 oblige tout commerçant ouvrant un établissement secondaire à demander une inscription complémentaire si celui ci est situé dans le ressort territorial du tribunal de commerce de l'établissement principal. si l'établissement secondaire n'est pas dans ce ressort, il faut une immatriculation secondaire. on considère que l'établissement secondaire, le commerçant ne bénéficie pas du statut quand il n'y a pas d'immatriculation ou inscription secondaire. une exception: c'est l'hypothèse d'un propriétaire d'un fonds de commerce qui n'a pas besoin d'être immatriculé si le fonds de commerce est donné ou exploité en location gérance. (L.145-1 II). une association qui ne peut être immatriculée au RCS donc ne bénéficie pas du statut du bail commercial. les conditions relatives à la nationalité: (L. 145-13): les commerçants étrangers même titulaire de la carte de commerçant étranger ne bénéficient pas du statut. les ressortissants de l'union européenne sont assimilés aux nationaux. puis des exceptions pour tout les pays accordant une activité identique aux français qui exerceraient une activité identique dans leur pays.

b. Les lieux (L.145-1): le bail doit porter sur un immeuble bâti ou local permettant l'exploitation d'un fonds de commerce. cela exclus les terrains nus sauf édification d'une construction à effet commercial. qu'est ce qu'un local? cela exclus les constructions mobiles, les emplacements variables dans une galerie marchande, les comptoirs de vente dans les grands magasins. le statut qui s'applique aux locaux accessoires d'un fonds de commerce, il faut que la privation des locaux compromet l'exploitation et qu'ils appartiennent au même propriétaire.

c. L'exploitation du fonds l'exploitation: exclus le locataire gérant qui exploite la clientèle du propriétaire d'un fonds. il faut un fonds de commerce et qu'il soit exploité (L.145-8) "sauf motifs législatifs, pour bénéficier au droit de renouvellement, le fonds doit avoir été exploité pendant 3 ans précédent l'expiration du bail".

d. La durée et la nature du bail. certains baux sont exclus du statut du à leur nature car ils confèrent des droits particuliers.

- les baux emphytéotiques: sont exclus (bail de longue durée de 8 ans à 99 ans). c'est un bail qui confère un droit réel immobilier qui permet de construire, d'utiliser comme une garantie pour une hypothèque. en fin de bail, la bailleur devient le propriétaire des constructions édifiées.

- les baux à construction confèrent les mêmes droits que le bail emphytéotique. il permet au locataire de construire.

- les contrats de cession immobilier (au moins 20 ans) donne des droits étendus au concessionnaire.

- les contrats de crédit bail immobilier, une société financière acquiert un immeuble qui sera choisir par un utilisateur qui va louer celui ci à l'établissement financier pendant un e période irrévocable fixée au départ. le montant des loyers perçus par la banque intègre le remboursement du crédit à la banque plus les intérêts. tout son investissement, le locataire bénéficie d'une promesse de vente du bien à un prix résiduel.

tout ces baux sont exclus.

l'exclusion des baux de courte durée (L.145-5): les parties peuvent déroger aux dispositions du statut quand le bail est exclus au maximum de 2 ans, si à l'expiration de la durée, le preneur reste locataire et laissé en possession; il s'opère un nouveau bail soumis au statut , de même en cas de renouvellement express du bail aux conclusions d'un nouveau bail pour le même local entre les parties".

c'est un texte d'ordre public on ne peut y déroger. la cour de cassation admet la négociation quand elle intervient après l'expiration du premier bail. "les dispositions des alinéas ne sont pas applicables quand c'est une location à caractère saisonnier". ces location saisonnières échappent au statut même quand le locataire retrouve chaque année le même local, à condition que le propriétaire retrouve la jouissance des locaux entre les saisons.

une exclusion d'ordre jurisprudentielles: les convention d'occupation précaires: la précarité soit éxpresement stipulé et qu'elle résulte d'éléments objectifs. (l'immeuble en question fait l'objet d'une expropriation supérieure à 2ans donc on conclus cette convention).

pour les baux de courte durée , on se justifie car le locataire connait la brièveté du bail et donc doit proportionner le montands ces investissemnets en fonction de la durée.

## B. Les droit et obligations des parties

le statut des baux commerciaux ne modifie les droits et obligtions qui résultent du contrat de louage de droit commun que sur certains points. pour les autres il faut se référer au droit commun du louage.

(le problème des réparations: le bail peut y déroger et mettre les réparations à la charge dupropriétaire ou a la charge diu locataire. cela peut concerne rl esrosses réparations).

### 1. les droits du locataire

la question de l'affectation des lieux loués.en droit commun, on peut prévoir que dans lecadre des locaux loués il sera possible que d'exercer que certaines activités. ou au contraire il est possible de prévoir un bail toute activités donc qui autorise toutes les activités.

une clause de destination des locaux loués qui figure dans le contrat de bail. en droit commun, en cas de non respect de la clause de destination le bailleur peut demander la résiliation du bail.

un inconvénient: une sclérose des structures commerciales car les activités ne peuvent pas suivre l'évolution des goûts dee la clientèle.

en 1965, le législateur prévoit des possibilités de despécialisation. cela permet d'échapper à la clause de destination:

- L145-47 à L. 145-55 celle de despécialisation simple et celle plénière

- la despécialisation (art L.145-47): une adjonction d'activité complémentaire ou connexe par rapport à l'activité initiale. (vente de t shirt dans une carterie).

le caractère connexe ou complémentaire fait l'objet d'une appréciation souveraine du juge de fonds donc difficile de donner un critère de connéxité ou complémentarité . en général ,les juges du fonds se fondent sur l'identité de la clientèle ou identité des méthodes de travail.

cela constitue un droit pour le locataire qui a une seule obligation d'avertir préalablement le bailleur. il a intérêt à le faire sinon le propriétaire peut demander la résiliation du bail. le propriétaire peut contester les caractères connexes ou complémentaires et le locataire devra attendre l'issue de la procédure pour exercer son activité. le bailleur ne peut faire échec à ce droit par une clause du bail qui préciserait la destination des lieux à l'exclusion de toute autre activité.

L'hypothèse d'un centre commerciale sur une clause de non concurrence . ce droit ne peut être paralysé par une clause de non concurrence figurant dans le règlement de copropriété. lors de la prochaine triennale du montant du loyer il pourra y avoir une modification du montant du loyer si la despécialisation simple a entraîné une modification de la valeur locative.

- la despécialisation plénière: c'est l'hypothèse d'un changement total d'activité donc de clientèle. pour celle ci, il faut une autorisation judiciaire préalable, si il y a refus du propriétaire. s'il est ok, pas besoin de passer devant le juge .

(art L.145-48: le juge doit statuer eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution et a conditions que les activités nouvelles soient compatibles avec la destination , le caractère et la situation de l'immeuble.

le législateur a mis une procédure à suivre: le locataire doit demander l'autorisation au propriétaire par actes extra judiciaires(par voie d'huissier), la demande doit être dénoncée au créancier inscrit sur le

fonds qui ont la possibilité de demander à ce que le changement d'activité soit subordonner à des conditions de nature à sauvegarder leur intérêts.

le créancier inscrit: bénéficie d'un privilège sur le fonds de commerce (banquier qui a un gage sur le fonds). le bailleur doit aviser de cette demande, ses locataires envers lesquels il s'est engagé à ne pas louer pour une certaine activité, donc le bailleur les avise de la demande de déspecialisation. le bailleur a un délai de trois mois pour se prononcer et en cas de silence de sa part il est réputé avoir accepté. en cas de refus de sa part, le locataire n'a plus qu'une seule possibilité, saisir le tribunal pour trancher le litige. si la déspecialisation est accordée, le bailleur peut obtenir tout de suite une augmentation du loyer qui ne sera pas soumise aux limitations légales des hausses de loyer. pour protéger le locataire on fait un système de la hausse des loyers qui ne peut excéder un certain pourcentage et là par exception car il y a eu une déspecialisation donc peut excéder ce montant.

ces possibilité des déspecialisation, ont remis en cause le fondement du statut des baux commerciaux. en effet à l'origine ce statut est mis en place pour protéger le fonds de commerce, sa valeur constitué par le fonds de commerce mais en cas de déspecialisation on ne peut plus parler de fonds de commerce donc c'est devenu une protection du commerçant.

## 2. la durée du bail

le bail est nécessairement d'une durée déterminée et ne peut être inférieure à 9 ans en pratique tous les baux ont une durée de 9 ans. cette durée ne s'impose qu'aux propriétaires car le locataire a une faculté de résiliation triennale. le locataire peut renoncer à cette faculté triennale.

## 3. le droit de céder son bail

c'est un des droits qui donnent de la valeur au fonds de commerce, il faut que le fonds de commerce soit stable. en droit commun, à défaut de clauses autorisant la cession du bail, il faut l'accord du propriétaire soit l'accord à la conclusion du bail et soit pendant le bail. il y a un

régime dérogatoire (art L.145-16) code commerce: la nullité de toute convention quel qu'en soit la forme, tendant à interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou son entreprise artisanale. la clause qui interdirait la cession de bail à titre isolé est autorisée, la clause qui oblige le cédant à rester garant du paiement du montant des loyers jusqu'à la fin du bail mais pas au delà; est autorisée. en cas de renouvellement cette clause ne jouera plus. est aussi autorisée la clause qui subordonne le droit de céder le bail même à l'acquéreur du fonds à l'accord du propriétaire. cette clause se justifie par le fait que ce type de clause laisse la possibilité d'un recours du locataire en cas de refus injustifié. de manière plus générale, cette solution se justifie par l'art L.145-16 constitue une exception et que celle-ci est d'interprétation restrictive.

#### 4. la protection du locataire contre les clauses résolutoires

il faut partir de l'intérêt du bailleur, de pouvoir se ménager un maximum de possibilité pour pouvoir expulser le locataire si bon lui semble. en insérant dans le bail, un max d'obligations à la charge du locataire et une clause résolutoire en cas de manquement à

une seule obligation du bail, il sera résolu de plein droit et sans indemnité si tel est la volonté du bailleur. une législation dérogatoire en matière de baux (art L.145-41): applicable à tout les manquements du locataire sauf les clauses de résiliation pour non exploitation du fonds. le contenu de cette réglementation: la clause résolutoire ne peut produire d'effets qu'un mois après un commandement de régulariser demeuré infructueux. le juge peut suspendre la réalisation et les effets de la clause résolutoire en accordant des délais de gracieux tant que la résiliation n'est pas constatée par une décision ayant autorité de chose jugée. (art 621-28 et 29).

en cas d'ouverture d'une procédure collective il faut éviter que le bail soit résilié sinon le bail sera privé de sa valeur. à cet effet, les clauses résolutoires prévoyant la résiliation du bail en cas d'ouverture de procédure collective du locataire sont privées d'effets. en outre, il est impossible pour le bailleur de demander la résolution du bail pour non paiement des loyers antérieurs au jour de l'ouverture de la procédure collective. le bailleur conserve la possibilité de demander la résiliation

du bail pour non paiement des loyers postérieurs à la procédure d'ouverture collective de redressement judiciaire.

## b. Les obligations du locataire

toutes les obligations de droit commun du contrat de louage, puis deux autres qui sont spécifiques: l'obligation d'exploiter le fonds, les obligations pécuniaires.

- l'obligation d'exploiter: le locataire a l'obligation d'exploiter personnellement le fonds, cela est posé par la jurisprudence, aucun texte ne pose de façon expresse cette obligation, il y a art (L.145-8) qui permet de refuser le renouvellement quand le fonds n'a pas été exploité pendant les 3 années antérieures au bail. Le fondement à cette jurisprudence, il faut se fonder sur art L.145-31 qui pose le principe de l'interdiction de la sous location totale ou partielle sauf stipulations contraires du bail ou si il a accord du bailleur en cours de bail.

pour la sous location autorisée, le bailleur devra concourir à l'acte de sous location ainsi qu'au renouvellement postérieur. en cas de sous location autorisée, le sous locataire bénéficie du droit au renouvellement à l'égard du locataire principal mais ceci uniquement dans la mesure des droits du locataire à l'égard du bailleur.

l'hypothèse d'un contrat de location gérance: par lequel le propriétaire d'un fonds donne son fonds en location à une personne qui l'exploite à ses risques et périls; cela porte sur un fonds de commerce alors que le bail porte sur un immeuble. il bénéficie néanmoins du droit au renouvellement.

- l'obligation pécuniaire: le loyer, et les droits d'entrée (pas de porte).

le loyer: est librement fixé par les parties il y a 3 possibilités: un loyer fixe, soit un loyer avec une clause d'indexation (sur indice INSEE) soit la clause-recette souvent utilisé dans les centres commerciaux qui permet au propriétaire de bénéficier de l'essor du centre commercial, le loyer est en général décomposé en deux, une partie fixe et une

partie en clause-recette. pour la clause-recette c'est un pourcentage du chiffre réalisé.

la révision en cours de bail est règlementée. cette réglementation est détaillée. c'est le système de la révision triennale: chaque des parties peut demander la revision du montant du loyer 3 ans après la date d'entrée en jouissance du locataire. la révision du montant du loyer doit tendre à l'ajustement avec la valeur locative (ce que vaut réellement le metre carré).en tenant compte des caractéristiques du local, de la destination des lieux, des obligations respectives des parties, des facteurs locaux de commercialité et des prix couramment pratiqué dans la voisinage.

tout ceci aboutit a des variations importantes et donc un plafonnement de la hausse ou baisse qui ne peut excéder la variation de l'indice INSEE du coût de la construction pendant la même période sauf variation de la valeur locative de plus de 10% résultant des facteurs locaux de commercialité. l'hypothèse de la piétonnisation ou du tram. dans l'hypothèse ou figure une clause d'indexation dans le bail ,elle produit des effets chaque année, cela n'exclus pas la révision légale et art L.145-39 prévoit la possibilité d'une révision chaque fois que par le jeu de la clause le montant du loyer aura augmenter ou diminuer de plus du quart par rapport au loyer initial. si on a une clause recette dans le bail, le mécanisme de révision en marche pas c'est la cour de cassation qui le dit ;l a clause recette es incompatible avec le mécanisme de révision.

le pas de porte: la question de sa nature juridique dépend de l'intention des parties qui peuvent y voir tout d'abord un supplément de loyer.on peut y voir le prix du droit au bail, c'est a dire la contrepartie de la diminution des prérogatives du propriétaire du fait de la conclusion du bail. l'indemnité d'eviction: quand il y a refus donc le bailleur doit payer une indemnité d'éviction. en ce qui concene la révision du loyer en cas de renouvellement si le pas de porte est un supplément du loyer on devra intégrer le montant du pas de porte.

C. Le droit au renouvellement

c'est la prérogative essentielle du locataire. en ce sens c'est ce qui permet de parler d'une "propriété commerciale". le bailleur n'as que deux possibilités: soit il renouvelle le bail, soit il refuse le renouvellement il estt obligé de payer une indemnité d'éviction dont le montant est très important ce qui le dissuade de refuser le renouvellement. ce droit au renouvellement appartient au locataire de l'immeuble à coddition que le fonds ait été exploité pendant les trois dernières années. et cela appartient au locataire même si celui ci a donné son fonds de commerce en gérance.

la procédure de renouvellement: on suppose un bail d'une durée de 9ans.a son expiration, il y une prorogation du bail par tacite reconduction pour une durée indéterminée. donc il y aura possibilité de résilier pour chaque partie moyennant un préavisde 6 mois. cette procédure débute avant l'expiration du bail au moins 6 mois avant la date d'expiration. le bailleur fait délivrer un congé au locataire par voie d'huissier. deux types de congés possibles: un congé à fin d'éviction ou de reprise qui doit être motivé.soit un congé aux fins de renouvellement.

en cas d'inaction du propriétaire, le locataire peut aussi par voie d'huissier demander le renouvellement soit dans les 6mois précédant l'expiration soit a tout moment après la date d'expiration.

les conséquences du choix du bailleur:

- le refus ed renouvellement: sauf dans les cas limitativement énumérés par la loi, le bailleur refusant le renouvellement doit payer une indemnité d'éviction car il est évincé de sa propriété commerciale (art L.145-14 et suivant): un refus de renouvellement pour motifs grave et légitimes (retard dans le paiement des montanst de loyer), l'immeuble devenant insalubre, qu'il doit être démolis, la reprise pour habiter qui concerne avant tout les locaux accésaires.

le bailleur doit payer avant que le locataire ne puisse être obligé de quitter les lieux. art L.145-14 al2 précise que cette indemnité comprend la valeur marchande du fonds déterminée par les usages de la profession augmentée. les frasi normaux de déménagement, des frais et droits de mutation pour acquérir un fonds de même valeur ceci

sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre car il connaît un local à moins de 100 mètres qui est libre.

l'art L.145-58: compte tenu des montants en cause on institue un droit de repentir pour la bailleur. dans les 15 jours de la décision, il faut le montant de l'indemnité, le propriétaire a la possibilité de revenir sur sa décision et de proposer le renouvellement au locataire si celui-ci est encore dans les lieux et en prenant à sa charge les frais du procès.

en cas de renouvellement du bail, c'est le même système, le loyer peut être révisé. c'est le même système que celui de la révision triennale c'est à dire le principe sera celui de l'ajustement du montant du loyer à la valeur locative avec un plafonnement (évolution peut être supérieure à l'indice du coût de construction pendant la période de référence) possibilité de déplafonnement.

le déplafonnement en cas de variation notable des facteurs locaux de commercialité au cours du bail écoulé. en outre il n'y a pas de plafonnement quand le bail initial conclu pour une durée supérieure à 9 ans ou quand par effet de la tacite reconduction, le bail aura duré plus de 12 ans. (L. 145-34). c'est un moyen pour le bailleur pour essayer d'échapper au plafonnement.

cette législation est remarquable au sens qu'elle n'existe qu'en France et de plus elle a un côté hors norme en ce sens que dans les autres domaines existent bien des droits au renouvellement mais c'est la seule législation où on retrouve cette alternative pour le propriétaire : renouveler ou pas.

la législation des baux commerciaux fait l'objet de nombreuses critiques et ce depuis bien longtemps. elle entraîne une sclérose des structures commerciales en ce sens qu'elle favorise les commerçants en place. son caractère inflationniste car nécessairement le commerçant va repercuter le coût du bail sur ses propres prix. les critiques ont perdu une partie de leur importance du fait du développement de zones commerciales en périphérie des grandes agglomérations va faire baisser le montant des loyers donc une baisse des prix relative aux loyers du centre de la ville.

#### *[modifier] §4. Licences et autorisations administratives*

un fonds de commerce quand des mesures où l'activité est exercée est soumise à des autorisations ou une licence. pour les bars, pharmacies, transports routiers. des mesures où ces licences permettent de présenter un successeur à l'agrément de l'administration, elles sont cessibles et feront parties du fonds. les licences peuvent être cédées à titre isolé dans certains cas. si les cessions de tout le fonds sauf les licences, il n'y a pas de cession du fonds de commerce quand la licence ou autorisation était nécessaire pour l'exécution de l'activité.

#### *[modifier] §5. Les droits de propriété intellectuelle*

ce sont des droits contenant des monopoles d'exploitation pour favoriser l'activité intellectuelle. des mesures où ces monopoles d'exploitation sont cessibles, ils constituent des meubles incorporels susceptibles de propriété. lorsqu'une innovation ne bénéficie pas de la protection du législateur à travers l'un de ces monopoles la seule possibilité pour essayer de protéger cette innovation c'est de situer le terrain de la concurrence déloyale. ces monopoles d'exploitation sont conférés par le législateur dans un code: le code de la propriété intellectuelle. il y a les brevets, dessins et modèles, marques de fabrique, droits de propriété littéraire ou artistique.

##### A. Les brevets

le brevet confère un droit exclusif d'exploitation au profit de celui qui l'a déposé (le breveté). le droit d'exploitation est conféré au maximum pour 20 ans. qu'est ce qui est brevetable? seules les inventions d'ordre industrielle sont brevetables. une invention d'ordre industrielle est celle qui concerne par son objet, son application et son résultat à la production d'un bien ou d'un résultat technique.

il peut s'agir d'un produit nouveau ou un procédé nouveau permettant d'obtenir un résultat déjà connu ou une application nouvelle d'un moyen déjà connu. on exclut: les systèmes à caractère abstrait à une nouvelle méthode comptable et financière, une nouvelle règle du jeu: ne peut être susceptible d'être breveté. mais la matérialisation du jeu peut être breveté.

pour le brevet il faut une nouveauté, qu'est ce qu'une nouveauté? un caractère nouveau qui découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique.

la délivrance du brevet suppose une demande qui comporte une description et des revendications pour la protection demandée. la demande est déposée à la préfecture ou à l' INPI. elle fait l'objet d'une publication pour permettre aux tiers de formuler d'éventuels observations et ensuite d'un contrôle par l'INPI pour savoir si les conditions de brevetabilité sont réunis.

les droits conférés par le brevet:

- empêcher toute personne d'utiliser cette invention. la contrepartie c'est le fait de payer une redevance annuelle. si l'invention n'est pas exploitée pendant 3 ans l'inventeur doit être obligé de concéder la licence.

- droit de céder le brevet

- possibilité de concéder des licences d'exploitation qui peuvent être des licences simple ou exclusives.

le brevet pose un certain nombre de problèmes: - les médicaments génériques qu'à partir du moment où le brevet est tombé dans le domaine public.

- le cas de la grippe aviaire ou le laboratoire seul détenteur n'arrive plus à suivre la production .

- les OGM ou la brevetabilité des inventions en matière génétique, problème relatif au clonage.

- le problème de la brevetabilité du corps humain ou des gènes d'origines humaines. le principe pour l'instant c'est la non brevetabilité mais de sémarches sont faites pour inverser cette tendance.

- le problème des inventions réalisées par les salariés, à qui va cette invention? le principe essentiel est que si la mission contractuelle

comporte une mission inventive, il s'agit d'une invention de mission qui appartient à l'entreprise mais l'employé a droit à une juste rémunération. Les autres inventions sont des inventions hors mission. Si l'invention a lieu avec l'emploi, l'employeur a le droit de s'en faire attribuer la propriété ou la jouissance moyennant un juste prix.

- le problème de la protection internationale du brevet. Pour régler le problème de la protection internationale, une solution c'est de faire autant de dépôts que de pays concernés. Une seconde solution: dans le traité de Washington de 1970, on dépose une seule demande auprès des organismes récepteurs dans un des pays signataires. Une recherche de brevet faite par cet organisme qui va communiquer les résultats aux pays une fois un brevet signé dans chaque état signataire.

Convention de Munich 1973 qui crée un office européen des brevets situé à Munich qui délivre un brevet unique qui produit dans chaque pays de la communauté, les effets prévus par la législation nationale de ce pays. Un même brevet produit des effets différents selon les pays. Depuis 1994 que le problème d'un brevet communautaire est à l'étude. À côté du brevet, il y a la protection des dessins et modèles

## B. les dessins et modèles

L. 551 -1 et suivant) code propriété intellectuelle: tout dessin nouveau, toute forme plastique nouvelle, tout objet industriel nouveau soit par une configuration distincte et qui lui confère un caractère de nouveauté, soit par des effets extérieurs qui leur donnent une physionomie nouvelle. Il faut une réalisation complète sous un objet déterminé, il faut qu'il y ait nouveauté et que ce la concerne l'aspect extérieur de l'objet. Il faut un dépôt à l'INPI pour enregistrement pour une durée de 5 ans et prorogable de 5 ans en 5 ans jusqu'à 25 ans.

C. Les marques de fabrique et de service L. 711-1 et suivant) sont des signes susceptibles de représentation graphique qui servent à distinguer les produits et services d'une personne physique ou morale. Elle peut être nominale figurative et être sonore ou olfactive. L'originalité qui suppose qu'il ne s'agisse pas d'une dénomination à tout produit ou service du même genre. La marque ne doit être simplement descriptive (c'est une marque qui ne fait que relater les

qualités du produit). il faut une absence d'antériorité. quand une marque est déposée c'est pour une ou plusieurs classes de produits et de services. donc c'est une absence d'antériorité dans la ou les classes demandées.

une protection spéciale pour les marques notoires: il faut un enregistrement, une demande à l'INPI, un examen par celle-ci et la marque sera enregistrée et sera protégée pendant 10 ans avec possibilité indéfinie de renouvellement. pour que la marque soit protégée il faut qu'elle soit exploitée. cela suppose s'il n'y a pas d'usages sérieux pour les produits et services visés par l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de 5 ans, la déchéance de la marque peut être demandée par tout intéressé.

D. les droits de propriété littéraire et artistique ce sont des droits qui concernent les conférences, œuvres dramatiques, compositions musicales. cela concerne tout ce qui est logiciel, les droits des artistes interprètes. pour ce qui est la propriété artistique et littéraire la durée de protection est toute la vie de l'auteur et 70 ans après sa mort.

## [modifier] *section 2. La nature juridique du fonds de commerce*

ce qui constitue le lien entre ces différents éléments c'est qu'ils sont mis en œuvre pour attirer la clientèle. le fonds de commerce constitue un élément du patrimoine de son propriétaire

### [modifier] §1. le fonds de commerce comme élément du patrimoine

on peut imaginer que le fonds de commerce constitue un patrimoine d'affectation avec un actif et passif propre. l'actif serait le fonds de commerce et l'argent qui est utilisé dans le cadre de l'activité et le passif serait les dettes commerciales. l'intérêt pour le commerçant est que seul l'actif répondrait des dettes de l'exploitation. c'est une conception juridique inconcevable en droit français car on a un principe de l'unité du patrimoine. l'actif du patrimoine constituera le gage de tous les créanciers du commerçant qu'il s'agisse de créances nées dans le commerce ou celles nées dans l'activité privée.

aujourd'hui c'est la création d'une société unipersonnelle auquel on apporte le fonds et celle ci gère le fonds et qui supportera les dettes de l'exploitation. (L. 521- 1 à L. 521- 4): déclaration d'insaisissabilité qui permet de soustraire la résidence principale aux poursuites des créanciers. la cession du fonds n'englobe ni les créances, ni les dettes nées du chef du cédant alors que des dettes n'ont d'intérêt que dans le cadre de l'exploitation. on institue un régime de protection des créanciers du vendeur ,pour qu'ils puissent se faire payer sur le prix de cession du fonds. la solution juridique s'oppose à celles adoptées en droit comptable et fiscal car comptablement le fonds de commerce est considéré comme une entité propre ce qui dégage un bénéfice ou perte et si c'est un bénéfice qui relève des BIC et donc mis sur la déclaration des revenus.

cette distinction aboutit à une discrimination entre le commerçant qui exerce à titre individuel et celui qui exerce dans le cadre d'une société d'un point de vue juridique car pour le commerçant individuel c'est l'ensemble du patrimoine qui répond des dettes commerciales alors que le commerçant dans l'entreprise ce sera uniquement le montant des apports effectués à la société qui répondent des dettes.

[\[modifier\]](#) §2 le fonds de commerce: meuble incorporel

le fonds de commerce est constitué par l'ensemble des éléments mise en oeuvre par le commerçant, c'est ensemble constitue une universalité de fait. le fonds de commerce constitue un bien et donc il peut rentre dans la catégorie des meubles ou immeubles. ce n'est pas un immeuble car la liste des immeubles est limitative. c'est important en matière matrimoniale, en matière successorale, en matière de vente; car la récision pour lésion n' existe qu' en matière de vente d'immeubles. le fonds de commerce est un meuble d'une grande stabilité car il est attaché à un local, de ce fait on peut appliquer au fonds de commerce des règles qui sont plus proches de celles de l'hypothèque que du gage. le fisc se fondant sur la stabilité du fonds de commerce lui applique des droits de mutation qui sont exigés en matière immobilière que dans la vente de meubles. dans la catégorie des meubles, il y a les corporel et incorporel. le meuble corporel on

peut les toucher en oppositions aux meubles incorporels qu'on ne peut pas toucher.

donc le fonds de commerce est un meuble incorporel. cela écarte la règle de l'article 2219 CC: en matière de meubles vaut titre. on applique la règle de celui dont le titre est le plus ancien qui prévaut.

## [\[modifier\]](#) CHAPITRE 2 L UTILISATION DU FONDS DE COMMERCE

il ne vaut que par son exploitation, sinon il n'y a plus de clientèle donc plus de fonds; ce fonds peut être une source de crédits donc donné en garantie dans le cadre d'un nantissement. la vente de celui-ci peut être cédée., crédit bail du fonds de commerce

### [\[modifier\]](#) *Section 1. L'exploitation du fonds*

elle peut être directe ou indirecte.

#### [\[modifier\]](#) §1. l'exploitation directe du fonds de commerce

il appartient soit à une personne physique soit morale. si c'est une personne morale c'est une société. le fonds peut faire l'objet d'une exploitation directe. s'il appartient à une personne physique ce sera le fait du propriétaire du fonds. si le fonds est à une société, c'est celle-ci qui va exploiter le fonds par le biais de ses organes. il y a encore exploitation directe quand le propriétaire est paresseux et relève les comptes donc recrute un gérant salarié pour gérer le fonds de commerce. cela est possible que tant ou le propriétaire est une personne physique ou est une société. le gérant va représenter le propriétaire donc agir au nom et sur le compte de celui-ci. il n'a pas la qualité de commerçant car il est salarié de la société. seule la société ou la personne sera commerçant. il n'est pas commerçant car il n'assume pas les risques de l'entreprise. il ne participera pas aux pertes. la gérance salariée se distingue de la location gérance.

## [\[modifier\]](#) §2. La location gérance

est une exploitation indirecte du fonds. (L. 144- 1 et suivant): c'est le contrat par lequel le propriétaire d'un fonds donne ce dernier en location à une autre personne appelé "locataire gérant" ou "gérant libre" contrairement au gérant salarié, il assume les risques de l'entreprise et a la qualité de commerçant. pour le locataire, cette location gérance permet d'exploiter un fonds sans avoir à engager de capital. pour le propriétaire cela lui permet de conserver son capital , sans pour autant exploiter directement, il se contente de toucher des loyers. dans le cadre des procédures collectives car elle permet à l'administrateur de maintenir l'exploitation sans encourir les risques mais cela donne des abus et aujourd'hui l'utilisation est très règlementée. cette location gérance est possible si le bail de l'immeuble n'interdit pas la mise en location gérance. il faut que les conditions de la location gérance soient réunies. cette location est une opération très différente du bail commercial car le bail commercial porte sur un immeuble et la location gérance porte sur une location de fonds de commerce donc location de meuble. c'est que cette location gérance n'est pas soumise aux statuts des baux commerciaux. la location gérance n'est pas une sous location d'immeuble.

### [\[modifier\]](#) A. Les conditions de la location gérance

#### a. Les conditions de fonds

article 1108 CC et suivant une spécificité quant à l'objet du contrat, car il doit s'agir d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal. donc on suppose une clientèle au moment de la mise en location. s'il n'y a pas de clientèle ce n'est plus une location de gérance mais une location d'immeubles. pour le locataire, la seule condition exigée est qu'il est la capacité d'être commerçant. pour le loueur, les choses étaient très différentes mais assouplit en 2004. le législateur a voulu éviter la spéculation sur les prix. donc pose des conditions très strictes une vient d'être abrogé par une ordonnance de 2004. la première condition est d'être commerçant pendant 7 ans au moins ou directeur

commercial ou gérant salarié pendant la même période. la seconde condition, il fallait avoir exploité au moins 2 ans le fonds de commerce mis en gérance. l'ordonnance 25. 03. 2004 supprime la première condition. le législateur maintient les possibilités de réduction ou suppression des délais ainsi que les exceptions.

les exceptions sont les hypothèses dans lesquelles le propriétaire met en location gérance, un fonds sans qu'il n'y ait eu d'exploitation préalable. (L. 144- 5) et on peut les regrouper sur 3 idées: la qualité du loueur (exceptions des collectivités locales et certains établissements de crédits), l'impossibilité d'exploitation directe (survenance d'une incapacité du commerçant), l'exploitation sous forme de location gérance est considérée comme normale (écoulement sous contrat d'exclusivité de produits fabriqués par le commerçant lui-même, le cinéma, théâtre).

l'idée commune aux exceptions, on considère qu'il n'y a pas de volonté de spéculation. le délai de 2 ans peut être supprimé ou réduit.

le législateur prévoit une suppression du délai quand le commerçant justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter personnellement ou par l'intermédiaire de préposés. la nullité absolue du contrat ou convention analogue qui peut être invoquée par toutes les parties entre elles mais non contre des tiers. (L. 144- 10) la perte du droit au renouvellement pour le propriétaire du fonds.

#### b. Les conditions de forme et de publicité.

la forme du contrat et la publicité pour la forme du contrat en pratique c'est quasiment toujours le cas d'un écrit que pour permettre l'accomplissement des formalités de publicité. dans une hypothèse, il faut respecter un formalisme précontractuel: (L. 330- 3): loi de 1989. c'est une loi pour protéger avant tout les candidats franchisés et ce texte prévoit que toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une enseigne, une marque en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenu préalablement à la signature de tout contrat de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permette de s'engager en connaissance

de cause. les termes de l'article (L.330 -3) concernant les contrats de franchise qui sont assez large pour englober certains contrats de location gérance.

la publicité la location gérance doit faire l'objet d'une publicité qui est éphémère car cela se fait dans le cadre d'un journal légal. elle fait courir le délai de 6 mois pendant lequel le propriétaire du fonds reste solidairement tenu des dettes contractés par le locataire gérant à l'occasion de l'exploitation du fonds. a coté il y a aussi la publicité au RCS pour le locataire gérant (qui se fait immatriculerr au RCS qui précisera que le fonds qu'il exploitera est pris en location gérance avec l'identité du loueur et la durée du contrat)et le propriétaire (qui se fait radier du RCS car juridiquement il n'est plus commerçant.

### *[[modifier](#)] B.Les effets de la location gérance*

quand au bailleur, il cesse d'être commerçant mais le reste fiscalement. le locataire est commerçant.

#### a. Les effets entre les parties

cela relève de l'empire dans le contrat. de manière générale, il y aura l' obligation pour le bailleur de ne pas troubler la locataire par son fait perrsonnel.

pour le locataire, il doit bien exploiter le fonds donc ne pas en modifier la destination. il ne doit pas avoir de sa part de détournement de clientèle pendant le contrat et à la fin du contrat, il doit développer la clientèle. l'obligation de payer un loyer fixe ou un poucentage du chiffre d'affaire ou mixte des 2. il n'y a pas de révision judiciaire du loyer comme pour les baux commerciaux, il ne peut y avoir qu'une clause d'indéxation donc révision judiciaire chaque fois que par le jeu de la clause le loyer aura augmenter ou baisser du plus du quart. l'interdiction de sous louer car c'est un contrat conclus intuitu personae. le risque c'est que le fonds soit mal exploité. a la fin du contrat, le locataire n'a pas le droit à une indemnité d'éviction. il résulte du contrat que le bailleur a droit a une indemnité dans l'hypothèse d'une moins value causée par le gérant.

## b. Les effets à l'égard des tiers

les créanciers. le fonds ne vaut que par son exploitation donc la mise en location de gérance peut faire courir des risques aux créanciers du propriétaire du fonds. les créanciers du bailleur lorsque le fonds est mis en location gérance ont la possibilité de faire prononcer la déchéance du terme par le tribunal de commerce si la mise en location gérance met en péril le recouvrement de leurs créances. cette possibilité est ouverte aux créanciers du bailleur pendant 3 mois dès la date de la publicité de l'opération de location gérance qui est effectuée au journal d'annonce légale. le bailleur reste tenu des dettes contractées par le locataire gérant à l'occasion de l'exploitation du fonds tant que la publicité n'est pas faite au journal d'annonce légale et pendant les 6 mois suivant cette publicité. cette solidarité est instituée dans le seul intérêt des tiers donc le locataire ne peut pas s'en prévaloir à l'égard du propriétaire. le fisc bénéficie d'une solution particulière (art 1684-3 code général des impôts): le bailleur reste solidairement tenu des impôts directs établis à l'occasion de l'exploitation du fonds pendant toute la durée du contrat. ils peuvent également être concernés à la fin du contrat de location gérance, c'est ceux qui sont concernés sont ceux du locataire gérant. à la fin du contrat (L.144-9) les dettes du locataire gérant sont de plein droit immédiatement exigibles.

le bailleur d'immeuble. c'est le créancier du propriétaire du fonds. est un tiers par rapport au contrat de location gérance alors que le bail concerne un immeuble. ce n'est pas une sous location donc que le locataire gérant n'a aucun droit à l'égard du bailleur (pas le droit de demander le renouvellement du bail commercial) et le propriétaire n'a aucun droit à l'encontre du gérant. en cas d'infraction aux dispositions du bail commercial qui pourront être le fait du locataire. c'est le propriétaire du fonds qui est considéré comme responsable à toutes les infractions des dispositions du bail. le bailleur d'immeuble peut interdire la location gérance par le biais d'une stipulation dans le bail commercial.

l'acquéreur du fonds de commerce la question de savoir si l'acquéreur du fonds est tenu par le contrat de location gérance? est il obligé de continuer le bail? NON (art 1743 CC): l'acquéreur de la

chose louée est tenu par le bail conclus par son vendeur. mais ce texte est considéré comme un texte spécial à la location d'immeuble et la jurisprudence refuse de l'étendre car elle considère que c'est un textes exceptionnel car dérogeant aux principe de l'effet relatif du contrat. en pratique, le problème a peu de chance de se poser, car généralement le contrat de location gérance prévoit que la vente du fonds donné en location gérance entraine de plein droit la résiliation du contrat de location gérance l'acquéreur du ofnds aura connaissance de la location gérance.

### *[modifier] C. La fin du contrat de location gérance*

cela donne lieu à publicité sous forme d'une insertion dans un journal d'annonce légale. ce contrat pourra prendre fin car il n'y a pas de droit de renouvellement pour le locataire gérant. les indemnités se font de deux façon. l'amélioration du fonsd: le locataire n' a pas droit à une indemnité sauf dans des cas particuliers (L.145- 46). la moins values subie par le fonds, le contrat prévoit dans ce cas , le propriétaire a dorit à être indemnisé. pour la repise des stocks, le propriétaire n'est pas obligé de les reprendre. d'après (L. 122- 12 code de travail) il doit reprendre les salariés.

### *[modifier] Section 2. Le nantissement du fonds de commerce*

le fonds de commerce peut avoir une valeur importante donc constitué un élément de crédit s'il peut être l'assiette d'une surété stable et efficace.

si le fonds peut constitué le socle d'une surété ce sera un instrument qui permettra d'accorder un crédit au propriétaire. le fonds est lui même d'une grande stabilité. dès loi 17 mars1909, sur le nantissement du fonds de commerce.(L.142 et suivant).

ces dispositions combinenet les règles de l'hypothèque car ,le fonds de commerce est aussi stable qu'un immeuble et les règles du gage car il est et reste un meuble. le nantissement est un gage portant sur un meuble incorporel car le gage lui est utilisé quand la surété porte sur un meuble corporel.

Le nantissement judiciaire est une voie d'execution qui permet à un créancier de faire inscrire selon les cas avec ou sans autorisation judiciaire un nantissement sur le fonds de commerce de son débiteur. il y a aussi le crédit bail sur fonds de commerce qui combine les règles relative à la location et à la vente. il y a aussi le privilège du vendeur du fonds du commerce quand il n'est pas payé comptant.

[\[modifier\]](#) §1. Le nantissement conventionnel

[\[modifier\]](#) A. *Les conditions de fonds et de forme*

quel peut être l'assiette de la sureté? c'est ce sur quoi va porter la sureté? le nantissement peut porter sur un fonds de comerce et un fonds artisanal. le nantissement sera ocstituer par les principaux éléments incorporels du fonds c'est à dire la clientèle, enseigne, nom commercial et le bail commercial. il peut porter (précisé dans l'acte de nantissement) sur le matériel et sur les droits de propriété intellectuelle ou industrielles et commerciales. il ne peut jamais porter sur les marchandises car elles sont destinée sà être vendues.

il faut un acte authentique ou sous seing privé, il doit être enregistré à peine de nullité. il faut l'objet d'une publicité , d' une inscription sur un registre spécial " des privilèges et nantissements", qui est tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé le fonds. il doit être fait dans les 15 jours dès la date de l'acte cosntitutif du nantissement , sous peine de nullité. ces inscriptions produisent des effets pendant 10 ans mais peuvent être renouvelées.

[\[modifier\]](#) B. *les effets*

a. les droits conférés au créancier nanti.

- le droit de préférence le créancier a le droit d'être payé par préférence sur le prix de vente du fonds. il peut y avoir plusieurs nantissement , celui qui sera préféré sera celui inscrit le premier. pour pouvoir être payé , le créancier qui est impayé peut provoquer la vente aux enchères du fonds de commerce. en revanche, le créancier nanti ne peut se faire attribuer le fonds en paiement de sa créance.(L.142- 1 al 2): c'est l' interdiction du pacte comissoire. le créancier ne

bénéficie pas d'un droit de rétention (droit de retenir la chose) car le nantissement est fondamentalement un gage sans dépossession. le créancier nanti sera payé par préférence au créancier chirographaire. de manière générale c'est une sûreté mais c'est pas le banquier qui va en raffoler

- le droit de suite c'est le droit qui permet au créancier d'exercer son droit de préférence sur le fonds en quelque main qu'il soit. ce droit va permettre au créancier d'exercer sa garantie alors que le fonds aura été vendu ou aura été donné à un tiers. ce droit de suite est opposable aux cessionnaires du fonds, l'acquéreur aurait payé le vendeur devrait payer une deuxième fois.

la purge des inscriptions (L.143- 12) le prix d'une vente d'un fonds de commerce est donné à un tiers, l'opération est dite aux créanciers nantis et le tiers détenteur fait la répartition du prix. quand le prix est insuffisant, les créanciers inscrits peuvent faire valoir de surenchère du dixième de la valeur des éléments incorporels du fonds. ce créancier va déclencher une vente aux enchères publiques dans le cadre de laquelle, il est le premier enchérisseur pour un montant égal au prix de vente plus le dixième.

b. Les mesures de garantie des créanciers nantis.

le fonds de commerce a une stabilité certes mais moindre que celle d'un immeuble donc des garanties.

- la garantie contre le déplacement du fonds le propriétaire peut vouloir déplacer son fonds donc il doit notifier son attention aux créanciers inscrits au moins 15 jours avant le déplacement. sinon c'est la déchéance du terme. le créancier inscrit peut demander en justice que la déchéance du terme soit prononcée. il faudra qu'il modifie l'inscription.

- la garantie contre la vente séparée d'un élément du fonds de commerce le droit de suite porte sur l'ensemble du fonds de commerce mais pas sur les éléments du fonds pris individuellement. si c'est la vente d'un élément corporel, (ART 2279 CC) au profit de

l'acquéreur, possession vaut titre. la seule possibilité pour le créancier nanti est de déclencher des poursuites pénales à l'encontre du vendeur de l'élément pour détournement d'objet soumis au gage. cette séparation peut se faire sur des éléments incorporels. le créancier peut essayer de requalifier cette cession en cession ou vente de fonds de commerce, ce qui suppose la démonstration que de ce que les éléments incorporels cédés ont entraîné un transfert de clientèle. le droit de préférence est d'après la jurisprudence maintenu tant que le prix n'a pas été versé entre les mains du cédant d'où la possibilité pour le créancier de faire bloquer ce prix en pratiquant une saisie entre les mains du tiers détenteur.

- la garantie en cas de changement d'activité(L.145- 49) l'hypothèse de la déspecialisation plénière qui est notifié aux créanciers inscrits qui peuvent demander que le changement d'activité soit subordonné à des mesures destinées à préserver leurs intérêts.

- la résiliation du bail le bail est souvent un élément du fonds. si le bail est résilié, les créanciers sont foutus. (L.143- 2):oblige le propriétaire de l'immeuble à notifier aux créanciers inscrits sa demande en justice visant au prononcer de la résiliation du bail. en cas de résiliation amiable, la décision prononçant la résiliation ne peut être rendue qu'un mois après la notification de la demande de résiliation aux créanciers inscrits. en cas de résiliation amiable, celle ci ne prend effet qu'un mois après la notification. le but est de permettre aux créanciers de se substituer aux locataires(s'ils le souhaitent) en réglant au propriétaire le montant des loyers impayés. en l'absence de notification, c'est l'inopposabilité de la résiliation aux créanciers inscrits. si une résiliation amiable intervient, le créancier nanti ne bénéficie d'aucunes garantiessur l'éventuelle indemnité de résiliation qui aurait été convenue au profit du locataire.

le créancier titulaire d'un nantissement sur un fonds de commerce ne bénéficie d'aucun droit de préférence ou de suite sur l'indemnité de résiliation du bail grâce auquel est exploité le fonds de commerce. le droit de préférence peut se faire sur un élément séparé du fonds.

- l'hypothèse en cas d'action en résolution de la vente du fonds. cette action est exercée par le vendeur impayé qui demande la résolution.

elle doit être notifiée au créancier inscrit par le vendeur impayé pour permettre aux créanciers inscrits de désintéresser le vendeur.

## [\[modifier\]](#) §2. Le nantissement judiciaire

celui ci n'est pas une technique de crédit mais une mesure conservatoire et/ ou une voie d' exécution analogue à l' hypothèque judiciaire. ce nantissement peut intervenir avant tout jugement au fonds visant à faire reconnaître une créance à l' encontre du commerçant. si ce nantissement intervient avant le jugement pour définir le montant de la créance , le créancier peut par voir de requête adressée au juge, de l' exécution de l' autorisation d'inscrire un nantissement judiciaire provisoire sur le fonds de commerce du débiteur. il doit justifier d' une créance fondée en son principe et de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de cette créance. ce nantissement judiciaire est valable pendant 3 ans et pendant ce délai , le créancier devra introduire une procédure au fonds pour faire reconnaître sa créance.

quand le jugement sera obtenu et que celui ci a autorité de chose jugée, il faudra prendre une inscription définitive du nantissement. l' inscription définitive se substituera rétroactivement à l'inscription provisoire. le créancier peut introduire d'abord une procédure au fonds et ne demander l'inscription d'un nantissement judiciaire qu'une fois la procédure terminée.

## [\[modifier\]](#) *Section 3. La cession du fonds de commerce*

### [\[modifier\]](#) Sous section 1. La vente du fonds de commerce

(L.141- 1 et suivant) il faut protéger les créanciers du vendeur contre les opérations ruineuses ou frauduleuses. il faut aussi protéger le vendeur en cas de vente à crédit. il faut protéger l' acquéreur contre les tromperies sur la valeur du fonds.

### [\[modifier\]](#) §1. *Les conditions*

A. celles de fonds ce sont celles de droit commun de validité (art 1108 CC) des particularités sur la capacité et le pouvoir. pour le vendeur,

même si c'est son dernier acte commercial de sa vie, il doit avoir la qualité de commerçant. pour l'acquéreur il faut aussi la capacité commerciale. s'il est mineur, il faut appliquer la règle relative aux mineurs. s'il est marié, il faut appliqué la règle de son statut matrimonial il ne peut y avoir de rescision pour lésion pour la vente de fonds de commerce car c'est un meuble. l'objet de l'obligation du vendeur, c'est transférer la propriété d'un fonds de commerce, les règles s'appliquent si on est bien en présence d'un fonds de commerce.

le fait que la vente devra nécessairement comporter les éléments générateurs de transfert de clientèle. la cession de la totalité des parts ou actions d'une société qui a pour seul actif un fonds de commerce ne s'analyse pas en une vente de fonds de commerce.

des particularités pour l'objet de l'obligation de l'acquéreur, c'est de payer. des règles spéciales qui visent à empêcher des dissimulations de prix. (art 1840 code général des impôts: nullité de toute contre lettre qui dissimule une partie du prix). le fait que le fisc bénéficie d'un droit de préemption quand il estime que le prix est insuffisant. le droit de surenchère pour les créanciers chirographaires et ceux inscrits.

## B. Celles de forme

on n'exige pas un écrit comme condition de validité mais le code oblige à faire figurer un certain nombre de mentions dans l'acte de vente. en fait, il impose l'écrit.(L.141- 1). un vente verbal de fonds de commerce est parfaitement valable. si l'écrit est exigé comme condition de validité cela veut dire que l'absence d'écrit sera sanctionné d'une nullité absolue. l'absence des mentions obligatoires n'est sanctionné que par une nullité relative et facultative, ce qui suppose que l'acquéreur arrive à démontrer que l'absence des mentions lui a causer préjudice.

ces mentions sont énumérées par (L.141-1): le nom du précédent vendeur, la date et nature de l'acquisition, le prix d'acquisition pour les éléments incorporels, marchandises.l'état des privilèges, le chiffre

df'affaire réalisé a cours des 3 dernières années d' exploitation ouj depuis l' acquisition s'il n' a pas été exploité depuis 3 ans.

les bénéfices commerciaux réalisés dans le même temps, le bail (sadata, sa durée, le nom et adresse du bailleur et cédant s'il y lieu.) ces mentions destinées à renseigner l' acquereur sur les éléments l' intéressant.

quelles sont les sanctions?

- l' omission de tout ou partie des mentions (L.141- 1- II): la nullité de l'acte de vente par l' acquéreur doit être formée dans l' année de l' acte.c'est un délai très bref. cette omission n' entraîne pas toujours la nullité, il faut que l' omission est causé une préjudice et seulement dans ce cas la nullité relative sera prononcée.

- l' inexactitude (L.141-3) c' est un problème sur les garanties: le vendeur est nonobstant toute sitpulation contraire tenu de la garantie à raison de l' inexactitude de ses énonciations dans les conditions limités par (art 1644 &1645 CC). ces textes sanctionnent par la résolution de la vente ou une diminution de la vente. cette action doit être intentée dans le délai d'un an.

dans certains cas, il sera possible d' éluder cet obstacle en se placant sur le terrain du dol (par réticence).le délai est de 5 ans. on peut aussi invoquer d'autres éléments quand la réticence porte sur autre chose que les énonciations. pour invoquerr un tel manquement il faut considérer que les dispositions du code de commerce n'interdisent pas le recours au droit commun.

la ventilation du prix on se pose cette question sur le privilège du vendeur. pour que ce privilège puisse porter sur le matériel et les marchandises, il faut ventilation du prix (indication de prix distinct pour les éléments incorporels, pour le matériel et les marchandises.

le privilège du vendeur ne porter pas sur le matériel et marchandises mais portera que sur le nom commercial, l'enseigne, doit au bail et la clientèle.

## *[modifier] §2. La publicité de l'opération de vente*

c'est principalement éphémère par voie de publication dans les journaux. elle est destinée à protéger les créanciers chirographaires du vendeur contre une vente. pas besoin de protection spéciale pour les créanciers inscrits (L.143- 12): l'acquéreur pour éviter le jeu du droit de suite des créanciers inscrits, il leur notifie la vente pour qu'ils puissent faire valoir leur privilège.

une annonce dans un journal d'annonce légale dans les 15 jours de la vente et une seconde annonce dans les 15 jours après la première publicité et cette seconde est faite au BODACC. c'est un journal national qui repertorie des opérations et des insertions sont faites soit par le greffe des tribunaux soit par l'acquéreur. ce journal paraît tout les 2 jours. la sanction (L.141- 17): une absence de publicité ou une publicité faite hors délai, l'acquéreur qui a payé n'est pas libéré à l'égard des créanciers.

les effets de cette publicité.

un blocage du prix entre les mains de l'acquéreur pendant un délai de 10 jours à compter de la dernière publicité. si l'acquéreur ne respecte pas, son paiement est inopposable. cela permet aux créanciers de faire opposition. entre les mains de l'acquéreur ou du tiers détenteur des fonds (intervention d'un notaire/ avocat et les parties lui demandent de recevoir les oppositions).

cette opposition se fait par huissier et celle ci a pour effet de bloquer le prix à dû concurrence du montant de l'opposition dans les mains de l'acquéreur ou celles du tiers détenteur.

## *[modifier] §3. les effets de la vente*

### A. Les obligations du vendeur

#### a. l'obligation de délivrance

livrer la chose vendue. cette obligation ne concerne pas le transfert de propriété. l'obligation de mettre l'acquéreur en possession de tout

les éléments du fonds de commerce vendu ceci à une date qui aura été librement fixée par les parties. cette obligation de délivrance se fait par la tradition (remise de main à main) pour les éléments corporels. (art 1606 CC).

pour les éléments incorporels, il faut remise des titres (art 1607CC) ou du fait de l'usage de ses éléments incorporels par l'acquéreur avec le consentement du vendeur. la clientèle se fait sous la forme de la remise d'un fichier ou sous la présentation par le vendeur de son successeur. (L.141- 2): application particulière de cette obligation de délivrance sur les documents comptables des 3 dernières années qui sont laissés à la disposition de l'acquéreur pendant 3 ans.

b. La garantie des vices cachés (art 1641 CC et suivant)

c'est la garantie du vendeur concernant les défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine. le vice caché peut n'affecter qu'un élément du fonds mais il doit être de nature à diminuer la clientèle car le fonds de commerce exploite la clientèle. cette garantie débouche sur la résolution de la vente soit sur des dommages et intérêts pour couvrir la différence.

c. La garantie d'éviction.

la garantie du fait des tiers et celle du fait personnel. il est garanti qu'il n'y aura pas de revendication totale ou partielle de la propriété du fonds. un tiers peut prétendre être le propriétaire légitime du fonds. que quand cela porte sur des éléments du fonds. suivant l'importance de l'élément, il y aura baisse du prix ou résolution de la vente.

2. la garantie du fait personnel

le vendeur garantit à l'acquéreur qu'il ne viendra pas troubler les droits acquis par ce dernier. les troubles de fait et de droit

les troubles de droit: la personne qui simule être le propriétaire. les troubles de fait: obligation pour le vendeur de ne rien faire qui puisse troubler l'acquéreur dans l'exercice des droits qui lui ont été

transmis. cela concerne le problème de la clientèle. le vendeur garantit à l'acquéreur qu'il ne détournera pas la clientèle qui a fait l'objet de la cession.

L'étendue exacte de cette garantie, dans la pratique on insère dans l'acte de vente des clauses de non rétablissement. ces clauses posent des problèmes: les conditions de validité. on constate une évolution très nette sous l'influence du droit du travail et celui de la concurrence. elles sont considérées comme valables quand elles sont limitées à un secteur d'activité et quand elles sont limitées dans l'espace ou dans le temps. aujourd'hui la clause est soumise à d'autres conditions, elle ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'objet du contrat. la restriction doit être justifiée par la préservation de la substance du fonds cédé. la clause est justifiée chaque fois qu'elle permet d'assurer le transfert de clientèle. actuellement la clause doit être limitée dans le temps et l'espace et à un certain secteur d'activité et qu'elle ne doit pas être disproportionnée à la finalité de l'opération.

la question de la transmissibilité d'une clause de non rétablissement. est-ce que le sous-acquéreur peut invoquer le bénéfice de la clause à l'encontre du vendeur originaire? si la clause est stipulée dans l'intérêt de tous les possesseurs du fonds, le sous-acquéreur peut l'invoquer, elle engendre une obligation propter rem et n'a d'intérêt que pour le possesseur de cette chose. si elle est stipulée pour le seul premier acquéreur, le sous-acquéreur ne peut l'invoquer. la clause de non rétablissement ne libère pas le vendeur de son obligation de garantie. après l'expiration de la clause, le vendeur ne peut pas impunément détourner la clientèle acquise par son acheteur.

## B. Les obligations de l'acquéreur

L'acquéreur doit payer. s'il n'y a pas de paiement comptant, ce pose le problème des garanties conférées au vendeur. elles sont 2:

le privilège du vendeur.

(L.141-5) c'est un privilège accordé pendant une vente. l'assiette du privilège sont constitués par les éléments de l'acte sinon l'enseigne, le nom commercial, l'achalandage, le droit à la clientèle. il faut une

ventilation du prix qui permet d' instituer un ordre de paiement pour garantir solidement les droits du vendeur. en cas de paiement partiel, cela se fait d'abord sur les marchandises, puis le matériel et enfin sur les éléments incorporels quand il y a ventilation. ce privilège ne peut être mis en place quand la vente est faite par acte authentique ou sous seing privé; il doit être inscrit sur le registre des privilèges et nantissement dans les 15 jours de la vente et à peine de nullité. cette inscription rétroagit au jour de la vente (L.141- 6). il confère les mêmes droits de préférence et de suite qu'un nantissement conventionnel.

l'action résolutoire c'est l'action résolutoire de droit commun de la vente (art 1654 CC). cette action est règlementée en raison du risque qu' elle peut faire courir au créancier de l' acquéreur du fonds. cette action doit être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription du privilège et elle ne peut plus être exercée au préjudice des tiers une fois que le privilège est éteint. c'est une garantie assez peu efficace car soit elle joue où l' acquéreur n'est pas encore en redressement judiciaire et la valeur du fonds a déjà baissé, soit cette action sera bloquée par des textes relatifs aux procédures collectives.

## [\[modifier\]](#) Sous section 2 l' apport en société

un fonds de commerce qui est apporté à une société qui est dotée de la personnalité juridique. en contre partie de cet apport, l' apporteur aura des parts ou actions de la société qui seront proportionnelles à la valeur de son apport. ce n'est pas une vente. l' apport d'un fonds en société pose les mêmes problèmes que la vente de fonds de commerce. La société va utiliser une partie de son actif pour acheter le fonds de commerce.

Il est indispensable d'évaluer les apports en nature car cela détermine le nombre de part. les sociétés devront respecter ces règles. Il faut nommer un commissaire des apports pour la société anonyme. Il fera une évaluation qui ne sera qu'un avis pour les associés, au vue de cette évaluation les associés déterminent la valeur des apports. L'évaluation du fonds aboutira à une estimation correcte. Ce n'est pas la solution

retenue par le législateur puisqu'en cas d'apports d'un fonds de commerce à une société, la procédure de L.141- 1 va être applicable : il faudra faire figurer les différentes mentions qui permettent de renseigner le candidat acquéreur sur la valeur du fonds. Ces mentions devront figurer dans l'acte d'apport.

L'apport du fonds doit faire l'objet d'une publicité dans un journal d'annonce légal et au BODACC sauf quand l'opération s'intègre dans une opération de fusion.

La publicité protège les créanciers de l'apporteur. En matière d'apport en société cette publicité permet aux créanciers de l'apporteur de déclarer leurs créances L.141- 22 : les créanciers non inscrits ont 10 jours à compter de la dernière publicité pour déclarer leurs créances au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé le fonds. Les associés ou l'un d'eux ont 15 jours pour demander l'annulation de la société ou de l'apport. Si l'annulation n'est pas demandé ou prononcé, la société est solidairement tenu du passif déclaré avec le débiteur principal soit l'apporteur. Si on se place du côté de l'apporteur celui ci ne bénéficie pas du privilège du vendeur ou de l'action résolutoire car la remise des actions ou parts est immédiate.

#### [modifier] *Section 4. le crédit bail sur fonds de commerce*

C'est une technique de financement utilisable pour l'acquisition du fonds de commerce depuis une loi de 1986. Depuis une loi de 1989, on peut utiliser cette technique pour l'acquisition d'éléments de fonds de commerce. (L.313- 7 du code monétaire et financier).

C'est une technique réservée aux établissements de crédit. Cet établissement va acheter un bien sur les indications de son client. L'établissement de crédit va louer ce bien à son client pendant une période en principe irrévocable. Le contrat prévoyant en outre une promesse de vente consentie par l'établissement de crédit à son client. Au prix résiduel qui est fixé dès l'origine. Pour l'établissement de crédit cette opération est très intéressante car elle bénéficie de la règle de propriété. Le jour où elle n'est pas payé, elle récupère la

propriété.pour l'utilisateur la technique est intéressante car elle finance le bien par les revenus de l'exploitation.

Elle est très peu utilisée car au niveau de la garantie, il faut tenir compte de la consistance du fonds de commerce. La garantie a vocation à jouer quand le locataire ne paye pas car ses affaires vont mal donc le fonds de commerce ne vaut plus grand chose.

Cela s'explique aussi par l'inadaptation du régime juridique du crédit-bail, en simplifiant au max : c'est une location plus une vente à la sortie. Donc une location-gérance plus une vente. Or les règles de la location gérance sont inadaptés.le délai de deux est écarté mais la vente reste solidaire du locataire pendant les 6 premiers mois. Si le locataire est défaillant, c'est au propriétaire d'assurer l'exploitation du fonds. A la fin de la période d'exploitation, le locataire ne lève pas l'option donc ne fait pas jouer la promesse de vente. Certaines règles qui protègent l'acquéreur et les créanciers du vendeur qui n'ont aucunes raison de l'être. L'acquéreur qui est ancien locataire du fonds est renseigné sur la valeur du fonds et le vendeur donc la banque qui n'a pas de créanciers qui doivent être protégés.