**Droit de l’entreprise :**

Ecrit, pas de QCM, 1h30 ou 2h.

Bibliographie :

* Les traités : « traité de droit commercial » tome 1, Ripert et Roblot
* Mme. Dekeuwer-Defossez « droit commercial », montchrétien.
* M.Houtcieff, édition armand collin « droit commercial ».
* J.Mestre « droit commercial » édition ciré.
* M.Pédamol « droit commercial » Dalloz.
* M.Reinhard « droit commercial » édition Litec.

**Chapitre introductif :**

*Qu’est-ce que le droit de l’entreprise ?*

Aucune définition du droit de l’entreprise.

1. **L’entreprise et le droit**

L’entreprise et le droit entretiennent des rapports ambigus. D’un côté, l’entreprise (caractère économique) s’est imposée au droit sans pour autant que le droit ne lui donne un véritable statut juridique. Le droit ne peut pas totalement ignorer l’entreprise, il essaie alors d’en dégager les éléments constitutifs.

**Paragraphe 1 : La notion d’entreprise**

Dans le langage courant, il s’agit d’une unité économique de production. Cette entité est très ancienne. Il y a toujours eu de petites productions. Dès -4000, des échanges étaient pratiqués sur une grande échelle grâce à la mise en place de structures capables de vendre des produits.

Cette notion est donc plus née d’artisans, de professionnels que de juristes. Si l’entreprise est ancienne, le concept même est récent 🡪 ce sont les sciences économiques qui ont été les premières à s’intéresser à l’entreprise. Cette notion est devenue un sujet sérieux vers la moitié du XXème siècle 🡪 *« L’entreprise est une structure de mise en œuvre organisée de moyens en capitaux, en homme, en technique, destinée à produire des biens et des services »* d’après les économistes.

D’un point de vue juridique, les rapports sont beaucoup plus équivoques. Dans l’ancien droit, l’entreprise était purement ignorée, seule l’existence des sociétés de commerce était reconnue. Toutefois, le droit s’est peu à peu intéressé à l’entreprise en utilisant l’entreprise dans nombre de texte. Aujourd’hui, le terme entreprise est intégré dans des dizaines de textes 🡪 Art L123-12 CDC oblige les commerçants à tenir la comptabilité de leur entreprise. Loi 11 juillet 1985 a créé une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Ordonnance 12 mars 2014 : réforme du droit des entreprises en difficultés. Le CC lui-même emploie le terme entreprise. Egalement le cas pour le code du travail (CDT).

Le droit de l’UE fait de l’entreprise une entité commune aux états membres.

Malgré l’emploi fréquent du terme, le droit français ne définit par l’entreprise et ne lui accorde pas la personnalité juridique. Elle n’a aucun droit, ne possède aucun patrimoine. En l’état actuel du droit positif, les sujets du droit commercial ne sont pas des entreprises mais des commerçants personnes physiques ou des personnes morales. Lorsque la loi utilise le terme entreprise, c’est à des personnes physiques commerçantes ou des personnes morales que l’on s’adresse.

En théorie, l’entreprise pourrait se voir reconnaitre la personnalité juridique, notamment par décision de la jurisprudence.

Entreprise différent de fonds de commerce différent de société commerciale différent de filiales.

**Paragraphe 2 : Les éléments constitutifs des entreprises :**

Les juges et la doctrine ont mis en place au fil du temps les caractéristiques principales de l’entreprise car de nombreux textes emploient le terme entreprise. Lorsque les juges appliquent ces textes, ils sont amenés à se demander ce qu’est une entreprise.

La doctrine s’est tout d’abord intéressé à la notion d’entreprise. Aujourd’hui, aucune conception ne l’emporte.

Il faut retenir que certains auteurs ont estimé que l’entreprise devait être considérée comme étant un groupement de biens affectés à une activité. Cette approche est insuffisante.

Autre conception : l’entreprise est une communauté de personnes animées par la volonté d’exercer une activité. Complexe 🡪 Une association, un cours de fac pourrait être une entreprise.

Autre : Elle est à la fois une communauté de biens et de personnes mais également une structure organisée vers l’exercice d’une activité.

Récemment : L’entreprise est un centre autonome de décisions exerçant une activité de nature économique.

Ces différentes conceptions ont donné naissance à une doctrine de l’entreprise regroupant auteurs et praticiens qui considèrent qu’il faudrait réellement créer une notion d’entreprise et lui donner une personnalité juridique.

Les juges eux sont attachés également à définir l’entreprise. Plus complexe que pour la doctrine. Pour eux, c’est un ensemble organisé de moyens. L’entreprise doit comprendre à la fois des moyens financiers, matériels et humains. Le tout doit être organisé vers l’exercice d’une activité. Mais l’appréciation est parfois plus difficile, il est possible que certains de ces critères ne soit pas présent. Il est possible également que tous les critères soit réunies et que les juges insistent sur tel ou tel critères.

Dans l’arrêt du 28 juillet 2007 : le gérant d’une société civile immobilière s’était porté caution d’un prêt auprès d’une banque à sa société (SCI), le contrat de prêt a été annulé, la banque s’est retournée contre lui. L’arrêt L313-22 du code monétaire et financier était applicable étant précisé que ce texte est rendue applicable aux entreprises. La SCI est bien une entreprise car elle avait pour but la vente et la gestion de biens immobiliers.

CCL : Il apparait que l’entreprise en tant que telle n’a pas la personnalité juridique car ni le législateur ni la jurisprudence ne l’a consacrée. En revanche, certains points sont incertains comme le fait de savoir quelles sont les éléments précis qui caractérise leur existence, compte tenu de la variété des situation, il est compliqué de dégager un ou plusieurs critère pour obtenir un définition unitaire de l’entreprise 🡪 reste à élaborer. Toutefois, aujourd’hui, la doctrine et les juges perçoivent l’entreprise comme étant la réunion de moyens financiers, matériels et humains permettant d’exercer une activité. Elle peut être collective ou individuelle.

1. **Le droit et l’entreprise.**

L’entreprise est la structure par laquelle une activité est exercée. L’entreprise est soumise dans l’exercice de son activité à un ensemble de règles de droit. Ces règles qui ont vocation à s’appliquer à l’entreprise sont nombreuses : CC, droit du travail, droit pénal, droit administratif…

Mais, l’entreprise est spécifiquement soumise à un droit particulier 🡪 droit commercial. De plus, elle est soumise à une justice particulière.

**Paragraphe 1 : le droit commercial :**

Discipline rattachée au droit français privé.

1. **Définition et caractère du droit commercial**

Il n’est pas défini par le code du commerce ni par la loi 🡪 doctrine : *« droit applicable à certaines personnes appelées commerçants et à certaines opérations commerciales appelées actes de commerce ».* Cette définition contient 2 conceptions différentes du droit commercial :

* Conception subjective : le droit commercial correspond au droit applicable aux commerçants : ensemble des règles de droit applicable aux personnes qui font de l’activité commerciale leur profession. Elle est sur le plan historique la conception qui a prévalue.
* Conception objective : actes de commerces : Ce n’est plus les personnes qui fixent son application mais les actes. Créée dans le code du commerce de 1807 : si une personne n’est pas commerçante mais réalise des actes de commerce, alors elle relève du droit commercial.
* Aujourd'hui, cette conception dualiste du droit commercial est celle qui prévaut tant en doctrine qu’en jurisprudence. Cette conception mène à un champ d’application extrêmement large. Le droit commercial englobe
* Toutes les règles applicables aux commerçants, aux actes commerçants mais aussi aux biens des commerçants.
* Toutes les règles applicables aux sociétés commerciales : on parle de droit des sociétés.
* Les règles applicables des contrats passés entre commerçants.
* Les règles protectrices de certains droits, en particulier les droits de propriété individuelle.
* Le droit bancaire : établissement de crédit.
* L’ensemble des règles applicables aux difficultés financières des entreprises.

Les caractères du droit commercial :

* Droit fortement influencé par l’esprit général du commerce : tourné vers l’efficacité, la simplicité, sécurité ou encore profit 🡪 doit être au service du commerce pour que cette activité se déroule le mieux possible : on parle de droit commun des échanges.
* Droit difficile à saisir : c’est un droit d’aspiration libérale qui repose sur un principe de la Révolution française : principe de la liberté du commerce et de l’industrie.
* Nombreux jugements de valeurs : pour certain, il s’agit d’un droit capitaliste, pour d’autre, il ne s’agit que de verbaliser les rapports économiques.

Observations :

* Dans la société d’hyperconsommation, le commerce occupe une place fondamentale : on parle de primauté du marché. Dans tous les cas, le commerce et ses échanges commerciaux restent fondamentaux.
* Il y a obligation d’avoir un droit commercial. Ce droit se contente pour certains de servir les intérêts financiers. Le droit commercial est étroitement lié aux intérêts de ses acteurs : tend à ce que les échanges commerciaux puissent avoir lieux dans de bonnes conditions.
* Ce droit permet de mettre en place des règles de régulations, souvent contraignantes.
* Présente une forte spécialisation : N’est pas sans conséquence 🡪 contribue à « l’éclatement de la matière » : dès lors que certaines règles du droit commercial présente des caractéristiques marquées, ces règles se détachent du droit commercial pour être autonome : existence d’un code de la propriété industrielle, d’un code de la concurrence…
* Droit fortement influencé par d’autres disciplines : par le droit civil : réunion des exceptions apportés au règles civils dans l’intérêt du commerce. C’est dans la théorie générale des obligations qu’est appréciée la validité des contrats commerciaux. On constate que ces rapports entre droit civil et droit commercial ne sont pas à sens unique : le droit civil se commercialise : fonds de commerce… Si la distinction entre droit civil et commercial s’applique tout de même toujours en France, ce n’est pas le cas dans tous les pays.
* Rapport étroit avec d’autres disciplines juridiques : droit fiscal, droit du travail (à toutes les personnes qui exercent le commerce en qualité de salarié), droit pénal des affaires, droit international.
* C’est un droit en constante évolution due à la crise économique notamment, l’influence des pouvoirs publics. Le droit international fait évoluer le droit commercial français. De même avec la jurisprudence.
* Règles propres différentes de celles du droit civil de par leur spécificité se regroupant autour de 2 idées
  + Rapidité : en termes de livraison par exemple, le consommateur n’attend pas. Les règles du droit commerciale se sont adaptées à ce besoin de rapidité : en terme de preuve du droit commercial (différent du droit civil) : il n’y a pas de formalisme, pas toujours de contrat par soucis de rapidité.
  + Sécurité : il faut sécuriser les opérations de par leurs enjeux : le droit commercial impose un certain formalisme : certains contrats de vente doivent mentionner certaines choses précises. Existence de certains usages. Il y a de très nombreuses mesures de publicité des tiers.
* Depuis quelques années, la notion de droit commercial est en crise : en effet, certains auteurs reprochent au droit commercial de ne plus rendre compte des règles applicables à la vie commerciale. Ces auteurs font observer que l’exercice de toute l’activité suppose de respecter des règles bien plus nombreuses que celles inscrites dans le code du commerce. Aujourd'hui, certains auteurs proposent de créer une nouvelle matière en l’appelant « droit des affaires » ou « droit économique »… Pour l’instant, la qualification de droit commercial reste d’actualité. Cependant, les 2 autres intitulés donnent lieu à des ouvrages.
* Le droit de l’entreprise est retenu car il regroupe les règles sur l’entreprise et est repris par la doctrine. Mais aujourd'hui, aucune véritable définition n’est trouvée.

1. **Sources du droit commercial.**

Les sources sont à la fois internes et internationales.

1. **Les sources nationales du droit commercial**

On peut constater 3 choses :

* Les sources législatives joue un rôle moindre au profit des sources réglementaires voire de sources émanant d’autorité privées ou indépendantes
* Les sources non-écrites jour un rôle essentiel dans ce droit.
* En droit commercial, la jurisprudence est une source fondamentale du droit.

Les textes écrits :

* La loi : source essentielle du droit commercial. Résulte de l’application de l’art 34 de la Constitution de 1958 : *« La loi détermine le régime des obligations commerciales ».* Ou encore loi du 17 mars 1909 qui régit les fonds de commerce. Ces lois sont aujourd'hui intégrées dans le code de commerce sous forme d’arts. Les lois doivent être conformes à la Constitution. Les lois commerciales relèvent du régime de la QPC.
* Cependant, ces lois parlementaires n’occupent qu’une partie du champ légal en raison de la répartition des compétences art 34-37 de la Constitution. Le droit commercial est de plus en plus régit pas des textes émanant du pouvoir exécutif.
* Ordonnances de l’art 38 de la Constitution : habilitation du domaine de la loi au gouvernement. En droit commercial, les décrets d’application sont fréquents : il s’agit de la plupart des textes en la matière.
* Circulaires, réponses ministérielles ou émanant de commission ad-hoc. Ces textes n’ont aucune force obligatoire, cependant, ils influencent l’application des règles.
* La naissance du code de commerce a été longue.
  + 1801 : commission de rédaction avec magistrats et hommes d’affaires.
  + 1807 : sous l’ordre de Napoléon, 5 textes votés et réunis : loi du 15 septembre 1807. Techniquement, cette œuvre est importante. En effet, cette codification a permis de réunir l’ensemble des règles et par ailleurs, a permis de rendre les mêmes règles applicables sur l’ensemble du territoire. Mais ce code est rapidement critiqué car insuffisance, tourné vers le passé, n’incluant pas les évolutions (banques, actions…). On lui reproche une insuffisance théorique et pratique. Le code du commerce est sans arrêt modifié.
  + Aujourd'hui : certain nombre d’autorités adoptent des textes prenant une importance notamment dans la vie commerciale. Ces autorités sont de 2 grandes catégories :
    - Groupements professionnels (syndicats, MEDEF). Ils sont amenés dans le souci de gérer leur secteur d’activité à adopter des textes, le plus souvent on parle de norme ou de code de déontologie.
    - Autorités indépendants : organismes auxquels les autorités publiques ont confié des missions d’ordre général et d’intérêt public 🡪 AAI (Autorité des marché financiers, autorité de la concurrence). Elles sont elles aussi amenés dans le cadre de leur attribution à adopter des textes participant à l’organisation de la vie commerciale.

Il faut ensuite savoir quelle valeur juridique ont ces textes :

* + Les textes de ces autorités sont subordonnés à la loi et au règlement.
  + L’incidence de ces textes ne doit pas être négligée. Ils ont une valeur obligatoire envers les personnes au quel il s’adresse.
  + Les tribunaux peuvent utiliser ces textes pour régler certains conflits entre professionnels 🡪 aval jurisprudentiel.
  + Les pouvoirs publics peuvent donner à ces textes une véritable valeur par homologation.
* Autre source : les usages : montrés dans l’histoire. Aujourd'hui, les usages conservent leur importance. En effet, lorsque les pouvoirs publics ne peuvent régler tout en détail, ils laissent les professionnels le faire par des usages. Il en est de même pour les commerçants. Ex : commerce électronique. Le législateur ne met pas fin aux usages, ne le souhaite pas. Usage : le code de commerce n’en donne pas de définition. Généralement : pratiques professionnels anciennes et constantes que les commerçants d’un milieu déterminé suivent habituellement dans leurs relations commerciales et auxquelles il donne une valeur obligatoire.

Dans un arrêt de la ch. Crim. En 2006, les juges se sont prononcés sur l’existence ou non d’un usage : un commerçant vendait des fruits de mer : poursuivi devant le tribunal correctionnel car reproche d’utiliser des techniques de nettoyage entrainant une altération des qualités substantielles de certains fruits de mer. Pour échapper aux poursuites, se fonde sur usage propre à sa profession : technique utilisée par d’autres professionnels. Il n’était pas établi que cette technique était constante et généralisée.

Les usages font l’objet aujourd'hui de nombreuses discussions doctrinales mais le plus souvent, la doctrine distingue 2 catégories d’usage :

* Conventionnel : Art 1160 du CC : on doit suppléer dans le contrat les clauses qui sont d’usage, quoi qu’elles n’y soient pas exprimées. Lorsque dans un contrat, les parties sont sur un point particulier restées silencieuse : dans ce cas, l’usage a vocation à s’appliquer. Ces usages sont nombreux : délais d’exécution, de paiement… On toujours un champ d’application géographiquement limité et concerne un secteur d’activité propre. De cette nature conventionnelle découle des notions juridiques :
  + Ne peuvent déroger à des clauses impératives.
  + Ne peuvent recevoir application qu’entre même commerçants, d’un même secteur d’activité
  + Ne peuvent être imposé d’un non commerçant à un commerçant.
  + Celui qui entend s’en prévaloir doit rapporter la preuve de son existence et de son contenu. Cette preuve peut se faire par tout moyen. Il est possible d’utiliser des parères : attestation délivrées par des organismes professionnels établissant qu’un usage existe et en précise le contenu. Ils n’ont aucune force obligatoire même si les juges en prennent compte.
  + Fond l’objet de la force souveraine des juges du fond
* De droit : Se rapproche de la coutume en droit civil mais n’est pas à confondre. Ils sont eux applicables à tous les commerçants indépendamment de leur secteur géographique et de leur qualification professionnelle. Ces usages de droit sont :
  + Règle de la réfraction du contrat
  + Principe applicable en matière n’anatocisme en matière commerciale

Ces usages ne peuvent être contraire à la loi commerciale mais peut être contraire au droit civil. Ces usages doivent être connus par les juges, les parties n’ont pas à en rapporter la preuve. Ces usages font l’objet d’un contrôle de la part de la CK

La jurisprudence :

Doit être adaptée aux situations concrètes : ce sont les juges commerciaux qui assurent la transposition du droit. Elle joue également une fonction d’interprétation. Elle pose parfois des questions qui ne sont pas résolues par la loi. Ce sont par exemple les juges qui ont inventé les notions d’abus de minorité et de majorité.

La notion de fonds de commerce a également été créée par la jurisprudence.

La jurisprudence ne vient pas seulement des juridictions de commerce mais également par des tribunaux civils, administratifs ou même du conseil constitutionnel et du CE.

1. **Les sources internationales du droit commercial**

Il faut distinguer les traités internationaux et les textes issus du droit communautaire.

1. Les traités internationaux

Art 55 de la Constitution de 1958 : donne importance aux traités. Ont dès leur application une autorité supérieure à celle des lois sous réserve qu’à chaque accord les 2 Etats aient ratifiés.

La matière est très importante en droit commercial, tant qu’il existe une matière spéciale : le droit commercial international.

Ces traités peuvent se distinguer en 2 grandes catégories :

* Traités portant sur l’organisation du commerce au niveau mondiale : s’applique à tous les opérateurs. Très peu nombreux : OMC (1994). Ce traité repose sur des fondements juridiques précis, pouvant mener à des sanctions.
* Traité : régit uniquement certaines opérations commerciales : transport, vente des marchandises… 3 catégories de traités :
  + Applications des règles internationales privées : conduit à appliquer le droit interne des pays signataires : convention de la Haie (1973) : mène solution aux conflits de lois pour les produits dangereux. Pose lois en cas d’extranéité (mariage entre un français et un américain en Chine).
  + Superposition de textes internationaux à la législation interne des Etats signataires : Ne modifie pas les droits nationaux mais y ajoute de nouvelles règles destinées à régir uniquement les échanges internationaux : convention de Vienne 11 avril 1980.
  + Loi uniforme : Ont pour but de se substituer à la législation des Etats signataires 🡪 Convention de Genève (1930 -1931) : harmonise les lettres de changes, des chèques des pays signataires. Modifie le droit interne.

Il existe également à l’échelle internationale des usages : il s’agit d’usages crées par les commerçants au niveau mondial. Ils font parfois l’objet de normalisation de la part d’organismes internationaux : phénomène d’incoterms : sigles qui renvoie à des usages en cours au niveau international

Ces usages font l’objet de discussions et critiques : donne naissance à une lex mercatoria : considérées comme étant transnationales donc contestables. Ces usages sont utilisées et crées par des puissances (USA, France, Chine) et finissent par s’imposer comme lois.

1. Le droit communautaire

Mis en place après la 2GM. Voulait faire de l’Europe un espace de paix. Les traités fondateurs de 1957 avaient pour la plupart une finalité économique (CEE, CEEA, CECA) 🡪 suppression des droits de douanes, libre circulation des hommes et des capitaux.

Il existe un droit européen des affaires commerciales.

Sources du droit commercial :

* Traités communautaires : ratifiés par l’Europe des 28 menant à des incidences sur les activités commerciales
* Textes de droit communautaire dérivé : adopté par différentes institutions communautaires : commission, conseil, banque européenne : seuls 3 ont une force obligatoire : règlements, directives et décisions : effet direct après transposition.
* Jurisprudence : Avec ses propres juridictions : TGI du l’UE et tribunal de justice de l’UE : doivent veiller à la bonne application du droit communautaire. Ce sont les juges communautaires qui donnent un sens au texte en les interprétants.
* La convention européenne est ratifiée par tous les membres de l’UE relativement aux droits fondamentaux. Des recours sont possibles devant la cour EDH.

**Paragraphe 2 : La justice commerciale :**

Les tribunaux de commerce sont les juridictions compétente en matière commerciale, cependant, ils ne connaissent pas de la totalité des litiges commerciaux : les parties peuvent recourir à une procédure particulière 🡪 procédure d’arbitrage

1. **Les juridictions commerciales**

Les tribunaux commerciaux sont créés par le CE et placés sous l’autorité du ministre de la justice. Ils sont régit par les arts L721-1 et suivant du code du commerce. Ces tribunaux sont répartis inégalement sur le territoire français, certains départements n’en possèdent pas. Ce sont alors les TGI qui sont compétent.

Il existe des règles particulières pour les COM et les CT : il existe des tribunaux mixtes de commerce. Il existe 134 tribunaux de commerces, 9 chambres statuant en matière commerciale et 7 tribunaux mixtes de commerce.

Compositions des tribunaux de commerce :

* Juges : Ne s’agit pas de magistrats professionnels mais des juges élus par les commerçants car il faut avoir connaissance du terrain et connaitre la matière pour pouvoir en juger. De plus, les décisions étant rendus par des commerçants, elles sont mieux acceptées. On les nomme juges consulaires, ils sont 3200. Leur élection se fait à 2 degrés : au sein de circonscriptions sont élus des délégués consulaires par des commerçants et personnes proches de la vie commerciale. Ces délégués élisent ensuite les juges. Le mandat dure 2 ans au 1er mandat, 4 ans pour les suivants. Conditions pour être juges sont précises :
  + Etre âgé d’au moins 30 ans
  + Avoir été commerçants pendant au moins 5 ans
  + Posséder ses droits civils
  + Etre de nationalité française

Les fonctions de juges ne sont pas rémunérées, ils exercent une profession en parallèle.

Le président est soumis à des règles spécifiques : il est choisi parmi les juges du tribunal de commerce et doit avoir exercée des fonctions de juges pendant au moins 6 ans. Il est élu pour 4 ans renouvelables. Prennent fin par démission, non réélection, procédure collective ou mission.

* Représentant du ministère public : appartient au procureur de la République de représenter le ministère public dans les chambres de commerce. Le ministère public peut agir comme partie principale (d’office dans les cas prévus par la loi). Il peut agir pour la défense de l’ordre public : intervention pour faire connaitre son avis sur l’application d’une loi. Il ne siège pas en permanence, la plupart du temps, il ne siège pas. Est moins important que le juge.
* Auxiliaire de justice qui participe à la vie judiciaire du tribunal :
  + Greffier : officier public ministériel 🡪 mission d’assurer secrétariat de la juridiction et des instances mais également et essentiellement ils ont la responsabilité des registres rendus obligatoires par la loi. C’est eux qui tiennent le registre du commerce et des sociétés.
  + Ce sont les juges qui leurs font appel : ils doivent nommer des mandataires ou administrateurs judiciaires dans le cadre des procédures collectives. Les juges en matière commerciale peuvent avoir recours à des experts pour les aider à trancher certains litiges. Ils peuvent également faire intervenir des avocats pouvant représenter et assister un client. Les parties au tribunal de commerce n’ont pas obligation d’avoir un avocat 🡪 peuvent se défendre seul. En pratique, il y a souvent des avocats.
* Règles de compétences d’attribution : Les tribunaux de commerce sont des juridictions d’exception : sont compétent en vertu d’un texte précis : art L721-3 du code de commerce « les tribunaux de commerces connaissent
  + Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux : Conception subjective du droit commercial : dès qu’une personne est commerçante, elle relève du droit du commerce.
  + Ils connaissent des contestations relatives aux sociétés commerciales : tribunal connait des litiges concernant l’organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales.
  + Ils connaissent des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes » : le tribunal de commerce peut être saisi à l’encontre d’une personne non commerçante dès lors que celle-ci a réalisé un acte de commerce.

D’autres textes donnent des compétences aux tribunaux de commerce : code du commerce lui donne compétence pour les billets à ordre portant la signature d’un commerçant et d’un non commerçant, également la compétence pour les litiges relatifs aux procédures collectives

* Règles de compétence territoriales : tribunal de commerce compétent est celui dans le ressort duquel se situe le domicile du défendeur. S’il s’agit d’une personne morale, il s’agit du lieu du siège social de la personne morale. La jurisprudence commerciale fait application de la jurisprudence des gares principales : une personne morale peut être assignée devant un TC de l’un des principaux établissements dès lors que celle-ci présente une véritable autonomie.

Le droit commercial en matière contractuelle : le demandeur peut saisir la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou au lieu de l’exécution de la prestation de service.

En matière délictuelle : saisir la juridiction du lieu du dommage.

1. **La procédure d’arbitrage**

**VOIR COURS PAUL**

Actes de commerce par nature : on retient celle qui consiste à avoir une lecture économique en fonction du fait qu’il puisse constituer ou non des actes de commerce selon leur nature (industriel, de service).

1. **Les actes de commerces liés à des activités de distribution :**

Art L110 du code de commerce ne vise pas les actes de distribution mais ils peuvent s’t rattacher.

L’activité de distribution est définie par les économistes : stade de l’activité économique situé entre la production et la consommation. Par cette définition, l’art L110-1 englobe 3 catégories : achats pour revendre, entreprises de fournitures et entreprises de vente à l’encan.

* Les opérations d’achat pour revendre : Art L110-1 qui répute comme étant des actes de commerce les achats de biens meubles pour les revendre. Ces opérations constituent les actes de commerce les plus simples (normalement accomplis par les commerces). Il faut se demander ce qu’est un achat et à quoi correspond la notion de revente.

Achat : renvoie au sens commun au fait d’acquérir un bien contre paiement. Toutefois, la jurisprudence exige que pour qu’il y ait achat, il faut que cet achat soit effectué à titre onéreux. Ce caractère est apprécié très largement : échange d’un bien contre un autre ou versement d’une somme d’argent. Peut concerner tous les biens meubles corporels et certains meubles incorporels (brevets, fonds de commerce, marque de fabrique). L’achat peut également porter sur des immeubles dès lors que cet immeuble a été fait en vue de sa revente.

Cependant : exception : sont civiles les ventes d’immeubles lorsque l’acquéreur a agi en vue d’édifier un ou plusieurs bâtiment et de les revendre en bloc ou par locaux : activité de promotion immobilière.

Revente : pose plus de difficultés d’interprétation : ce qui cause cette opération de revente en elle-même mais surtout l’intention de revendre le bien acheté. Les juges considèrent cette opération comme un acte de commerce même si le bien acheté n’a pas été revendu 🡪 c’est la volonté, l’intention qui compte. Les personnes qui achètent pour consommer, collectionner… ne réalise pas d’actes de commerce car il n’y a pas de volonté de revente, c’est alors un acte civil.

La revente doit ensuite être faite dans un but lucratif/à des fins spéculatives. Ce sont les juges qui ont exigés que ce caractère lucratif soit démontré, il faut qu’il y ait une notion de profit. Ce critère explique pourquoi les actes d’achats suivi d’une revente mais indépendamment de toute idée de profit ne sont pas des actes de commerce : actes à titre gratuit. Il faut savoir si la revente des biens acheté doit porter sur des bien modifiés ou non modifiés ? Achat puis revente d’un bien entre 2 modifié est-il un acte de commerce ? La réponse est à l’al.1 de l’art L110-1 du code de commerce : un bien modifié constitue quand même un acte de commerce. Mais dans certains cas, la qualification peut être différente. En effet, il est admis en jurisprudence que lorsque la transformation d’un bien résulte de l’exercice d’une profession civile, alors l’acte en question est civil par application de la théorie de l’accessoire civil. Ex : artisan boulanger (artisan exerce activité de nature civile) qui achète de la farine pour fabriquer son pain : la revente de la farine en pain est une opération civile. Il est nécessaire que les opérations d’achat pour revendre soit répétitives : ce caractère doit être démontré : à partir de la 2ème opération d’achat pour revendre, on peut considérer qu’il s’agit d’un acte de commerce. Cependant, exception, parfois une seule opération suffit.

Parfois complexe : vente de biens par des particuliers sur internet sans être commerçant. Aujourd'hui, l’enjeu est de se dire que s’il relève d’un acte commerciale : règles du droit commercial et personne reconnue comme commerçante 🡪 illégal du point de vue de l’imposition. A priori, la jurisprudence considère que ces personnes ne sont pas reconnues comme commerçantes car ces personnes n’ont en principe pas acheté les biens qu’elles revendent avec l’intention de les revendre. Cependant, qu’en est-il pour les personnes qui réalisent de très nombreuses fois ces actes : moins évident : on peut considérer qu’il y a une volonté ou simplement qu’une personne se sépare de beaucoup de biens. La notion d’intention est difficile à cerner. De plus, on peut considérer que ces personnes qui font de la vente d’occasion devraient être soumis par les règles commerciales, au même titre que les apothicaires. Pour éviter le caractère commercial, peut argumenter par le fait de dire que le caractère lucratif n’est pas présent par rapport au prix neuf. Les brocantes elles sont règlementées et autorisées.

* Les entreprises de fournitures : 6èmement de l’art L110 : les entreprises de fournitures réalisent des actes de commerce. La loi ne définit pas, n’a pas de personnalité juridique. Les juges ont simplement dégagé qu’une entreprise existe lorsque sont réunis un certain nombre d’élément (humains, biens, capitaux), une activité en vue de réaliser des profits : même définition toutes les fois que l’art L110 reprend le terme entreprise.

La notion d’entreprise de fourniture n’est pas définit par ce code mais est admis. C’est une entreprise dont l’activité consiste à assurer la livraison successive de biens ou de services : fournitures d’électricité, de personnel intérimaire, d’abonnement à des journaux, pompes funèbres. On peut parfois croire que certaines de ces activités peuvent également être des entreprises d’achat pour revendre ou encore d’une autre que celle de fournitures : services

Ne se contente pas d’acheter des de revendre et de produire des services : font les 2 à la fois.

* Les établissements de vente à l’encan : terme encan n’est plus aujourd'hui utilisé : désigne les établissements de ventes aux enchères publiques. Ces établissements sont régit par les arts L220-1 et suivant du code de commerce : constitue des ventes aux enchères publiques les ventes faisant intervenir un tiers, agissant comme mandataire du propriétaire ou de son représentant, pour proposer et adjuger un bien au mieux-disant des enchérisseurs à l’issu d’un procédé de mise en concurrence ouvert au public et transparent. Ces ventes doivent êtres volontaires de meubles aux enchères publiques : il ne s’agit pas ici de vente forcée. Ces biens peuvent être neufs ou d’occasion, pouvant être vendu au détail, par lot ou en gros. Peuvent être organisées par des personnes physiques ou morales. Ces ventes ne doivent pas être faites par le biais d’un officier ministériel (notaire 🡪 nature civile).

1. **L’industrie**

Le code de commerce ne vise pas directement les activités industrielles : il est possible d’en dégager 2 catégories : activités de transformation et activités extractives

* Activité de transformation : art L110-1 : actes de commerce = actes accomplis par des entreprises de manufacture : renvoie aux activités industrielles : activité qui consiste à acheter les matières premières pour les transformer puis les revendre : il faut que l’activité soit faite par une entreprise. Cependant, limite : les activités de transformation des artisans ne sont pas des activités d’actes de commerce mais civiles. Les activités concernées sont très nombreuses : métallurgie, chimie, textile, agro-alimentaire, réparation… on peut parfois croire à des achats pour revendre, cependant, biens transformés.
* Activités extractives : non mentionnée par l’art L110-1 : mentionné par le code minier. L’activité d’exploitation de charbon, de fer, de pétrole, d’or sont des activités commerciales s’appuyant sur des actes de commerce. Cependant, toutes les activités extractives ne sont pas reconnus comme commerciales : carrières, marée salant, sources d’eau minérales ou thermales : activités civiles : ne perde le caractère civil que si elles sont exercée par des sociétés commerciales par la forme auquel cas la forme commerciale l’emporte sur le côté civil de l’activité. Explication de différence entre extraction pétrole et eau : historique : exploitation agricole était civile mais cependant en raison de l’importance de certaines extraction : on l’impose à des règles particulières.

1. **Les activités de services**

L’art L110-1 n’emploie pas le terme service (art trop vieux) mais n’ignore cependant pas ces derniers. Ils correspondent à des prestations qui contribuent à la satisfaction de besoins individuels ou collectifs sans passer par le transfert de propriété d’un bien matériel.

* Activités de locations de biens meubles : mentionnés 4èmement de l’art L110-1 du code de commerce. Terme meuble doit être largement entendu. Les biens immeubles ne sont pas concernés : la location d’immeuble constitue un acte civil et non de commerce (sauf avec théorie de l’accessoire 🡪 lorsqu’un commerçant loue un immeuble pour l’utiliser à des fins commerciales : location commercial du point de vue du commerçant). Le terme de location ne pose pas de difficultés : locations classiques (bien est mis à disposition d’une personne moyennant le paiement d’un loyer. Mais également complexe : crédit-bail : contrat de location aux termes duquel le loueur dispose soit de la faculté de poursuivre le contrat soit de mettre fin au contrat, soit d’acheter le bien.
* Activités de transports : Toutes les entreprises de transports réalisent des actes de commerce. La nature et la forme du transport importe peu : transport de marchandise comme de personne, par terre ou par eau, aérien, terrien, fluviale…

Cependant, ne sont pas exception pas des activités commerciales les activités effectuées par les chauffeurs de taxis individuelles. En effet, en droit français, les taxis sont une profession artisanale 🡪 civile. Ex : en jurisprudence, question de savoir si l’activité d’auto-école est une activité de transport : le directeur d’une auto-école avait employé des salariés mais n’avait pas payé les charges sociales correspondantes : l’URSAF l’assigne en liquidation de biens car considérait qu’il avait activité de commerçant. Pour les juges 🡪 enseignement donc civil, il en est de même pour les écoles de pilotages.

Par uberpop, on se pose la question de savoir s’il s’agit d’une activité de transport 🡪 exercerait de manière illégale l’activité de taxis, ils ne possèdent pas de carte professionnel ni d’autorisation de stationnement. Ne répondant en réalité pas à l’activité de taxis, ils peuvent exercer librement leur activité.

* Activités d’intermédiaires : L110-1 : 3 principales :
  + Activités de courtier : ne sont pas visé par le texte mais en ressorte : personnes qui ont une fonction de rapprocher des personnes qui désirent contracter mais sans être le représentant de l’une ou de l’autre de ces personnes. Dans la vie commerciale, les courtiers sont nombreux : en assurance, en matière de transport, financière… Les courtiers sont généralement des commerçants.
  + Activités de commissionnaires : intermédiaires qui réalisent des actes en leur nom propre tout en agissant en réalité pour le compte d’un commettant dont il ne révèle pas en principe l’identité. Très souvent en vie commerciale 🡪 en matière financière (bourses). Le contrat de commission est un acte de commerce.
  + Agents d’affaires : De manière générale, des personnes ayant pour fonction de gérer les affaires d’autrui : gestionnaire d’immeuble, administrateur de bien, agents de voyages, artistiques. Font l’objet de règles spécifiques. Ces agents réalisent des actes de commerce et sont commerçants.
* L’activité d’intermédiaire peut également être considérée comme commerciale en dehors de la présence de ces personnes : art L110-1 : les actes de commerce sont « toutes opérations d’intermédiaire pour l’achat, la souscription ou la vente d’immeuble, de fonds de commerce, d’actions ou parts de sociétés immobilières ».

Pour les personnes gérant les activités d’agent matrimonial, il s’agit de savoir si les actes sont des actes de commerce ou civil : il a été jugé que les agences matrimoniales exercent une activité commerciale (de courtier), l’activité consiste à rapprocher des personnes en vue du mariage.

* Services financiers : plusieurs catégories :
  + Opérations de banques : art L110-1 : opérations des banques sont des actes de commerces. Cependant, pas de définitions précises : résulte de l’art L311-1 du code monétaire et financier : les opérations de banques comprennent la réception de fond remboursable du public, les opérations de crédit ainsi que les services bancaires de paiement. Vise les banques classiques mais également les mutualistes et coopératives. Toutefois, si un particulier réalise de telles opérations, il accomplit des opérations de banques et relève alors du droit commercial.
  + Opérations de change : Art L110-1. Recevoir la monnaie d’un pays et à remettre en contrepartie celle d’un notre. Le change peut être manuel (espèces) ou fiduciaire (Par paiement). Se fait toujours par établissement spécialisé 🡪 établissement de crédit.
  + Opérations de bourses : Opérations consistants en des opérations se déroulant sur les marchés boursiers. Pour jurisprudence 🡪 acte de commerce. Ces opérations sont réalisées par des établissements spécialisés : investissement. Opération visant à recevoir et transmettre des ordres pour le compte d’un tiers sur les marchés boursiers. De telles opérations peuvent aujourd'hui être réalisées par des particuliers. En l’état actuel de l’économie, il s’agit de savoir si un particulier qui effectue des opérations de bourse doit être considéré comme un commerçant : La jurisprudence considère qu’il ne s’agit pas d’acte de commerce dès lors que le particulier réalise des opérations dans le but de gérer au mieux sa fortune. Toutefois, cela est discutable : opération en bourse facilitées par internet 🡪 s’il le fait tous les jours et en tire des ressources, on pourrait considérer qu’il s’agit d’un commerçant comme les spéculateurs professionnels.
  + Activités d’assurance : l’art L110-1 ne les mentionnent pas : art L110-2 en matière de commerce maritime. Pour la jurisprudence, il s’agit d’actes de commerce. Un contrat d’assurance est un contrat par lequel un assuré paie une prime à l’assurance afin d’obtenir pour lui la prise en charge d’un risque ou d’un ensemble de risques. Cependant pour jurisprudence : différence entre société d’assurance et compagnie d’assurance mutualiste (ne réalise pas d’acte de commerce 🡪 ne poursuive aucun but spéculatif, dans l’intérêt exclusif des adhérents). En cas de bénéfice, les compagnies mutualistes ne reverse par le dividende aux adhérents mais s’en serve pour qu’il profite aux adhérents : plus de risques couvert, assurance moins chère…
* Pour toutes ces activités, la nature commerciale n’est reconnue qu’aux personnes qui exercent l’opération. Pour le particulier cocontractant, l’acte est civil en principe sauf si cette personne est également commerçante 🡪 théorie de l’accessoire.
* Services de spectacles publics : Art L110-1 6èmement : donne caractère commercial. On pourrait penser que l’activité culturelle, artistique… N’est pas commercial, en réalité si. Le domaine des spectacles publics est très largement apprécié par la jurisprudence. Ex : admis qu’organisation de spectacle théâtrale, forain… ouverte au public entre dans les prescriptions du texte. Il faut cependant une condition : le spectacle public est organisé à des fins lucratives 🡪 lorsque spectacle d’association, non commercial

Quant aux activités sportives : Peut-être gratuit, payant… L’organisation de spectacle sportif par des entreprises : actes de commerce. Si organisé par des associations : droit civil. Certains spectacles sportifs ont l’obligation d’être définis comme des activités commerciales : société anonyme à objet sportif : obligatoirement crée lorsque dépasse certains seuils définis par la loi. De manière générale, les activités d’enseignement du sport constituent des actes civils.

**Paragraphe 3 : les actes de commerce par accessoire :**

Généralement, on les présente comme des actes de commerce qui n’entre pas dans la catégorie des actes de commerce par la forme ni par nature. Ce sont à priori des actes civils. En réalité, change de nature pour devenir des actes de commerce : cela s’explique par l’application d’une théorie : *« l’accessoire suit le principal ».* Ex : Si une personne achète un ordinateur à des fins privées : acte civil, cependant, il peut devenir un acte de commerce par la théorie de l’accessoire dès lors que cet acte est commis par un commerçant et pour les besoins de son activité.

L’intérêt de cette théorie est d’éviter de s’interroger sur la qualification des actes de commerce que peuvent exercer les commerçants. Cette théorie ne joue que dans des domaines particuliers :

1. **Les conditions de la commercialité par accessoire**

Il existe 2 théories de l’accessoire : objective et subjective :

* L’accessoire commercial subjectif : 2 conditions cumulatives réunies :
  + L’acte doit être réalisé par un commerçant : apprécié largement par la jurisprudence. Il suffit d’établir que la personne qui agit est un commerçant personne physique ou morale. La preuve peut se faire par tout moyen. Il n’est pas toutefois nécessaire que les 2 partis à l’acte soient commerçantes pour que le critère soit satisfait. Il peut être pour l’une un acte de commerce par accessoire et pour l’autre un acte civil. La jurisprudence a déduit que lorsqu’une personne exerce une activité civile principale et qu’elle réalise des actes de commerce de cette activité mais que ces derniers ne sont qu’accessoires, ces actes ne sont pas des actes de commerce mais des actes civils.
  + Dans l’exercice de son activité commerciale : Seulement si acte accompli par le commerçant est lié à l’activité. Ex : Vend des voitures, achète ordinateur pour l’activité : acte de commerce par accessoire. Si ordinateur à des fins privés ; acte civil. La jurisprudence considère que les actes réalisés par un commerçant le sont à titre professionnel, plus précisément : présomption de commercialité : tous les actes accomplis par un commerçant le sont à titre professionnel : présomption simple, ce qui permet de démontrer que l’acte en question peut être fait à des fins privés, le commerçant peut le prouver.
* Version objective : ici, la qualité de l’auteur de l’acte est sans importance, le rattachement à la commercialité tient à ce que l’acte est lié à la dépendance d’un autre acte de commerce 🡪 commercialité par détermination de la jurisprudence. Les cas dans lesquels cette théorie reçoit application sont peu nombreux mais techniques : théorie mise en œuvre par certains textes : L521-1 du code de commerce : ces actes sont soumis au même régime de la preuve. Ex : une société commerciale a emprunté un somme d’argent auprès d’une banque, les associés de cette société ont donné en garantie (en gage) un nantissement portant sur le titre de la société qu’il détenait. Un différend est né entre la banque et la société sur l’existence ou non du nantissement. Comment prouver que le nantissement a été donné ? 🡪 recherche de la nature juridique de l’acte accompli : prêt est acte de commerce est par conséquent, sur le fondement de l’art L521-1 du code de commerce, le nantissement est un acte de commerce. En ce cas, la théorie de l’accessoire est prévue par la loi. Le plus souvent, ses hypothèses d’application résultent de la jurisprudence. Il existe plusieurs cas :
  + L’opération de vente portant sur un fonds de commerce : lorsqu’une personne non commerçante achète un fonds de commerce, on devrait considérer que c’est un acte civil, pourtant, jurisprudence considère qu’il s’agit d’acte de commerce 🡪 théorie de l’accessoire et acte de commerce car lié à une activité commerciale. Le vendeur peut avoir hérité du fonds de commerce sans être commerçant, il est alors compliquer de justifier d’un acte de commerce, on pourrait alors considérer qu’il s’agit d’un acte civil : pour lui, il s’agit encore d’un acte de commerce 🡪 Ce sont les conséquences liées à l’acte passé qui justifie une telle qualification.
  + Cautionnement donné par un dirigeant en faveur de la société qu’il dirige : Par caution, s’engage envers un créancier à payer la dette du débiteur principal au cas où celui-ci ne remplirai pas son engagement : l’acte de cautionnement est alors un acte commerçant dès lors qu’il est donné par le dirigeant d’une société même s’il n’est pas considéré comme commerçant à partir du moment où il protège les intérêts de la société qu’il dirige. En effet, repose sur l’intérêt patrimonial personnel, s’il fait un prêt personnel pour caution, il doit également être reconnu comme acte de commerce 🡪 c’est un tout.
  + La cession de part social ou d’action : lorsqu’une personne non commerçante détient des parts. La jurisprudence considère que cette cession devient commerciale dès lors que cette cession opère un transfert de contrôle de la société au cessionnaire (plus de 50%).
* Dans un arrêt, 2 époux souhaitaient vendre la participation majoritaire qu’ils détenaient dans une société commerciale. Ils ont eu recours à une société spécialisée en matière de conseil financier, un litige est né : CK considère que ce litige relève des juridictions commerciales. En effet la cession des titres a un caractère commercial. Ils ont considérés que l’acte lié a également une nature commerciale.

1. **Les domaines de la commercialité par accessoire :**

Certaines opération échappent à son application, la théorie de l’accessoire reçoit largement en matière contractuelle, la commercialité s’applique par accessoire à tous les contrats si accomplis pour les besoins de l’activité commerciale. Le caractère commercial concerne toutes les phases du contrat. La nature n’entre pas en jeu. Le contrat reçoit application envers les contrats de location.

La théorie de l’accessoire reçoit application pour les engagements de nature extracontractuelle et de quasi contrats. Egalement pour le quasi-délictuel et délictuel. Ex : le caractère commercial est consacré en termes de responsabilité du fait des choses et du fait d’autrui dès lors que les faits sont commis par un commerçant durant son activité commerciale.

Certaines obligations légales sont également considérées comme des actes de commerce : dette de cotisation de sécurité sociale.

Le domaine d’application est en réalité restreint : certains faits y échappent même s’ils sont liés à la vie commerciale. Les juges comme la loi viennent à considérer que certains actes n’ont pas de nature commerciale :

* Dettes fiscales : droit privé
* Amendes pénales : même si de l’exploitation d’une activité commerciale.
* Opérations de révision du loyer ou de renouvellement du bail commercial : civil, TGI
* Action en contrefaçon : civil
* Acte à titre gratuit.

1. Rien du tout
2. **La recherche d’un critère des actes de commerce**

La conception de ceux-ci résulte de l’application de l’art L110-1 et ne satisfait pas la doctrine. Les auteurs ont essayé de dégager une définition plus claire de la commercialité des actes.

**Paragraphe 1 : Les critères doctrinaux**

Ce travail doctrinal est insuffisant.

* La première est développée par M.Thaller : les actes de commerce sont des actes d’entremise dans la circulation des richesses : c’est un acte qui se situe entre l’activité de production et l’acte de consommation. La plupart des actes sont des actes d’intermédiaire. Mais cette conception est très vite insuffisante : certaines opérations d’intermédiaire ne sont pas des actes de commerce : contrat de mandat. De plus, certains actes sont uniquement de production et sont des actes de commerce.
* D’autres veulent fonder sur la notion de spéculation (M. Lyon-Caen et M.Renaud) : L’acte de commerce est un acte qui vise la recherche d’un profit. Approche simple. Mais critère écarté : la recherche du profit n’est pas le propre des activités commerciales : activités civiles.
* Fonder la commercialité sur le critère de l’entreprise (M.Escara) : En effet les entreprises réalisent des actes de commerce, de plus l’art L110-1 nomme les entreprises pour les actes de commerce. Cependant, insatisfaction : une entreprise peut être civile.
* En somme, aucune de ces conceptions ne s’est révélée suffisante. Depuis, d’autres théories n’ont été proposé mais toujours insatisfaisant. Aujourd'hui, on ne peut raisonner que sur le fondement de l’art L110-1.

**Paragraphe 2 : Que sont les actes civils ?**

Aujourd'hui, comme il reste difficile de qualifier les actes de commerce, la solution est de dire qu’ils n’en sont pas. Sont des actes civils que la jurisprudence qualifie. Enfin, sont considérés comme actes civils les actes pour lesquels les actes commerciaux ne sont pas concernés ni par la loi, ni par la jurisprudence.

* **Les activités agricoles :** Qualification civile ne va pas de soi : agriculteur revendent biens qu’ils ont achetés. Aujourd'hui la loi les définis comme civils : art L311-1 du code rural. Cette art définie même les activités agricoles : toutes les activités correspondant à la maitrise et à l’exploitation d’un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l’acte de production ou qui ont pour support l’exploitation.

Il faut retenir de ce texte large qu’il englobe

* Toutes les activités agricoles quelle que soit leur nature.
* La taille de l’exploitation est sans importance.
* Le texte précise que sont également des activités agricoles les activités qui visent l’exploitation.
* Par ailleurs, il faut que l’activité repose sur un cycle biologique végétal ou animal : acheter puis revendre sans rien faire n’est pas agricole.
* Enfin, il est possible de cumuler une activité agricole avec une activité commerciale.
* **Les activités d’extraction :** Excluant activités définies par le code des mines (commercial).
* **Les activités littéraires et artistiques :** L’écrivain qui vend son manuscrit 🡪 civil, de même pour peintre… Cependant, les activités de vente portant sur ces œuvres par la suite sont commerciales.
* **Les activités artisanales**
* **Les professions libérales :** Dans son sens large (professions juridiques, médicales…). Les professions libérales n’étaient pas définies par la loi pendant longtemps : loi 22 mars 2012 : Groupent des personnes exerçant, à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d’assurer dans l’intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins dans le respect de principes éthiques ou d’une déontologie professionnelle.

Plusieurs conditions pour être considérées comme libérale et donc civile :

* Exercer de manière
  + Habituelle
  + Indépendante
  + Sous sa responsabilité son activité
* Agir dans l’intérêt du client ou du public
* Il faut justifier d’une qualification professionnelle précise : cependant, métier artisanal réclame également une qualification précise.
* Certaines personnes exercent à la fois une activité libérale et commerciale : pharmacien : profession hybride.
* **Les associations** : Loi de 1901 : définie les associations comme une convention par laquelle 2 ou plusieurs personnes mettent en commun d’une façon permanente leur connaissance ou leur activité dans le but autre que de partager des bénéfices. Elles ont la personnalité juridique par déclaration de leur existence à la préfecture. Sont des groupements civils car n’agissent pas en vue de partager des bénéfices.

Cependant, parfois plus complexe : certaines sont amenées à réaliser des activités commerciales : spectacles publics, achats pour revendre. Le code de commerce décide qu’une association ne peut pas, de façon habituel, offrir des produits à la vente, fournir des services si de telles opérations ne sont pas prévues par les statuts de l’association. En réalité, possible même si n’est pas dans les statuts dès que ces opérations sont liés au bon fonctionnement et financement de l’association.

Enfin, on se demande si ces associations peuvent avoir la qualité de commerçant : la loi ne leur donne pas cette qualité, toutefois la jurisprudence admet que si une association répond à la définition du commerçant tel que donné par la loi, elle peut être définie comme commerçant. Une association ne peut dans ce cas n’être considérée que comme un commerçant de fait et non de droit. Les associations sont parfois soumises aux mêmes règles que les commerçants : ainsi, s’agissant de groupement de droit privé doté de la personnalité juridique, elle relève du droit des entreprises en difficulté : redressement et liquidation judiciaire possible.

**Chapitre 2 : le régime des actes de commerce :**

Les principes applicables sont parfois complexes : certains actes relèvent à la fois du droit civil et du droit commercial : lorsqu’un consommateur contracte avec un commerçant, ce consommateur n’accomplit pas, à la différence du commerçant un acte de commerce mais un acte civil. Lorsqu’on s’interroge sur le régime juridique d’un acte, il faut tenir compte de la personne qui l’a réalisé.

1. **Le régime juridique des actes conclus entre commerçants**

Connait plusieurs phase : acte doit être conclu, exécuté et éteint. Le droit commercial applique parfois des règles spécifiques pour chacune de ses phases.

**Paragraphe 1 : La formation des actes de commerce**

La conclusion de tous les actes juridiques est soumise au respect de conditions de fond et de forme avec certaines particularités.

1. **Les conditions de fond :**

Art 1108 du CC : la validité d’un contrat suppose le respect de plusieurs conditions : pour qu’un contrat soit valablement conclu :

* Consentement de la partie qui s’oblige
* Capacité à contracter
* Objet certain qui forme la matière de l’engagement
* Cause licite dans l’obligation
* Règles particulière au droit du commerce en matière de capacité et de consentement. Certaines personnes voient leurs capacités diminué : mineurs et majeures protégés.
* **Les capacités :**
* Mineurs : Cette question dépend de leur capacité à devenir commerçant : art L121-2 du code de commerce : le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de l’émancipation et du président du TGI s’il formule cette demande après avoir été émancipé. Le texte ne vise que les mineurs émancipés, écarte les non-émancipés 🡪 un mineur ne peut pas être commerçant si non émancipé. Ne peuvent valablement accomplir d’acte de commerce, ni personnellement ni par l’intermédiaire d’un représentant légal. L’émancipé peut être commerçant, réaliser des actes de commerce. Loi 15 juin 2010 introduit innovation : permet à un mineur de 16 ans révolus peut être autorisé par ses 2 parents qui exercent en commun l’autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l’autorisation du juge des tutelles à accomplir seul les actes d’administration nécessaire pour les besoins de la création et de la gestion d’une entreprise individuelle à responsabilité limité ou d’une société unipersonnelle. Les actes ne peuvent être effectué que par ces 2 parents ou à défaut sous contrôle de l’administrateur légal sous autorisation du juge des tutelles. On ne consacre pas au mineur de 16 ans la qualité de commerçant mais on lui autorise l’exploitation d’une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou une société unipersonnelle. Un mineur qui perd ses parents ayant un fonds de commerce ne peut l’exploiter dès ses 16 ans. La loi aoute que lorsque le mineur est placé sous un régime de tutelle, le tuteur peut après autorisation du conseil de famille effectuer des actes de dispositions.
* Majeurs protégés : le code de commerce ne contient aucune disposition sur leur capacité commerciale : ce sont les règles du droit civil qui s’appliquent alors. Le problème se pose dans 2 cas de figure : la personne souhaite devenir commerçante ou encore les personnes déjà commerçantes. Le CC précise que le majeur conserve l’exercice de ses droits et donc être commerçant, cependant, on peut réduire sa compétence car dangereux en matière de transaction. Ils peuvent être réduis en cas d’excès 🡪 cas de tutelle.
* En cas de curatelle : le CC n’interdit pas : par conséquent, en principe, tout majeur sous curatelle peut être commerçant et accomplir valablement des actes de commerce. Toutefois, c’est à la condition de respecter les règles d’assistance posées par le CC. Le majeur ne peut faire aucun acte sans curateur qui ne serait pas valable sans tuteur pour le régime de tutelle. Il peut accomplir des actes de dispositions mais nécessité d’assistance permanente.
* En cas de tutelle : ne peut ni directement ni indirectement accomplir d’acte de commerce : art 509 du CC.
* **Le consentement** : le consentement n’est pas valable s’il a été donné par erreur ou suite à un dol. Les actes de commerce sont soumis aux mêmes règles que CC. Le droit commercial applique cependant des règles différentes en matière de consentement. Le silence d’une des parties vaut-elle consentement ? 🡪 en droit civil, le silence ne vaut pas, en droit commercial si : « qui ne dit mot consent ». Possible dans 2 hypothèses :
  + **Les commerçants sont en relation d’affaire**: ont dans le passé conclu des contrats de même nature.
  + **Appartiennent à un même milieu professionnel dans lequel le silence a valeur de consentement**: usage professionnel, même sans être en affaire.
* En droit civil, le principe s’est assoupli: le silence peut valoir acceptation si les circonstances le permettent : 4 juin 2009, CK. Le silence vaut également acceptation si l’offre a été faite dans l’intérêt exclusif du destinataire.

1. **Les conditions de forme :**

La question est de savoir si la validité d’un contrat passe par un écrit. Le droit commercial a 2 exigences contradictoires :

* Nécessite souplesse : aucune forme de formalisme
* Par l’importance de certaines opérations, elles doivent être sécurisées, notamment par écrit.
* Va d’absence totale de formalisme à formalisme strict. La plupart du temps, aucun écrit n’est nécessaire. Souplesse n’est pas sans limite : dans certains actes, conditions formelles exigées : mesures de publicités pour des raisons d’opposabilité (fonds de commerce). De plus, pour des questions d’efficacité juridique, doivent être écrit avec certaines mentions : lettres de changes. Parfois acte de commerce sous peine de donner aux cocontractants la possibilité d’obtenir judiciairement la nullité de l’opération.

**Paragraphe 2 : L’exécution des actes de commerce**

3 points :

* **Spécifique en matière de solidarité** : aucune disposition général dans le code du commerce. Il faut faire application du CC 🡪 Art 1202 : la solidarité ne se présume pas, elle doit être expressément stipulée. En vertu d’un usage contra legem, le droit commercial applique une règle différente : il pose un principe de solidarité passive entre les débiteur d’une même obligation commerciale. Lorsque plusieurs commerçants achètent en commun des marchandises, ils sont tous tenus solidairement : tous tenu à la totalité de la dette de sorte que le créancier peut demander à l’un d’entre eux de payer l’intégralité des sommes dues. Cette solidarité joue si absence de clause expresse. Si clause expresse, les parties peuvent écarter l’usage. Ce principe joue en raison de la nature commerciale de l’acte et non pas du statut des cocontractants.
* **En matière de preuve** : En droit civil, objet d’une réglementation stricte : art 1341 du CC : les contrats qui dépassent une certaine somme (1500€). En droit commerciale, art L110-3 dispose qu’à l’égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tout moyen à moins qu’il en soit autrement disposé par la loi : principe de liberté de la preuve. Pour s’appliquer, respect de plusieurs conditions : accompli par un commerçant dans l’exercice de son activité commerciale. Par ailleurs, l’acte accompli doit être un acte de commerce et que son auteur soit commerçant. Ex : lorsque le gérant d’une SARL se porte caution d’un prêt fait à la société qu’il dirige, la preuve de ce cautionnement à l’égard du gérant n’est pas libre et soumise aux règles du CC car celui-ci n’a pas la qualité de commerçant. Si ces conditions sont satisfaites, le principe de la liberté de la preuve jour et est largement envisagé : toutes les règles posées par la CC sont écartées. La liberté de la preuve connait 2 limites :
  + Les juges apprécient souverainement la force probante des éléments de preuve
  + Certains textes peuvent exiger la rédaction d’un acte écrit à des fins probatoires : opération de nantissement d’un fonds de commerce
  + Le principe de la liberté de la preuve s’applique aussi bien devant les juges civils que commerciaux.
* **Sanction des engagements pris** : Le code de commerce ne contient aucune disposition générale permettant de sanctionner l’exécution d’un contrat : ce sont les dispositions du CC qui s’appliquent. En cas d’inexécution, le CC prévoit différentes formes de sanctions : art 1184 : Le juge peut prononcer la résolution du contrat ou résiliation. Il peut également forcer à exécuter le contrat (exécution forcée). Le juge ne peut cependant pas s’immiscer dans le contrat pour en modifier son économie. Le droit commercial fais la plupart du temps application de l’art 1184 du CC mais envisage différemment la sanction : essaie de parvenir à l’exécution du contrat en passant même par une modification de celui-ci. Utilise 2 techniques spécifiques :
  + La réfaction du contrat : basé sur fondement juridique incertain. Faculté laissée au juge de ne pas prononcer la résolution du contrat en cas d’inexécution partielle : s’immisce dans le contrat pour en diminuer le prix pour qu’il corresponde à l’obligation accomplie. S’applique aux contrats de vente, de prestations de services. La diminution du prix relève de l’appréciation souveraine des juges.
  + La faculté de remplacement : Fondement dans le CC 🡪 art 1144 : obligation de faire ou de ne pas faire. Le créancier peut, en cas d’inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l’obligation aux dépens du débiteur : en droit commercial, mise en œuvre particulière. Pour la doctrine, fondement dans l’usage commercial. Reçoit application en cas d’inexécution totale des engagements pris. Permet à un acheteur qui n’a pas reçu en temps utile les biens commandés de se les procurer auprès d’un autre vendeur et cela aux frais de la partie défaillante. En matière commerciale, cette faculté de remplacement reçoit application sans l’intervention du juge. Faculté de remplacement rendue délicate : le commerçant défaillant peut être amené à contester les frais mis à sa charge. Cette faculté ne peut jouer que pour des biens déterminés : les biens fongibles

**Paragraphe 3 : L’extinction des actes de commerce**

Dans 2 matières : paiement et prescription.

* **Règles de paiement** : commerçant ont besoin d’être payé le plus rapidement possible les sommes qui leurs sont dues. Le droit commercial fait en sorte que les paiements soient exécutés le plus rapidement. Tout d’abord, Certains textes interdisent les délais de paiement : art L511-81 du code de commerce : en cas de non-paiement d’une lettre de change, aucune prorogation de délai ni légal ni judiciaire n’est admise. Les règles de l’anatocisme : posé par le CC : art 1154 du CC dit capitalisation des intérêts : les partis peuvent dans un contrat les liants prévoir que les intérêts échus d’une somme d’argent seront capitalisés de sorte qu’il produiront à leur tour des intérêts. Conditions générales :
  + Clause écrite insérée dans le contrat
  + La capitalisation ne peut pas être inférieure à une durée d’un an.

Le droit commercial ne respecte pas toujours cela : il admet que la capitalisation des intérêts puisse jouer en l’absence de clause contraire et permet de retenir une période de capitalisation inférieure à 1 an. Cela incite les commerçants à régler le plus vite possible les sommes à régler à leurs créanciers. Le droit commercial permet aux créanciers impayés de faire ouvrir contre leurs débiteurs une procédure dite collective. Pour qu’une procédure collective soit ouverte, la loi pose des réglementations strictes : le débiteur est dans l’impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible : ne peut faire face à ses dettes : procédure de liquidation judiciaire est ouverte.

* Les règles de prescription : Prescription acquisitives et extinctives : ici, on s’intéresse aux extinctives : permet au débiteur d’être libéré de son obligation après l’écoulement d’un certain délai.
  + En droit civil, l’art 2224 dit que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par 5 ans à compter du jour ou le titulaire d’un droit a connu ou aurait dû connaitre les faits lui permettant de l’exercer.
  + En droit commercial : art L110-4 dispose que les obligations nés à l’occasion de commerces entre commerçant se prescrivent par 5 ans, si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes. Désormais, le délai est le même pour le civil et le commercial. Aujourd'hui, cette unification n’est pas totale : Le délai de l’art L110-4 n’est pas d’ordre public : commerçants peuvent l’allonger ou le diminuer sans limites Le délai en civil ne peut pas être réduit à moins d’un an et augmenté à plus de 10 ans. Le champ d’application du délai de prescription en matière commerciale est très large : obligation entre commerçants légales ou contractuelles. En matière commerciale, il existe de nombreux textes qui prévoient des délais différents. Ex : art L145-60 : baux commerciaux : actes intentés seulement 2 ans.

**Paragraphe 4 : le rapprochement de régime des actes de commerce et des actes civils.**

Le législateur a tendance à soumettre les actes de commerce et les actes civils au même régime juridique.

* Les règles de la mise en demeure : Pendant longtemps différentes : les règles de la mise en demeure pouvaient se faire par tout moyen. En civil, c’était réglementé (par acte huissier. Désormais identiques pour civil et commercial depuis 1991 : peut résulter de simple lettre dès lors que ressort une interprétation suffisante.
* Stipulation des taux d’intérêts : aujourd'hui de même manière en civil et commercial. Auparavant, plus élevé en matière commerciale. Aujourd'hui commun aux deux.
* Obligations formelles communes : cautionnement. La loi et parfois la jurisprudence applique les mêmes règles sans se soucier de leur nature juridiques dès lors que ces actes sont accomplis par un professionnel. C’est la qualité des personnes qui importe ici.

1. **Le régime juridique des actes conclus en présence d’une seule partie commerçante :**

Les actes conclus entre un commerçant et une personne non commerçante sont des actes mixtes. C’est le cas de l’achat d’un consommateur chez un commerçant. Un acte peut être mixte même si accompli par deux commerçant si l’un des deux agit à des fins privées. Certains actes ne peuvent jamais être des actes mixtes : lettre de change

Les actes mixtes sont soumis à un principe de distributivité. Ce principe se heurte à des exceptions.

**Paragraphe 1 : Le principe de distributivité :**

Aboutit à ce qu’il faut appliquer : le droit commercial pour la personne commercial et le droit civil pour la personne civile. Chacune des parties est soumise à son droit naturel. Dans certains cas, application particulière :

* En matière de compétence des juridictions : modifie les règles classiques de compétence matérielle : distinction selon la qualité du défendeur au procès : lorsque le défendeur est une personne civile : tribunal civil uniquement si inverse, tribunal commercial ou civil.
* Lorsqu’une personne non commerçant veut prouver l’existence d’un acte de commerce fait pas un commerçant, elle peut le faire par tout moyen sans respecter l’art 1341 du CC. A l’inverse, lorsque le commerçant entend prouver le contenu d’un acte juridique fait pas un non commerçant, doit respecter règles de preuve du droit civil.
* Le principe de distributivité s’applique en cas de solidarité et d’anatocisme
* Le principe de distributivité s’applique à propos des clauses attributives de compétences matérielles. Il est possible dans un acte mixte d’insérer une clause donnant compétence au tribunal de commerce en cas de litige 🡪 Dans ce cas, la jurisprudence fait une distinction : lorsque le non commerçant est demandeur, la clause doit s’appliquer car dans ce cas, le non commerçant a accepté la clause et donc renoncer à la compétence civil.

**Paragraphe 2 : les exceptions au principe de distributivité :**

Dans certains cas, la mise en œuvre est difficile : législateur fixe un principe unitaire : il ne crée pas de règle nouvelle, il applique aux actes concernés soit le droit civil soit le droit commercial.

* Domaine militaire : incohérence d’appliquer 2 régimes de prescriptions : art L110-4 du code de commerce dispose que les obligations nés de leur commerce entre commerçant et non commerçants sont prescris par 5 ans. Ce délai ne peut pas être modifié : la loi précise (code de consommation) que les parties à un contrat entre professionnel et consommateur ne peuvent, même d’un commun accord ni modifier le délia de prescription ni ajouter aux preuves de celui-ci.
* Clauses attributives de compétence territoriales : clauses interdites dans les contrats mixtes
* La jurisprudence n’admet pas la validité des clauses compromissoires dans les actes mixtes professionnel/non-professionnel.

CCL : aujourd'hui, le régime des actes mixtes évolue sous l’effet des lois de la consommation : ignore distinctions traditionnelles entre actes civils et de commerce et celles entre commerçant et on commerçant pour préférer nouvelle distinctions : professionnels et non professionnels de sorte que le régime des actes mixtes se trouve soumis à des règles propres.

Le droit à l’égard de certains actes est rendu difficile : en effet, un même acte juridique peut être soumis uniquement aux règles du droit civil mais peut également relever du droit commercial.

Par ailleurs, le même acte peut relever du régime des actes mixtes. Enfin, par application du droit de la consommation, il peut relever de règles spécifiques.

* Cela ne fait pas disparaitre les règles applicables aux actes mixtes. Ex : si certains contrats relèvent du droit de la consommation, le droit de la consommation a vocation à s’appliquer mais pour autant, il peut être qualifié d’acte mixte et relever de règles qui régissent de telles actes.

**Titre 2 : Les commerçants :**

Le droit commercial n’est pas seulement le droit applicable aux actes de commerce. Il s’agit également du droit applicable aux personnes qui accomplissent généralement de tels actes. C’est le droit rendu applicable aux commerçants. Sur le plan historique, c’est d’abord comme un droit applicable au commerçant qu’était reconnu le droit commercial.

**Chapitre 1 : Les personnes ayant la qualité de commerçant**

Terme de commerçant à double sens : à la fois des personnes physiques (commerçants individuels) et des personnes morales (sociétés commerciales). Ces 2 catégories constituent les seuls sujets du droit commercial. L’étude des commerçants est destinée à faire comprendre les distinctions entre commerçant et non commerçant.

1. **Les commerçants personnes physiques**

Exercer activité commerciale sous une forme individuelle est la forme la plus simple d’exercice du commerce. Aucune structure juridique particulière aucun groupement de personne et aucune mobilisation de capitale obligé.

70% des commerçants font partie de cette catégorie.

Déterminer la qualité de commerçant d’une personne physique est essentielle car mène à des applications de règles spécifiques. On compare les commerçants personnes physiques aux artisans : exercent des activités identiques dans des conditions semblables.

**Paragraphe 1 : La notion de commerçant :**

D’après art L121-1 du code de commerce : *« Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ».* Respect de 2 conditions cumulatives : nature des actes réalisés et finalité des actes accomplis : il faut en faire une activité habituelle. La jurisprudence y ajoute le fait que les actes de commerce soient accomplis de manière indépendante.

1. **L’exercice des actes de commerce :**

Actes de commerce par la forme. La jurisprudence considère que les actes de commerce ne peuvent pas être des actes de commerce par la forme car les juges estimes que l’accomplissement de ces actes par la forme n’est pas constitutif d’une activité. La signature de plusieurs lettres de change pour un artisan ne lui confère pas la qualité de commerçant.

Par ailleurs, la jurisprudence considère que les actes de commerce par accessoire ne sont pas visé par l’art 121-1 : les exclu.

L’auteur des actes accomplis doit être commerçant

* Uniquement des actes de commerce par nature. Par exception, certaines personnes peuvent être considérées comme commerçantes alors qu’elles ne réalisent pas des actes de commerce par nature : la loi donne la qualité de commerçant a certains associés de sociétés commerciales/ Certains textes précisent que les associés en nom collectifs et les associés commandités sont commerçants. Les associés des autres formes de sociétés ne sont pas commerçants.
* Certaines personnes peuvent exercer des actes de commerce sans exercer l’activité de commerçant : artisan : dès lors que l’activité commerciale est civile.

1. **Les actes de commerces exercés de manière habituelle :**

A titre de profession habituelle. On comprend la profession habituelle en 2 termes :

* Profession : Non défini par le code du commerce. Pour les juges, c’est l’idée d’accomplir une tâche pour se procurer les ressources nécessaires à son existence. Le terme revenu ne signifie pas que la personne doit tirer uniquement ses revenus d’une activité commerciale. Il faut qu’il tire des revenus, même pour partie.
* Habituelle : la loi ne définit pas le caractère habituel : répétée. Non définie par la loi.
* Ces deux conditions sont cumulatives.
* La jurisprudence y ajoute que la réalisation de professions commerciales à titre habituel doit être d’une indépendance juridique. Il faut agir en toute indépendance juridique. Il faut agir en son nom personnel. Cette exigence est importante car permet de comprendre pourquoi certaines personnes n’ont pas la qualité de commerçants : les salariés ne sont pas les commerçants : ils exercent leurs missions dans un lien de subordination par rapport à une autre. La plupart des dirigeants de société commerciales n’ont pas non plus la qualité de commerçant 🡪 agit au nom et pour le compte de la société qu’il dirige, par exemple pour les SARL. Sur le plan strictement juridique.
* Pour être commerçant, il faut répondre aux 3 restrictions légales. Le fit d’appartenir au registre des sociétés, d’être inscrit sur les listes électorales des tribunaux de commerce… Sont des conditions insuffisantes pour considérer qu’une personne est commerçante.
* En cas de litige, il appartient aux juges du fonds d’apprécier si les conditions légales sont réunies sous le contrôle de la CK. Ch. Commercial : une personne qui achète des véhicules automobiles pour les revendre a-t-il la qualité de commerçant ? Ici, 4 opérations faites 🡪 commerçant car les actes accomplies sont des opération d’achat pour revendre. Les juges relèvent ici que ces opérations n’étaient pas destinés à un usage personnel mais à titre de profession habituel.

**Paragraphe 2 la distinction du commerçant et de l’artisan :**

Difficile distinction. Les commerçants relèvent du droit du commerce, les artisans relèvent du droit civil.

La distinction est complexe car les secteurs d’activités sont identiques, les entreprises sont de forme similaire, avec le même matériel.

1. **Définition de l’artisan**

Loi du 5 juillet 1996 plusieurs fois modifié mais qui régit toujours le statut d’artisan. Elle est complétée par 2 décrets du 2 avril 1998. L’art 19 de cette loi définit les artisans comme *« personnes physiques ou morales qui n’emploient pas plus de 10 salariés et qui exerce à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service et figurant sur une liste établie par décret en CE ».* 🡪 Définition pour la doctrine est plus administrative que juridique car inséré dans un article régissant l’immatriculation au répertoire des métiers.

Artisan :

* Personne qui exerce un travail manuel (chirurgien, boulanger…), c’est-à-dire qu’un nombre trop grand de machine ne peut mener à la qualité d’artisan.
* C’est une personne qui exerce son activité en toute indépendance
* Exerce une activité qui consiste à produire, transformer, réparer ou effectuer des prestations de service. Ces activités ne sont pas spécifiques aux activités artisanales, sont une condition. Les commerçants peuvent également les exercer.
* N’emploie qu’un petit nombre de salarié : 10 maximum, aujourd'hui discuté car seulement pour des questions d’immatriculation au registre des métiers. En réalité, une personne pourrait engager plus de 10 salariés et effectuer une activité artisanale. La loi est ambigüe et permet aux artisans qui réembauchent de rester artisans.
* L’artisan est encore une profession qui tire des bénéfices de ses activités personnelles : ne spécule pas sur la main d’œuvre des salariés (ne doit pas se contenter de faire exécuter son travail par les salariés) ni sur les marchandises (ne doit pas se contenter d’effectuer des actes de commerce) (CK)
* Il faut qu’il figure sur une liste fixée par décret : alimentation, bâtiment, fabrication, service.

Ex : Boulanger, vendre du pain peut être commerçant ou artisan : celui qui fabrique le pain relève de l’artisanat. En revanche, celui qui achète le produit pour le revendre en le cuisant est commerçant.

1. **Statut propre de l’artisan**

Socle commun de règle avec les commerçants.

Les artisans sont soumis aux règles du droit civil : preuve, juridictions… De plus, sont encadrés par un code de l’artisanat.

De plus, les artisans doivent respecter certaines conditions précises pour pouvoir exercer leur activité : qualification professionnelle précise. Ils ont une obligation d’immatriculation au répertoire des métiers.

La loi distingue aujourd'hui artisan, maitre d’artisan et artisan d’art.

Leur organisation professionnelle est différente de celle de commerçant : il y a syndicat, regroupement par métier.

Règles communes : le législateur rapproche les professions en les soumettant aux mêmes règles. Ex : sur le modèle du fonds de commerce, ont un fond artisanal qui peut être donné en location, en nantissement ou être vendu. Il existe également aujourd'hui le bail commercial. Ils sont également soumis aux incapacités professionnelles, aux règles de nationalité, relève du droit des entreprises en difficulté.

Ex : problème de jurisprudence pour savoir si activité commerciale ou artisanale : 11 mars 2008 : situation où un salarié a démissionné de ses fonctions, puis s’installe en qualité de plombier chauffagiste. Son ancien employeur estime que cette activité est constitutive de concurrence déloyale : il engage une action devant le tribunal de commerce et l’ancien salarié conteste la juridiction 🡪 pour lui c’est un TGI de statuer car artisan. La chambre commerciale considère une activité artisanale car travaillait seul sans l’aide d’une main d’œuvre interne ou externe. L’activité prépondérante était en effet de production, de transformation et de prestation de service : c’est une activité artisanale. Par la suite, ils estiment qu’il était établi qu’il tirait l’essentielle de sa rémunération de telles activités. Les opérations d’achat pour revendre de marchandise représentait pour lui l’équivalent de 5% de son résultat d’exploitation.

1. **Les commerçants personnes morales :**

Possible d’exercer une activité commerciale sous forme individuelle mais le droit français permet également d’exercer une telle activité en créant une personne morale. A des avantages :

* Il peut pour cela mobiliser des capitaux.
* La création d’une personne morale permet d’affecter une partie de son patrimoine à l’exercice d’une activité commerciale.
* De plus, cela a pour avantage la transmission des entreprises.
* Moyen qui permet aux personnes qui créent la société de bénéficier d’intérêt : statut d’associer, de salarié.

2 questions se posent : les conditions pour créer une société et savoir comment distinguer les sociétés commerciales des sociétés civiles.

**Paragraphe 1 : la création des sociétés commerciales**

La loi donne la définition des personnes morales art 1832 du CC : *«  la société est instituée entre 2 ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d’affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l’économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée dans les cas prévus par la loi par l’acte de volonté d’une seule personne. Les associés s’engagent à contribuer aux pertes ».*

2 conditions s’en dégagent :

* Existence d’un contrat
* Réunion d’un certain nombre d’élément constitutifs.
* Si ces éléments sont réunis, la société peut obtenir la personnalité morale.

1. **Le contrat de société.**

Une société est un contrat. La création de toute société suppose de respecter les conditions de droit commun des contrats. Il faut que les parties au contrat de société aient une pleine et entière capacité juridique, qu’ils donnent leur consentement au contrat et que la société ait un objet et une cause.

Un mineur peut-il être associé ? Tout dépend de la forme de la société : si les associés sont commerçants, le mineur ne peut pas être associés, ne peut être partie au contrat de société.

Il faut respecter des conditions particulières par l’art 1832 qui pose 4 conditions cumulatives :

* **Que les personnes se regroupent** : au moins 2 personnes : assez large, aucun lien particulier n’est exigé. Il n’est pas nécessaire d’être préalablement commerçant. Les personnes morales peuvent créer d’autres personnes morales. Il existe parfois des règles différentes où le nombre d’associé doit être supérieur à 2 🡪 au moins 7 pour être côté en bourse. Il arrive qu’une seule personne puisse créer une société : EURL.
* **Qu’elles affectent à une entreprise des biens ou une industrie** : Doivent réaliser des apports. Constitue le patrimoine initial de la société et constitue le capital social qui constitue le gage des créanciers. Ce capital social est divisé en parts sociales ou actions proportionnels au montant de son rapport. La création de certaines sociétés suppose la réunion d’un capital social minimum : pour créer une société anonyme, au minimum 37 000€. Pour les autres, aucun apport minimal. 3 formes d’apports :
  + **En numéraire**: engagement à verser une somme d’argent à la société à constituer
  + **En nature**: Autre qu’en argent
  + **En industrie**: mettre à la disposition de la société son activité. Ces apports sont soumis à un régime juridique particulier. Impossible pour les sociétés anonymes.
* **Que les associés s’engagent à contribuer au résultat** : S’engage à participer aux bénéfices, économies et pertes. Peuvent prendre la forme d’avantages financiers ou matériels. Contribuer aux pertes veut dire supporter les pertes de celle-ci. Au contraire, en cas de bénéfice, des dividendes sont reversés. Lorsqu’il s’agit d’une société à responsabilité limitée, les associés s’engagent dans la limite de leurs apports. Lorsque la société est dite à responsabilité illimitée (en nom collectif) a un caractère commercial, la responsabilité des associés et indéfinie et solidaire. Ils peuvent être poursuit sur la totalité de leur patrimoine.
* **Que soit démontrée l’existence d’un affectio societatis** : Intention des associés de collaborer à une entreprise commune. Cet affectio societatis est discuté par la doctrine : demande de le supprimer. Cependant, en jurisprudence, il constitue un élément essentiel du contrat de société. Les juges sont amenés à considérer qu’une société existait ou non en fonction de l’existence de cet affectio societatis : 1ère ch. Civ. 20 janvier 2010 🡪 2 concubins souscrivent en qualité de co-emprunteur un emprunt pour construire une maison sur un terrain appartenant à l’un des deux : séparation, vente de maison et l’un conserve l’intégralité du prix de vente : l’autre souhaite en obtenir la moitié, refuse : celui qui veut moitié argumente qu’ils ont société créée de fait : ici, CA reconnait société créée de fait, cassé par CK car aucun affectio societatis donc aucune société.

1. **L’acquisition de la personnalité morale**

Lorsque les éléments constitutifs se trouvent réunis, la société n’existe pas encore : simple contrat. Procédure particulière : immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS). Art 1842 du CC : personnalité morale à compter de cette immatriculation.

La société immatriculée a alors une pleine et entière capacité juridique. Une société est une fiction juridique, elle n’a pas d’existence concrète. Les sociétés sont représentées uniquement par des dirigeants sociaux : société à responsabilité limitée : plusieurs gérants

La personnalité est individualisée pour chaque société : chacune a un nom, un domicile (siège social), une nationalité : la nationalité correspond à celle du pays où est situé le siège social, toute société possède un patrimoine et enfin,

* Peut engager sa responsabilité dans les conditions du droit commun : en elle-même, ne peuvent commettre de faute, ce sont les dirigeants qui font des fautes : la personne morale répond des fautes du dirigeant.
* Elles engagent également leur responsabilité pénale : art L121-2 du CP dispose
  + qu’une personne morale est pénalement responsable pour les infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. Elles ne peuvent être emprisonnées, le droit pénal s’adapte alors : amende, cessation d’exercice, fermeture temporaire. Aujourd'hui, les personnes morales peuvent être pénalement condamnées pour toutes infractions.
  + Si c’est un dirigeant qui se sert de la société pour une infraction : argent pour usage privé : jusqu’à 5 ans d’emprisonnement pour ce dernier.
  + Enfin, le droit pénal permet de cumuler la responsabilité de la personne morale avec celle des personnes physique (dirigeants sociaux).

**Paragraphe 2 : les sociétés civiles**

Lorsqu’une personne décide de créer une société, elle peut en choisir la forme parmi plusieurs. Le droit français distingue des différentes formes de sociétés en fonction de différentes formes de caractéristiques communes.

Distinction de sociétés civiles et commerciales. Elle résulte de l’articulation de 2 textes :

* Art 1845 al.2 du CC : *« On un caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n’attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature ou de leur objet ».*
* Art L210-1 du cocom : *« le caractère commercial d’une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Son commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet : les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par action ».*
* A la lecture de ces 2 textes, distinction simple. Dès lors qu’une personne créer une société et qu’elle choisit l’une des formes mentionné à l’art L210-1 🡪 société commerciale, sinon, si pas dans la liste, elle créer une activité civile ou commerciale selon la nature de l’activité.
* En réalité, plus complexe : le législateur rend la distinction plus difficile :
  + Il permet depuis 1990 de créer des sociétés commerciales par la forme pour exercer une activité civile : compétence des tribunaux civils.
  + Aujourd'hui, il est possible de créer des sociétés d’exercice libéral à forme anonyme.
  + Le critère déterminant entre civil et commercial repose sur la nature de l’activité exercée. Il s’agit donc de déterminer l’activité.

Aujourd'hui, le législateur soumet les sociétés civiles et commerciales aux mêmes règles : Doivent être immatriculées, publicité, dirigeants sont responsables de la même manière.

**Chapitre 2 : Le statut personnel de commerçant.**

Les professions commerciales sont des professions dont l’exercice est très réglementé. Réglementation de 2 manières :

**I- L’accès à la profession de commerçant**

2 idées opposées régissent cette question :

* Principe général du commerce et de l’industrie
* Stricte réglementation de la profession

**Paragraphe 1 : Le principe de la liberté du commerce et de l’industrie**

Principe par l’art 7 de la loi de 1791 : Décret d’Allarde : *« il sera libre à toute personne de faire des négoces ou d’exercer telle profession, art ou métier qu’elle trouvera bon ».* Le conseil constitutionnel l’a consacré comme valeur constitutionnelle en 1982, le CE en a fait une liberté public en 1960, arrêt Marcial de la boulée.

En France, liberté d’entreprendre. Cette liberté permet également à tout entrepreneur une liberté totale d’exploitation : organisation, gestion, fabrication, distribution. De ce principe découle le principe de liberté de la concurrence. Aujourd'hui, droit de la concurrence est régit par le cocom : art L410-1 et suivants. Conseil constitutionnel régulièrement saisit pour savoir si nouveaux textes ne sont pas contre liberté du commerce et de l’industrie (valeur constitutionnelle).

**Paragraphe 2 : Les restrictions de la liberté du commerce et de l’industrie**

Malgré l’affirmation très large du principe, l’accès à la vie commerciale est réglementée. Les limites sont de 2 ordres :

**A- Limités liées à la personne même du commerçant**

4 limites :

* Capacité : 2 catégories
  + Mineurs : Art 121-2 cocom : mineur émancipé peut être commerçant si autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d’émancipation ou président du TGI si formulation de la demande après. Un mineur non-émancipé ne peut ni directement ni indirectement avoir d’activité commerciale. La loi permet toutefois aux mineurs de 16 ans révolus avec autorisation des 2 parents qui exercent en commun l’autorité parentale ou par l’administrateur légale avec l’autorisation du juge des tutelles, d’accomplir seul les actes d’administration nécessaire pour la gestion d’une entreprise à responsabilité limitée ou société unipersonnel.
  + Majeurs protégés : le cocom est silencieux sur le point 🡪 règle du CC.
    - Pour ceux sous sauvegarde de justice, peuvent être commerçants, conservent l’exercice de leurs droits.
    - Pour les majeurs sous curatelle, aucune interdiction, peuvent être commerçants. Cependant, doivent respecter le régime d’assistance applicable.
    - Sous tutelle : ne peuvent être ni directement ni indirectement commerçant : art 509 CC.
* Nationalité :
  + Jusqu’à présent : art 122-1 cocom et art L313-10 du code de l’entrée du séjour des étrangers et du droit d’asile régissait la question de la nationalité. Distinction selon que le résident étranger résidait ou non sur le territoire français pour exercer son activité.
  + Modification par loi du 2 janvier 2014 : abroge l’art L122-1 et L122-2 du cocom : jusqu’alors, les étrangers qui ne résidaient pas en France mais y exerçaient leur activité devait faire une déclaration d’activité 🡪 supprimé : aujourd'hui, doivent obtenir une autorisation.
  + Le ressortissant étranger doit notamment justifier d’une activité économiquement viable et compatible avec la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique.
  + Il doit également respecter les obligations imposées aux nationaux.
  + La loi étend également aux étrangers qui souhaitent exercer une activité par l’intermédiaire d’une personne morale, l’autorisation doit également être obtenue.
  + Plus largement, les textes précises que l’étranger doit justifier d’une autorisation lorsqu’il aura le pouvoir de gérer, administrer une société.
  + **Certain nombre d’exceptions**:
    - ne s’applique pas aux ressortissants européens
    - Certaines autorisations pour les membres européens et le l’EEE
    - Dispenses par traités internationaux : Suisse, Algérie.
    - Aucune autorisation pour personnes titulaires d’une carte de résident.
    - Cas de dispenses particulières : carte compétence et talents
* Règle d’incompatibilité : Plusieurs textes interdisent aux personnes exerçant certaines professions de la cumuler avec une activité commerciale :
  + Fonctionnaires et agents publics : règle absolu pendant longtemps : aujourd'hui, introduction d’exceptions : depuis la loi du 2 février 2007 : incompatibilité maintenue mais dérogations :
    - Des décrets peuvent autoriser les fonctionnaires et agents publics à exercer à titre accessoire une activité privée dès lors qu’elle est compatible avec la fonction publique : possibilité d’exercer une activité en tant qu’auto-entrepreneur.
    - Permet à tous fonctionnaires de créer ou reprendre une entreprise : autorisation pour 2 ans avec prolongation d’un an supplémentaire possible.
    - Fonctionnaires à temps partiel peuvent exercer une activité privée lucrative.
  + Parlementaires : posé par le code électoral dans certains cas : Art L146 : incompatible avec
    - Fonction de dirigeants d’une société qui bénéficie d’avantages versés par l’Etat
    - Société dont l’activité consiste en l’exécution de travaux dont elle doit être autorisée par l’Etat
  + Officiers ministériels
  + Professions libérales : avocat, notaires, médecin… Les règlements de ces professions posent souvent ces interdictions, à quelques exceptions : Ex : avocat incompatible avec activité commercial et industriel mais parfois dérogation.
* Certains textes de nature pénale sanctionnent le non-respect des incompatibilités. Cependant, ils restent rares et visent des hypothèses particulières : CP réprime la prise illégale d’intérêt : personnes chargées de missions de service public peuvent alors être sanctionné dès lors qu’ils se sont mis au service d’une société commerciale alors que dans l’exercice de leur fonction, ils ont traité avec celle-ci.

Les autres sanctions encourues sont de nature disciplinaire par les règlements professionnels en prévoyant des sanctions allant de la simple interdiction temporaire d’exercer à l’interdiction définitive. Ex : avocat avec règlement de 1991 : si un avocat de respecte pas ces règles, sanction disciplinaires : avertissement, blâme, interdiction temporaire, radiation du barreau des avocats.

Enfin, les dernières sanctions sont de nature commerciale : mène à acquérir la qualité de commerçant de fait 🡪 permet de lui appliquer les règles contraignantes du droit commercial et ne peut alors se prévaloir du fait qu’il n’est pas commerçant pour avoir des règles favorable. Il en est de même pour ceux qui souhaiteraient faire valoir les règles du droit commercial pour qu’elle lui soit favorable (liberté de la preuve).

* Interdictions professionnelles : Il s’agit de sanctionner certains comportements fautifs en privant leurs auteurs de la possibilité d’être commerçant : loi du 4 août 2008 : Aujourd'hui, la loi fait de l’interdiction d’exercer une activité commerciale une peine complémentaire : peine facultative laissée à la liberté des juges. Auparavant, l’interdiction jouait avec le prononcé d’une peine. Aujourd'hui, le juge ne peut prononcer l’interdiction que si la loi le prévoit. Lorsque les juges décident de prononcer cette peine. Cette interdiction a un champ d’application très large :
  + La personne ne peut plus exercer une profession commerciale ou industrielle, diriger, administrer, gérer, contrôler à titre quelconque pour son propre compte ou celui d’autrui une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Les juges peuvent se prononcer à titre définitif ou pour une durée limitée ne pouvant excéder 15 ans.
  + Violation d’interdiction peut mener à 2 ans d’emprisonnement et 30 000€ d’amende.
  + La loi de 2008 fait de l’interdiction d’exercer une peine alternative de l’art L131-6 du CP : permet au juge de prononcer à la place d’une peine d’emprisonnement d’autres peines alternatives. Ne peut alors excéder 5 ans.
  + Il existe également des interdictions d’exercer du commerce pour les personnes aillant commis des infractions : faillite personnelle 🡪 leur interdit désormais d’exercer une activité commerciale. Interdiction de 15 ans au plus. Si les juges ne souhaitent pas prononcer la faillite personnelle, ils peuvent donner une simple interdiction de gérer.
  + Les interdictions peuvent avoir une origine fiscal : code général des impôts art 1750 permet au juge de prononcer une interdiction à l’encontre des personnes ayant commis une infraction au paiement des principaux impôts. : c’est une peine complémentaires/facultative. Ne peut alors être supérieur à 3 ans.

**B- Restriction liée à l’activité**

On parle parfois :

* D’activités interdites : Toutes les activités contraires à l’ordre public, aux bonnes mœurs, à la santé publique sont interdites. Figurent généralement dans les textes : art L22-37 du CP 🡪sanction de 10 ans d’emprisonnement et 7,5 millions d’euros d’amendes le transport, la détention, l’offre, l’acquisition ou l’emploi illicite de stupéfiants. La jurisprudence considère également que certaines activités doivent être interdites sur des principes généraux : respect de la dignité humaine : CE, 1995, Morsang-sur-Orge. Souvent pénalement sanctionné
* Soumis à monopole d’Etat : pour la protection d’intérêts économiques, sociaux… Tabac, allumette, fourniture d’électricité et de gaz, jeu de hasard, distribution de courrier était et continuent pour certaines à être sous monopole d’Etat. Peuvent aujourd’hui pour certaines s’exercer par l’intermédiaire de personnes privée (SA). De plus, ces monopoles tendent à disparaitre par des privatisations ou sous l’effet du droit communautaire : exige que l’Etat permette à d’autres personnes privées d’exercer ces activités. Règles complexes et variables en fonctions des activités :
* Système à autorisation : porte atteinte au principe du commerce et de l’industrie : autorisations peuvent prendre des formes variées : autorisation, licence, agrément… Peuvent émaner de différences autorités : ministériel, préfectoral, municipal, par des organismes spécialisés : transports routiers, exploitation d’un débit de boisson, activités bancaires, installations présentant un risque pour l’environnement… Figure également l’implantation ou extension de grande surface de vente. Ont été créées par une loi de 1973 des commissions spécifiques qui délivrent les autorisations dans chaque département pour l’aménagement commercial. Ces commissions doivent être saisies pour les personnes qui désireraient créer ou étendre une surface de vente supérieure à 1000m². Cela était à la base guidé par l’idée de contrôler pour éviter la disparition des petits commerçants.
* Avec qualification professionnelle précise : Loi 1996 : l’exercice de certaines activités se trouve soumis à l’exercice de compétence ou qualification professionnelle. Avant, la plupart des activités commerciales pouvaient être exercées librement : aujourd'hui, elles supposent que les personnes qui les exercent aient des qualifications professionnelles précises. On dit souvent que cette loi concerne les activités artisanales : en réalité, elle concerne toutes les activités, toute entreprise quel que soit leur statut et leurs caractéristiques : entretien de véhicule et machine, entretien des bâtiments, produits frais. Décret du 2 avril 1998 précise les qualifications précises exigées :
  + Etre titulaire soit d’un CAP soit d’un BEP soit d’un titre ou diplôme homologué de niveau égal ou supérieur. Toutefois, le législateur permet aux personnes qui n‘auraient pas de tels diplômes dès lors qu’elles peuvent justifier d’une compétence professionnelle de 3 années acquise sur le territoire français ou de l’UE ou de l’EEE en qualité de travailleur indépendant, salarie ou dirigeant d’entreprise. Les ressortissants de l’UE peuvent exercer librement une activité commerciale en France s’ils remplissent les conditions de la législation française. La loi réprime pénalement tous ceux qui exercent ou font exercer la profession visée sans compétence 🡪 les sanctions vont de l’amende (7500€) jusqu’à la fermeture de l’établissement pour une durée de 5 ans maximum. Les personnes morales peuvent être sanctionnées.

**II- Les obligations des commerçants**

Ces obligations peuvent avoir différentes origines : par exemple, le code de la consommation est strict pour l’affichage des prix. Le code de la consommation impose de nombreuses obligations. Concernant strictement le droit commercial : impose le respect de 2 obligations générales pour les commerçants :

**Paragraphe 1 : S’immatriculer au RCS**

C’est l’état civil des commerçants. Crée par une loi de 1919 puis modifié plusieurs fois. Elles figurent aujourd'hui aux arts L123-1 et suiv du cocom.

1. **L’organisation du RCS :**

Il existe 2 catégories de RCS :

* RCS local : tenu par les greffes des tribunaux de commerce : contient la liste des commerçants et des informations les concernant.
* RCS principal : celui qu’on désigne principalement : contient la liste des commerçants et des informations les concernant. Il s’agit du RCS tenu par l’INPI : institut national de la propriété industrielle : regroupe tous les doubles des déclarations faites auprès des greffes locaux

1. **Immatriculation :**

Donne liste de personnes tenus à s’immatriculer art L123-1 du cocom :

* Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant même si elles sont tenues à immatriculation au répertoire des métiers.
* Les sociétés et groupements d’intérêts économiques : ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morales.
* Sociétés commerciales dont le siège est situé hors d’un département français et qui ont établissement dans un de ces départements
* Les EPIC
* Les autres personnes morales dont l’immatriculation est prévue pas des dispositions législatives ou règlementaires
* Représentations commercial ou agences commercial des Etats, collectivité ou EP étrangers établi dans un département français.
* Les associations ne sont pas concernées.
* Immatriculation auprès du greffe du TGI dans le ressort duquel est l’entreprise commerciale
* Les personnes tenues de s’immatriculer et qui ne le font pas encourent des sanctions : y être contrainte par les juges, sanctions qu’après cette contrainte si toujours rien de fait.

1. **Modalités d’immatriculation :**

C’est au commerçant, personnes physique, dirigeants sociaux ou mandataire de procéder à l’immatriculation au RCS : la procédure est organisée de la manière suivante :

* Doit remplir un dossier d’immatriculation : informations sur le commerçant lui-même ou l’activité (statut de l’activité, frome qu’elle prend).
* Le dossier doit être transmis au centre de formalité des entreprises : se trouve auprès des chambres de commerce et d’industrie qui par la suite transmet le dossier au greffe du tribunal de commerce. Lorsque le greffe est saisit, il doit procéder à l’immatriculation dans le délai d’un jour ouvrable suivant la demande.
* La loi pose un délai précis pour s’immatriculer : délai d’un moi qui précède le début de l’activité. A défaut, le peuvent dans un délai de 15 jours qui suit l’activité. Les personnes morales n’ont aucun délai mais y ont intérêt pour acquérir la personnalité morale.

1. **Le contrôle de l’immatriculation :**

Par un greffier et par le tribunal de commerce. Le greffier n’a qu’un rôle de contrôle formel, il s’assure que les informations ont été communiquées mais ne vérifie pas l’exactitude des informations. S’il manque des informations, il peut refuser l’immatriculation. Le juge du tribunal du commerce est chargé de surveiller le RCS. Le juge a des pouvoirs importants :

* Astreindre les personnes à s’immatriculer si elles ne l’ont pas fait
* Tranche les différends pouvant opposer les déclarants et le greffier
* Radier les commerçants du RCS.

Lorsqu’une personne est immatriculé, a un numéro d’immatriculation. Ce numéro est qualifié de numéro SIREN attribué par l’INSEE pour des études statistiques. Il doit être complété par d’autres numéros : numéro SIRET. Permet d’avoir accès aux informations les concernant.

Ce numéro d’immatriculation est essentiel : c’est un moyen qui permet d’accéder aux informations de manière public : toute personne peut obtenir des extraits, des copies, des des certificats des informations mentionnées au RCS.

Les commerçants ont l’obligation de faire figurer leur numéro d’immatriculation sur les documents de la société sous peines de sanction pénale.

1. **Les effets de l’immatriculation :**

Effets différents pour les personnes physiques et morales :

* Personnes physiques : ne leur confère pas la qualité de commerçant : présomption d’appartenant à cette profession. Présomption simple, il est alors possible de prouver qu’une personne physique qui n’est pas au RCS est tout de même commerçante.
* Personnes morales : l’immatriculation n’a aucune incidence sur la qualité de commerçant. Immatriculation importante pour obtenir la personnalité juridique/morale.
* Effet de l’immatriculation à l’égard des tiers : es personnes immatriculées ne peuvent opposer aux tiers que les informations qui ont été mentionnées au RCS et cela même alors que d’autre mesures de publicité légales aurait été mentionné. Les tiers peuvent faire comme si un gérant qui ne tient plus une société y est toujours par son immatriculation.
* Les commerçants qui ne sont pas immatriculés au RCS ne peuvent se prétendre comme commerçant de droit et bénéficier des règles avantageuses du droit commercial. En revanche, elles peuvent être considérés comme commerçantes si elles répondent aux conditions pour se voir opposé aux règles contraignantes du droit commercial.
* Pendant, longtemps, les auto-entrepreneurs n’étaient pas contraints à s’enregistrer au RCS. Désormais, tous les auto-entrepreneurs doivent être immatriculés. Il est possible d’exercer une activité sous la forme d’auto-entrepreneur. L’auto-entrepreneur n’est pas une personne morale mais physique. Pour être auto-entrepreneurs, il faut aujourd'hui, ne pas dépasser certains seuils de chiffre d’affaire fixé par la loi : ne doit pas dépasser 82000€ lorsque l’activité repose sur la vente et l’achat de biens et 32 900€ lorsque l’activité repose sur une prestation de service. Lorsqu’on les dépasse : commerçant de plein exercice. Ils sont soumis à un statut social et fiscal plus avantageux que les commerçants. L’auto-entrepreneur doit déclarer mensuellement ou trimestriellement son chiffre d’affaire, s’il ne le fait pas, il n’a ni charge social ni impôt. Le montant des cotisations et bien moins élevé que pour les commerçants en plein exercice. N’ont pas non plus à facturer la TVA et exonération à la contribution économique territoriale.

**Paragraphe 2 : Tenir des documents comptables**

Dès que personne commerçante, elle a obligation de tenir des documents comptables. Enoncé aux arts L123-12 et suiv. du cocom.

1. **Les documents à fournir**

Tous les commerçants physiques ou moraux doivent établir 2 catégories de documents comptables :

* Livres comptables d’enregistrements : La loi impose d’en tenir 2 :
  + Livre journal : document comptable qui enregistre les mouvements affectant le patrimoine de l’entreprise opération par opération et jour par jour.
  + Grand livre : ensemble des comptes de l’entreprise. Sert à enregistrer mes différentes écritures du livre journal et les répartissant entre différents comptes (compte fournisseur, banque…).

La tenue de ces livres et soumise au respect d’obligations formelles : précisé par le cocom : tenu en €, écrit en langue française, pas de blanc ni rature d’aucune sorte et être conservé pendant 10 ans. Les documents informatiques supposent de pouvoir être identifié, numérotés et datés dès leur établissement par des moyens offrant toute garantie en matière de preuve.

* + A ces livres s’ajoutent l’inventaire : tenus de contrôler par l’inventaire au moins une fois tous les 12 moins l’existence et la valeur des éléments d’actifs et de passifs du patrimoine de l’entreprise.
* Documents comptables annuels : de 3 formes :
  + Bilan : Document qui décrit de manière séparé les éléments d’actif et de passif de l’entreprise, faisant apparaitre les capitaux propres.
  + Compte de résultat : enregistre les produits et les charges de l’entreprise. Fais apparaitre le bénéfice ou la perte de l’activité.
  + Annexe : document complétant et commentant les informations comptables contenues dans le bilan et le compte de résultat.

La loi organise la publication des comptes annuels. Le cocom impose à toutes les sociétés commerciales de déposer dans un délai d’un mois à compter de l’approbation des comptes de l’assemblée générale des associés ou des actionnaires. Comptes transmis par la suite au RCS pour permettre aux tiers d’y avoir accès.

Ces 2 grandes catégories d’obligations ne sont pas toujours exactement les obligations mises à la charge des commerçants : ce sont des obligations de bases mais ne sont pas les seules : adapté selon la taille des entreprises. Renforcement pour les sociétés de taille importante et alléger pour les petites.

* S’agissant du renforcement : cocom impose aux sociétés de tenir des comptes consolidés : documents récapitulant l’ensemble des documents comptables des sociétés constituant un groupe. De plus, il peut y avoir des documents comptables prévisionnels.
* Petites sociétés allégées : cocom met en place un régime applicable aux micros entreprises (salaire est le même qu’auto-entrepreneur) doivent tenir un livre qui mentionne uniquement le montant et l’origine des recettes perçues par l’activité professionnelle de manière chronologique. Doivent également tenir un registre qui récapitule les achats effectues pour revendre.

La tenue des documents comptables n’est pas sans conséquences : sanctionne pénalement la méconnaissance des documents comptables. Le code général des impôts sanctionne également les irrégularités comptables.

1. **La force probante des documents comptables**

Pour les juristes, les documents comptables sont essentiels sur le plan probatoire. Ils peuvent constituer des éléments de preuve dans un procès. Dans quelle mesure un commerçant peut-il se servir de documents comptable dans un procès face à un personne commerçante ou non commerçante ?

Plusieurs textes :

* Art 123-23 du cocom : la tenue régulière des documents comptables est un mode de preuve toujours admis entre commerçant pour fait de commerce. Ce principe est contraire à celui du droit civil où le ne peut aménager son propre moyen de preuve. La règle inverse est également vraie : on peut opposer à un commerçant les documents comptables qu’il a tenu.
* Art 1329 du CC : un commerçant ne peut opposer sa comptabilité à un non commerçant. Cependant, l’inverse est possible 🡪 un non commerçant peut opposer au commerçant la tenue de ses registres.
* Art 123-23 al.3 du cocom : règle la question de la transmission des documents comptables lors d’un procès : oppose 2 principes généraux contradictoires :
  + Nécessaire de la part du commerçant de communiquer ses documents comptables
  + Le secret des affaires peut justifier le principe inverse : on ne peut exiger d’un commerçant de donner ses documents comptables (par exemple entre concurrents).
  + Résolution de cette difficulté par la règle où la communication des documents comptables ne peut être exigée en justice que dans les affaires de succession, communauté (époux), partage de société et procédure de redressement ou liquidation judiciaire. Dans les autres cas, le juge ne peut exiger que des extraits de comptabilité pour la résolution du litige qu’il a à connaitre.
* Art 1330 du CC : celui qui invoque la comptabilité comme moyen de preuve ne peut pas diviser cette preuve.

1. **Les interférences entre le statut de commerçant et le statut privé**

Dès lors qu’une personne est commerçant, il en résulte des conséquences sur sa vie personnelle : ces interférences se manifestent de 2 manière principales : vis-à-vis du conjoint commerçant et vis-à-vis de son statut personnel

**Paragraphe 1 : Les incidences vis-à-vis du conjoint du commerçant :**

Depuis une loi du 13 juillet 1965, chacun des conjoints peut exercer son activité commerciale. Art L121-3 dispose que le conjoint du commerçant est réputé lui-même commerçant s’il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux. Lorsque les époux exercent une activité commerciale séparée, ils sont libres de passer librement tous les actes de commerce. Cela l’engage sur ses biens professionnels et personnels. Toutefois, lorsque les époux sont mariés sous un régime de communauté légale, il engage également l’ensemble des biens communs saufs les revenus personnels propres du conjoint. IL est possible que les conjoints souhaitent exercer ensemble une activité commerciale. Dans ce cas, le cocom (art L121-4) fait obligation au conjoint de choisir parmi 3 statuts légaux :

* Conjoint collaborateur :
  + Immatriculation au RCS. Cela ne donne pas la qualité de commerçant au collaborateur. Ce statut permet au conjoint de participer à l’activité et il est présumé disposer d’un mandat légal l’autorisant à accomplir ou non les actes d’administration nécessaires à la gestion de l’entreprise.
  + La loi dispose que dans les rapports avec les tiers, les actes accomplis par le collaborateur sont réputés avoir été réalisés pour le compte de son conjoint commerçant de sorte que le collaborateur ne peut pas être poursuivi par les tiers sur ses biens propres.
  + Sur le plan social, ce statut peut lui permettre d’adhérer à un régime d’assurance volontaire vieillesse même s’il n’obtient aucun revenu. Pour les autres assurances sociales, il a la qualité d’ayant droit de son conjoint.
  + Il bénéficie de droits particuliers : électeurs et éligible aux élections des chambres ou tribunaux de commerce. Le statut jour sans limitation de durée mais peut toutefois prendre fin : déclaration notarié, séparation de corps ou de biens judiciaire
* Conjoint salarié : pour bénéficier de ce statut, il faut respecter certaines conditions, il faut que le conjoint participe de manière professionnelle et habituelle à l’activité commerciale de son époux et qu’ils perçoivent une rémunération au moins égale au SMIC. Si ces 2 conditions sont réunies, le conjoint est le salarié de son époux et bénéficie d’un contrat de travail. Bénéficie de l’ensemble des règles protectrices du code du travail. Le conjoint salarié ne dispose pas de la capacité de gérer la société commerciale. Statut peu adopté car coûteux pour l’entreprise
* Conjoint associé : art 1832-1 du CC permet aux époux de créer seuls ou avec d’autre personnes une société dans laquelle ils seront associés : ils ont dans ce cas la qualité de conjoint associé. Cette qualité d’associé présente un certain nombre d’avantage :
  + Il est possible pour le conjoint d’accéder à la direction de l’entreprise.
  + Le conjoint bénéficie de l’ensemble des droits accordés aux associés. Il peut alors participer à la prise de décision
  + Bénéficie d’un droit sur les bénéfices réalisés. La situation du conjoint associé est améliorée, il peut prétendre bénéficier du régime social applicable aux travailleurs indépendants.

Pour le conjoint sans statut, cette situation ne doit en théorie pas se rencontrer car la loi mène à choisir l’un des 3 statuts. En réalité il y en a. L’intérêt du statut du conjoint existe pour les créanciers qui peuvent se prévaloir de ce statut pour le poursuivre sur ses biens personnels. Art L121-3 ne pose qu’une simple présomption selon laquelle le conjoint commerçant doit faire une activité commerciale séparée de son époux. Il est possible aujourd'hui de démontrer qu’un conjoint sans statut à la qualité de commerçant. Toutefois, il faut établir que le conjoint répond à la qualité de commerçant : actes habituels dans une indépendance juridique. Preuve difficile à rapporter :

* Risque de poursuivre conjoint sans statut pour travail dissimulé.

Aujourd'hui, le bénéfice des 3 statuts est étendu au PACS. En revanche, les concubins ne peuvent bénéficier de ces statuts légaux.

**Paragraphe 2 : Le statut personnel :**

1. **Statut social**

Commerçants face à la sécurité sociale. : Ils ne bénéficient pas du régime de la sécurité sociale. Ils sont affiliés à un régime particulier : travailleurs non-salariés des professions agricoles. C’est le régime social des indépendants (RSI). Pour financer ce régime et obtenir en retour une protection sociale, les commerçants doivent payer des cotisations sociales. Régime soumis à des règles particulières :

* Le montant des cotisations est calculé en fonction d’un pourcentage appliqué aux revenus professionnels retenus pour le calcul de l’impôt sur le revenu.
* Il y a aujourd'hui un alignement entre le RSI est le régime général qui prend en charge les principaux risques. Toutefois, il existe certaines différences : pour bénéficier d’une assurance accident du travail, il y a une cotisation complémentaire pour les commerçants, non pris en compte de base.
* La loi soumet certains dirigeants de société au même régime social que les salariés
* Les commerçants ne bénéficient pas du régime d’assurance chômage. Montage juridique possible pour avoir le statut de salarié afin d’obtenir le régime social de ces derniers et l’assurance chômage. Au cas inverse, il existe des assurances privées pour les assurances chômage.

1. **Statut fiscal**

Régime différent selon que le commerçant soit une personne physique ou morale. Le codé général des impôts soumet les commerçants personnes physiques au régime des bénéfices industriels et commerçant (BIC). Ce régime conduit à imposer l’ensemble des bénéfices réalisés par le commerçant dans l’exercice de son activité commerciale. Le bénéfice imposable est calculé en fonction du résultat comptable moyennant un certain nombre de corrections. Lorsque ces bénéfices imposables ont été dégagés, sont ajoutés les autres revenus du commerçant (immeuble, revenu foncier).

Le droit fiscal créé des modalités particulières de déclaration qui varient en fonction du chiffre d’affaire réalisé par l’entreprise commerciale.

Il existe :

* Un régime réel normal
* Un régime réel simplifié
* Régime applicable aux micro-entreprises
* Régime spécifique applicable aux auto-entrepreneurs.

Régime fiscal des personnes morales : il faut une distinction selon que la personne morale ait

* Une société de capitaux (SA) : taux de 33,33% des bénéfices réalisés : ce taux en réalité ne s’applique qu’aux sociétés qui dépasse un certain chiffre d’affaire. Sinon taux réduit 🡪 15%. A ce taux s’ajoutent des impositions supplémentaires pour les sociétés qui dépassent un certain seuil fixé par la loi. Ex : les entreprises doivent parfois payer une majoration exceptionnelle de 10,7% ou encore une contribution sociale de 3,3%. Certaines sociétés relèvent de plein droit de l’IS des sociétés, d’autre sous option. Les dividendes font l’objet d’imposition.
* De personnes (SNC : société en nom collectif 🡪 la personnalité des associés joue un rôle important). Sont fiscalement transparente, ne relève pas de l’IS : comme si aucune personnalité morale. Ce sont les associés qui sont imposés en fonction du montant du capital qu’ils détiennent.

Sur le plan fiscal, tous les commerçants sont redevables d’une contribution économique territoriale.

1. **Plan de la responsabilité**

* Commerçants personnes physique : est civilement et pénalement responsable des fautes qu’elle peut commettre dans l’exercice de son activité commerciale. Responsabilité délictuelle et contractuelle dans les conditions du droit commun. Responsabilité du fait des choses et d’autrui s’applique. Sur le plan patrimonial, il répond des dettes commerciales sur la totalité de son patrimoine. Aujourd'hui, les commerçants personnes physiques peuvent avoir recours à des pratiques juridiques pour protéger une partie de leur patrimoine personnel par 2 techniques :
  + Déclaration d’insaisissabilité : art L526-1 et suiv du cocom. Cette déclaration prend la forme d’un acte notarié et permet aux commerçants de rendre insaisissable les droits qu’il détient sur l’immeuble de sa résidence principal ainsi que sur les biens fonciers non affecté à un usage professionnel. Depuis une loi de 2015, la protection joue de plein droit sans déclaration d’insaisissabilité expresse sur la résidence principale. Mène à protéger les biens fonciers du commerçant. La déclaration ne joue qu’à l’égard des créanciers postérieurs à la déclaration.
  + EIRL : mode d’exercice d’une activité commercial pour les personnes physiques. Permet aux commerçants d’affecter une partie de ses biens à l’exercice de son activité professionnelle. Cela comprend l’ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l’entrepreneur individuel est titulaire et qui sont nécessaires à l’exercice de son activité professionnelle. Les biens ainsi affectés serviront de garantie aux créanciers professionnels. On ne peut poursuivre les commerçants sur les biens non affectés. Une procédure de déclaration doit être tenue à jour pour tenir ses effets.
* Commerçants personnes morales : La personne est civilement et pénalement responsable des fautes commises par ses dirigeants sociaux dans l’exercice de leurs fonctions. : mise en cause possible également des associés. Toutefois, varie selon la forme de société considéré : pour les SA, la responsabilité des associés se limites aux apports mis dans la société. Lorsque la société est à responsabilité illimité, la responsabilité est indéfinie et solidaire. Le dirigeant de la personne moral peut engager sa propre responsabilité civile et pénale.

**Titre 3 : le fonds de commerce :**

L’exercice de toute activité commerciale suppose de réunir un certain nombre d’éléments : marchandises, matériel, outillage, brevet, marque… En droit commercial, l’ensemble de ces éléments sont réunis autour d’une notion appelé fonds de commerce. Aucun code ne donne de définition juridique de ce dernier. Eléments constitutifs du fonds de commerce.

Le fonds de commerce est une notion ancienne. Ce n’est que dans plusieurs lois successives que le législateur s’est intéressé au fonds de commerce : art L141-1 et suiv du cocom. Ces règles disparates permettent à la doctrine de sortir une certaine définition : « bien composé d’éléments corporels et incorporels, uni par une même affectation qui est le développement d’une activité commerciale ».

L’étude du fonds de commerce pose un certain nombre de question parmi lesquels la question de savoir quels sont les éléments du fonds de commerce.

**Chapitre 1 : la composition du fonds de commerce**

1. **Les éléments corporels du fonds de commerce**

Forme matériel, d’outillage ou de marchandise

**Paragraphe 1 : Le matériel et l’outillage**

Sont des biens meubles affectés à l’exploitation du fonds de commerce : machine, outil, mobilier… Essentiel pour le commerçant. Il faut matériel performant.

Peut-on réduire un fonds de commerce à la composition de matériel et outillage ? Sur le plan juridique non, pour la jurisprudence, le matériel et l’outillage ne sont pas des éléments déterminant un fonds de commerce non plus. Un fonds de commerce peut exister sans ces éléments. Le matériel peut être loué.

**Paragraphe 2 : Les marchandises**

Biens ayant vocation à être vendus. Concrètement 🡪 biens de toute nature (matière 1ère, pièces détachées…). Le plus souvent, élément essentiels pour le commerçant. Sur le plan juridique, doivent être distingué du matériel et de l’outillage. En fonction des activités considérées, un même bien peut être qualifié de marchandise et d’outillage ou bien de marchandise. Ex : camion en matériel et outillage mais si société qui vend des camions 🡪 marchandises.

Certaines opérations excluent les marchandises de leur champ d’application : c’est le cas du nantissement.

La jurisprudence considère ici que les marchandises ne sont pas des éléments essentiels du fonds de commerce. En effet, les activités de services ne sont pas des activités de marchandises.

1. **Les éléments incorporels du fonds de commerce.**

Un bien incorporel est définit comme un bien qui n’a pas de réalité sensible mais qui tire son existence d’une construction juridique. Les fonds de commerce comprennent des éléments dis incorporels.

**Paragraphe 1 : Individualisation du fonds de commerce**

1. **Le nom commercial**

Le nom commercial est le nom utilisé par le commerçant pour exercer son activité commerciale. Tout commerçant doit en avoir un, se fait lors de l’immatriculation au RCS. C’est un élément important, un droit de propriété incorporel.

* Le nom commercial n’est pas un élément définissant l’existence du fonds de commerce. Reste un élément important car c’est parfois lui qui permet d’attirer la clientèle. Le droit français s’efforce de réglementer le régime juridique du nom commercial :
* Régit par un principe de liberté : tout commerçant peut choisir librement son nom commercial. Liberté cependant limité : impossible de choisir comme nom un signe distinctif déjà utilisé par un autre commerçant.
* Le nom commercial peut être vendu, soit avec le fonds de commerce
* Le nom commercial peut être protégé par une action spécifique en cas de concurrence déloyale. S’il est démontré un détournement de l’activité, une indemnisation est possible et la personne commerciale pour obtenir du juge l’interdiction de l’activité par l’autre personne. Il faut préjudice et lien de causalité.

1. **L’enseigne**

Code de l’environnement : inscription, forme ou image apposée sur un immeuble et relative à une activité qui s’y exerce. Cette enseigne est un élément important d’identification du fonds de commerce, permettant d’attirer le fonds de commerce.

* Ne définit pas le fonds de commerce.
* Le régime juridique de l’enseigne fait l’objet de nombreuses dispositions :
  + Principe de liberté. Ne peut être utilisé que par une personne et ne peut être imité.
  + Peut être cédé avec le fonds de commerce ou même vendu séparément.
  + Fait l’objet d’une protection juridique par une action en concurrence déloyale.
  + Les juges souvent exigent de l’enseigne une certaine originalité
  + La protection de l’enseigne est limité géographiquement car la clientèle n’est souvent pas la même. Plus étendue lorsque le commerçant possède une véritable notoriété

**Paragraphe 2 : La clientèle du fonds de commerce**

La clientèle est l’élément essentiel du fonds de commerce. Dès lors qu’une personne peut justifier posséder une clientèle, les juges considèrent que cette personne possède un fonds de commerce.

Sur le plan juridique, il est extrêmement difficile de saisir si une clientèle existe et si un commerçant en détient effectivement une. Le cocom ne définit pas la clientèle.

1. **La définition de la clientèle**

Il faut se référer aux définitions doctrinales. Pour la doctrine, la clientèle regroupe l’ensemble des personnes qui s’approvisionnent habituellement auprès d’un fonds de commerce. Le cocom distingue la clientèle de l’achalandage. L’achalandage est une clientèle qui ne présente aucun lien de fidélité avec le commerçant 🡪 clientèle passagère. Pour les juges, dès lors que l’existence d’une clientèle peut être démontrée, qu’il y ait lien de fidélité ou non, il y a fonds de commerce.

La clientèle peut être civile ou commerciale : pendant longtemps, distinction essentielle car seule la clientèle commerciales pouvait être vendue, la clientèle civile ne pouvait faire l’objet que de certains contrat sans être cédé. Depuis arrêt 1ère ch. Civ CK 2000, distinction moins marquée : juges ont permis la cession d’une clientèle civile à conditions que soit sauvegardé la liberté de choix des patients. Ce qui constitue une différence avec la clientèle commerciale où aucune condition n’est nécessaire.

La clientèle commerciale dépend de la nature de l’activité exercée : si repose sur la réalisation d’acte de commerce, clientèle commerciale. Si activité civile, clientèle civile (médecin, architecte). Ne doit pas priver le patient de la possibilité d’aller se faire soigner par un autre médecin.

1. **La clientèle comme élément indispensable du fonds de commerce**

Les juges, au fil des décisions, ont précisé les caractères que doit présenter une clientèle pour qu’elle en soit juridiquement une. Dans certains arrêts, les juges ont tout d’abord estimé que la clientèle existe si

* Elle est licite. Rechercher si l’activité exercée est elle-même licite.
* Elle doit être réelle et certaine, une clientèle seulement hypothétique n’est pas suffisante pour démontrer l’existence d’un fonds de commerce. Si elle n’existe pas encore, n’est pas un fonds de commerce et si la clientèle a disparu, le fonds aussi.

On se pose la question de savoir à partir de quand une clientèle est réelle. Arrêt 1ère ch. Civ 2014, seule l’ouverture au publique entraine la création d’une clientèle certaines et réelle.

* La clientèle doit être personnelle à l’exploitant. Pose aujourd'hui de nombreux problèmes juridiques. Il faut partir d’un arrêt ancien posant le caractère personnel d’une clientèle : ass plénière CK, 1970 : bar dans un hippodrome, ce local était loué par un contrat de bail à usage commercial. Une fois le contrat à son terme, l’hippodrome ne l’a pas renouvelé car le gestionnaire du bar n’avait pas de fonds de commerce et ne pouvait alors pas prétendre à un bail commercial. La CK considère qu’il n’existe pas de fonds de commerce car aucune clientèle personnelle. En effet, c’est la société de course qui gère les horaires d’ouverture de l’hippodrome et donc du bar. Toutes les fois où le commerçant n’est pas libre, exerce sous la dépendance juridique ou matérielle d’une autre. La question se pose par exemple pour les galeries marchandes, bar d’hôtel… La dépendance juridique est souvent exercée par l’intermédiaire d’un contrat de franchise. C’est un contrat par lequel le commerçant est autorisé à vendre les produits ou service d’un autre commerçant. Aujourd'hui, la CK considère que les franchisés possèdent une clientèle personnelle et donc un fonds de commerce. Cependant, il faut pouvoir démontrer qu’il exerce une activité grâce à des moyens qu’il a mis en œuvre , qu’il contracte en son nom personnelle et que l’activité est à ses risques et périls.

Pour les activités dites incluses (activités dans lesquelles un commerçant exploite un fonds de commerce étant dans un ensemble plus vaste (galerie marchande). Dans ces hypothèses, il s’agit de savoir si le commerçant locataire possède une clientèle. Si liberté du commerce, il peut justifier exercer une clientèle personnelle.

Ex : Arrêt : une société mettait à disposition d’une personne un stand installé sur la terrasse ouverte d’un café que cette personne exploitait. En l’occurrence, permet à une personne de vendre des crêpes. Pouvait vendre aux clients du bar et aux passants. Pour le vendeur de crêpe, il existe un fonds de commerce par sa clientèle, peut rester 9 ans sur les lieux. CK a recherché clientèle 🡪 considère que le vendeur n’avait pas de clientèle propre. Car ne disposait pas d’une autonomie de gestion.

Ex : vêtement dans l’enceinte d’un hôtel : vendeur de vêtement possède clientèle personnelle car peut exercer son activité sans contrainte incompatible avec l’exercice de commerce.

* En l’état actuel du droit positif, les juges refusent d’admettre qu’une clientèle est partagée entre 2 commerçants.

Preuve de l’existence d’un fonds de commerce : par tout moyen (souvent par la démonstration d’un chiffre d’affaire : si activité = clientèle)

Clientèle essentielle car détermine l’existence d’un fonds de commerce. Rappelé souvent par la CK. La doctrine s’interroge pour savoir ce qui uni la clientèle et le fonds de commerce. La clientèle détermine ensuite la propriété du fonds de commerce. La clientèle est un élément rendant la transmission du fonds de commerce possible. Lorsqu’un fonds de commerce est vendu, tous ses éléments sont cédés. Il est possible également qu’un commerçant ne parviennent pas à céder tous les éléments composant son fonds de commerce : vend à des personnes différentes. Dans cette hypothèse, il peut y avoir vente de fonds de commerce même sans tous ses éléments constitutifs. Pour la jurisprudence, celui qui a acheté le fonds de commerce est celui qui a acheté l’élément permettant d’attirer la clientèle. Dépend de chaque fonds.

La clientèle est un élément essentiel permettant la distinction du fonds de commerce : lorsque la clientèle a disparu, aucune action ne peut être faite sur le fonds de commerce, celui-ci étant censé avoir disparu.

**Paragraphe 3 : le droit au bail et les droits de propriété industrielle.**

Le plus souvent, les commerçants sont propriétaires de l’immeuble ou du local où ils exercent leur activité. Mais, il est possible et de plus en plus fréquents que les commerçants ne soient plus propriétaires. Dans ce cas, ils doivent louer un local pour leur activité commerciale. On parle de contrat de bail à usage commercial (art L145-1 du cocom et suiv.). La loi encadre strictement les relations entre le bailleur et le preneur. Le contrat tend à protéger les intérêts du preneur. Pour prétendre en bénéficier ainsi que de ses avantages, il faut satisfaire un certain nombre de conditions :

* Pour les commerçants, artisans et également un certain nombre de personnes dont la loi dresse la liste.
* Il faut que l’immeuble en question présente certaines caractéristiques physiques : local fixe non démontable
* Il faut exploiter un fonds de commerce ou artisanale dans le local
* Si conditions satisfaite, le bailleur bénéficie d’un contrat de bail d’une durée de 9 ans ne pouvant en théorie être rompu avant. Le preneur peut tout de même y mettre fin tous les 3 ans sans avoir à se justifier avec respect d’un préavis de 6 mois. Lorsque contrat arrive au terme, preneur a droit au renouvellement du contrat si satisfait à certaines conditions.
  + Justifier posséder un fonds de commerce qui lui appartient
  + Etre immatriculé au RCS.
  + Le bailleur peut s’opposer au renouvellement s’il peut justifier d’un motif légal de non renouvellement : faute commises et non réparé au cours de l’exécution du contrat. Sans faute, ne peut s’opposer. De même si l’immeuble est délabré. La loi prévoit que le bailleur peut toujours s’opposer au renouvellement du contrat en indemnisant le preneur d’une indemnité d’éviction
  + Pendant les 9 ans,
    - le bailleur ne peut mettre fin au contrat sauf en cas de faute grave commise par le preneur en passant devant le juge.
    - Le bailleur peut insérer également une clause résolutoire : permet au bailleur de prévoir un nombre de motifs qui lui permettront de mettre fin au contrat sans avoir recours au juge.

Le cocom encadre les règles relatives au loyer : peut réguler à la baisse ou à la hausse : mécanisme de révision légal en cas de désaccord entre partie : système de plafonnement et déplafonnement.

Question de la déspécialisation ; lorsque contrat signé, on décide de la spécialité de l’activité ou alors activité de son choix. Dans cette hypothèse, le preneur doit respecter l’activité prévue au contrat. Le cocom permet toutefois au preneur d’obtenir une déspécialisation. Permettant au preneur de modifier partiellement ou totalement l’activité à condition de respecter certaines règles précises.

* Partiellement : il faut en informer le bailleur
* Totale : autorisation du bailleur.

La loi encadre également les questions de sous-location et cession du contrat de bail. Le preneur peut sous-louer le local.

**Paragraphe 4 : les droits à une propriété industrielle :**

Droits qui visent à assurer un monopole temporaire d’exploitation sur certaines créations de l’esprit et signes distinctifs. Non nécessaire à l’établissement de fonds de commerce. Prévu dans le code de la propriété intellectuelle. Composé des brevets d’inventions, des dessins et modèles et des marques.

1. **Les brevets d’invention :**

Délivré par l’autorité publique donnant à son titulaire un droit exclusif d’exploitation sur son invention. Art L611-1 et suiv. du code de la propriété intellectuelle.

Eléments principaux :

* Procédure d’enregistrement auprès de l’INPI
* Invention protégé pendant une durée de 20 ans non renouvelables. Le titulaire pendant ce temps peut exploiter lui-même l’invention, ou encore le vendre ou concéder une licence d’exploitation moyennant un paiement.
* Brevet protégé avec une action en contrefaçon : sur le plan civil et pénal.

1. **Dessins et modèles**

Créations présentant un caractère ornemental, esthétique. Peuvent être appliqué sur tout type de support. Procédure auprès de l’INPI, protection de 5 ans à compter du dépôt qui peut être renouvelé par période de 5 ans jusqu’à un maximum de 25 ans. Protégé par une action en contrefaçon.

1. **Marques de fabrique, de commerce et de service**

Les marques sont des signes susceptibles de représentation graphique servant à distinguer les produit ou service d’une personne physique ou morale. La marque ne doit pas être trompeuse, déceptive. Il faut choisir pour quel sorte de produit on dépose la marque parmi une quarantaine de classe. La propriété est de 10 ans, indéfiniment renouvelable. Il faut un enregistrement à l’INPI.

**Opérations de fonds de commerce** : En lui-même un bien, il peut en tant que tel faire l’objet de différentes opérations.

* Il peut être vendu de manière très réglementé par le cocom.
* Peut faire l’objet d’un contrat de location gérance : le propriétaire en théorie exploite son fonds de commerce mais il est possible que le propriétaire ne souhaite ou ne peut pas l’exploiter lui-même. Le propriétaire du fonds peut alors en confier l’exploitation à un salarié ou à un gérant mandataire.
* Ensuite, le fonds de commerce peut faire l’objet d’un contrat d’apport en société : créer une société et lui faire apport de son fonds de commerce. Réglementation.
* Peut nommer en garantie de ses dettes un créancier : contrat de nantissement : conventionnel (partis se mettent d’accord) ou judiciaire (devant le juge). Dans les 2 cas, il permet au créancier lorsque les sommes dues n’ont pas été payé de saisir le fonds de commerce.
* Peut faire l’objet d’une opération de crédit-bail : opération par laquelle un établissement de crédit (crédit bailleur) achète un fonds de commerce et le loue à un crédit preneur. A l’issu du contrat, le crédit preneur a le choix d’acheter le local ou de mettre fin au contrat.
* Fonds de commerce reste discuté en doctrine. Notion difficile à saisir. C’est un ensemble d’éléments soumis à des règles juridiques différentes et le fonds de commerce en lui-même peut faire l’objet d’opération juridique. Le fonds de commerce est aujourd'hui considéré comme un bien meuble incorporel. On le soumet alors aux règles dont relève les biens meubles. Bien incorporel car l’élément essentiel est la clientèle.
* En droit français, universalité de droit mais le fonds de commerce n’en fait pas partie car n’a pas de personnalité juridique ni d’autonomie patrimonial. Par conséquent, le fonds de commerce appartient à une personne physique ou morale. Autrement dit, n’ayant pas d’autonomie juridique, il n’a ni dette ni créance.Jp estime une simple universalité de fait 🡪 ne produit aucune conséquence juridique. Il existe aujourd'hui un fonds de commerce électronique pour les personnes exerçant leur activité sur internet.