Année universitaire 2020-2021

**LEA – 2ème année**

**DROIT DES AFFAIRES**

###### PLAN DU COURS

###### Mme Thomasset- Pierre

**INTRODUCTION**

I – Définition, domaine et historique du droit commercial

* Le droit commercial est une branche du **droit privé** et c’est du **droit professionnel** qui va s’appliquer d’une part aux **personnes** (physiques ou morales) **exerçant le commerce** et d’autre part aux **actes effectuées par ces personnes**, appelés **actes de commerce**. C’est un **droit d’exception** qui connait des particularismes par rapport au droit civil. Le commerce renvoie à tout ce qui est **industriel et les services** (banque, assurance, transport, etc.).
* Le droit commercial est une composante d’un ensemble beaucoup plus vaste qu’on appelle droit des affaires. Il regroupe toutes les activités qui **intéressent la vie économique** (activités commerciales, civiles…). Il comprend le droit fiscal, le droit de l’assurance, le droit pénal des affaires, etc.
* Le droit économique est une matière qui relève du **droit public** car c’est l’étude de **l’influence des autorités publiques** (collectivités territoriales, marchés financiers…) sur la vie économique.

Le droit commercial est **la branche la plus ancienne du droit** (11ème siècle) et était international à l’origine créé par les marchands. Jusqu’au **code de commerce** en 1807 qui fût décevant car il n’ajoutait rien de plus au Code civil créé en 1804 par Napoléon Ier. Toutes les nouvelles lois importantes après n’étaient pas intégrées dans le code de commerce jusqu’en 2000 ou on a codifié toutes les matières relevant du droit commercial. La doctrine veut le renommer **codes des activités commerciales**, qui est un nom plus précis.

II – Exemples de particularismes :

#### Le principe de la liberté de la preuve

Article L110-3 : *A l’égard des commerçants les actes de commerce peuvent se trouver par tout moyen (témoignages, présomptions, photocopies…).*

Cet article est différent du droit civil qui exige la **preuve littérale** (au-delà de 1500€ la preuve doit être écrit, autant d’originaux que de parties.)  
Quand on est commerçant et qu’on passe beaucoup de contrats par téléphone chaque jour donc on n’a pas le temps de faire des écrits, c’est pour ça que la preuve est libre. Souvent ils sont plus vigilants que les particuliers donc ils ont besoin de moins de protection.

#### La solidarité

Relève du droit des obligations. Un créancier à 2 débiteurs, selon le droit civil la dette est dite **conjointe** (le créancier demande 50% à A et 50% à B, chacun est tenu pour sa part et pas celle de l’autre). Mais on peut prévoir dans un contrat que le créancier pourra s’adresser à n’importe quel de ses débiteurs pour lui demande le tout (simplicité et sureté). Art. 1310 : *la solidarité ne se présume pas.* Si non précisé dans le contrat, la dette est conjointe.

**L’obligation à la dette** en solidarité repose sur un seul débiteur.  
Mais la **contribution à la dette** permet à celui qui a payé le tout de se retourner contre l’autre débiteur pour lui demander le remboursement de sa part.

En droit commercial, la règle est inversée. **La solidarité est la règle**. Pour que la dette soit conjointe il faut faire une stipulation expresse. Donc si on prouve que nos débiteurs sont commerçants ils seront forcément solidaires. Il n’y a pas de texte à ce sujet car le droit commercial a été inventé par les commerçants et peut aller à l’encontre du droit civil.

#### La compétence des tribunaux de commerce et l’arbitrage

Charles 9 à dénommer les juges commerçants comme « juges consuls », c’est pour ça qu’on parle de nos jours de « tribunal consulaire » (tribunaux de commerces) 🡪 pour des raisons historiques. Sur le territoire français il existe 140 tribunaux de commerces. Donc il n’y en a pas toujours de disponibles donc dans certaines circonscriptions c’est le tribunal civil : « tribunal judiciaire », qui s’applique en matière commercial.

Le tribunal de commerce fait preuve de grandes controverses. Dans beaucoup de pays ce genre de tribunal n’existe pas tels que les US, l’UK, etc. Ce n’est donc pas une institution essentielle. De plus, le contentieux du droit commercial devient très complexe parce que ça demande des très fortes connaissances juridiques (tel que le droit de la concurrence). Cependant, on se demande s’il est raisonnable de laisser un contentieux aussi technique à des personnes qui ne sont pas juridiques.

Entre le droit commercial et civil, on ne sait pas toujours auquel nous devons nous adresser. Il est difficile de savoir qui est le plus compétent pour juger. D’avoir deux juridictions distinctes retarde souvent le contentieux.

De plus est-il possible de garder l’impartialité du Tribunal des petits tribunaux de commerces alors que les personnes juridiques se connaissent tous ? Il y a donc un cumul de critiques (justifiables).

Cependant, les juges consulaires (malgré le fait qu’ils ne sont pas juristes) sont les mieux à même pour comprendre les impératifs et les usages du commerce puisque le droit commercial ne sont pas tant régis par la loi mais les usages.

La proportion des affaires infirmées en appel n’est pas supérieure à celle du contentieux civil. Si vous perdez devant le tribunal, vous pouvez faire appel sur 3 niveaux : la Cour de Cassation étant le dernier. Cependant, en matière commercial les magistrats professionnels de sanctionnent pas plus les tribunaux de commerces que ceux du tribunal civil. Donc les juges consulaires rendent des décisions qui sont bien justifiées. Il n’y a pas plus de sanctions dans le commercial que dans le civil.

Pour remédier à cette controverse le gouvernement décide d’instaurer ce qu’on appelle un « échevinage » : chaque tribunal de commerce a un magistrat professionnel qui a vocation à être le président du tribunal. Sans cela, tous contentieux commercial serait transféré au tribunal civil et ce n’est pas possible (trop d’afflux de magistrats, question budgétaire).

Cependant, cet échevinage n’a pas satisfait tout le monde donc plusieurs réformes ont été faites telle que la loi Macron du 6 août 2015 ; ainsi que la loi Taubira de 2016 qui ont permis :

* Renforcement de la formation juridique des juges consulaires pour des raisons de compétences.
* Le législateur a procédé à un regroupement des tribunaux de commerces : les petits tribunaux ont été supprimés et il y a la création des **tribunaux de commerces spécialisés** (TCS), 18 en France donc certains contentieux techniques doivent être traité par un TCS. Cela vise les procédures collectives des très grandes sociétés.
* Les règles déontologiques (de bonnes conduites) ont été renforcées. Il y a par exemple le « principe d’impartialité », vous devez toujours juger sans idées préconçues pour juger de manière la plus juste possible. Si ce n’est pas respecté, le juge peut avoir une sanction.

Tout d’abord il faut savoir que chaque tribunal est divisé en « chambres » qui est spécialisé dans un domaine spécifique. Les juges sont élus 🡪 l’article l 713-7 du Code de Commerce nous montre qui a le droit de voter pour ce juge. Ces personnes doivent élire un « délégué consulaire » = élection à deux degrés.

A part le juge il y a deux autres intervenants qui sont essentiels :

1. Le greffier dans un TC : Ils assurent le secrétariat de la juridiction. Ils sont officiers ministériels (comme les notaires ou huissiers). C’est une mission de service public. Ils sont payés par leurs clients c’est-à-dire par le nombre d’actes qu’ils font parce que le greffier du TC tient le **« registre du commerce et des sociétés » (RCS)**: Tous les commerçants et sociétés doivent être immatriculés au RCS (numéro SIRET). Lorsqu’on est immatriculé, on doit payer une taxe au greffier. De plus, tous changements doivent faire l’objet d’une inscription modificative au RCS mêmes les procès-verbaux faits aux AG de sociétés et entreprises. De plus, les greffiers des publicités obligatoires 🡪 BODACC : Bulletin Officiels des Annonces Civiles et Commerciales.
2. Un procureur de la République du TC : c’est un magistrat du parquet. Il représente l’ordre public économique.

La compétence des tribunaux de commerce est prévue dans le Code de Commerce aux articles l 721-3. Dans le TC relèvent toutes les contestations qui pourraient avoir entre commerçants. De plus, il y a toutes les contestations des sociétés commerciales.   
La chambre commerciale de la cour de Cassation pose la compétence du TC pour tous contentieux qui se rattachent à la gestion de la société. Cette vision très extensive, entraine des conflits de compétences entre le tribunal civil et le tribunal de commerce. L’interprétation de cet article qui pose un problème.

Les procédures collectives des commerçants et des artisans relèvent de la compétence des tribunaux de commerces 🡪 article l 621-2. Cependant, les agricultures et professionnels libéraux relèves du tribunal judiciaire.

L’arbitrage permet de confier à des particuliers choisis par les parties le soin de régler leur litige ce qui signifie qu’il s’agit d’une justice privée et non étatique.

**Les avantages de recourir à l’arbitrage en privé :**

* **La rapidité :** une sentence rendue par des arbitres en privé est rendue en quelques mois alors que devant un juge étatique cela peut prendre des années.
* **Protection des secrets d’entreprise :** Dans la justice étatique il y a le droit de la défense qui se définit par la **publicité des débats** et de la **décision**, c’est une question de protection applicable dans un pays démocratique. Cependant, quand il s’agit d’une question de concurrence avec le **« secret des affaires »**, l’entreprise n’a pas forcément envie que son affaire soit publique (révéler des secrets à la concurrence).
* **Le choix des arbitres :** Les juges étatiques ne sont pas forcément au point sur les différents types de contrats alors que quand on fait face à l’arbitrage nous pouvons choisir un spécialiste.
* Les arbitres doivent juger en droit : C’est-à-dire juger en respectant les règles de droit dont les règles du CC, du Code de Commerce, etc. Cependant, dans un arbitrage les partis ont la possibilité de demander que les arbitres jugent en équité : cela veut dire de juger en fonction de ce qu’ils leur semblent juste, de s’affranchir des règles de droit on appelle ça **« juger en amiable composition »**.

**L’inconvénient de recourir à l’arbitrage :**

Il faut s’assurer que les **arbitres soient impartiaux**, le législateur a prévu des règles pour cela. Cependant, ces arbitres sont rémunérés et plus ils sont qualifiés plus leurs honoraires seront élevés. Ce sont des entreprises qui font recours à cette justice donc les frais de l’arbitrage sont à leurs charges.

Les intérêts pour faire recours à l’arbitrage excèdent les inconvénients.

**Pour recourir à l’arbitrage :**

* **Le compromis d’arbitrage :** Art. 2059 du CC « Le compromis d’arbitrage est la convention par laquelle les partis à un contrat décident de soumettre à la juridiction arbitrale le conflit qui les opposent ». Il y a une exception : les domaines qui relèvent de l’ordre public : ceux dans lesquels les partis n’ont pas la libre disposition de leurs droits. Le législateur peut imposer telle ou telle juridiction.
* **La clause compromissoire :** « Elle attribue à l’avance à un tribunal arbitral, les litiges qui pourraient naître à l’avenir de l’exécution de la convention ». Cette clause prévoit à l’avance avant tous contentieux, l’existence à un recours de l’arbitrage. Elle intervient avant tous litiges. Le risque c’est qu’on signe une clause sans réaliser ce que ça implique car on ne se projette pas dans l’hypothèse qu’il y aura un litige.

Art 2061 du CC « La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l’oppose ». L’alinéa 1 nous dit que ces clauses sont possibles dans tous les contrats (privés et civils). Cependant l’alinéa 2 : « Lorsque l’une des parties n’a pas contracter dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ». C’est-à-dire que l’alinéa 1 et 2 s’opposent. Car l’alinéa 2 sous-entend que cette clause est applicable que dans un cadre professionnel. Lorsqu’un professionnel conclut avec un non-professionnel l’idée est qu’il peut conclure une clause compromissoire mais selon l’alinéa 2 ça signifie que le non-professionnel peut la refuser pour aller devant une juridiction étatique.

**Effets de l’arbitrage :**

* **Mise en place d’un tribunal arbitral :** l’intérêt est la simplicité de la constitution de ce tribunal. Il est composé d’un ou plusieurs arbitres nécessairement nombre impair. De plus, l’arbitre ne peut être qu’une personne physique. Les arbitres sont choisis par le Tribunal Judiciaire (civil), le Tribunal de Commerce (commercial) ou par le Centre d’Arbitrage.
* **L’arbitre** doit accepter la mission qui lui est confiée. Cependant, aucune profession est nécessaire pour être arbitre mais il doit être indépendant. La convention d’arbitrage est nulle si la personne choisie a eu un lien avec l’une des parties (partialité). De plus, le **Code de Procédure Civil** fait obligation à l’arbitre « de révéler toutes circonstances susceptibles d’affecter son indépendance ou son impartialité ». Art 1478 : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition.

Les juges qu’ils statuent en équité ou en droit doivent toujours respecter les grands principes directeurs du procès. Ce sont des règles obligatoires de façon que le « procès » soit équitable = droit de la défense respectés.

* **Principe du contradictoire :** Si une des parties communique un document, une information quelconque au juge ou à l’arbitre, ce dernier doit impérativement communiquer ce document à la partie adverse.
* **Nécessité de motiver la décision/Obligation de motivation :** L’arbitre comme le juge, doit toujours expliquer les raisons, les fondements de la solution qu’il apporte au litige.

**La sentence arbitrale :**

1. **L’autorité de chose jugée :** Une sente arbitrale a également autorité de chose jugée.
2. **La force exécutoire attachée aux jugements et aux arrêts.**

**1ère PARTIE – L’ACTIVITE COMMERCIALE ET LE FONDS DE COMMERCE**

Pour qu’il y est activité commerciale et donc pour qu’il y est application du droit commercial, il faut la conjonction de deux éléments que l’on retrouve à l’énoncée de l’art. L121 – 1 du Code de commerce : « **sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle »** éléments qui sont l’existence d’acte de commerce mais aussi un élément subjectif c’est-à-dire qu’il faut qu’une personne réalise cet acte de façon habituelle dans le cadre de sa profession.

**Titre 1 – LA REALISATION D’ACTES DE COMMERCE A TITRE DE PROFESSION HABITUELLE**

**Chapitre 1 – La détermination des actes de commerce**

**Article où l’on retrouve les listes des actes de commerce :**

* **Art. L110 – 1**
* **Art. L110 – 2**

Section 1 – Les actes de commerce par la forme

**Définition :** C’est la forme utilisée qui va déterminer la commercialité de l’acte. Il s’agit d’un acte qui sera toujours de nature commerciale parce que c’est sa forme qui fait qu’il faudra appliquer la commercialité.

**Exemple :** La lettre de change = moyen de paiement entre professionnels.

**Lettre de change :** écrit par lequel une personne qu’on appelle le tireur donne l’ordre à une autre personne qu’on appelle le tiré de payer une somme déterminée à l’ordre d’une tierce personne qu’on appelle le bénéficiaire.

Ce sont des actes de commerce par la forme : **les sociétés commerciales**, qui sont listées dans le Code de Commerce.

**Exemple :** Société Anonyme ou SAS.

Une société commerciale relèvera toujours du droit commercial c’est-à-dire que les actes qu’une société commerciale va accomplir seront considérés comme des actes de commerce.

Pour qu’un acte de commerce déclenche l’application du droit commercial, il faut un élément supplémentaire qui est la personne = principe.

Section 2 – Les actes de commerce par nature

**95% des actes de commerce sont par nature**

§ 1 – Les actes relevant du commerce et de la distribution

1. **L’achat pour revendre :**

Art. L110 – 1 premièrement et deuxièmement :

1° « Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ».

2° « Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l’acquéreur n’ait agit en vue d’édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ».

* L’achat pour revendre est une seule et même opération :
* Achat dans le but de revendre avec profit = acte de commerce
* Vente à perte = interdit

1. **Les entreprises de fournitures :**

**Définition :** C’est l’entreprise qui assure pendant une période déterminée des livraisons successives de marchandises ou de services qu’elle se procure au fur et à mesure des livraisons.

**Exemples :**

* Sodexo entreprise qui livre des repas dans les cantines, hôpitaux, et EPHAD
* Société de personnes intérimaires
* Entreprise d’entretien d’immeuble

1. **Les entreprises de transport :**

Art L110 – 1

5° « Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ».

La définition même du transport est délicate en effet, si le transport suppose le déplacement ; tout déplacement n’implique pas forcément une activité de transport : Quid de l’activité de promenade à dos d’animal (par ex).

Il faut forcément que l’activité produise un revenu au transporteur mais de plus, le déplacement de la chose ou de la personne doit avoir lieu sous la maitrise du transporteur. En clair pour qu’il y est transport et donc activité commerciale il faut que la chose ou la personne n’ait qu’un rôle purement passif.

**Exemples :**

* Promenade à dos d’animal = activité de transport (=rôle passif)
* Remonte pentes = activité de transport (=rôle passif)
* Equitation = rôle non passif (enseignement)
* Auto-école = non passif (enseignement)
* Taxis et mariniers = artisans car travail manuel favorisé et relèvent du Droit Civil et non commercial.

§ 2 – Les actes relevant de l’industrie

Il s’agit de la transformation de matières premières ou de produits ayant déjà subits une première fabrication. Par exemple les industries chimique (produits phytosanitaires), industries textiles, industries pétrolières. Cela nécessite énormément de machines et de mains d’œuvres. Le recours à la mécanisation et les salariés fait la différence avec les artisans.

§ 3 - Les actes relevant des services

Le code de commerce évoque toutes les opérations financières, à toutes les activités bancaires. On peut mentionner également les opérations d’assurances, de prêts, mutuels, etc.

Les opérations des intermédiaires sont très importantes car c’est très courant comme profession. Les commissionnaires, les courtiers et les agents d’affaires sont des métiers qui relèvent de ces opérations, ils sont forcément commerçants.

* **Le commissionnaire :** Art. L 132-1 du Code de Commerce : « Le commissionnaire est celui qui agit en son nom propre pour le compte d’une autre personne appelé ‘commettant’. Il agit donc pour le compte d’un client mais en son nom propre ».

Exemple : **commissionnaire de transport** 🡪 Nestlé vend des milliers de bouteilles d’eau minérale. Nestlé va donc s’adresser à un commissionnaire de transport pour qu’il s’occupe du transport des marchandises. Il agit pour le compte de Nestlé et faire des contrats avec des transporteurs locaux pour livrer la marchandise. C’est l’intermédiaire qu’il va signer les contrats au nom de l’entreprise.

* **Le courtier :**  Il a pour mission de rapprocher des personnes souhaitant contracter. Cependant, il se contente de les mettre en contact, de les rapprocher mais il ne prend pas part juridiquement. Le courtier est un entremetteur, le courtage est une opération d’entremise. Il intervient dans des domaines considérables.

Exemple : **Courtier de marchandises** 🡪 Spécialisé dans des domaines (vins, céréales, etc.). Des industries peuvent leur faire appel pour un certain produit. Le courtier fait appel ensuite à sa liste de fournisseurs. Une fois l’exploitant est trouvé, le courtier présente le tiers à son **« donneur d’ordre »,** pour signer les contrats. Ensuite, l’affaire reste entre les tiers.

**Courtier matrimonial :** le courtier trouve deux personnes voulant se marier. Aujourd’hui on peut considérer des plateformes telles que Meetic, Tinder, etc. des courtiers.

Le courtage peut passer par beaucoup de plateformes comme EBay, Le Bon Coin. Nous pouvons trouver des vendeurs sur ses plateformes et ces grâces à ces sites que nous trouvons les tiers (vendeurs).

Le courtier différent du **mandataire** relève du Droit Civil. Il accomplit un acte juridique au nom et pour le compte d’une personne qu’on appelle le ‘mandant’. C’est un représentant, il signe à notre nom.

* **Agent d’affaires ou bureau d’affaires :** Il s’agit de personnes (physiques ou morales) qui font profession de gérer les affaires d’autrui. Pour cela, elles vont effectuer des opérations de courtage, rédiger des contrats, donner des conseils, opérer des recouvrements, agir comme mandataire, etc. C’est un commerçant mais il va devoir recourir à énormément d’activités.

Exemple : une agence de voyage, régis immobilières, etc. De plus, certaines entreprises vont relayer tout son contentieux à une société donc c’est sa spécialité « cabinet de contentieux ».

Section 3 – Les actes de commerce par accessoire

Il s’agit de l’application d’une théorie juridique qu’on appelle « la théorie de l’accessoire ». Cela signifie que des actes civils par nature, sont soumis au Droit Commercial parce qu’ils sont accomplis par un commerçant dans l’exercice de sa profession. La jurisprudence dit que l’acte doit être passé dans le but d’exercer un commerce et être indispensable à l’exercice de celui-ci.

Par exemple, d’acheter une voiture pour son propre besoin est un acte civil. Cependant, si on est commerçant est qu’on a besoin d’un véhicule dans le cadre du travail ça devient un acte de commerce car on le fait pour l’exercice de notre commerce. **La finalité de l’acte va déteindre de sa nature.** C’est dans un but de simplification.

Tout ce qui relève de la vie personnelle du commerçant = droit civil ; ce qui relève de son activité = droit commercial. Dès lors qu’un commerçant fait un acte dans le cadre de son activité, ce sera considéré comme un acte de commerce.

Section 4 – Les actes mixtes

Les actes mixtes pourraient se rencontrer dans un domaine purement professionnel. Par exemple un médecin qui souhaite équiper sont cabinet avec du matériel informatique. Il va donc faire un contrat avec un professionnel dans le domaine. Cependant, ça relève de sa profession qui est libérale et n’est pas considéré comme un commerçant (civil) mais li fait un contrat (commerce).

Cependant, comment savons-nous quel droit appliquer ? Il y a deux solutions :

1. **Vous pouvez appliquer un régime unitaire**: Vous appliquez un seul droit à cet acte (soit civil, soit commercial). L’intérêt est la simplicité mais il y a un inconvénient car si on applique un régime unitaire cela signifie que vous appliquez à une des parties un droit qui n’est pas le sien.
2. **L’application d’un régime dualiste :** Cela veut dire qu’on applique les deux droits (civil et commercial). L’intérêt c’est que chaque partie est traité en fonction du droit qui lui correspond. Cependant, l’inconvénient se trouve dans la complexité : dans un même contrat il faut appliquer distributivement chacun des droits.

**La jurisprudence a donc tranché en faveur du système dualiste.** Il y a lieu d’appliquer le système dualiste uniquement dans les hypothèses où les deux droits ne sont pas identiques. Les personnes relevant du droit civil relève du droit judiciaire alors que les commerçants relèvent du Tribunal de Commerce.

La jurisprudence va offrir une option au non-commerçants qui assignent en justice un commerçant. Il a le choix : soit il assigne devant le Tribunal de Commerce mais il peut assigner devant le Tribunal Judiciaire. Pourquoi a-t-il ce choix ? Parce que la jurisprudence estime que la partie non-commerçante est la partie « faible », donc les juges leurs donnent un avantage. Il faut appliquer les règles de preuves de droit civil par exemple.

C’est dans un acte mixte il y a des codébiteurs commerçants qui sont dans une affaire avec des codébiteurs non-commerçants, ils doivent rester solidaire à leur créancier non-commerçants : **présomption de solidarité.**

Chapitre 2 – L’attribution de la qualité de commerçant

Section 1 – L’exercice d’actes de commerce à titre de profession habituelle et indépendante

La profession : « l’exercice d’une activité organisé et non-occasionnel permettant à la personne qui l’exerce de subvenir aux besoins de son existence ».

Pour que l’activité soit considérée comme professionnel il faut :

1. La recherche du profit est un élément indispensable pour qu’il y a profession, être bénévole ne compte pas.
2. Il faut une organisation structurée par des moyens matériels, financiers, humains.
3. Il faut une certaine permanence. La notion d’habitude est inhérente à la notion de profession.

On peut faire une activité professionnelle et rémunérée sans qu’elle soit exercer à titre principale, on appelle cela la **pluriactivité**. On peut avoir une activité commerçante et une activité civile à côté.

A savoir qu’un commerçant est quelqu’un qui **agit à titre indépendant** c’est-à-dire sans aucun lien de subordination et agit à ses risques et périls. Tout est sous sa responsabilité, même de payer ses créanciers et dettes.

Lorsqu’on répond à la définition du commerçant on a l’obligation de s’inscrire au RCS (Registre des Commerces et des Sociétés) et si on est inscrit cela signifie qu’on est présumé commerçant. On ne peut donc pas plaider qu’on n’est pas commerçant, c’est une présomption auquel nous ne pouvons pas lutter. C’est une fraude de ne pas s’inscrire au RCS, il faut le déclarer aux administrations fiscales, sociales sinon on peut être condamné pour **travail dissimulé**.

Les plateformes en ligne (Le Bon Coin), doivent informer à leur organisation fiscales leur chiffre de ventes et leurs revenus.

Section 2 – la capacité à exercer le commerce

Lorsqu’on exerce le commerce il y a des risques sur le patrimoine personnel de l’entrepreneur c’est pourquoi certaines personnes n’ont pas la capacité d’exercer le commerce.

§ 1 – Les mineurs

L 121-2 du code du commerce : « Le mineur émancipé peut être commerçant ».

Cette règle implique qu’on a des mineurs émancipés et non-émancipés. C’est une distinction importante : jusqu’à 16 ans vous êtes nécessairement mineur non-émancipé. Cependant de 16 à 18 ans vous pouvez vous faire émanciper, c’est-à-dire demander au juge leur émancipation qui leur permet d’avoir les mêmes capacités que les majeurs. Un mineur émancipé peut donc se marier, et surtout peut exercer le commerce.

Cela peut être gênant dans un certain nombre de circonstances. Le mineur qui reçoit un fond de commerce par héritage ou donation ne peut pas exercer ce fond s’il n’est pas émancipé. Il peut donc faire un apport auprès d’une société et en contrepartie de cet apport il recevra des parts sociales, des actions. C’est donc la société qui va exercer un acte de commerce avec un mineur à ses risques et périls. Cependant, le fait de détenir des actions d’une société ne fait pas du mineur un commerçant.

Si un mineur exerce quand même le commerce malgré son interdiction, il n’aura jamais la qualité de commerçant. C’est ce qu’on appelle une nullité relative, on l’appelle aussi la nullité de protection : seule la personne qu’on veut protéger peut agir en nullité. Le mineur a la capacité de faire la demande de nullité aussi pendant 5 ans après sa majorité.

§ 2 – Les majeurs incapables ou protégés, art. 440

Les majeurs protégés ou incapables le sont soit pour des raisons intellectuelles ou physique pour agir juridiquement de façon autonome. Si vous ne pouvez pas manifester votre volonté vous êtes en incapacité juridique. Cela recouvre 3 séries de personnes :

1. **Les majeurs en tutelle :** Vous devez être représenté par votre tuteur dans tous les actes de la vie. C 'est le régime le plus fort, là où la personne est la plus dépendante. L’art. 509 du CC « Le tuteur ne peut pas exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ». C’est une mesure de protection.
2. **La curatelle :** On a besoin d’insistance mais on conserve un libre arbitre. Par exemple, une personne âgée qui gère mal son argent peut être mis sous curatelle. Donc si vous avez la mention « RC » sur un acte d’état civil (que l’on peut demander auprès d’un notaire) c’est que vous n’êtes pas complètement indépendant. Le CC ne dit rien sur la possibilité pour les personnes sous curatelle d’exercer le commerce donc la cour de cassation a donné son avis en 2018 : Par principe, un majeur sous curatelle peut exercer le commerce mais pour les actes les plus importants (les actes de dispositions), doivent nécessiter l’assistance du curateur. Cependant, les tiers sont dans l’insécurité parce qu’à quel moment est-ce un acte de disposition ? De plus, qui voudrait faire du commerce avec une personne sous curatelle vu les conséquences juridique qui peuvent être appliquées ?
3. **Personne placée sous sauvegarde de justice :** personne qui a besoin d’être représentée de façon temporaire ou seulement pour certains actes. Cependant, ces personnes conservent leurs droits civils. Ces personnes peuvent pratiquer des actes de commerces (art. 433).

§ 3 – L’interdiction d’exercer le commerce à titre de sanction

Certaines personnes sont considérées comme indésirables, on ne les veut pas du monde des affaires. Il y a 3 principales raisons :

1. **Une condamnation pénale :** peut s’appliquer sur des personnes physiques ou morales qui se sont rendus coupables d’infractions pénales d’ordre économique ou financier. Par exemple, l’escroquerie, l’accrue de biens sociaux, etc. Pour ces incriminations, le juge pénal a la possibilité de prononcer à titre de peine complémentaire, une incapacité commerciale. C’est une incapacité extrêmement violente : « elle consiste en l’interdiction d’exercer une profession commerciale ou artisanale, de diriger, d’administrer, de gérer ou de contrôler une entreprise ou une société commerciale ». Cette interdiction peut être temporaire mais ne peut pas excéder 15 ans cependant elle peut être définitive : Art. L 131-27 alinéa 2 du Code pénal.
2. **Incapacité qui résulte de la législation sur les procédures collectives :** c’est une branche des droits des affaires dont l’objectif est de traiter des difficultés financières des entreprises. Cette incapacité est prévue à l’article L 653-1 du Code du commerce.   
   Il y a **3 procédures :**  
   - Procédure de sauvegarde : c’est une procédure judiciaire qui vise à restructurer une entreprise qui peut encore avec sa trésorerie, régler ses créanciers.   
     
   - L’entreprise est en cessation des paiements, elle n’a plus la trésorerie pour acquitter ses dettes. Donc soit il demande un redressement (quand il y a encore de l’espoir) soit ou une liquidation judiciaire qui s’applique à des sociétés qui ont une situation financière trop catastrophique. La cessation des paiements peut être dû à des fautes de gestions de l’entrepreneur ou des dirigeants de la société. Le Tribunal peut à titre de sanction prononcer à l’encontre du fautif cette incapacité commerciale : la faillite personnelle qui ne peut pas excéder 15 ans.
3. **Incapacité qui résulte d’une condamnation fiscale :** cet article se trouve dans le Code générale des impôts (CGI) ; si on a un contribuable qui a été condamné pour certains délits fiscaux (fraude, dissimulation de revenus, évitement de paie, etc.), le Tribunal peut renoncer cette incapacité commerciale, elle peut être temporaire et dans ce cas elle ne peut pas excéder 15 ans.

Chapitre 3 – les critères de distinction avec l’artisanat

L’article 19 (I - al 2) de la loi du 5 juillet 1996 modifié dispose :

*"Doivent être immatriculées au répertoire des métiers (...) les personnes physiques et les personnes morales qui n'emploient pas plus de 10 salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat (...)".*

Le code de commerce ne fait aucune distinction entre artisan et commerçant. De plus, le législateur a établi dans un décret une liste des activités qui seule peut être regardée comme artisanales.

Il y a 4 catégories d’artisans (art l121-3) :

1. L’artisanat de l’alimentation : traiteur, fabricant de fromages, etc.
2. L’artisanat du bâtiment : maçon, plombier, etc.
3. L’artisanat de fabrication : couturières.
4. L’artisanat de service : réparation de véhicules, fleuristes, etc.

Les activités agricoles et la vinification sont exclues des activités artisanales.

**Le mode d’exercice et la qualification professionnel :** La loi prévoit que l’artisan doit travailler à titre indépendant cependant il y a une contrainte supplémentaire 🡪 on peut être artisan que si les artisans sont détenteurs de qualifications professionnelles pour les métiers qu’ils exercent. Il faut justifier par un diplôme son exercice. S’il n’y a pas de diplôme dans un domaine il faut avoir une justification ou une attestation de capacités professionnelles.

**Les personnes physiques ou morales ne peuvent pas employer plus de 10 salariés pour être considéré comme artisan et être répertorié.** Depuis 2014, le nombre d’employés est monté à 50. Cela s’explique par la définition de l’artisan que la jurisprudence a élaboré : « Est artisan le travailleur indépendant qui tire l’essentiel de ses ressources de son travail manuel et qui s’abstient de toute spéculation sur les marchandises ou le travail d’autrui. ». C’est-à-dire qu’un artisan est une personne qui prend personnellement part à l’exécution du travail se devait d’être manuel (qui n’exclue pas une machine).   
Pour ce qui est de l’absence de spéculation il y a 2 aspects :

1. **Absence de spéculation sur les marchandises :** le profil d’un commerçant provient d’une spéculation, c’est-à-dire de la différence entre le prix d’achat et le prix de vente. Pour le travailleur manuel c’est l’inverse ; il vend plus cher la matière première qu’il transforme manuellement grâce à son savoir-faire personnel. Donc, son profit est dû à son travail manuel.
2. **Absence de spéculation sur le travail d’autrui :** Le profit d’un artisan ne peut résulter que de son travail manuel personnel. Cependant, il ne pourra plus remplir cette condition si le travail a été effectué par un nombre important de salariés.

Ces raisons sont pour lesquelles les artisans seront toujours considérés comme des TPE (très petites entreprises). Il est très important de retenir que le terme « artisan » est réservé aux personnes enregistrées (et immatriculées) sur le **répertoire des métiers**. Cela permet plusieurs avantages fiscaux.

**Titre 2 – LE COMMERCANT INDIVIDUEL : STATUT JURIDIQUE ET OBLIGATIONS**

**Chapitre 1 – les conditions d’accès à la profession**

Section 1 – Le principe du libre accès à la profession commerciale

C’est un principe constitutionnel très fort, celui de la **liberté d’entreprendre** (liberté du commerce et de l’industrie). Il résulte de la DDHC de 1789. Le législateur peut y porter atteinte de manière proportionnelle et qu’avec un motif impérieux. Le conseil constitutionnel rend une importante décision en 1982 ou il indique clairement qu’il s’agissait d’une valeur constitutionnelle. En 1981 avec l’élection de Mitterrand, les entreprises et banques avaient été nationalisées, ce qui a été vu comme une atteinte à la liberté d’entreprendre, le Conseil Constitutionnel a rappelé qu’il s’agissait bien d’une liberté constitutionnelle qui était un principe général du droit donc seul le Parlement peut y porter atteinte (que s’il y a un motif supérieur et que ce ne soit pas abusif). Donc le CC a validé les nationalisations car ce n’était pas abusif.

Section 2 – Les limitations au libre accès à la profession commerciale :

§ 1 – Les limitations légales

# Les limitations tenant à la personne

* **Les incompatibilités :** l’interdiction faite à certaines personnes d’exercer une activité commerciale en raison de leur fonction ou de leur profession pour qu’il puisse consacrer tout leur temps à cette profession et éviter les conflits d’intérêts et la suspicion qui pourrait peser 🡪 éviter le manque d’impartialité et toute objectivité. Par exemple, un commissaire-priseur judiciaire s’il pouvait acheter nos objets pour les revendre lui-même il peut y avoir un conflit d’intérêt (chercher à acheter moins cher). De plus, il y aurait un problème de dignité des personnes faisant partie de la profession (code déontologie, bonne conduite). Presque toutes les professions règlementées sont incompatibles avec l’exercice du commerce (officier ministériels = huissiers, notaires, commissaires-priseurs judiciaires, greffier des tribunaux de commerce, avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de Cassation/professions juridiques : avocats…/commissaires au compte, architectes…/professions médicales : médecins, vétérinaires…). Avant les fonctionnaires ne pouvaient pas être commerçants, maintenant c’est plus souple mais il faut demander l’autorisation de l’autorité de tutelle, mais pas pour tous (militaires, magistrats, etc. ne peuvent toujours pas).
* **Sanctions :** essentiellement **d’ordre professionnel :** avertissement blâme, interdiction temporaire d’exercer, interdiction définitive, peut même mener à des sanctions pénales. De plus, les tiers pourront demander qu’il soit appliqué le droit commercial, la personne accusée ne peut pas faire appel.
* **La qualité d’étranger :** En 1971, aussi bien les français que les étrangers pouvaient exercer le commerce. Ensuite, seulement les français le pouvaient. Actuellement, il faut distinguer les ressortissants de l’UE et les ressortissants hors UE. Si l’étranger à une nationalité d’un des pays ressortissants de l’UE. évolution avec le temps
* **Pour les ressortissants de l’UE :** Il y a libre circulation de la personne et des marchandises, il y a la liberté d’établissement et la liberté de la prestation de service (un membre d’un état de l’UE peut toujours faire un acte professionnel isolé dans un autre état et s’établir librement dans n’importe quel état de l’UE). Il y a aussi **l’équivalence des diplômes**, un diplôme de médecine obtenu en Roumanie à la même valeur qu’un diplôme français. Pour les diplômes juridiques on peut demander que la personne voulant s’installer dans le pays fasse un stage de mise à niveau ou passe un examen pour vérifier ses notions.
* **Pour les ressortissants hors UE :** Le principe de la réciprocité qui résulte de traités internationaux ou bilatéraux permet à un Etat d’autoriser les ressortissants de l’autre Etat à exercer le commerce en son sein si l’étranger a l’autorisation d’y résider. Plusieurs possibilités : carte de séjour temporaire (un an renouvelable), carte de résident (10 ans renouvelable de plein droit) ou depuis 2016 la carte de séjour pluriannuel/passeport jeune talent (4ans pour attirer les jeunes étrangers pour lancer une entreprise en France). Mais pour exercer le commerce il faut aussi obtenir une autorisation d’exercice délivrée par le préfet du département avant de commercer (sauf si accord de réciprocité). Certaines activités restent quand même fermées aux ressortissants hors UE (sécurité nationale, ordre public : transports, métiers de sécurité, débit de boisson, les pharmaciens, etc.). Ces activités sont règlementées par le code de la sécurité intérieure.

# Les limitations tenant à l’activité

Beaucoup d’activités commerciales vont devoir remplir des **conditions de diplômes** (ex : un pharmacien peut exercer qu’avec un doctorat de médecine) ou **d’autorisation administratives** (agences de voyages, transporteurs routiers, les débits de boissons, agents immobiliers). Si on obtient une autorisation administrative elle fait partie du fonds de commerce (ex : une licence pour vendre de l’alcool). Donc si le fonds de commerce est vendu, l’autorisation est cédée avec. Mais l’autorisation peut aussi avoir été accordée à la personne de l’exploitant, dans ce cas elle ne fait pas partie du fonds de commerce. Ex : droit de terrasse (ça vise les brasseries et cafés) la mairie donne un accord pour utiliser une place publique = droit précaire et personnel = il peut être retiré à tout moment, temporaire. Il est donc automatiquement résilié en cas de vente du fonds de commerce (droit précaire). Le seul moyen de le transmettre est de, lors du contrat de la vente du FDC, ajouter **une condition suspensive** : « la vente du FDC ne sera parfaite qu’à compter de l’obtention par l’acquéreur du droit de terrasse (sous tel délai) ». Donc tant que la condition n’est pas réalisée il n’y a pas de vente. Cela protège les partis. Si l’acquéreur n’a pas le droit de terrasse, sa nouvelle brasserie risque de ne pas être vraiment rentable, d’où l’importance de la condition suspensive.

§ 2 - Les limitations conventionnelles

Souvent, une personne s’engage dans un contrat à ne plus exercer à l’avenir telle ou telle profession : clause de non-concurrence (Ex : si je vends mon fonds de commerce je peux m’engager à ne pas concurrencer l’acquéreur). Mais ces clauses se heurtent à deux principes fondamentaux car elles vont à l’encontre de la **liberté du commerce et de l’industrie**, et de la **liberté contractuelle**. Cependant la jurisprudence ne peut pas les interdire car cela irait à l’encontre de la liberté contractuelle. Ce sont des principes antinomiques (vs). Donc pour admettre ces clauses, la jurisprudence les déclare licites mais pose un certain nombre de conditions pour qu’elles soient considérées comme telles.

Mais dans l’exemple de la vente des fonds, mêmes si les parties n’insèrent pas de clause de non-concurrence, le vendeur, par application du droit civil commun, ne peut pas concurrencer directement son acquéreur : Article 1625 du CC : « le vendeur a différentes obligations dont l’obligation de délivrance » = laisser l’acquéreur prendre possession de la clientèle, l’obligation de garantie contre l’éviction : un vendeur ne peut pas évincer son acquéreur 🡪 Double garantie (contre l’éviction du fait du tiers et aussi l’éviction du fait personnel).

La vente du fonds de commerce implique donc la vente de la clientèle. Si le vendeur veut s’installer à côté du local qu’il a cédé pour y exercer la même activité que celle de l’acquéreur, ça ne sera pas possible selon la garantie contre l’éviction, c’est une garantie d’ordre public qu’on ne peut pas supprimer via une clause, sinon elle sera réputée non écrite. C’est la clause de non-concurrence qui énonce les obligations exactes qui tiennent au vendeur.

Conditions jurisprudentielles pour qu’une clause de non-concurrence soit licite :

* Elle doit être écrite et préciser quelle est l’activité interdite.
* Elle doit être limitée dans le temps et l’espace : en 2016, le législateur a indiqué que dans certains contrats (de franchise qui porte sur un commerce de détail) la clause de non-concurrence ne pouvait pas être supérieure à 1 an, pour l’espace ça dépend de l’activité, en général cela se cantonne aux arrondissements limitrophes.
* Elle doit être proportionnelle aux intérêts légitimes du vendeur et de l’acquéreur : trouver un équilibre entre leurs intérêts.

**Chapitre 2 – Le statut personnel du commerçant**

Section 1 – l’incidence du statut matrimonial

§ 1 – L’attribution de la qualité de commerçant : l’article L. 121-3 c. com.

# L’exercice séparé d’une activité commerciale

* **Régime communautaire :**

Régime de communauté légale réduite aux acquêts 🡪 si on ne précise pas dans le contrat de mariage, ce régime est imposé (=biens acquis par un conjoints pendant la vie conjugale = bien communs).

**Trois masses de biens :** ceux qu’un des conjoints avait avant le mariage ainsi que tous les biens acquis par donation ou succession avant le mariage (= biens propres) de chaque époux ; tous les biens acquis par donation ou héritage pendant le mariage (=biens communs) dont chacun dispose librement et peut le vendre sans devoir avoir le consentement de l’autre (sauf pour le logement).

* **Régime séparatiste :**

Ce contrat doit être rédigé devant un notaire. Chaque conjoint a ses biens propres, pas de biens communs. Si un bien a été payé par les 2 conjoints ensemble il sera en indivision, c’est-à-dire que ce n’est pas un bien commun donc on ne peut pas en disposer librement. Ce régime est conseillé pour les entrepreneurs. Chacun dispose de sa part du bien dépendant combien l’époux a mis dans le bien.

Selon le régime, les biens de la famille qui répondent des dettes professionnelles ne sont pas les mêmes.

Dans un régime communautaire, les créanciers pourront saisir les biens propres de l’entrepreneur ainsi que l’intégralité des biens communs. Dans un régime séparatiste, les créanciers n’auront comme gage que les biens propres de l’entrepreneur, tous les biens propres du conjoint ou du partenaire seront à l’abri. Dans ce cas-là, les créanciers de l’entrepreneur ne vont pas pouvoir saisir les biens en indivision mais uniquement ceux appartenant uniquement au débiteur. Ils vont donc devoir demander au juge de prononcer la fin de l’indivision de façon qu’ils puissent faire vendre le bien, ensuite, ils ne pourront récupérer que la part du bien qui revient au débiteur.

1. **L’exercice en commun d’une activité commerciale**

Art L-121-3 : « Le conjoint d’un commerçant n’est réputé lui-même commerçant que s’il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux ».

A contrario, cet article nous indique que si deux conjoints ou partenaires exercent ensemble au sein d’un même commerce, un seul pourra avoir la qualité de commerçant, à l’exclusion de l’autre dans le but de protéger ce conjoint. Désormais, lorsqu’on se retrouve dans cette situation, le commerçant à l’obligation de déclarer au RCS un statut parmi trois proposés par le législateur (art. L 121-4-1).

* **Le conjoint collaborateur :** Simple formalisation de l’aide matérielle à l’exploitation du fonds. Le conjoint est bénévole donc pas rémunéré. Surtout dans les plus petites entreprises.

**Conditions :** le conjoint ou le partenaire ne doit pas exercer par ailleurs une activité salariée supérieure à un mi-temps ou indépendante. Le législateur veut inciter les entrepreneurs à se mettre sous un statut sociétaire : dans les SARL, si le conjoint est gérant majoritaire dans les EURL (SARL avec un seul associé), il y a aussi les SELARL (société d’exercice libérale à responsabilité limitée). Les SARL avec plus de 20 salariés ne peuvent pas utiliser ce statut.

**Intérêt :** Au regard des droits sociaux : le conjoint est affilié personnellement à un régime d’assurance vieillesse/complémentaire. En cas de maternité, le conjoint bénéficie des prestations accordées aux femmes chefs d’entreprises. Il a droit à la formation professionnelle. De plus, au regard de la protection vis-à-vis des créanciers de l’entrepreneur, le conjoint est présumé avoir reçu mandat de l’entrepreneur pour l’exercice de l’activité. Le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant donc le conjoint même s’il réalise des actes de commerces, il les réalisera au nom et pour le compte du mandant. Donc cela protège les biens propres du conjoint car les créanciers ne pourront jamais prouver que vous être commerçant grâce au mandat.

L121-7 : Dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d’administration accomplis pour les besoins de l’entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés d’être pour le compte du chef d’entreprise et n’entraînent à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle.

* **Le conjoint salarié :** Est-il possible pour un conjoint d’être salarié de l’autre ? On se demande ça à cause du principe d’égalité des époux, or si l’un est salarié de l’autre il y a un lien de subordination. Le législateur a dit que c’était possible : il détient tous les avantages sociaux d’un salarié « normal ». L’intégralité du droit du travail peut s’appliquer avec ce statut (salaire minimum, contrat de travail). Le conjoint est protégé par le droit social et ses biens propres ne pourront pas être saisis. Il peut même avoir droit au chômage si licencié.
* **Le conjoint associé :** Principe posé à l’article 1832-1 du Code Civil : « des conjoints peuvent parfaitement être associés au sein d’une même société, y compris si leurs apports ne résultent que de biens communs ». Quand on crée une société on y apporte des biens, en contrepartie la société nous remet la somme équivalente en droits sociaux/actions. On est actionnaire et la société uniquement est commerçante. Donc si les conjoints veulent travailler ensemble, celui qui est inscrit au RCS apporte un fonds de commerce et le conjoint apporte de l’argent ou dans certaines sociétés seulement sa force de travail (= son industrie). L’intérêt dans ce cas est que le conjoint associé bénéficie du régime d’assurance vieillesse et maladie des travailleurs indépendants. Le conjoint participe à la gestion de l’entreprise car il est obligatoire de convoquer une assemblée générale au moins une fois par an, donc il va y participer et aura son mot à dire. Il peut aussi percevoir une rémunération car s’il y a des bénéfices, l’assemblée choisira soit de la réserve ou de le distribuer aux associés sous formes de dividendes (montant proportionnel à la part investie dans le capital). 🡪 Différence entre dirigeant et commerçant.

**Sanction :** En cas de non-déclaration de statut, le partenaire est réputé d’avoir le statut de salarié. Dans ce cas, l’entrepreneur pourra être condamné pour le délit pénal de travail dissimulé.

Section 2 – La protection du patrimoine du commerçant individuel

Le législateur a mis en place des mécanismes pour protéger son patrimoine.

Sous-section 1 - l’insaisissabilité des biens immobiliers non professionnels

Art. L 526-1 du Code de Commerce : cette disposition protectrice s’applique à tous les entrepreneurs qu’ils soient civils ou commerçants quel que soit leur activité. Si l’entrepreneur es propriétaire de sa résidence principale, alors elle est insaisissable par ces créanciers professionnels de plein droit. Biens fonciers = biens immobiliers (terrain, immeuble). Si l’entrepreneur exerce son action dans sa résidence principale il doit faire un état descriptif de division (quelle partie correspond à la résidence personnelle et quelle partie correspond à l’exercice l’activité professionnelle). La partie de résidence personnelle sera insaisissable mais l’autre oui = système protecteur**.**

Si l’entrepreneur veut déménager et vendre sa résidence principale, le législateur prévoit que la somme qu’il en retire posée sur un compte bancaire spécifique et insaisissable jusqu’à ce que l’entrepreneur ait acquis à nouveau une résidence principale.

Les autres biens fonciers peuvent être rendu insaisissables par un acte notarié qui déclare les biens fonciers insaisissables (tous ou certains). Le notaire la fait publier au livre foncier, dans un journal d’annonces légales (publicités), et dans le registre dans lequel est inscrit l’entrepreneur. Pour la résidence principale : Cette insaisissabilité s’applique que pour les biens personnels (non professionnels) + que pour les créanciers professionnels et postérieurs sont concernés par la déclaration d’insaisissabilité. Pour les créanciers professionnels antérieurs à la publicité de la déclaration d’insaisissabilité, ça ne s’applique pas sinon ça irait à l’encontre de la Constitution car avant de contracter, la personne apprécie le patrimoine de l’autre avant de s’engager en connaissance de cause alors que les créanciers postérieurs sauront à l’avance quels sont les biens qui seront insaisissables.

La déclaration prend fin quand l’entrepreneur peut renoncer à l’insaisissabilité de tout ou partie de ses biens fonciers ou créanciers.

Ce système de protection n’a pas connu de grand succès (pas très utilisé par les entrepreneurs car si on veut obtenir un crédit il faut pouvoir proposer des gages au créancier). Le législateur a inventé un autre mécanisme : en 2015, la loi Macron a déclaré l’insaisissabilité de plein droit de la résidence principale.

Sous-section 2 – L’entreprise individuelle à responsabilité limitée

Avant 2010, le principe essentiel du fait qu’on a un seul patrimoine (= émanation de notre personnalité, composé des dettes et des actifs, des liens d’obligations, sûretés, biens, etc.).

En 2010, le législateur a bouleversé cette règle avec l’art L 526-6 du Code de commerce : « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel sans création d’une personne morale ». Donc un entrepreneur peut avoir autant de patrimoine que d’activités professionnelles. Les créanciers personnels n’auront comme gage que le patrimoine professionnel. Donc le patrimoine personnel du débiteur est protégé de ses créanciers professionnels.

Le Code Civil dispose qu’une personne est tenue vis-à-vis de ses créanciers sur l’ensemble de ses biens présents à venir.

§ 1 – La mise en œuvre de l’EIRL

1. Les personnes éligibles :

Il s’agissait de toute personne physique pratiquant une activité économique. L’EIRL peut être créé au moment où l’entrepreneur créé son fonds mais une personne déjà en activité peut décider d’exercer en IRL.

1. La Constitution, évaluation et transfert du patrimoine affecté :

Il résulte d’une simple déclaration : **Déclaration d’affectation** déposée au registre où l’entrepreneur est inscrit (immatriculé) : RCS si commerçant, répertoire des métiers (RM) si artisan, registre tenu par les chambres d’agriculture pour les agriculteurs. Mais les professions libérales n’ont pas de registre, donc le législateur en a créé un qui est tenu par le Greffe du Tribunal de Commerce.

Que devons-nous mettre dans notre Déclaration d’affectation ; Art. L 526-6 : Le législateur pose un contenu obligatoire qui devra figurer dans le patrimoine professionnel : « l’ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l’entrepreneur est titulaire et qui sont nécessaires à l’exercice de son activité professionnel ».

Certains éléments peuvent être dans le patrimoine personnel ou professionnel selon le choix de l’entrepreneur, c’est facultatif : éléments utiles à l’exercice de l’activité. On utilise notre voiture pour aller au travail, mais il rentre aussi dans le patrimoine personnel, on a le choix.

Un élément peut figurer que dans un seul patrimoine, que ce soient des biens propres, communs ou individuels. Si ce sont des biens communs ou indivisibles besoin de l’accord du conjoint ou coindivisaire. Si l’entrepreneur met tout dans le personnel pour protéger ses biens il est en faute et la sanction peut être la réunification des patrimoines (d’où l’importance de faire aussi une déclaration notariée d’insaisissabilité de certains biens). Le patrimoine d’affectation n’est pas figé donc il faudra faire des déclarations rectificatives.

Mais après avoir inventorié ces biens il faut les estimer comme ils sont des gages il faut en connaitre la valeur. L’évaluation est libre (l’entrepreneur décide lui-même de la valeur des biens affectés). Le risque est que l’entrepreneur surévalue pour que le montant de son patrimoine soit davantage important et donc plus les créanciers seront rassurés.

Le législateur a prévu l’hypothèse où l’un des biens serait supérieur à 30 000€, l’entrepreneur doit demander à un tiers de remplir un rapport d’évaluation qui devra être déposé avec la déclaration. Mais la sanction prévue s’il ne le fait pas ou s’il ne tient pas en compte de cette valeur (surévaluation de ses biens) est très faible et peu rassurante pour les créanciers qui sont très peu protégés. Le législateur a prévu que dans ces cas l’entrepreneur est responsable à l’égard des tiers pendant une période de 5 ans, sur la totalité de son patrimoine à hauteur de la différence entre la valeur fixée par l’expert et la valeur qu’il a déclaré. Le patrimoine peut être cédé à titre gratuit ou onéreux, donc ce patrimoine peut être transmis (non seulement des biens mais aussi des contrats, etc.).

§ 2 – Les obligations professionnelles spécifiques

* Obligation d’information (mention EIRL)
* Obligation d’avoir un compte bancaire spécifique par patrimoine
* Obligation de tenir une comptabilité commerciale
* Obligation de déposer son bilan au registre auquel il appartient pour que les tiers puissent suivre l’évolution du patrimoine

Un entrepreneur individuel qui a choisi le statut d’EIRL peut opter pour l’import sur les revenus ou sur les sociétés.

§ 3 – L’opposabilité du patrimoine affecté aux tiers

1. Le principe

La déclaration est opposable de plein droit au créancier dont les droits sont nés postérieurement à la déclaration. Donc il y a 3 catégories de créanciers :

* Ceux dont la créance est née antérieurement à la déclaration d’affectation : leur gage est l’ensemble du patrimoine du débiteur.
* Les créanciers personnels postérieurs à la déclaration : leur gage est le patrimoine personnel
* Les créanciers professionnels postérieurs à la déclaration : leur gage est le patrimoine professionnel

Le débiteur a le droit de transférer des choses dans son patrimoine professionnels pour les transférer dans son patrimoine personnel sans limite, donc inquiétude des créanciers.

1. L’anéantissement de l’affectation patrimoniale

**« En cas de manquement grave aux règles relatives à la composition du patrimoine affecté » il y a un anéantissement de l’affectation patrimoniale.**

* **Hypothèse normale :** l’entrepreneur renonce de lui-même à l’affectation. Il va publier une déclaration dans le même registre par laquelle il renonce à l’affectation. Dès que cette renonciation est publique, le patrimoine est réuni. Les créanciers antérieurs à la renonciation retrouvent un droit de gage général sur l’intégralité du patrimoine.
* **Hypothèse pathologique :** la réunification est imposée à l’entrepreneur qui ne l’avait pas souhaité, c’est une sanction. Le législateur a posé que l’affectation patrimoniale est écartée en cas de fraude. Ce n’était pas nécessaire car « la fraude corrompt tout », le juge peut toujours défaire ce schéma juridique même sans ce texte. La fraude consisterait pour un entrepreneur qui voit arriver les ennuis et par ce biais crée son **insolvabilité** (= mettre une partie de son patrimoine à l’abris de ses créanciers professionnels), dans ce cas les juges prononceront la réunification des deux types de patrimoines.

Pour les entrepreneurs il y a les **procédures collectives** (redressements, liquidations, etc.), pour les particuliers il y a la procédure de **surendettement des particuliers** (code de conso.). Donc on peut appliquer les 2 cumulées à une même personne : celles du droit commercial et celle du code de la consommation sur son patrimoine personnel, cependant il y a aucune limite à cette procédure.

**Conclusion :**

**4 possibilités d’exercer une activité professionnelle :**

1. **Etre entrepreneur individuel** avec l’option entrepreneur classique.
2. Etre un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (**EIRL**), certains bien ne pourront jamais être saisis par un créancier professionnel.
3. **Sous forme sociétaire** : créer une société unipersonnelle (EURL, SASU) ou pluripersonnelle (avec des associés : SARL, SA, SAS).

**2ème PARTIE – LE FONDS DE COMMERCE**

**CHAPITRE 1er - LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE**

Un fonds de commerce est un ensemble de biens meubles, corporels et incorporels, qu’un commerçant personne physique ou morale, met en œuvre pour attirer et retenir une clientèle. Le fonds de commerce est un ensemble de biens mais qui est lui-même **un bien meuble incorporel** pour une raison historique : en droit français un FDC n’a jamais inclus les immeubles.

Le nom de la société et la dénomination de la société sont des **biens incorporels** du FDC. Ex : Albert & Fils (qui est la dénomination sociale) mais qui peut avoir plusieurs fonds commerciaux dans plusieurs lieux différents avec des noms commerciaux différents (Pierre & Fils) 🡪 tous appartenant à la même franchise.

Le local dans lequel l’entreprise se trouve peut faire partie de votre FDC ou non si vous être locataires. Pour vendre un immeuble en revanche il y a une demande de régime spécifique est un passage chez le notaire particulier, avec une fiscalité, et régime. Alors que pour le FDC ce n’est pas le même régime juridique, la même fiscalité et c’est devant un avocat. Si la vente du local est annulée pour quelques raisons la vente du FDC devient caduque.

Dans l’hypothèse où le commerçant vend son FDC (de même pour les fonds artisanaux), le bail commercial (usage du local) est nécessairement transmis avec le FDC. Le bailleur des locaux ne peut pas s’y opposer l’idée est de protéger les acquéreurs dans les FDC. Si le propriétaire ne veut pas renouveler le bail il doit payer une **indemnité d’éviction,** elle est égale à la valeur du FDC augmentée des frais de déménagement et de réinstallation = le montant de la valeur de la clientèle perdue.

**Section 1 - La nature juridique du fonds de commerce**

§ 1 - Le fonds de commerce, universalité de fait

A - Le caractère d’universalité de fait

Il constitue un tout, un ensemble, une masse de bien affectée à une exploitation commerciale.

B - L’exclusion des créances et des dettes

**Exception**

**Le bail commercial :** Article L145-16 du Code de Commerce : Si le commerçant exploite son FDC dans un local loué, le bail est un bail commercial, qui est soumis à une législation très particulière. Si le commerçant vend son FDC, le bail commercial est transmis avec le fonds sans que le bailleur puisse s’y opposer. C’est d’ordre public. Le bail doit être cédé en même temps que le fonds. Ex : Un commerçant déménage mais ne vend pas son fonds, il peut vendre son bail commercial, on retombe dans le droit commun donc le bailleur peut s’opposer à la cession.

On peut prévoir dans le contrat de vente du FDC une **clause suspensive**: « Le contrat ne sera formé que sous la condition suspensive de l’accord du co-contractant pour la cession des contrat ». Si la condition n’est pas obtenue (contrat non cédé) le contrat est censé n’avoir jamais existé. Si la condition est obtenue (contrat cédé), la vente est parfaite.

§ 2 - Le fonds de commerce, bien meuble incorporel, excluant les immeubles

Comme c’est un bien meuble, on peut le louer, le vendre, le donner en nantissement (comme un gage pour un crédit), etc. Mais c’est un bien meuble particulier. La location du FDC est soumise à une législation très particulière qui n’a rien à voir avec la location immobilière. Si le commerçant est propriétaire du local où il exploit son fonds, il détient un FDC dépourvu de tout bail commercial et à côté dans son patrimoine figurera un immeuble. Les conséquences :

* Lorsqu’il voudra vendre son FDC, le commerçant locataire aura un fonds qui sera beaucoup plus valorisé que le FDC du commerçant propriétaire du local. Plus le bail commercial porte sur un endroit bien situé plus il prendra de la valeur, il est pris en considération pour évaluer la valeur du fonds. Mais pour une personne propriétaire on évalue seulement son FDC sans le bail commercial donc il vaudra moins cher. Finalement, ça revient au même vu que le local sera vendu ou loué (loyer du local).
* Si le commerçant propriétaire veut vendre son fonds et son local il y aura 2 ventes avec 2 régimes juridiques distincts : celle du FDC (régime particulier), et celle du local (notaire pour la vente immobilière). Donc il se peut qu’une seule des ventes soit annulée (nullité de la vente), or si on vend l’un sans l’autre c’est sans intérêt autant pour le vendeur que l’acquéreur. Il faut donc prévoir une **clause d’invisibilité :** on indique expressément dans les actes de cessions, que la vente du fonds est indissociablement liée à la vente de l’immeuble et inversement. Donc si une des deux ventes est nulle, l’autre devient caduque.

**BIBLIOGRAPHIE**

D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, éd. Sirey, coll. Université LMD,2019

Georges Decocq et Aurélie Ballot-Lénat, *Droit commercial*, 9ème éd. 2020, Dalloz, coll. Hyper Cours.