# INTRODUCTION

## Définition, domaine et histoire du droit commercial

Le **droit commercial** est une branche du **droit privé**. Il s’agit d’un droit professionnel parce qu’il s’applique d’une part aux **personnes** qui exercent le **commerce** mais également aux **actes effectués par ces personnes**, appelés **actes de commerce**. Le commerce concerne toutes les matières qui concernent le droit commercial. Cela inclus les banques, les assurances, les industries textiles, le transport... Il concerne autant les personnes physiques que les personnes morales (sociétés). Il va connaitre des particularités par rapport au droit civil.

Le droit commercial est une composante d’un ensemble plus vaste que l’on appelle le droit des affaires. Le droit des affaires regroupe toutes les matières qui intéressent la vie économique (ex : artisan, qui participe à la vie économique, relève du droit civil). Il regroupe également certaines matières qui ne relèvent pas du droit commercial (ex : droit des assurances, droit de la concurrence, droit social, le droit fiscal, le droit pénal des affaires…) Les lois particulières qui ne concernent que les commerçants sont en voie de disparition. Les règles s’appliquent maintenant à toutes les professions dès lors qu’elles ont une activité économique. Il reste néanmoins quelques spécificités du droit commercial.

Le droit économique est une matière qui relève du droit public. C’est l’étude de l’influence et l’interaction des autorités publiques sur la vie économique des acteurs privés.

* Spécificités :

Le droit commercial est la branche la plus ancienne du droit privé (on le fait remonter au moins au 11ème siècle) et était à l’origine international. Le droit commercial a été créé par les marchands eux-mêmes, à l’époque itinérants. Jusqu’au code du commerce en 1807 (les codes de boutiquiers) mais il se contentait de reprendre les textes antérieurs. 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 **code des activités commerciales**.

Il a été inventé par des personnes qui avaient pour vocation à commercer dans tous les Etats européens ; INCOTERMS (international commercial terms) ou Lex mercatoria = les usages internationaux qui ont été créés il y a très longtemps (1903) et environ tous les 5 ans, la chambre de commerce internationale met à jour l’ouvrage (dernière mai 2020)

Code du commerce (entièrement refondu en 2000)

## Particularismes essentiels du droit commercial

* Pas le même régime de preuve qu’en droit civil
* Les tribunaux : tribunal de commerce, donc pas la même juridiction
* Règles de la solidarité

### Le principe de la liberté de la preuve

En droit civil, La preuve ne peut être rapporter que par un écrit : la preuve préconstituée = **la preuve littérale**. En dessous de la somme de 1500€, l’écrit n’est pas obligatoire, on peut prouver par n’importe quel moyen, on dit que la preuve est libre. (Au-delà de 1500€ la preuve doit être écrite, autant d’originaux que de parties.)

Ex : Si on a affaire à un contrat synallagmatique il doit y avoir autant d’originaux qu’il y a de parties, autrement, l’écrit perd sa force. On dit qu’il vaut commencement de preuve par écrit.

Dans un acte unilatéral, les contraintes sont posés par l’article 1376 du code civil. La somme d’argent doit obligatoirement apparaitre en chiffre et en lettre. Autrement, le même principe qu’auparavant, il perd sa force probante.

En droit commerciale, on suit l’article **L110-3** : « A l’égard des commerçants les actes de commerce peuvent se prouver par tout moyen ». (Témoignages, présomptions, photocopies…)

Un commerçant et passe beaucoup de contrats par téléphone chaque jour donc 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.

### Le principe de la solidarité

Relève du droit des obligations. Un créancier à 2 débiteurs, selon le droit civil la dette est dite **conjointe** (le créancier demander 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 demander 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. Pas de texte 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

Les tribunaux de commerce (= tribunaux consulaires). Le tribunal de commerce **n’est composé que de commerçants bénévoles**. Cela a soulevé beaucoup de controverse :

Les avantages : les commerçants **connaissent mieux la réalité du métier** ; **procédures** plus souples donc **plus rapides et moins chères** (pas besoin d’être représenté par un avocat) ; leurs décisions ne sont pas plus infirmées que celle des TGI donc ça veut dire que leur **jugement est correct**.

Les inconvénients : le droit des affaires devient de plus en plus complexe donc est ce judicieux de laisser des **personnes n’ayant jamais fait de droit** rendre des décisions ? ; problème **d’impartialité** (dans les petits tribunaux, mais le conseil constitutionnel dit que les garanties d’impartialité sont suffisantes) ; **retarde les procès** (**conflits de compétences**, si le juge estime que ce cas doit être jugé par le TGI donc ça peut remonter jusqu’à la cour de cassation). Certains pays ont **supprimé** ou **jamais eu** de tribunaux de commerce et ça se passe très bien.

Les TCS (tribunaux de commerces spécialisés) permettent de résoudre certains contentieux extrêmement difficiles. Le regroupement des tribunaux de commerce, empêche la possible non-impartialité.

#### Comment lutter pour la compétence et l’impartialité ?

On a aussi envisagé la suppression des tribunaux de commerce mais le problème est que toutes les affaires iront au TGI et il faudrait embaucher beaucoup plus de magistrats (pb budgétaire car les juges sont bénévoles et non rémunérés).

Autre solution proposée : l’**échevinage** : les **juges restent des commerçants** mais le **président** du tribunal serait un **magistrat professionnel**. Les juges se sont opposés car pour eux c’est une insulte concernant leur capacité de jugement.

→ Alors le législateur a **renforcé les obligations de formation** auprès de l’école nationale de la magistrature pour réduire le problème de compétence. Pour l’impartialité il y a des nouvelles règles déontologiques, des **obligations de récusation** si le juge à un intérêt lié aux parties. Le législateur à réduit le nombre de tribunaux de commerce en **supprimant les plus petits** qui posaient problème pour l’impartialité et a **réservé les affaires complexes** (très grosses entreprises) à quelques tribunaux de commerce seulement. Il a créé les **tribunaux de commerce spécialisés** (TCS).

Le nombre de tribunaux de commerce est déterminé dans l’article D721-2. Le nombre de juges dépend des tribunaux, ils sont répartis par chambre. Les juges sont **élus par leur pairs** (dirigeants d’entreprises, commerçants, capitaines au long cours…). **2 tours** : on élit les **délégués consulaires** qui **élisent les juges**. Tout commerçant peut se présenter s’il a au moins 25 ans et exerce depuis au moins 5 ans.

#### Problème de la compétence légale du tribunal de commerce

Compétence matérielle (=d’attribution, quel type d’affaire ce tribunal peut juger) et la compétence territoriale.

* **L’attribution**

Article L721-3 : « le tribunal de commerce est compétent pour les contestations relatives aux engagements entre commerçants, établissements de crédits, eux » → si les **2 plaideurs sont commerçants** ils vont au tribunal de commerce. Mais si les 2 commerçants sont en contentieux car l’un remet en cause la validité d’une marque/brevet de l’autre (**contrefaçon**), le contentieux relève que de **certains TGI**. Pb pour un acte entre un commerçant et un non commerçant ?

« Le tribunal de commerce est compétent pour les contestations relatives aux sociétés commerciales ». → litige sur le fonctionnement de l’entreprise… mais la chambre commerciale a une vision trop large de ce terme et créer de l’incertitude.

« Les contestations relatives aux actes de commerce entre toute personnes » : actes de commerces conclus entre des non commerçants.

**Actes de commerces par la forme** : la forme de l’acte fait que c’est un acte de commerce

→ **la lettre de change** : écrit par lequel une personne appelée **tireur**, donne l’ordre à un de ses débiteurs qu’on appelle le **tiré**, de payer une certaine somme à un tiers, le **bénéficiaire**, à une date déterminée. C’est un instrument de paiement (//cheque)

**Les règles territoriales**

Les règles territoriales se trouvent dans de le code de procédure civile. Principes et exceptions article 42 : « le tribunal compétent c’est celui du lieu ou demeure le défendeur » (domicile ou siège social). L’article 46 prévoit des dérogations car sinon c’est préjudiciable aux particuliers car tous les sièges sociaux sont à Paris donc c’est pratique pour elles et pas pour le particulier. L’article distingue la responsabilité contractuelle et délictuelle. « On peut également assigner au lieu de livraison effective de la chose ou du lieu de l’exécution de la prestation de service », En matière délictuelle on peut assigner là ou le dommage a été subi.

Délictuelle : un tiers a causé un préjudice a qqn non lié avec lui par un contrat.

Contractuelle : lié à la personne qui a causé le dommage par un contrat.

**Les aménagements conventionnels** :

La jurisprudence pose toujours une condition de forme : la clause doit être rédigée de façon claire, non équivoque et qu’elle ait été portée à la connaissance de l’autre partie.

Dans un contrat commercial les 2 commerçants peuvent décider que tout litige relèvera de la compétence de tel TGI (tribunal de droit commun), la **compétence matérielle** peut donc être **modifiée**. L’article 48 du code de procédure civile pose un principe : « toute clause qui modifierait (in)directement la compétence territoriale est réputée non écrite… ». Il n’est pas possible de modifier en principe cette clause de compétence territoriale. « … a moins que la clause n’ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant » mais elle doit avoir été spécifiée de manière très apparente. Dans les contrats internationaux l’article 48 ne s’applique pas.

### L’arbitrage

**Clauses d’arbitrage** : L’arbitrage permet de **confier à de simples particuliers** choisis par les parties le soin de **régler leur litige** cad renoncer aux juridictions étatiques pour confier le règlement du litige à des **juges privés** (arbitres).

Les avantages : **rapidité** (la sentence arbitrale est rendue en qq mois, ds les 6mois max), **privée** donc aucune publicité**, choix du juge** (personnes qui connaissent bien notre domaine), les arbitres peuvent **juger en équité** et non en fonction du droit, Recourir à l’arbitrage est extrêmement souple et sans contraires.

Les inconvénients :

* **Le prix, plus cher** car juges + prestigieux,
* **Problème de l’impartialité** : juges privés doivent récusée s’ils n’ont pas une réelle indépendance vis-à-vis des parties (affaire tapi)

L’arbitrage est une procédure est extrêmement libérale car elle est réglementée à minima, son utilisation est aisée ce qui explique l’engouement des entreprises pour son utilisation.

#### Comment recourir à l’arbitrage

Signer un contrat, deux modes d’accès : compromis d’arbitrage ou la clause compromissoire.

##### Compromis d’arbitrage

Hypothèse ou des partenaires contractuels décident une fois que le litige est né de confier leurs différents à des arbitres. Dans tous les domaines à condition que les personnes est la libre disposition de leurs droits.

Art 2059 du code civil « lorsque les parties décident de confier à un arbitre le litige qui a éclatée entre eux ».

Pour qu’il soit valable il faut un écrit, déterminer l’objet du litige, indiquer soit l’identité des arbitres ou les modalités de leur désignation.

Art 1442

##### Clause compromissoire

Attribue à l’avance à une juridiction arbitrale, les **litiges qui pourraient naitre** au cours de l’exécution du contrat. Elles étaient possibles uniquement entre commerçants, ensuite uniquement en professionnels.

Article 2061 code civil : « la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l’oppose ». Mais « lorsque l’une des parties n’a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ».

(Dans ce cas-là soit le non professionnel accepte la clause compromissoire ou alors il peut la refuser au moment de sa mise en application. On ne peut pas lui opposer.)

Une clause compromissoire peut être conclue même hors profession, seulement lorsque la clause va être mise en œuvre, mais peut valablement refuser.

#### Les effets de l’arbitrage

**Le prononcé de la sentence**

Le tribunal arbitral est constitué d’arbitres qui doivent nécessairement être en **nombre impair** et ne peuvent être que des **personnes physiques**. Si les parties ne sont pas d’accord sur le nom des arbitres, une partie peut **saisir le président du tribunal pour les nommer**. Les arbitres doivent être totalement **indépendants des 2 parties** (aucun lien). Obligation à l’arbitre de « révéler toute circonstance susceptible d’affecter son indépendance ou son impartialité » et se déporter si besoin. Ils rendent leur sentence dans les **6 mois**. Le code de procédure civile prévoit la nullité de la sentence si un des arbitres à un lien quelconque avec l’une des parties.

Un juge doit statuer conformément aux règles de droit :

L’arbitre doit également appliquer le droit mais si les parties le souhaitent, elles peuvent notamment autoriser aux arbitres à statuer en équiter : s’écarter du droit pour juger selon ce qui leurs semble le plus juste, les arbitres statuent en amiable composition.

Les arbitres doivent respecter les **grands principes directeurs** du procès, règles obligatoires permettant un procès équitable :

* Le principe du **contradictoire** (quand une partie communique une pièce au juge, elle doit aussi être communiquer à l’autre partie).
* Principe de **motivation de la décision**: On ne peut pas rendre un jugement et une sentence sans la motivé, fondement, explications

Lorsque la sentence est rendue par une juridiction étatique le jugement a deux effets :

* **Force exécutoire :** quand on a épuisé les voies de recourt, notre affaire ne peut plus être jugée, c’est fini.
* **Autorité de la chose jugée :** on appose le tampon de la justice, ce qui veut dire que si l’autre partie n’exécute pas le jugement (ex : elle ne verse pas l’argent de dédommagement, la partie va donc aller voir un huissier en disant « vendez les biens de mon débiteur pour qu’il puisse me payer »)

La sentence arbitrale a également autorité de chose jugée ce qui veut dire qu’une fois que la sentence a été rendue, et bien la partie non satisfaite ne peut pas aller devant le tribunal car tout s’est déroulé dans l’ordre donc il y a autorité de chose jugée.

Le créancier, si le débiteur ne s’exécute pas, peut aller devant le juge demander l’exequatur et à ce moment le juge met son tampon sur la décision (impérium, cela confère force exécutoire à la sentence). (Impérium, cela confère force exécutoire à la sentence). Le juge vérifie si les conditions légales sont remplies et si c’est le cas il est obligé d’apposer l’exequatur (décision rendu par le tribunal de donner force exécutoire à un document qui ne l’a pas).

Si une sentence arbitrable a autorité de chose jugé, elle n’a pas force exécutoire.

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

Article L121-1 code de commerce : « Sont commerçants ceux qui **exercent des actes de** **commerce** et en font leur **profession habituelle** ».

**Pour qu’il y ait activité commerciale et donc application de droit commercial il faut la réunion de deux éléments :**

Un élément objectif : il faut être en présence d’actes de commerce.

Un élément subjectif : il faut que ses actes soient effectués à titre de profession habituelle.

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

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

Dans le code de commerce, deux articles énumèrent les actes étant nécessairement des actes commerciaux : articles L110-1 et L110-2.

#### LES ACTES DE COMMERCE PAR LA FORME

C’est la forme utilisée qui va déterminer la commercialité de l’acte. Il s’agit d’un acte qui sera de nature commerciale quel que soit les circonstances parce que c’est sa forme qui fait qu’il faudra appliquer la commercialité.

**La lettre de change** est un 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 une tierce personne qu’on appelle le bénéficiaire. La lettre de change est un acte de commerce par la forme.

« Sont des actes de commerce par la forme : les sociétés commerciales »

Une société commerciale aura vocation à effectuer des actes de commerce. L**es actes qu’une société commerciale effectue sont concidere comme des actes de commerce**. Mais aujourd’hui, certaines sociétés commerciales peuvent avoir des actes d’ordre civil (SARL…). Souvent le législateur intervient pour dire quel tribunal sera compétent en cas de litige, sinon la forme prime sur le fond.

#### LES ACTES DE COMMERCE PAR NATURE

C’est un acte que le code de commerce mentionne comme étant commercial mais pour qu’on lui applique le droit commercial il faut que cet acte soit effectué de façon habituelle et à titre professionnel par une personne.

Cet acte demande la **réunion des 2 éléments** (objectifs et subjectifs) pour être commercial, attention il **ne l’est pas toujours** comme l’acte de commerce par la forme.

##### Les actes relevant du commerce et de la distribution

* **L’achat pour revendre** :

La quintessence de l’acte de commerce par nature

Article L110-1 « la loi répute acte de commerce : tout **achat de** **biens meubles pour les revendre** soit **en nature** soit après les **avoir travaillés** et mis en œuvre et tout **achat de biens immeubles aux fins de les revendre** à moins que l’acquéreur n’ai agi en vue d’édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en block ou par locaux ».

**Achat** : il faut une **acquisition à titre onéreux**. Tout ce qui relève de la **production relèvera** **du droit civil** et non commercial (*ex : les activités d’extractions et d’exploitations : viticole, agricole*…) car il n’y a pas acquisition. En **1917**, le législateur a fait une loi pour que **l’activité minière** soit rattachée au **droit commercial**.

**Objet de l’achat** : **Bien meubles** (corporels : qu’on peut toucher, incorporels : parts de société, brevets…). Les **biens immeubles** peuvent aussi faire l’objet d’achat pour revendre **sauf** **promotion immobilière** qui relève du droit civil.

**Revente** : Dans un but spéculatif. Un aspect subjectif entre en compte. Il n’y aura acte de commerce que si **au moment de l’achat** du bien on ne l’a acheté **que dans l’intention de le revendre** en faisant du **profit**. L’achat et la revente doit être un **tout indivisible**. Si j’achète quelque chose pour le porter mais qu’au final je le revends plus cher car il ne me va pas ce n’est pas un acte de commerce car de base ce n’était pas pour le revendre.

Le plus important est **l’intention**. Si on a l’intention de revendre avec profit mais qu’on fait une perte ça reste un acte de commerce car on avait l’intention de faire du profit.

* **Les entreprises de fourniture** :

Une entreprise va assurer pendant une période déterminée **des livraisons successives et régulières** de marchandises ou de services qu’elles se procurent au fur et à mesure des livraisons (entreprises d’intérim, entreprises de nettoyage, pompes funèbres…).

(**Les entreprises de spectacle public** :

Théâtre, cinéma…)

* **Les entreprises de transport** :

Article L110-1 5emement répute acte de commerce « toute **entreprise de transport par terre ou par eau** ». Tout transport relève de l’acte commercial. Mais la définition même de transport est délicate car le transport suppose un **déplacement**, mais est ce que tout déplacement est une activité de transport ? Pb : autoécole ? non, à dos d’animal ? oui, remonte-pente ? oui. Tout déplacement n’est pas une activité de transport

**Critères de la jurisprudence** : l’activité doit être faite **à titre onéreux** et le transport suppose que le déplacement s’effectue **sous la maitrise du transporteur**, si la personne transportée est active ce n’est pas la maitrise complète du transporteur donc ce n’est pas un transport au sens juridique. Les chauffeurs de taxi et mariniers sont considérés comme artisan car il y a un côté manuel pour conduire le véhicule (sauf entreprises commerciales de taxi).

##### Les actes relevant de l’industrie

Il s’agit **d’entreprises de manufacture**. Il s’agit de la **transformation de matières premières** ou de produits ayant déjà subi une première fabrication (*ex : industries métallurgiques, chimiques, textiles…*). Elle nécessite beaucoup de **mécanisation** et de **main** **d’œuvre** (moyens matériels et humains). Il doit y avoir l’idée de **spéculation** (sur les matériaux et la main d’œuvre) car on va faire en sorte de revendre en dessous du coût de production.

##### Les actes relevant des services

* **Opérations bancaires et financières** : « toutes les opérations de banque publique ». Le code de commerce dit que ce sont des activités commerciales mais il ne les règlemente pas, c’est le **code monétaire et financier**.
* **Les opérations d’assurances** : relève du droit commercial, les compagnies d’assurances sont des commerçant. Sauf société mutuelles d’assurances, l’assuré est aussi c, donc ça relève du droit civil.
* **Opérations des intermédiaires** : article L110-1 considère comme commerçant « les commissionnaires, les courtiers, et les agents d’affaire ». Les mandataires relèvent du droit civil.
* **Les commissionnaires** : Article L132-1 : « Celui qui agit en son nom propre pour le compte d’une autre personne appelée commettant ». La profession la plus connue est le **commissionnaire de transport** : Si une entreprise doit transporter une grande quantité de produits dans un pays, elle fait appel à un commissionnaire de transport qui **agit en son nom propre pour le compte de l’entreprise** et signe avec chaque transporteur local un contrat.
* **Les courtiers** : Intermédiaire dont la mission consiste à **rapprocher des personnes souhaitant contracter**. Il met en contact les personnes mais est **extérieur à l’acte juridique** (n’intervient pas). C’est un commerçant rémunéré et spécialisé dans un domaine qui sont contactés par des industriels qui cherchent telle quantité de tel produit a tel prix max. Ex : courtier d’art, Meetic, Ebay (courtage aux enchères mais vente aux enchères =mandataire) … Le courtier met en relation quelqu’un qui souhaite vendre un bien et quelqu’un qui souhaite l’acheter.

Distinction avec **les mandataires** puisqu’ils relève du droit civil (ce n’est pas un commerçant). Il s’engage à réaliser un acte juridique **au nom et pour le compte d’une autre personne**. C’est une **représentation parfaite** (mandataire transparent qui agit en la personne de son mandant). ≠ commissionnaires qui agissent pour le compte d’autrui mais en leur nom donc **représentation** **imparfaite**. Ex : Commissaire-priseur pour réaliser un contrat de vente en notre nom et pour notre compte. L’acheteur sera l’**adjudicataire** et n’aura un contact qu’avec le CP. Très difficile de devenir CP (bcp de règlementations) donc pb des **courtages aux enchères en ligne** car les courtiers ont aucunes contraintes (concurrence déloyale). Le code civil pose que le contrat de mandat est à titre gratuit.)

Vendeur (mandant) 🡪 contrat de mandat 🡪 CP 🡪 contrat de vente 🡪 Tiers

Le contrat de vente est en réalité **entre le vendeur et le tiers**. En cas d’erreur il y a nullité du contrat, le tiers **agira en nullité du contrat contre le vendeur** en demandant au CP de lui divulguer le nom du vendeur. S’il refuse de lui donner le nom, le tiers agira contre le mandataire (CP) en action de responsabilité délictuelle (car pas lié au contrat).

* **Les agents/bureaux d’affaires** : Personnes qui font profession de **gérer les affaires d’autrui**. Pour cela elles vont faire des opérations de courtage, être mandataires, avoir une activité de conseil, opérer des recouvrements de créances, diriger des procès… Ex : administrateurs d’immeubles (syndic), agences de voyage, cabinets de recouvrement de créances, agences de renseignements (détectives privés), généalogistes…

#### LES ACTES DE COMMERCE PAR ACCESSOIRE

Les actes relevant du droit **civil par nature** sont soumis aux règles et aux juridictions commerciales car ils sont **accomplis par un commerçant** dans le but d’exercer le commerce et qu’ils sont indispensables à l’exercice du commerce. La **finalité de l’acte étant commerciale**, le caractère commercial déteint sur la nature même de **l’acte qui deviendra un acte de commerce**.

Acte mixte : entre un commerçant et un non-commerçant

Normalement l’achat d’un véhicule est civil (particulier à particulier) ou mixte (si on l’achète chez un concessionnaire) mais pas commercial. Si la personne achète la voiture pour son activité professionnelle chez un concessionnaire c’est un acte de commerce (par nature pour le vendeur et par accessoire pour l’acheteur).

L’accessoire civil : ex : une couturière achète du tissu pour faire des robes elle est **artisan** (car c’est son travail manuel qui fait la plus-value), mais si elle achète du tissu pour le revendre à certaines clientes c’est un **achat pour revendre**, si c’est **à titre occasionnel on applique la théorie de l’accessoire civil** (l’intégralité de son activité est considérée comme civile), mais si elle en tire un **grand bénéfice** elle sera **artisan commerçant** (pluriactivité) donc on pourra appliquer quelques règles commerciales.

#### LES ACTES MIXTES

= acte commercial pour l’une des parties et civil pour l’autre (ex : un artisan qui achète des matériaux chez un grossiste).

**Régime unitaire** : on applique le **même régime juridique à l’acte aux 2** parties (soit civil soit commercial). C’est plus simple mais on va appliquer un droit à une des parties qui n’est pas le sien.

**Régime dualiste** : on applique à **chacune des parties le droit qui lui correspond** (le droit civil au non commerçant et le droit commercial au non commerçant). Mais plus compliqué car on applique 2 régimes juridiques distincts pour un même acte.

La jurisprudence a tranché pour l’application du régime dualiste.

**La compétence du tribunal** :

Un médecin achète du matériel informatique mais ne paie pas le commerçant, il va l’attaquer en justice. On applique le régime dualiste. Il doit **assigner le non commerçant devant le TGI** (dont relève le médecin). Mais si le médecin assigne le commerçant car l’ordinateur ne correspond pas, mais on va vouloir protéger le non commerçant donc **malgré le régime dualiste il a le choix d’assigner devant le tribunal de commerce soit devant le TGI**.

**La règle de preuve** :

Lorsqu’on **assigne le commerçant** on peut apporter une **preuve sous n’importe quelle forme** (libre). Mais si c’est **lui qui nous assigne** il devra respecter la **règle de la preuve littérale** du droit civil. Co débiteurs commerçants tenus solidairement, et pas de solidarité pour les non commerçants. La prescription est de 5 ans pour les 2 juridictions.

Régime unitaire si trop difficile avec régime dualiste. Toute clause abusive est réputée non écrite quel que soit la personne qui l’invoque. Toute clause qui ne peut pas s’appliquer à un non commerçant est réputée non écrite.

### Chapitre 2 – L’attribution de la qualité de commerçant

#### L’EXERCICE D’ACTES DE COMMERCE A TITRE DE PROFESSION HABITUELLE ET INDEPENDANTE

N’existe pas pour les actes de commerce par la forme (car toujours un acte de commerce), on doit la vérifier que pour **les actes de commerce par nature**.

* **La profession habituelle**

La profession c’est l’exercice d’une activité **organisée** et **non-occasionnelle** permettant à la personne qui l’exerce de **subvenir aux besoins** de son existence.

Pour qualifier une activité de professionnelle il faut forcement la **recherche d’un profit**, qu’il y ait la notion **d’organisation structurée** (un professionnel doit réunir un certain nombre de moyens : matériel, financier, humain), la notion d’**habitude** (actes répétés sur une certaine durée).

Mais parfois il est difficile de savoir si on est commerçant : l’activité commerciale pour être considéré comme commerçant **peut ne pas être exclusive voire même principale (pluriactivité)** si ce n’est pas une activité accessoire.

Certaines professions n’ont **pas le droit d’avoir une activité commerciale** : notaires par exemple.

Ex : un notaire qui a une activité bancaire en accordant des prêts à ses clients **de manière non accessoire**. Il est de fait **commerçant** et encoure donc des **sanctions disciplinaires**. Si c’est à titre **accessoire** (2-3x) on peut appliquer la **théorie de l’accessoire**.

* **L’exercice de la profession à titre indépendant**

Un commerçant agit de façon indépendante **pour son propre compte et à ses risques et périls**. C’est cela qui permet de différencier un commerçant de certaines autres activités.

Ex : **dirigeants de société** ne sont jamais commerçants (c’est la société qui l’est), car eux ils agissent au nom de la société et aux risques et périls de cette dernière.

Lorsqu’une personne répond à la définition, c’est un commerçant. Elle a donc l’obligation de s’inscrire au **RCS** (registre du commerce et des sociétés). Lorsqu’on est inscrit on est un **commerçant de droit** (vis-à-vis des tiers la présomption de commercialité est irréfragable). Les personnes qui ne s’inscrivent pas au RCS alors qu’ils correspondent à la définition sont appelées **commerçants de faits**, ils ne paient pas de taxes/impôts. Il va donc falloir déterminer si cette personne est commerçante ou non.

Ex : des personnes qui font de l’achat pour revendre en tant que profession habituelle, le procureur de la république à demander la condamnation pour travail dissimulé.

Une personne a acheté et vendu par Ebay 470 objets en 2 ans pour un montant de 7000euros a côté de son activité professionnelle, on a considéré que c’était une activité commerciale à titre de profession habituelle. Une association de brocanteurs a attaqué Ebay en concurrence déloyale car les « faux particuliers » font la même chose qu’eux sans payer aucune taxe. Dans les conditions générales d’utilisation d’Ebay une clause indiquait que si 3 mois consécutifs on dépasse 2000 de vente par mois on doit justifier a Ebay notre statut professionnel sinon le compte est fermé, donc cela évite les faux particuliers. Donc les brocanteurs n’ont pas eu gain de cause.

Si on est commerçant de fait, sur le plan purement du droit commercial, on ne peut pas demander l’application des règles du droit commercial qui lui serait favorable. En revanche, les tiers peuvent demander à son encontre l’application des règles du droit commercial.

Procédure de conciliation/sauvegarde : pour aider les entreprises à se sortir de la difficulté en la restructurant. Un commerçant de fait ne peut pas en bénéficier. Elles nous mettent à l’abri des poursuites des créanciers.

#### LA CAPACITE A EXERCER LE COMMERCE

But de protection du patrimoine de certaines personnes vulnérables (surtout commerçant individuel) ou but de sanction (ont commis une faute durant leur activité).

##### Les mineurs

Il faut distinguer mineurs **émancipés** (16 ans minimum, juge des tutelles) et non émancipés. Dans le premier cas, il peut exercer le commerce et à la même capacité qu’un majeur. S’il ne l’est pas, **l’interdiction d’exercer le commerce est absolue**. Même ses représentants légaux ne pourraient pas l’exercer en son nom (**incapacité de jouissance**). Mais des fois un mineur **peut détenir un fonds de commerce** (héritage, donation…), donc plusieurs solutions :

Le mineur **vend** par l’intermédiaire de ses parents le fonds de commerce

Comme c’est **un bien meuble incorporel** il peut en rester propriétaire mais le donner en location : la **location gérance**. Seul le locataire (=gérant) est commerçant. Le loueur du fond est non commerçant. Risque de perte du fonds de commerce.

Le mineur **apporte son fonds de commerce à une société** (commerciale), en contrepartie il reçoit **des actions** et va être **associé** de la société (les actionnaires ne sont pas commerçants).

Les parents ont un **droit de jouissance légale** sur les biens de leurs enfants à condition de le restituer au moment de sa majorité. Ils peuvent utiliser ce droit pour exercer le commerce avec le fonds de commerce mais **en leur nom** et non celui de leur enfant, ils doivent le restituer à la majorité.

Si malgré l’interdiction un mineur exerce quand même le commerce il ne pourra quand même être jamais commerçant donc **on ne lui appliquera jamais les règles du droit commercial**. Pour les actes qu’il a déjà effectués, seul le mineur **peut demander la nullité relative de l’acte** (seule la personne que l’on veut protéger peut demander la nulité ≠ nullité absolu)s’il lui a été défavorable. Loi très protectrice du mineur. Les **parents ne sont jamais tenus par les actes de commerce** effectués par le mineur.

##### Les majeurs incapables ou protégées

Personne dans l’impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d’une altération soit mentale, soit corporelle qui empêche la manifestation de sa volonté.

Il existe 3 régimes :

**Tutelle (art. 509 du code civil, art.440 du code du commerce)** : une personne doit être **assisté dans tous les actes** de sa vie courante pour des raisons de défaillance physique ou mentale. Il ne peut jamais exercer le commerce y compris par le biais de son tuteur.

Seuls les incapables sous tutelle ne peuvent pas exercer le commerce. S’ils exercent quand même le commerce**, la sanction est identique à celle prévue pour le mineur** : nullité relative des actes accomplis, seul le représentant de l’incapable peut demander la nullité de l’acte, pas considéré comme un commerçant.

**Curatelle** : la personne peut agir elle-même mais a besoin d’être **assistée ou contrôlée** pour les **actes les plus importants de la vie civile**. Avant c’était impossible d’exercer le commerce même par le biais du curateur, mais un **avis de la Cour de cassation du 6 décembre 2018** a dit qu’aucun texte n’interdisait l’exercice du commerce mais **assistée de son curateur pour les actes de disposition**. Il est donc possible.

##### L’interdiction d’exercer le commerce

###### A titre de sanction

Si elle est prononcée, l’incapacité consiste en l’interdiction d’exercer une profession commerciale ou artisanale, de diriger, administrer, gérer, ou contrôler une entreprise ou une société commerciale ou artisanale. On ne peut être que salarié. Cette interdiction peut être à vie ou temporaire max 15 ans.

**Différents cas d’incapacité** :

**Une condamnation pénale** : Art L249-1. Pour certains **infractions** le juge peut pénal peut prononcer à titre de peine complémentaire une incapacité commerciale. *Ex d’infractions : escroquerie, faux et usage de faux… (surtout économiques).* L’incapacité commerciale peut être **définitive** ou d’une **durée limitée** (max 10 ans) : Art 131-27 code pénal.

###### Législation sur les procédures collectives

Liquidations ou redressements judiciaires. Si cela a été conduit par une faute de gestion. Le code de commerce énonce des fautes passibles d’être sanctionnées par le prononcé d’une incapacité commerciale.

**Faillite personnelle**: incapacité commerciale qui est prononcé en cas de faute de gestion de l’entrepreneur ou le dirigeant de la société ne peut plus exercer le commerce individuellement ou au nom de la société. La durée ne peut pas excéder 15 ans. L653-1

**Condamnation fiscale** : code général des impôts (CGI) à l’article 1750. Hypothèse fraude fiscal droit imposer en plus incapacité fiscale : incapacité définitive ou temporaire limitée à 15 ans. Pour sanctionner les infractions fiscales. Le juge peut aussi prononcer une incapacité à l’encontre d’une profession libérale.

(Si la personne contourne cette incapacité par exemple en créant une nouvelle société, il y a un fichier des interdits de. Si la personne récidive ça peut aller jusqu’à l’emprisonnement.)

### Chapitre 3 – les critères de distinction avec l’artisan

Le code de commerce ne fait pas la distinction, les règles pourraient s’appliquer aussi bien à l’un que l’autre. Depuis 2012, les personnes qui sont artisans ont **l’obligation de s’inscrire au répertoire des métiers** (cf RCS pour les commerçants).

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 (...)".

* **La nature de l’activité**

Décret du 2 avril 1998 : si on ne rentre pas dans ce cadre on ne peut pas se dire artisan.

Il y a 4 catégories de métier :

* **L’artisanat de l’alimentation** (fabrication de produits laitiers, de plats prêts à consommer…)
* L’artisanat du **bâtiment** (désamiantage, système d’alarme…)
* L’artisanat de **fabrication** (couturières)
* L’artisanat **services** (garagistes, fleuristes).
* **A titre indépendant**

Comme pour les commerçants, il ne doit pas y avoir de liens de subordination avec une autre personne, tous les bénéfices sont pour lui mais tous les risques le sont également. Le législateur a maintenant prévu que pour être immatriculé au répertoire des métiers qu’on a l’obligation de justifier d’une qualité professionnelle. Pour les métiers où il n’y a pas besoin de qualification de base (≠ coiffure ou on a un CAP par exemple), il faut passer devant une commission pour obtenir une certification d’aptitude. Les artisans ont l’obligation de suivre des stages de formation professionnelle, de gestion, pour s’inscrire au répertoire.

* **Taille de l’entreprise**

Pour être artisan on ne peut pas employer plus de 10 salariés. La loi de 2014 prévoit la possibilité de dépasser ce seuil tout en restant inscrit au répertoire des métiers (si l’effectif se situe entre 10 et 50 salariés). A cause de ce critère un artisan sera toujours une TPE (très petite entreprise). Statut de micro-entrepreneur favorable mais les artisans le voient comme de la concurrence déloyale donc chaque année de nouvelles obligations pour les micro-entrepreneurs pour pas supprimer ce statut qui a du succès.

**Définition d’un artisan par la jurisprudence :** Un artisan est un travailleur indépendant qui tire l’essentiel de ses ressources de son travail manuel et qui s’abstient de toute spéculation sur les marchandises ou sur le travail d’autrui. Un artisan ne peut pas faire appel à une mécanisation importante.

* **Condition du travail manuel :** pour être artisan la personne doit prendre personnellement part à l’exécution du travail. Le travail manuel en l’absence de machine transforme les matériaux. Il a le droit d’utiliser des machines mais leur part ne doit pas être prépondérante par rapport à son travail manuel (ex : taxi, pressing, un blanchisseur est artisan).
* **Absence de spéculation :**

Sur la marchandise : Le profit de l’artisan résulte d’un savoir-faire particulier, son travail justifie son profit alors que le commerçant fait du profit qui n’est pas justifié, il revend juste plus cher sans travail dessus.

Ex : coiffeurs qui ne font pas de vente de produits (purement artisans) mais si une part importante du chiffre d’affaires résulte de la vente de ces produits ça sera un artisan-commerçant (inscrits dans le RCS et le registre des métiers).

Sur la main d’œuvre : spéculation sur la main d’œuvre = vendre à un tiers le travail du salarié plus cher qu’il nous a couté et s’il y a beaucoup de salariés c’est le principe, alors que quand il y en a peu c’est son savoir-faire qui compte. Importance de la qualification technique et de l’habilité du professionnel : il doit travailler lui-même et communiquer ce savoir-faire à ses employés. Cela est possible qu’avec un nombre limité de salarié.

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

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

#### LE PRINCIPE DU LIBRE ACCES A 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 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 n’était pas abusif.

Décret d’Allarde : mars 1791, toujours en vigueur. « Il sera libre à tout citoyen d’exercer telle profession art ou métier qu’il trouvera bon à la charge de se conformer aux règlements qui pourront être faits ».

Il créer une révolution car avant il n’y avait pas de liberté du commerce et de l’industrie, il y avait que les **corporations de métiers** et on ne pouvait exercer le métier que de la corporation dont on fait partie, et celle-ci fixait les prix. La loi le Chapelier a abrogé ces corporations. En principe, pour l’exercice du commerce en général, il y a une **très grande liberté** car il n’y a pas besoin de diplôme particulier, on peut s’installer où on veut, on peut créer/acheter/louer le fonds de commerce. C’est une activité que tout le monde peut exercer librement. Mais en réalité il existe beaucoup de limitations au libre accès.

#### LES LIMITATIONS AU LIBRE ACCES A LA PROFESSION COMMERCIALE

##### 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 **éviter les conflits d’intérêts et la suspicion** qui pourrait peser. 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). + pour le problème de **dignité** des personnes faisant partie de la profession (code de déontologie, bonne conduite). **Presque toutes les professions règlementées sont incompatibles avec l’exercice du commerce** (officiers 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 tous (militaires, magistrats… ne peuvent toujours pas).

**Sanctions**: essentiellement **d’ordre professionnel** : avertissement, blâme, interdiction temporaire d’exercer, interdiction définitive. + sanctions pénales. Question de la validité de l’acte effectué par la personne, la jurisprudence considère que **ces actes demeurent valables**.

* **La qualité d’étranger** : Evolution avec le temps. En 1791, aussi bien les français que les étrangers pouvaient exercer le commerce ensuite. Ensuite seulement les français le pouvaient. Actuellement, il faut distinguer les ressortissants de l’UE et les ressortissants hors UE.

Pour les **ressortissants de l’UE**, il y a la liberté d’établissement et liberté de la prestation de service (= un membre d’un Etat 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 à ce 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 **d’accords 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 talent** (4ans, pour attirer les talents étrangers en France). Mais pour exercer le commerce il faut aussi obtenir une **autorisation d’exercice** délivrée par le **préfet du département** avant de commencer le commerce (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…). Ces activités sont règlementées par le code **de la sécurité intérieure**. Des étrangers non européens avaient posé une QPC à ce sujet mais le conseil constitutionnel a estimé que ces interdictions relevaient de l’intérêt/sécurité général et à la maintenu la possibilité pour le législateur d’interdire ces activités.

###### 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’autorisations administratives** (agences de voyage, transporteurs routiers, agents immobilier…). 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*** = droit personnel, temporaire et automatiquement **résilié en cas de vente du fonds de commerce** (**droit précaire**). Le seul moyen de le transmettre est de, lors du contrat de vente du fonds de commerce, ajouter une **condition suspensive** : « la vente du fdc ne sera parfaite qu’à compter de l’obtention par l’acquéreur du droit de terrasse ». Donc tant que la condition n’est pas réalisée il n’y pas de vente. Cela protège les parties.

##### 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 a ne pas concurrencer l’acquéreur*). Mais ces clauses se heurtent à un principe fondamental car elles **vont à l’encontre de la liberté du commerce et de l’industrie**, 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, même 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 code civil : le vendeur à différentes obligations dont **l’obligation de délivrance** = laisser l’acquéreur prendre possession de la clientèle, **l’obligation** **de garantie contre l’éviction** = un vendeur de ne peut pas évincer son acquéreur. Double garantie (contre l’éviction du fait du tiers et aussi l’éviction du fait du 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 proportionnelles aux intérêts légitimes du vendeur et de l’acquéreur : trouver un équilibre entre leurs intérêts.
* Pour les contrats de travail une condition supplémentaire : l’employeur doit inclure une indemnité financière à la clause de non-concurrence. Le juge commercial peut déclarer une clause excessive non écrite mais le juge social ne le fera pas, il la modifiera pour qu’elle soit proportionnelle.

### Chapitre 2 – Le statut personnel du commerçant

#### L’INCIDENCE DU STATUT MATRIMONIAL : 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 (= biens acquis par un conjoint pendant la vie conjugale = biens communs).

Trois masses de biens : ceux qu’un des conjoints avait avant le mariage ainsi que tous les biens acquis par donation ou succession pendant le mariage (= bien propres) ; tous les biens acquis 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**

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, cad que ce n’est pas un bien commun donc on ne peut pas en disposer librement. Ce régime est conseillé pour les entrepreneurs.

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'entrepreneuriat 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.

###### 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.”

À contrario, cet article nous indique que si deux conjoints ou partenaires exercent ensemble au sein d'un même fonds de commerce, un seul pourra avoir la qualité de commerçant, à l’exclusion de l’autre. 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 L121-4-1) :

**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 aussi les SELARL (société d’exercice libéral a responsabilité limitée). Les SARL avec **plus de 20 salariés** ne peuvent pas utiliser ce statut.

Intérêt : **Au regard** **des droits sociaux** (le conjoint est affilé personnellement à un régimed’assurancevieillesse/complémentaire. En cas de maternité le conjoint bénéficie des prestations accordées aux femmes chefs d’entreprises. Il a droit à la formation professionnelle) et **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 commerce il les réalisera au nom et pour le compte du mandant. Donc cela protège les biens propres du conjoint).

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 l'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. La cours de Reims est intervenu en septembre 2007 : un conjoint avait assigné l’autre devant le conseil des prud’hommes qui s’est déclaré incompétent car pour eux le conjoint ne pouvait pas être salarié de l’autre, la cours de Reims a dit qu’il était bien compétent. **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**. Mais problème au regard du **fisc** car le salarié qu’on verse au salarié est déductible du chiffre d’affaire. Si les époux sont mariés sous le **régime de la séparation de biens** le salaire est **intégralement déductible**, s’ils sont en **régime communautaire**, l’entrepreneur est adhérent d’un **centre de gestion agrée** qui vérifient et approuvent les comptes donc le fisc admet que le salaire soit déductible à 100%. Donc le seul cas ou la déduction est limité est celui ou l’entrepreneur est marié sous le régime de communauté sans adhérer à un centre de gestion agrée, plafonnement pour la déduction (environ le smic).

**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 bénéficies l’assemblée choisira soit de la merde en réserve, ou de le distribuer aux associés sous forme de **dividendes** (montant proportionnel à la part investie dans le capital).

Sanction : en cas de non déclaration de statut, le partenaire est réputé avoir le statut de salarié. Dans ce cas, l'entrepreneur pourra être condamné pour le délit pénal de travail dissimulé.

#### LA PROTECTION DU PATRIMOINE DU COMMERÇANT INDIVIDUEL

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

##### L’insaisissabilité des biens immobiliers non professionnels

Article L126-1 : s’applique à tous les entrepreneurs individuels quel que soit leur activité. Si l’entrepreneur est 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 perso et quelle partie correspond à l’exercice l’activité pro). 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 est 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 publié au livre foncier, dans un journal d’annonces légales, et dans le registre dans lequel est inscrit l’entrepreneur. Cette insaisissabilité que pour les **créanciers professionnels et postérieurs** à la déclaration. Pour les créanciers professionnels antérieurs à la déclaration 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 utilité 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.

##### L’entreprise individuelle à responsabilité limitée

Importante révolution. 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).

Le code civil dispose qu’une personne est **tenue vis-à-vis de ses créanciers sur l’ensemble de ses biens présents et à venir**.

###### La mise en œuvre de l’EIRL

Les personnes éligibles

En 2010, le législateur a bouleversé cette règle avec l’article L526-6 : « 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’activité professionnelle**. Les créanciers personnels n’auront comme gage que les biens personnels, les créanciers professionnels n’ont pour gage que le patrimoine professionnel. Donc le **patrimoine personnel du débiteur est protégé** de ses créanciers professionnels.

La constitution, évaluation et transfert du patrimoine affecté

**Déclaration d’affection déposée au registre ou l’entrepreneur est inscrit** : RCS si commerçant, répertoire des métiers 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 créer un qui est tenu par le **greffe du tribunal de commerce**.

Certains éléments doivent obligatoirement figurés dans le patrimoine professionnel : l’ensemble des biens, droits, obligations ou sûreté dont l’entrepreneur est titulaire + éléments nécessaires à l’exercice de l’activité.

Certains éléments peuvent être dans le patrimoine **personnel ou professionnel** selon le choix de l’entrepreneur : éléments utiles à l’exercice de l’activité.

Un élément peut figurer que **dans un seul patrimoine**, que ce soit des biens propres, communs ou individuels. Si c’est 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 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 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 (pas seulement des biens mais aussi des contrats…).

###### 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.

###### L’opposabilité du patrimoine affecté aux tiers

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.

L’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** **a** **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 mécanisme 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**.

En cas de **manquement grave aux règles relatives à la composition du patrimoine affecté**, ainsi qu’un manquement grave aux **obligations professionnelles** énoncées. Si un créancier veut contester l’affectation il peut prouver que les **éléments n’ont pas été répartis comme ils auraient dû l’être.** Ou manquement : un seul compte bancaire, comptabilité fantaisiste… 🡪 réunification. Le juge doit déterminer si c’est suffisamment grave pour prononcer la réunification.

Pour les entrepreneurs il y a les **procédures collectives** (redressements, liquidations…), 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.

## Conclusion :

4 possibilités d’exercer une activité professionnelle :

* Être entrepreneur individuel avec l’option entrepreneur classique ou EIRL
* Sous forme sociétaire : créer une société unipersonnelle (EURL, SASU) ou pluripersonnelle (avec des associés : SARL, SA, SAS)

Chacun a ses intérêts. L’intérêt d’être entrepreneur individuel est qu’on est notre propre chef, on a de comptes à rendre à personne, on gère comme bon nous semble. L’EURL/SASU on est seul donc liberté mais c’est plus formaliste. La SARL nécessite de réunir une assemble, faire voter les comptes, tenir compte des remarques des associés…

Si on est entrepreneur individuel ou EIRL on est dans une économie de subsistance. Mais si on veut se développer et avoir une entreprise prospère il faudra des capitaux en plus de l’emprunt personnel et seule une société pluripersonnelle peut le faire. L’autre avantage est au moment de la transmission essentiellement à cause de mort, il est plus intéressant de transférer des droits sociaux (moins taxé). Lorsque l’associé principal décède, les entreprises individuelles sont quasiment intransmissibles, chaque héritier doit recevoir la même quotité, donc si un héritier veut le fonds de commerce il faut l’évaluer et ensuite qu’il indemnise tous les autres (payer une soulte). Le décès d’un entrepreneur individuel signe la fin d’une entreprise individuelle. Mais si on a fait une société le problème ne se pose pas, l’entrepreneur est la société, elle se renouvèle tous les 99 ans, il faudra seulement nommer un nouveau dirigeant. Elle est pérenne.

* **Le micro-entrepreneur**

Mis en place en 2009 **car beaucoup d’entrepreneurs ne voulaient pas se déclarer** car ils avaient une petite activité et c’était trop compliqué. Le législateur a visé 2 publics : celui des **personnes** **exerçant une activité individuelle accessoire à leur activité classique** (retraités et étudiants) et les **personnes** **débutant** **une** **nouvelle** **activité**. On leur donne un **statut** qui leur permet de **se** **déclarer** pour être en règle mais **de** **manière** **très** **simple** (formulaire en ligne). On ne déclare au fisc que lorsqu’on à fait un chiffre d’affaires et on bénéficie d’un **prélèvement forfaitaire** qui couvre les cotisations sociales et l’imposition sur le revenu.

Taux : 13%, Prestation service 22%

Il faut être en dessous d’un seuil, c’était simple car même seuils que pour le micro-entrepreneur. Aujourd’hui le législateur a rehaussé les seuils, ça permet de bénéficier de ce statut en payant la TVA a côté. Problème des artisans qui considèrent ça comme concurrence déloyale car eux ils paient des redevances, des cotisations… Mais comme ça dépend du chiffre d’affaire, ils peuvent eux même avoir ce statut s’ils gagnent en dessous d’un certain seuil. Problème des faux micro-entrepreneurs : risque que certains employeurs demandent à leur salarié de démissionner pour se mettre en micro-entreprise et les fait travailler en micro entrepreneur pour économiser les charges sociales. Les enquêtes ont montré que moins de 1% des micro-entrepreneurs inscrits pouvaient être reclasser en salarié. Mais l’URSAF a tendance a croire qu’il y en a beaucoup plus.

# 2éme PARTIE - L’ETUDE DU FONDS DE COMMERCE

## CHAPITRE 1 : LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE

= Un fonds de commerce est un **ensemble de bien 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 **lui-même un bien meuble** (incorporel).

### LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

#### Le fond de commerce, universalité de fait

##### Le caractère d’universalité de fait

Il constitue un tout, un ensemble, une masse de bien affectée à une exploitation commerciale. Il est distinct des éléments qui le composent. Si un entrepreneur veut céder sa marque il doit passer par un **contrat de cession** **de** **marque** publié à **l’institut** **de** **la** **propriété** **culturelle**. Il a son propre régime juridique. C’est une universalité de fait, car l’universalité de droit c’est le patrimoine car il contient des biens mais aussi des obligations, des suretés… Ici, le commerçant détient un bien meuble qui est son fonds de commerce donc c’est une universalité de fait. Toute une série d’éléments sont exclus du fonds de commerce : les contrats (lien d’obligation entre commerçant et contractant), les biens immeubles

##### L’exclusion des créances et des dettes

##### Principe

Exclusion des contrats car aucun lien d’obligation. Les **contrats** restent **rattachés à la personne** du commerçant signataire. Dans son patrimoine il a son fonds de commerce, des droits, des obligations…mais ne sont pas dans le fonds de commerce, juste dans le patrimoine de droit. Si le commerçant veut transmettre son fonds de commerce, par hypothèse il y aura **transmission que du fonds de commerce et donc pas des contrats**. Ex : un commerçant signe un contrat de franchise comme un coiffeur Dessange, le repreneur de son fonds de coiffure veut reprendre le contrat de franchise mais il est extérieur donc normalement pas venu avec le fonds. Le législateur a prévu des **exceptions** :

###### Exceptions

Les exceptions légales :

Le législateur indique que **certains contrats seront automatiquement transmis avec le fonds**. Il y a 4 exceptions *(retenir les 2 premiers, les autres pas très important)* :

* **Les contrats de travail que le commerçant aurait pu signer** : article L1224-1 code du travail prévoit qu’il y aura systématiquement transfert des contrats de travail en cas de changement juridique dans la situation de l’employeur.
* **Le bail commercial**: Article L145-16 code de commerce. Si le commerçant exploite son fonds de commerce **dans un local loué**, le bail est un **bail commercial**, qui est soumis à une légalisation très particulière. Si le commerçant vend son fonds de commerce **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 vends pas son fonds, il peut vendre son bail commercial, on retombe dans le droit commun donc le bailleur peut s’opposer à la cession.
* **Les contrats d’assurance relatifs au fonds de commerce :** Ils se transmettent avec le fonds. Article L121-10 code des assurances. Pour un certains nombre d’éléments ils ne sera pas transmis.
* **Les contrats entre auteurs et maisons d’éditions** : Si l’éditeur cède ses contrats, les contrats qui lient l’auteur et l’éditeur sont transmis au nouvel éditeur.

Aménagements conventionnels

Les contrats de distribution, franchise, … ? Pour prévoir leur transmission il y a une démarche particulière : déjà **faire l’audit des différents contrats** que le repreneur souhaite conserver, se rapprocher du co-contractant et lui demander en amont son **accord pour la cession** du contrat, **annexer** les contrats concernés à l’acte de vente du fonds de commerce. Le repreneur peut vouloir acquérir le fonds de commerce que pour obtenir un contrat particulier. On peut prévoir dans le contrat de vente du fonds une **clause suspensive**. « Le contrat ne sera formé que sous la condition suspensive de l’accord du co-contractant pour la cession des contrats ». Si la **condition n’est pas obtenue** (contrat non cédés) le contrat est censé n’avoir **jamais existé**. Si la condition est **obtenue** (contrats cédés), la vente est **parfaite**.

#### 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) … Mais c’est un BM particulier. La location du fonds de commerce est soumise à une légalisation très particulière qui n’a rien à voir avec la location immobilière. Si le commerçant est propriétaire du local ou il exploite son fonds, il détient **un fonds de commerce dépourvu de tout bail commercial** et **à côté** dans son patrimoine figurera **un** **immeuble**. 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 fonds de commerce sans le bail commercial donc il vaudra moins cher. Mais au final ça revient au même comme 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’indivisibilité** : on indique expressément dans les 2 actes de cession, 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**.
* Si **vente judiciaire** (amiable) : problème pour le créancier qui bénéficiait d’une hypothèque sur le fdc et l’immeuble. Comme l’immeuble ne peut pas faire partir du fonds, en cas de **vente forcée** de l’un des 2, ça provoque une situation gênante sans solutions. Solution : si le commerçant a créé une IRL (séparation des patrimoines), lorsqu’il vend son patrimoine professionnel il vendra le tout.

### LE FONDS DE COMMERCE ET LES NOTIONS VOISINES

#### Fonds de commerce et pas de porte

Le pas de porte est la **somme d’argent versée par un commerçant** soit au **propriétaire du local** en contrepartie de la **signature d’un bail commercial**, soit à **un autre commerçant** titulaire du bail commercial en contrepartie de la **cession de son bail commercial**. Somme versée pour avoir le droit de franchir la porte (obtenir la signature du bail commercial).

Pourquoi verser un pas de porte ?

* **La loi de l’offre et de la demande** : dans un secteur déterminé lorsqu’on a peu de local disponible mais une très forte demande (**D>O**). Les **propriétaires** sont en **situation** **de** **force**, ils vont demander un **pas de porte** : pour avoir la chance de signer un bail commercial il faudra **verser** **une** **somme** forfaitaire au propriétaire **avant** **l’entrée** dans les lieux. Si O>D, pas de pas de porte car les propriétaires seront contents de trouver un locataire. C’est considéré juridiquement comme un **supplément** **de** **loyer** **versé** **en** **une** **seule** **fois** au moment d’entrer dans les lieux. Des fois il n’y a **pas de pas de porte mais loyers + élevés** (ex : centre commercial).
* **L’importance des facteurs locaux de commercialité** : **A côté du commerce**, un **facteur** est **extrêmement** **propice** au commerce (parking, boulangerie près d’une école…). Cela justifie un pas de porte élevé.
* **La dépréciation de la valeur de l’immeuble** : Lorsque dans un local, un locataire bénéficie d’un bail commercial, la **valeur** de ce local va être **décotée**. Le bail commercial a une durée de **9 ans** qui s’impose au bailleur (le locataire peut partir tous les 3 ans). Au bout de 9 ans il pourrait **ne pas renouveler en versant une indemnité d’éviction** qui est égale à la **valeur** **du** **fonds** **de** **commerce** + frais de déménagement/emménagement. Si le propriétaire n’a pas les moyens il **ne peut pas payer les indemnités** pour ne pas renouveler donc il va rester dedans et l’immeuble subit une **décote**. Le pas de porte est analysé comme une **indemnité compensatrice du préjudice** subi par le propriétaire. Le pas de porte payé par le locataire est retrouvé au moment de partir car le prochain locataire lui payera aussi un pas de porte (si le propriétaire est d’accord).

#### Fonds de commerce et entreprise

La notion d’entreprise n’est pas une **notion** juridique mais **économique**. La jurisprudence la définit comme « un regroupement de **moyens matériels**, **capitalistiques** et **humains** coordonnés et organisés en vue de la réalisation d’un objectif économique déterminé ». L’entreprise est composée de biens dont le fonds de commerce mais aussi de moyens humains (dirigeants, salariés), capitalistiques (fonds de roulement) et c’est **l’ensemble** qui **constitue** une **entreprise**, **pas** **seulement** **le** **fonds** de commerce.

#### Fonds de commerce et société

Une société est une personne morale (a la **personnalité** **juridique**), donc elle a un **patrimoine** composé comme celui d’une **personne physique** (immeubles, droits et obligations, sûretés, **fonds de commerce** qui sera un **bien** **meuble** **parmi** **l’ensemble** des biens qui composent son patrimoine).

### L’IMPORTANCE DE LA CLIENTELE

**La clientèle** : ensemble des personnes qui contractent avec le commerçant. Parfois le code de commerce parle aussi **d’achalandage** (=clientèle de passage, entrent chez le commerçant en passant devant). Mais la différence est que la clientèle est attachée aux qualités intrinsèques du commerçant. Aucune incidence juridique. Sans clientèle il n’y a pas de fonds de commerce au sens juridique du terme. La clientèle est considérée juridiquement comme non pas le résultat du fonds de commerce mais comme un **élément prépondérant du fonds de** **commerce**. Pour qu’il y ait fonds de commerce la clientèle doit répondre à certaines conditions : elle doit être réelle et certaine, mais également personnelle à l’exploitant.

#### Une clientèle réelle et certaine

Le fonds de commerce n’existera juridiquement qu’au moment **de l’apparition du premier client**. Avant il y a que du mobilier, un brevet … mais pas de fonds de commerce. Un fonds de commerce qui n’a plus de clientèle n’existe plus. Ex : pour donner son fonds de commerce en location gérance il faut l’avoir exploité au moins 2 ans, si on tombe malade et que le fonds est fermé (qq semaines, qq mois) il n’existe plus car il n’y a plus de clients donc on ne pourra pas le donner en location gérance et on ne peut plus bénéficier du statut des baux commerciaux. On ne peut pas prouver qu’on a une clientèle virtuelle, elle doit être réelle et certaine (sauf cas particulier, par exemple selon l’emplacement (vendeur a cote de la grotte de Lourde).

#### Une clientèle personnelle

La clientèle doit être personnelle à l’exploitant. Dans 2 hypothèses ce n’est pas le cas :

##### Cas des commerces matériellement dépendants

On a un fonds de commerce mais qui est géographiquement **enclavé au sein d’un commerce dominant**. Par exemple, une buvette dans un hippodrome, la clientèle n’est pas personnelle à la buvette, on y va que parce qu’on est déjà dans l’hippodrome, on ne rentre pas dans l’hippodrome juste pour aller à la buvette. Il y a un enjeu très important qui est double : **au regard du bail commercial** (pour bénéficier du bail commercial il faut, selon le code commerce, que le locataire exploite un fonds de commerce ou fonds artisanal, mais s’il n’y a pas de clientèle personnelle, il n’y a pas de fonds de commerce donc **pas de bail commercial**), il peut aussi **pas vendre son fonds de commerce** comme il n’a pas sa propre clientèle, il pourra seulement vendre le mobilier, le stock… Compte tenu de ce contentieux important la jurisprudence est intervenue et a posé des critères pour déterminer si la clientèle appartient l’exploitant du fonds ou au commerce dominant :

* **La notoriété de la marque ou du nom commercial** : Si par sa **compétence particulière** le commerçant peut attirer une **clientèle** **distincte** de celle du fonds dominant (même si c’est qu’une petite partie et pas forcément moitié-moitié), on considérera qu’il y a bien **clientèle** **personnelle**. Ex : dans une gare SNCF s’il y a un buffet pas très propre pour boire un café en attendant le train, la question se pose car on n’irait pas là-bas si on n’attendait pas un train ≠ dans la gare de Lyon il y a un restaurant connu, certaines personnes vont dans la gare juste pour aller dans ce restaurant donc il a sa propre clientèle.
* **L’autonomie de gestion** : Pour prouver que la clientèle est personnelle il faut déjà avoir la **maitrise totale de la gestion du fonds**. Ex : une brasserie avait une terrasse couverte sur le trottoir, la brasserie avait loué une partie de la terrasse a un vendeur de crêpes qui les vendait aux clients de la brasserie et a ceux qui passaient dans la rue, donc il avait une clientèle personnelle aussi. Mais il n’avait pas d’autonomie de gestion, l’eau, l’électricité et les ustensiles étaient fournis par la brasserie, donc la gestion était dépendante de la brassière. Donc il n’y avait pas de fonds de commerce ni de bail commercial.
* **L’accès et les horaires distincts de ceux du commerce dominant** : Certains restaurants dans les galeries **marchandes restent ouverts même quand la galerie est fermée** (autre entrée sur le parking par exemple). Ex : Hippopotamus. La question s’est posée pour le bassin du jardin du Luxembourg à Paris ou il y a des voiliers (géré par un concessionnaire). Il a voulu vendre son fonds de commerce et l’a vendu à une autre personne, mais le repreneur ne l’a pas payé donc ils sont allés en justice, mais il n’a pas eu gain de cause comme il n’avait pas de clientèle personnelle (car les gens venaient dans le jardin aux horaires d’ouvertures et était attiré par le jardin et non pas les voiliers) et donc pas de fonds il ne pouvait pas vendre quelque chose qui ne lui appartient pas.

Le fonds de commerce n’est pas seulement l’addition de marchandises, c’est un ensemble qui existera a partir du moment ou il aura **attiré et retenu une clientèle réelle et certaine**.

##### Cas des commerces juridiquement dépendants

Relève de la **distribution intégrée** : contrats de franchise et de concession. Un franchiseur conclut des contrats avec des commerçants indépendants ayant leur propre fonds (le franchisé). Le franchiseur autorise le franchisé a communiqué son savoir-faire. Un concédant possède la marque et les produits, il conclut un contrat avec un commerçant indépendant (concessionnaire) qui aura le droit d’utiliser la marque et aura l’exclusivité de la distribution des produits marqués. Même problème que les **commerces géographiquement enclavés**. Ex : Honda-Avis, indemnité d’éviction et bail commercial refusés car pas de clientèle personnelle car les personnes sont **attirées par la marque et pas par ce commerce** (la clientèle appartient au franchiseur/concédant). Pour contrer ce problème, quand les avocats rédigeaient des contrats de bail une clause ou le bailleur s’engageait à ne pas ? l’existence du fonds de commerce du locataire. En 2000, la jurisprudence a procédé à un revirement de jurisprudence. Maintenant, en principe **la clientèle appartient aussi bien au franchisé qu’au franchiseur**. L’un a la propriété de la marque et l’autre l’usage. Le commerçant local doit avoir une certaine marge de manœuvre/autonomie de gestion pour qu’on considère qu’il a un fonds de commerce car ce qui caractérise un commerçant c’est son indépendance.

Lorsqu’on vend un fonds de commerce, il n’y aura vente du fonds que si l’on a cédé l’élément ou **les éléments qui permettent d’attirer et retenir la clientèle**. Si le propriétaire du fonds vend un seul élément (par exemple le bail commercial) et garde tous les autres, il est fort possible qu’il ait vendu le fonds de commerce si c’était le bail commercial qui attirait la clientèle (c’est souvent cet élément là pour les commerces de proximité). Si on vend tout le reste mais qu’on garde seulement le bail, on n’aura pas vendu le fonds de commerce si c’est bien ca qui attirait la clientèle.

## CHAPITRE 2 : LA COMPOSITION DU FONDS DE COMMERCE

Il y a des **éléments corporels** : matériel et outillages, le mobilier et les marchandises. Ils ne posent pas de difficulté juridique. Mais il y a aussi des éléments incorporels : la clientèle et ceux-ci-dessous. Ce sont les plus importants.

### LE NOM COMMERCIAL, LA DENOMINATION SOCIALE ET L’ENSEIGNE

**Dénomination sociale**: équivalent du nom patronimique pour une personne morale. Il y en a une seule.

Cette personne morale peut avoir plusieurs fonds de commerce qui auront chacun un nom différent : ce sont des noms commerciaux.

**Nom commercial**: désigne le fonds de commerce. Il peut être semblable à la dénomination sociale lorsqu’il y a un seul fonds de commerce.

**L’enseigne**: désigne le lieu géographique ou est situé physiquement le fonds de commerce.

Ces 3 éléments font **partie du fonds de commerce** et peuvent être **cédées** avec lui. Si un concurrent utilise le même nom commercial que vous pour les même produits, ou la même dénotation sociale (risque de confusion), on peut se défendre sur le terrain de la **responsabilité civile du droit commun** (faute, préjudice, lien de causalité). Ce n’est pas pareil pour les droits de propriété intellectuelle.

### LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE : LA MARQUE

Marque, brevets, dessins et modèles, droits d’auteurs, droits voisins. La marque est l’essentiel, elle **fait souvent la valeur du fonds de commerce**. Pour déposer une marque, il y a 4 conditions pour être acceptée par **l’INPI** (institut national de la propriété intellectuelle) :

* Ont choisi un signe qui permet au public de rattacher nos produits à notre entreprise. Ce signe doit être **distinctif (et pas descriptif)**. La marque doit être complètement **arbitraire** avec le produit. Ex : un vendeur d’instruments de musique, il avait choisi comme signe un signe descriptif qui était un dessin du haut d’une guitare donc ça n’a pas été accepté. Le signe doit être **un lien**, ex : Orange avec son carré orange est le lien avec une société de téléphonie, c’est donc une marque forte (plus le signe se rapproche du produit plus c’est une marque faible).

Contrairement aux autres éléments, une fois que le signe est enregistré, le titulaire dispose d’un véritable **droit de propriété**. Si un tiers imite la marque pour des produits similaires on ne passera pas par une action de droit commun, ni besoin de prouver la faute… Il faut seulement prouver qu’on a un droit de propriété sur lequel quelqu’un a empiété : **action en contrefaçon** (dommages et intérêts, interdiction d’utiliser le signe).

Lorsque la marque ou la dénomination sociale est le nom du fondateur ça peut poser problème. Ex : Ines de la Fressange, elle a vendu son fonds de commerce et ils l’ont licencié pour prendre une autre styliste, mais elle ne voulait pas que son nom soit toujours associé aux nouveaux modèles, mais son nom **s’est patrimonialisé**, elle a vendu la marque donc elle ne peut pas reprendre ce qu’elle a vendu, surtout que la marque est ce qui attire les clients, donc elle n’a pas pu interdire aux repreneurs d’utiliser son nom.

### LE BAIL COMMERCIAL

Permet au commerçant de bénéficier d’une protection assez étendue. Il est compliqué de déloger le commerçant (sauf en l’indemnisant de son fonds de commerce). Le législateur a posé comme principe qu’il s’agit du fonds du commerce).

#### Le champ d’application du statut des baux commerciaux

#### La durée du bail et le loyer du bail

#### La modification de l’activité du locataire

##### La despécialisation partielle

##### La despécialisation plénière

###### Conditions

###### Procédure

###### Conséquences

###### Litiges

#### La résiliation, sous-location ou cession du bail

#### Le renouvellement du bail

##### Les conditions

##### Le refus de renouvellement

###### Le refus sans indemnité d’éviction

###### Le refus avec indemnité d’éviction