

DROIT DES AFFAIRES

Fascicule de cours de droit commercial

TABLE DES MATIÈRES

- ⇒ **Fiche n°1 :** Les actes de commerce (**page 2 à 12**).
- ⇒ **Fiche n°2 :** Les commerçants (**page 13 à 19**).
- ⇒ **Fiche n°3 :** L'entreprise / l'exercice individuel (fiche comprenant l'accès à la qualité de commerçant, le conjoint du commerçant, le patrimoine de l'entrepreneur individuel) (**page 20 à 25**).
- ⇒ **Fiche n°4 :** L'entreprise / l'exercice en société (**page 26 à 30**).
- ⇒ **Fiche n°5 :** Le fonds de commerce (fiche comprenant la cession + la location-gérance) (**page 31 à 42**).
- ⇒ **Fiche n°6 :** Les baux commerciaux (**page 43 à 52**).
- ⇒ **Fiche n°7 :** Les relations avec les financeurs (fiche comprenant le nantissement) (**page 53 à 59**).
- ⇒ **Fiche n°8 :** La distribution (**page 60 à 65**).
- ⇒ **Fiche n°9 :** Le règlement des litiges entre commerçants (**page 66 à 70**).

**FICHE N°1 : LES ACTES DE
COMMERCE**

I – Les critères de l'acte de commerce

A- Les actes de commerce par nature :

- **Définition :** Les actes de commerce par nature sont commerciaux qu'elle que soit la qualité de la personne qui les accomplit (commerçant ou non commerçant).

Ce sont les actes énumérés aux articles : **L110-1** et **L110-2** du Code de commerce, sauf exception.

1) Les actes de commerce par la forme :

- **Définition :** Les actes de commerce par la forme sont ceux étant objectivement qualifiés d'actes de commerce, sans qu'il soit nécessaire d'examiner au fond l'opération réalisée. Ils sont prévus par le législateur et au nombre de deux :

⇒ **La lettre de change :**

Elle est prévue par l'article le **10°** de l'article **L110-1** du Code de commerce. Elle a pour objet de permettre un paiement et de consentir un crédit, par le mécanisme de la circulation de créance, que l'on appelle la provision.

- **Définition :** Par la lettre de change, une personne, *le tireur*, donne à son débiteur, *le tiré*, l'ordre de payer à une troisième personne, *le porteur ou le preneur*, une certaine somme, à une certaine date, c'est à dire à terme.

La lettre de change sera systématiquement un acte de commerce, qu'importe la qualité de la personne l'ayant émise, ou la nature de l'obligation principale. Elle est commerciale par la forme (**commercialité objective**).

Toute personne émettant une lettre de change fait un acte de commerce, mais cela ne lui confère pas pour autant la qualité de commerçant (**acte de commerce ≠ commerçant**).

Il est simplement nécessaire de respecter le formalisme de la lettre de change, et de disposer de la capacité commerciale (être majeur capable, ne pas faire l'objet d'une incapacité commerciale législative => fonctionnaires, avocats...).

⇒ **Les sociétés commerciales par la forme :**

Les sociétés commerciales par la forme (elles sont commerciales par la détermination de la loi, sans égard pour l'activité exercée) sont prévues à l'article **L210-1** du Code de commerce :

- La société en nom collectif (SNC).
- La société en commandite simple (SCS).
- La société à responsabilité limitée (SARL).
- Les sociétés par action (SA, SCA, SAS).

Le contrat (contrat de société) donnant naissance à ces sociétés, sera donc un acte de commerce par la forme.

2) Les actes de commerce par l'objet :

La commercialité d'un acte peut se déduire **de son objet** même, réputé commercial par le Code (aux articles L110-1 et L110-2 du Code de commerce). On en distingue de 3 types :

⇒ L'achat pour revendre :

Il s'agit du cœur de l'activité commerciale et des actes qui la caractérisent.

- **L'achat** est en lui-même un acte de commerce, à condition qu'il soit réalisé avec l'intention de revendre, au moment où l'achat est effectué (intention concomitante à l'achat). Sans intention de revendre, l'achat sera considéré comme un acte civil.

Cette intention peut être prouvée par tous moyens, la qualité de professionnel de l'acheteur présument de cette intention.

Antérieurement à la loi du 13 janvier 1967, tout ce qui touchait aux immeubles était réputé civil, désormais, l'article **L110-1 2°** du Code de commerce répute acte de commerce tout achat de biens immeubles aux fins de revendre (nécessite l'intention de revendre).

- **La revente**, sera aussi qualifiée d'acte de commerce, et on considèrera qu'il y a « revente », lorsque la vente a été précédée d'un achat (obligation d'achat préalable).

La jurisprudence s'attarde sur l'intention spéculative du vendeur, qu'elle déduit le plus souvent du caractère habituel des achats pour revendre.



La difficulté liée à l'artisanat : L'activité artisanale est civile, mais la frontière reste fine.

Un ébéniste qui achète ses planches et revend des meubles est-il artisan ou commerçant ?

On résout ce problème avec la théorie de l'accessoire :

- Tant que les achats pour revendre demeurent accessoires à l'activité artisanale, ils restent civils.
- Si l'activité artisanale devient accessoire aux achats pour revendre, les actes sont commerciaux.

⇒ Les opérations d'entremise :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

⇒ **Définition :** Les opérations d'entremise consistent à rapprocher deux personnes, en général un producteur et un consommateur, afin de favoriser la conclusion des opérations qui leur sont nécessaires.

- **Le contrat de courtage :**

Il est prévu par l'article **L110-1 7°** du Code de commerce. Il s'agit de l'opération par laquelle une personne, *le courtier*, rapproche deux autres personnes en vue de leur faire conclure un contrat.

Qu'importe l'objet de l'activité de courtage en cause, le courtier est toujours commerçant.

- **Autres opérations d'intermédiaires :**

Le Code de commerce ne vise pas seulement le courtage mais nomme aussi d'autres opérations d'intermédiation, en son article **L110-1 3°** du Code de commerce. Il s'agit de toutes les opérations d'intermédiaire portants sur l'achat, la souscription, ou la vente d'immeuble, de fonds de commerce, d'actions ou parts de société immobilières.

- **Le contrat de commission :**

Il est prévu par l'article **L132-1** du Code de commerce, ainsi que par le **5°** de l'article **L110-1** du même Code, est peut-être défini comme : le contrat par lequel une personne, *le commettant*, fait appel à un intermédiaire, *le commissionnaire*, qui agira en son nom propre, mais le pour le compte du commettant (représentation imparfaite ≠ mandat : au nom et pour le compte).

Il est par nature commercial, mais peut parfois être civil.

⇒ **La banque et les opérations financières :**

Les opérations de banque sont prévues à l'article **L110-1 7°** et **8°** du Code de commerce.

- **Les opérations de banque :**

Il s'agit d'activités réglementées, ne pouvant être exercées que par des établissements agréés. Elles sont définies à l'article **L311-1** du Code monétaire et financier, qui en distingue de trois sortes :

- La réception de fonds remboursables au public.
- Les opérations de crédit.
- Les services bancaires de paiement.

Du fait qu'il s'agit d'actes de commerces par l'objet, une de ces opérations même isolées, reste un acte de nature commerciale.

- **Les opérations de bourse :**

Le Code de commerce ne les cite pas. Cela, car les opérations de bourses sont considérées comme des actes civils, depuis un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 30 juillet 1912.

Néanmoins, elles peuvent être considérées comme des actes de commerce, et les spéculateurs acquérir la qualité de commerçants ; si leur spéculation devient habituelle et professionnelle.

- **L'activité d'assurance :**

Elle n'est pas non plus visée par le Code de commerce, alors même que les assureurs sont exercés très souvent dans des entreprises à l'objet commercial.

L'article **L110-2 5°** du Code de commerce confère seulement la qualité d'acte de commerce aux assurances et autres contrats concernant la mer. Dès lors, la jurisprudence par un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 8 novembre 1892, a considéré que l'activité d'assurance au sens large du terme, **était commerciale** (cela ne vaut pas pour les mutuelles d'assurance qui restent civiles).

3) Les actes de commerce réalisés en entreprise :

- **Définition :** Il s'agit des actes de commerces qui sont qualifiés de commerciaux à raison de la nature de l'activité en cause, au même titre que les actes de commerce par objet. Ils ne seront commerciaux **qu'à condition d'avoir été réalisés en entreprise** (de façon répétée, dans un cadre organisé, avec une intention spéculative).

⇒ **La nature de l'activité :**

- **La location de meubles (L110-1 4° du Code de commerce) :**

L'entreprise de location de meuble est une activité qui est par nature commerciale. La location d'immeuble reste une activité civile, sauf quand elle est conclue par un commerçant, dans ce cas elle devient commerciale par accessoire.

- **L'entreprise de manufacture (L110-5° du Code de commerce) :**

Il s'agit d'une activité de production entendue au sens large, qui se traduit le plus souvent par l'achat de matières premières pour les revendre avec profit après transformation.

La distinction avec l'entreprise artisanale ou agricole repose sur l'idée de spéculation sur le travail d'autrui. La qualification d'entreprise commerciale sera ainsi subordonnée au constat du recours à une main d'œuvre pour fournir l'essentiel de la prestation. On se basera donc sur **le niveau de délégation** de la prestation par l'entrepreneur.

- **L'agence d'affaire et la commission (L110-1 6° et L132-1 du Code de commerce) :**

⇒ **L'agent d'affaire :**

Il a pour fonction de gérer les affaires d'autrui, lorsque son activité est exercée en entreprise alors elle est nécessairement commerciale (ex : généalogiste, agence de voyage, agent sportif).

⇒ **Le contrat de commission :** (cf. Les opérations d'entremise, voir supra).

- L'entreprise de transport par terre ou par eau (L110-1 5° du Code de commerce) :

En réalité, la disposition vaut pour tout type de transport : terre, eau, fer, air ; qu'il s'agisse du transport de marchandises ou de personnes.

À noter que l'article L110-2 du Code de commerce vise aussi les activités de transport maritime.

- L'entreprise de fourniture (L110-1 5° du Code de commerce) :

On entend par entreprise de fourniture l'activité de livraison successive de biens. Elle suppose un renouvellement et doit être opérée de façon régulière.

Certains services se sont retrouvés englobés par cette qualification (fourniture de service), du simple fait du critère de « livraison répétée ». Néanmoins, cela ne vaut pas pour les services **dont le caractère intellectuel est fortement marqué, qui demeurent dans la sphère civile** (avocat, architecte, expert-comptable etc...).

- Les établissements de vente à l'encan (L110-1 6° du Code de commerce) :

Cela désigne l'activité de vente aux enchères. Elle est par principe commerciale, sauf lorsqu'il s'agit de vente aux enchères effectuées par des officiers ministériels (l'entreprise de vente aux enchères sera alors civile, théorie de l'accessoire).

- Les établissements de spectacles publics (L110-1 6° du Code de commerce) :

L'organisateur du spectacle public loue les services d'artistes dans un but lucratif, et est donc commerçant (concert, spectacles, forains, cinémas etc...).

Le caractère « lucratif » est déterminant, car sans cela l'activité est civile, par exemple : les spectacles gratuits organisés par les associations sportives. Dès que le bénéfice est recherché, alors l'activité devient commerciale.

⇒ L'exigence d'actes faits en entreprise :

Toutes ces activités ne sont qualifiées de commerciales **que si elles sont exercées en entreprise**, c'est à dire sous la forme d'une structure organisée permettant la répétition des opérations qui constituent son objet.

- Par exemple : L'acte isolé de transport n'est pas une entreprise de transport, et l'organisation d'un seul spectacle ne transforme par l'organisateur en établissement de spectacle.

B- Les actes de commerce par accessoire :

- **Définition :** Un acte civil par nature peut devenir un acte de commerce s'il est passé par un commerçant pour le besoin de son commerce.

On identifie donc deux conditions cumulatives :

⇒ **Un acte accompli par un commerçant pour le besoin de son commerce** (les actes réalisés par un commerçant sont présumés l'être dans le cadre de son activité / présomption réfragable).

⇒ **Un acte civil.**

Cette transformation s'opère donc *a posteriori*, il s'agit d'actes initialement civils qui en raison de leur lien avec un commerçant ou un autre acte de commerce, deviennent eux-mêmes acte de commerce.

Cette théorie de l'accessoire s'applique inversement en droit civil, un acte initialement commercial peut devenir civil.

Cette règle de l'accessoire s'illustre par l'adage : « *Accessorium sequitur principale* » (l'accessoire suit le principal).

La jurisprudence applique la commercialité par accessoire **à tous les engagements contractuels de nature civile** du commerçant. Elle ne rend commercial l'acte qu'à l'égard du commerçant.

1) L'accessoire objectif (rapport à un acte de commerce) :

- **Définition :** L'accessoire objectif est celui qui intervient lorsqu'un acte est accessoire à un acte commercial par son objet, et que à ce titre, il est qualifié d'acte de commerce.

C'est notamment le cas de toutes les obligations relatives à une société commerciale.

2) L'accessoire subjectif (rapport à un commerçant) :

- **Définition :** L'accessoire est subjectif lorsqu'un acte civil par sa nature, est passé par un commerçant, personne physique ou morale, ce qui a pour effet de le rendre commercial par le jeu de l'accessoire.

Le commerçant peut ainsi rendre commerciaux tous les acte qu'il passe, à condition qu'ils se rattachent à son activité professionnelle, c'est-à-dire **qu'ils soient passés pour les besoins de son commerce**.

C- Les actes de commerce prétoriens :

- **Définition :** Il s'agit de tous les actes que la jurisprudence a considérés comme commerciaux, ces derniers ne l'étant originellement pas.

Tant que le législateur ne contredit pas ces qualifications, alors elles ont vocation à s'appliquer.

1) Les actes ayant pour objet un fonds de commerce :

La chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 juin 1989 (n° 87-12.651), a considéré que **la cession et l'achat d'un fonds de commerce étaient des actes de commerce par nature**.

Elle l'a ensuite étendu à toute opération portant sur un fonds de commerce (ex : location-gérance).

2) La cession de parts sociales ou d'action des sociétés commerciales (sous condition) :

L'acquisition de droits sociaux d'une société commerciale est en principe civile, mais la jurisprudence en a fait un acte de commerce **lorsqu'il s'agit d'une cession de contrôle**, c'est à dire qui emporte la transmission au cessionnaire du pouvoir de direction de la société (Cass.com, 28 novembre 1978, n°77-12.609).

Elle a étendu son analyse en considérant qu'une cession de parts sociales opérant la cession de contrôle, mais aussi celle en garantissant le maintien à son titulaire – on parlera alors de **cession de maintien** – était un acte de commerce (Cass.com, 26 mars 1996, n°94-14.051).

II – Le régime de l'acte de commerce

Le droit commercial dispose d'un régime autonome propre, dont le champ d'application va être limité en cas d'actes mixtes, l'on va donc distinguer : acte de commerce / acte mixte.

A- Les règles applicables aux actes de commerce :

1) Le régime des actes passés entre toutes personnes :

⇒ La solidarité passive :

L'article **1310** du Code civil est celui qui pose le principe de droit commun, ce dernier disposant que **la solidarité entre débiteurs ne se présume pas**.

Néanmoins, en droit commercial, le principe est inverse, **la solidarité se présume**. Cette coutume *contra legem* a été réaffirmé par la jurisprudence (Cass.req, 20 octobre 1920), celle-ci se justifiant par l'intérêt commun du créancier qu'elle incite à contracter, et des débiteurs dont il augmente le crédit.

En pratique, tous les débiteurs qui relèvent de la solidarité commerciale se trouveront tenus solidairement, c'est-à-dire sans division de la dette et chacun pour le tout. Le créancier **peut demander l'intégralité du paiement de sa créance à l'un quelconque des codébiteurs** (c'est en cela que la solidarité est dite « passive » ≠ solidarité active), celui-ci ne pouvant pas lui opposer le bénéfice de division, puisqu'elle est solide.

Il suffit pour le créancier de démontrer que la dette est commerciale, pour profiter de la solidarité commerciale.

Le débiteur qui paye le tout pourra simplement se retourner contre son codébiteur, et son paiement libèrera tous les autres codébiteurs à l'égard des créanciers.

⇒ La prescription :

- **Définition :** La prescription est la consolidation d'une situation juridique par l'écoulement d'un certain délai.

- ⇒ Elle est dite **extinctive** lorsque cet écoulement d'un délai fait disparaître un droit réel ou plus fréquemment éteint l'obligation.
- ⇒ Elle est dite **acquisitive** lorsqu'elle est le moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.

La loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription civile a modifié l'article 2224 du Code civil, la prescription de droit commun étant désormais de 5 ans.

En droit commercial, l'article L110-4 du Code de commerce **s'est aligné sur cette prescription quinquennale**. Il y a néanmoins certains cas particuliers dans lesquels la prescription est législativement ramenée à 3 ans (ex : transport routier).

Aussi, ce n'est pas une règle d'ordre public, et les parties peuvent par convention déroger à cette prescription quinquennale, en n'abaissant pas la prescription à moins d'une année, selon l'article 2254 du Code civil.

⇒ La compétence juridictionnelle :

La qualification d'acte de commerce emporte des conséquences en matière de compétence juridictionnelle puisque selon l'article L721-3 du Code de commerce, les litiges relatifs aux actes de commerce entre toutes personnes, **sont de la compétence du tribunal de commerce**.

Par exception, et selon cette même disposition, ces litiges pourraient être traités par des tribunaux arbitraux, si les parties décidaient d'intégrer une clause compromissoire à leur accord (cf. Fiche n°9 : Le règlement des litiges entre commerçants).

2) Le régime des actes passés entre commerçants :

L'on doit s'attarder ici sur l'approche subjective de la commercialité, c'est-à-dire celle qui dépend de la qualité de commerçant.

⇒ La liberté de la preuve :

On se rappelle, qu'en droit commun, la preuve n'est pas libre, il y a souvent l'exigence d'un écrit pour tout litige supérieur à 1500 euros, selon l'article 1353 du Code civil.

Néanmoins, en droit commercial, **le principe est que la preuve est libre**, selon l'article L110-3 du Code de commerce.



La liberté de la preuve ne vaut qu'à raison de la qualité de commerçant de l'une des parties, ce n'est donc pas la preuve des actes de commerce qui est libre, mais la preuve des obligations commerciales d'un commerçant.

De fait, pour que le principe de la liberté de la preuve s'applique, il faut que l'engagement qu'il s'agit de prouver **ait été pris par un commerçant dans l'exercice ou pour l'intérêt de son commerce** (Cass.com., 19 janvier 1993, n°90-16.380).

À contrario, un acte civil pris par un non-commerçant se prouvera selon les règles de droit commun, et un acte pris par un commerçant en dehors de l'exercice de sa profession également.

Mais, lorsque le principe s'applique, toutes les règles relatives à la preuve légale sont non avenues : écrit, aveux, serment, témoignages, seront tous des modes de preuves considérés comme égaux devant les tribunaux.

⇒ Les clauses qui dérogent à la compétence territoriale et matérielle des juridictions :

Les clauses peuvent convenir de déroger aux règles de compétences d'attribution et de compétence territoriale, par une clause contractuelle.

- Les clauses attributives de compétence matérielle :

Il est unanimement admis que **sont valables les clauses qui attribuent la compétence au tribunal judiciaire** au lieu du tribunal de commerce, pour connaître des litiges entre commerçants ou relatifs à des actes de commerce.

Cela, car la compétence dont a hérité le tribunal de commerce, **n'est pas d'ordre public** ; sauf dans certaines matières comme la procédure collective.

En revanche, une clause attributive de compétence stipulée entre non commerçants au profit du tribunal de commerce, **est considérée comme nulle** (Cass.com, 21 octobre 1963).

- Les clauses attributives de compétence territoriale :

L'article **48 du Code de procédure civile** a prévu que toute clause attributive de compétence est réputée non écrite, à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toute contractée en qualité de commerçant, et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente (cf. Fiche n°9 : Le règlement des litiges entre commerçants).

Il y a donc une double exigence pour qu'elle telle clause soit valide :

- **Stipulée entre deux personnes commerçantes** (ne fonctionne pas au sein d'un acte mixte).
- **Stipulée de façon très apparente au sein du contrat** (clause en petit caractères inopposable).

L'article **1119** du Code civil a vocation à s'appliquer en matière commerciale, relativement à la contradiction entre des conditions générales (généralement de vente, et d'achat). En cas de contradiction entre des conditions générales de ventes, alors les clauses incompatibles **sont sans effet**.

Dès lors, dans le cas où il y aurait une difficulté relative à l'attribution de compétence territoriale (ou matérielle d'ailleurs), on appliquerait les règles du droit commun.

B- Les règles applicables aux actes mixtes :

La distinction des actes de commerce et des actes civils se complique par l'existence d'une troisième catégorie : les actes mixtes.

- **Définition :** Un acte mixte présente la caractéristique d'être commercial pour l'une des parties, et non commercial pour l'autre.

Quelles règles de droit appliquer à ces actes mixtes : celles du droit civil ou du droit commercial ?

La jurisprudence a tranché en faveur d'une application distributive : le commerçant se verra appliquer les règles du droit commercial, et le non-commerçant les règles du droit civil.

1) Le principe : une approche distributive

On va considérer que chaque partie par principe, va de voir appliquer le droit afférant à sa qualité :

- Le droit commercial pour le commerçant.
- Le droit civil pour le non-commerçant.

⇒ En matière de preuve :

L'on va distinguer si la preuve est rapportée par le commerçant ou le non-commerçant.

- Si c'est le non-commerçant qui cherche à prouver les obligations du commerçant :

Il pourra bénéficier du principe de liberté de la preuve.

- Si c'est le commerçant qui cherche à prouver l'obligation du non-commerçant (ou d'un commerçant pour une obligation étrangère à l'exercice de son commerce) :

Il devra respecter les modes de preuve admis par le droit civil.

⇒ En matière de détermination de la juridiction compétente :

Le commerçant a l'obligation d'assigner son adversaire non-commerçant devant une juridiction civile. Il ne peut le contraindre à porter leur litige devant le tribunal de commerce.

Le non-commerçant dispose d'un droit d'option (**Cass.civ., 18 mai 1907** / jurisprudence présente sous l'article **L721-3** du Code de commerce LexisNexis édition 2023, note de jurisprudence n°16) :

- Il peut assigner le commerçant devant la juridiction civile.
- Il peut assigner le commerçant devant la juridiction commerciale.

2) L'exception : une approche unitaire

C'est l'approche qui permet de protéger le non-commerçant par l'éviction du droit commercial.

⇒ En matière de clause attributive de compétence territoriale :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

Si les deux parties ne sont pas commerçantes, on applique le droit civil et les parties **ne peuvent pas intégrer de clauses attributives de compétence territoriale** à leur accord (cf. Article 48 du Code de procédure civile).

⇒ Quand le non-commerçant est consommateur :

Il y a **éviction tout à la fois du droit civil, et du droit commercial**, au profit de l'application du droit de la consommation.

La qualité même de l'une des parties est ignorée, le commerçant étant alors considéré comme un « professionnel », le non-commerçant étant lui un « consommateur ».

FICHE N°2 : LES COMMERÇANTS

I – L'identification des commerçants

A- L'approche positive (tout ce qu'est le commerçant) :

1) Le commerçant qualifié par son activité :

C'est l'article **L121-1** du Code de commerce qui nous donne une définition juridique et législative de la notion de commerçant, celui étant : **toutes les personnes exerçant des actes de commerce à titre de profession habituelle**. La jurisprudence exige de surcroît que les actes de commerce soient passés à titre indépendant.

Il y a donc la réunion de 3 éléments distincts et cumulatifs :

⇒ **L'accomplissement d'actes de commerces :**

On exclut d'emblée les actes de commerce **par accessoire**, qui sont normalement des actes civils, car si l'on retient cette qualification, c'est que l'on s'est au préalable prononcé sur la qualité de l'auteur.

Il pourra donc s'agir de n'importe quel acte de commerce par **l'objet**.

L'on doit ici distinguer avec les actes de commerce **par la forme** qui ne confèrent pas la qualité de commerçant.

○ **Exemples :**

- Un individu signant une lettre de change réalise un acte de commerce, mais n'acquiert pas la qualité de commerçant.
- Identiquement, la constitution d'une société commerciale ne suffit pas à rendre ses associés commerçants (**exception faite à la constitution d'une SNC**, pour laquelle chacun de ses membres se voit conférer la qualité de commerçant, cf. article **L221-1** du Code de commerce).

⇒ **L'exercice à titre professionnel :**

En plus d'accomplir un acte de commerce, il est nécessaire qu'il le soit **à titre de profession habituelle**.

Cet accomplissement, suppose que l'auteur des actes les passe pour réaliser des bénéfices lui procurant un revenu nécessaire à son existence. Il doit s'agir, selon la jurisprudence (CA, Paris, 30 avril 1906) :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

- D'une occupation sérieuse.
- De nature à produire des bénéfices.
- Permettant de subvenir aux besoins de l'existence.

Néanmoins, **il n'est pas obligatoire que l'activité commerciale soit unique, exclusive, ou principale**. Il peut s'agir d'une activité commerciale exercée à titre accessoire d'une profession principale non-commerçante.

⇒ L'exercice à titre indépendant :

La jurisprudence (Cass. com., 30 mars 1993, n°91-11.560) s'est chargée de préciser que les actes de commerce devaient être exercés de manière indépendante : **le commerçant doit passer des actes en son nom, et pour son compte**.

Il faut en déduire que ceux qui passent des actes de commerce au nom d'autrui ne sont pas commerçants (mandataires sociaux, salarié d'un commerçant, VRP, agent commercial etc...).



La prise en compte de l'activité exercée pour la qualification de commerçant vaut aussi pour les personnes morales. Certaines personnes morales qui ne sont pas commerciales par leur forme, pourront être commerciales par leur objet, en raison de l'activité qu'elles exercent ; selon les mêmes critères que les commerçants personnes physiques (cela reste exceptionnel, et s'appliquera principalement à la société civile, cf. **1845 et suivants** du Code civil).

De même, les GIE (groupements d'intérêts économiques) et GEIE (groupements européens d'intérêts économiques), peuvent avoir la qualité de commerçant si leur objet est commercial, c'est à dire qu'ils exercent une activité commerciale.

En ce qui concerne les associations, elles seront considérées comme des personnes morales commerçantes, lorsqu'elles exercent une activité commerciale à titre de profession habituelle, avec une intention spéculative, et si cela est prévu dans leurs statuts.

2) Le commerçant qualifié par sa forme :

C'est l'article **L210-1** du Code de commerce qui liste les commerçants l'étant par leur forme, parmi lesquelles uniquement des personnes morales : SNC, SCS, SARL, S.A, SCA, SAS.

⇒ Le principe :

Ces sociétés sont toujours commerciales, quel que soit leur objet. Ce qui signifie que l'on leur reconnaît la qualité de commerçant, **même si elles exercent une activité civile** ; la forme l'emporte sur l'objet.

On appliquera la théorie de l'accessoire, à tous les actes passés par ces sociétés, quand bien même ils seraient de nature civile (Cass.com., 18 février 1975, n°73.14.763).

⇒ Les exceptions :

- **Les sociétés qui ont structurellement un objet civil :**

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

Néanmoins, pour les sociétés qui ont structurellement un objet civil, tout n'aura pas vocation à s'appliquer. La jurisprudence a par exemple refusé de leur accorder le statut des baux commerciaux.

- **Les sociétés d'exercice libéral commerciales par la forme :**

De même, l'article **L721-5** du Code de commerce, en ce qui concerne les sociétés d'exercice libéral qui sont commerciales par la forme (ex : une SELARL), relèvent de la compétence du juge civil.

- **Les associés et la cession de droits sociaux :**

Être associé au sein d'une société commerciale ne donne pas automatiquement la qualité de commerçant (sauf en SNC), et ne fait pas des cessions de parts sociales ou d'actions, des actes commerciaux (sauf cession de maintien ou de contrôle, cf. Fiche n°1 : Les actes de commerce).

B- L'approche négative (tout ce que n'est pas le commerçant) :

1) Le secteur public :

Il résiste d'une manière générale à la commercialité, et n'est pas commerçant, même si quelques actes de commerces peuvent être passés par les collectivités territoriales qui peuvent exploiter en régie des services publics industriels et commerciaux (SPIC). Cela ne fait pas d'eux des commerçants puisqu'il ne s'agit que **d'actes étant accessoires à la mission de service public**.

Parfois, les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC ≠ SPIC) pourront être assimilés à des commerçants sous certaines hypothèses, et à ce titre profiter l'application du statut des baux commerciaux.

L'État pourra être actionnaire d'une société commerciale de droit privé à la condition que la qualité de commerçant ne soit pas transférée par la qualité d'actionnaire ; l'État ne peut pas être associé d'une SNC (l'État ne peut être commerçant).

2) Le secteur privé :

L'article L121-1 du Code de commerce qui donne la définition de commerçant ne pose pas de conditions, ce qui a conduit à faire des distinctions pour écarter certaines personnes de la qualité de commerçant.

⇒ **Les professionnels auteurs d'actes de commerce à titre non-indépendant :**

Une personne physique ou morale qui fait des actes de commerce mais qui n'est pas indépendante, ne pourra pas avoir la qualité de commerçant.

- **Les mandataires sociaux :**

Ce sont tous les dirigeants des sociétés commerciales. En y regardant de plus près, certes ce sont ceux qui passent physiquement l'acte, mais d'un point de vue juridique **l'auteur de l'acte est la société**.

« Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale », disait Léon Duguit, auquel le professeur Jean-Claude Soyer répondait : « moi non plus, mais je l'ai souvent vu payer l'addition ».

Le dirigeant n'agit pas en son nom, ni pour son compte ; il n'est donc pas commerçant.

- **Le salarié du commerçant :**

Il agit pour le compte de son employeur et n'a à ce titre pas la qualité de commerçant, en plus du fait qu'il est lié à ce dernier par un contrat de travail et soumis à un lien de subordination juridique.

- **Les intermédiaires de commerce :**

Ce sont les personnes exerçant l'activité d'intermédiation, **qui agissent pour le compte d'autrui** : on parlera ici du VRP, de l'agent commercial, ou du commissionnaire.

Nonobstant, le commissionnaire sera généralement commerçant, non pas par les actes qu'il effectuera, mais en raison de l'activité d'intermédiation qu'est celle du contrat de commission (cf. Fiche n°1 : Les actes de commerce / Fiche n°8 : La distribution).

⇒ **Les professionnelles indépendants auteurs d'actes n'étant pas des actes de commerce :**

- **Les agriculteurs :**

L'agriculture qui consiste principalement en la vente de produits tirés du sol est par principe une activité civile et les agriculteurs **ne sont donc pas commerçants en principe**.

Cela ne les empêche pour autant pas d'avoir une activité commerciale en exerçant de l'achat-revente (un commerçant achetant 8 tonnes de betteraves pour les revendre en réalisant un profit).

- **Les artisans :**

⇒ **Définition :** L'artisanat regroupe les personnes physiques ou 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 relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'État.

Ils sont par principe **soumis au droit civil**, mais leur activité tend à se rapprocher du droit commercial, duquel ils peuvent profiter de certaines dispositions, comme le bail commercial.

- **Les professions libérales :**

⇒ **Définition :** La profession libérale désigne toute profession exercée sur la base de qualifications professionnelles appropriées, à titre personnel, sous sa propre responsabilité et de façon professionnellement indépendante, en offrant des services intellectuels et conceptuels dans l'intérêt du client et du public.

L'idée est que l'on reconnait à l'activité libérale **un caractère intellectuel**, dans laquelle il n'y a pas de spéculation sur les marchandises, et où il existe un lien de confiance ; cela les excluant de la qualité de commerçant.

Il faut faire attention, la frontière reste fine, par exemple : les pharmaciens effectuant des achats pour reventes, seront des commerçants.

II – Le régime des commerçants

A- Les obligations communes à tous les commerçants :

1) L'obligation d'immatriculation :

L'on distingue le Registre du commerce et des sociétés (**RCS**), qui est nouvellement le Registre national des entreprises (**RNE**) depuis le 1^{er} janvier 2023 (l'on peut continuer de dire « RCS » à l'heure actuelle), de l'Institut national de la propriété industrielle (**INPI**), qui vient compléter le RCS.

⇒ Le domaine de l'obligation de s'immatriculer :

Conformément à l'article **L123-1** du Code de commerce, doivent être immatriculées :

- Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant.
- Les sociétés et les GIE ayant leur siège ou un établissement en France.
- Les EPIC.

C'est l'immatriculation qui permet d'obtenir un numéro d'immatriculation au RCS, ainsi que le SIREN. La personne immatriculée doit indiquer le numéro d'immatriculation qui lui a été attribué sur tous les documents qui seront portés à la connaissance des tiers (ex : factures, devis, ect...).

• Pour les personnes physiques :

L'immatriculation doit se faire au lieu d'habitation, ou au lieu d'activité.

Aussi, l'inscription doit se faire **dans un délai de 15 jours** à compter du début de l'activité.

Une fois ce délai passé, sans immatriculation, l'assujetti ne pourra se prévaloir de sa qualité de commerçant à l'égard des tiers, mais il ne pourra non plus se prévaloir de son défaut d'inscription pour déroger à ses obligations.

C'est à dire, que le commerçant non immatriculé, **aura toutes les obligations relatives au régime des commerçants sur ses épaules, mais ne pourra profiter d'aucun des avantages** (insaisissabilité de la résidence principale, statut des baux commerciaux, liberté de la preuve à l'égard d'un autre commerçant etc...). En cas de manquement, le juge pourra :

- Adresser une ordonnance enjoignant le commerçant de procéder à l'immatriculation.
- Joindre une astreinte à l'injonction.

- **Pour les personnes morales :**

L'immatriculation doit se faire au lieu du siège social et de façon assez rapide, mais sans délai particulier.

⇒ **Les effets de l'immatriculation :**

- **Pour les personnes physiques :**

L'immatriculation au RCS ne confère par la qualité de commerçant mais constitue une présomption de commercialité selon l'article **L123-7** du Code de commerce.

Le tiers qui invoquera de bonne foi l'immatriculation du commerçant, empêchera au commerçant de pouvoir contester sa qualité de commerçant, sauf à prouver que le tiers savait qu'il n'était pas commerçant.

Lorsque c'est le commerçant qui tire argument de son immatriculation, la présomption n'est que simple et les tiers peuvent la combattre en démontrant que leur interlocuteur n'est pas commerçant.

- **Pour les personnes morales :**

L'immatriculation est sans effets sur la qualité de commerçant la personne morale, qui ne peut lui être attribuée qu'à raison de sa forme, ou de son objet.

Toutefois, **l'immatriculation** est l'acte par lequel toute société (qu'elle soit civile ou commerciale) **acquiert la personnalité morale**, aux termes de l'article **1842 alinéa 1^{er}** du Code civil et **L210-6** du Code de commerce, ceci expliquant pourquoi elles sont chacune tenues de procéder à cette formalité.

2) **L'obligation de tenir une comptabilité :**

- **Définition :** La comptabilité traduit en chiffres tous les mouvements patrimoniaux de l'entreprise dans les comptes que celle-ci doit établir tant qu'elle exerce son activité.

La comptabilité, selon les grands principes comptables doit être :

- Régulière.
- Sincère.
- Renvoyer une image fidèle de l'entreprise.

Ce sont les articles **L123-12** et suivants et **R123-172** et suivants du Code de commerce qui fixent les principales obligations comptables.

À noter que **la taille de l'entreprise va influencer sur les obligations comptables** de celle-ci : plus une entreprise sera grande plus il va y avoir d'obligations comptables, plus une entreprise sera petite, plus les obligations comptables seront allégées.

La comptabilité va à la fois servir d'outil de gestion aux dirigeants de l'entreprise, tout en pouvant parfois, servir de preuve, à l'allégation d'une prétention, selon l'article **L123-23** du Code de commerce.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

3) Les obligations fiscales :

Tout naturellement, le commerçant sera assujéti à des obligations fiscales, comme le paiement de l'impôt sur les sociétés, ou de la TVA sur les biens ou services fournis.

**FICHE N°3 : L'ENTREPRISE /
EXERCICE INDIVIDUEL**

Dans l'exercice individuel de l'entreprise, c'est l'entrepreneur individuel qui exploite seul l'entreprise en tant qu'entrepreneur individuel ; ce type d'exercice **présente un grand risque**.

I – L'accès à la qualité d'entrepreneur et commerçant

Depuis **le décret d'Allarde** (précisément en son article 7^{ème}) des 2 et 17 mars 1791, le principe est celui de la liberté du commerce est de l'industrie. Tout le monde a donc accès à la qualité de commerçant et d'entrepreneur, à condition d'avoir, la capacité commerciale.

A- La capacité commerciale (limites résultant d'une incapacité) :

L'on considère, que les actes passés par des personnes qui n'en avait pas la capacité sont nuls, et les responsables des personnes les ayant passé peuvent être pénalement sanctionnés.

1) Les mineurs :

Par principe, la capacité des mineurs est de manière générale réduite, par rapport à celle d'un majeur capable, au regard des articles **388** et suivants, et **488** et suivants du Code civil.

L'ancien article L121-2 du Code de commerce **interdisait l'activité de commerçant aux mineurs**.

Toutefois, il a été modifié par la loi du 15 juin 2010, et le nouvel article **L121-2** du Code de commerce dispose que les mineurs émancipés peuvent être commerçant par autorisation du juge des tutelles ou du président du tribunal judiciaire.

Un mineur non émancipé, tout comme un mineur émancipé mais non autorisé à faire du commerce, ne pourra pas y procéder par l'intermédiaire de son représentant légal. Il faut donc pour être un mineur commerçant :

- Être émancipé.
- Être autorisé judiciairement, à exercer le commerce.

Un mineur émancipé pourra même s'il n'a pas été autorisé à exercer le commerce, passer des actes de commerce isolés (à l'exception de la lettre de change) ; le mineur non émancipé ne pouvant lui, pas passer des actes de commerce isolés quels qu'ils soient.

2) Les majeurs protégés :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

⇒ Les majeurs sous tutelle :

La majeur sous tutelle est affligé d'une incapacité de jouissance de passer tout acte d'administration ou de disposition, et partant, d'exercer le commerce.

Le tuteur, même avec une autorisation ne peut exercer le commerce au nom de la personne protégée, puisqu'il s'agit d'une incapacité de jouissance, aux termes de l'article **509 3°** du Code civil.

⇒ Les majeurs sous curatelle :

Le majeur sous curatelle n'est pas empêché d'agir seul, mais il ne peut sans l'assistance du curateur effectué tout acte qui nécessiterait une autorisation du juge ou du conseil de famille en cas de tutelle au sens de l'article **467 alinéa 1^{er}** du Code civil.

De fait, il paraît impossible au mineur sous curatelle d'exercer le commerce, car il ne pourrait en pratique être représenté à chaque acte nécessitant une assistance.

La pratique du commerce par le majeur sous curatelle est textuellement autorisée mais en pratique irréalisable.

⇒ Les majeurs sous sauvegarde de justice :

Le majeur sous sauvegarde de justice, au sens de l'article **433** du Code civil, n'a besoin que d'une protection juridique temporaire ou d'être représenté pour l'accomplissement de certains actes déterminés.

Il peut donc **en principe être commerçant** et passer des actes de commerce à titre de profession habituelle et de manière indépendante ; sauf pour les actes nécessitant d'être représentés, où il ne sera pas totalement libre (comme le majeur sous curatelle).

3) Les autres obstacles :

⇒ L'incompatibilité :

Certaines professions ne sont pas compatibles avec la profession de commerçant, notamment dans le souci de préserver l'indépendance des professionnels concernés, qui menacerait l'exercice du commerce.

- Les fonctionnaires :

Les fonctionnaires ne peuvent avoir la qualité de commerçant, ceux-ci ne pouvant exercer à titre professionnel aucune activité privée lucrative de quelque nature que ce soit, selon **l'article 25** de la loi du 13 juillet 1983.

- Les professions libérales :

La plupart des professions libérales sont interdites d'exercer une activité commerciale (avocat, notaire, expert-comptable etc...).

- La sanction de l'irrespect des incompatibilités :

En cas de non-respect de ces incompatibilités, il y aura le plus souvent une sanction disciplinaire, mais l'acte passé n'échappera pas à la qualification d'acte de commerce, et son auteur pourra se voir reconnaître la qualité de commerçant.

Cela, **de sorte à ce que pèse sur ce « commerçant de fait »**, les obligations relatives au droit commercial, sans qu'il puisse bénéficier de ses avantages (Cass.com., 2 février 1970, n°68-13.575, à propos d'un notaire dont l'activité a été qualifiée de commerciale).

⇒ L'interdiction :

- **Définition :** L'interdiction peut être la conséquence d'une condamnation pénale ou d'une mesure d'élimination de la vie des affaires décidée par le tribunal à l'occasion d'une procédure collective.

Cette interdiction peut être définitive, ou temporaire dans la limite de 15 ans, sa portée étant extrêmement large, puisqu'elle interdit l'exercice du commerce mais également : la gestion ou le contrôle, direct ou indirect, pour le compte d'autrui d'une entreprise ou d'une société commerciale.

B- La preuve de la qualité de commerçant :

Il ne suffit pas de se revendiquer commerçant pour l'être, il faut le prouver.

1) La présomption simple de commercialité :

L'article **L123-7** du Code de commerce pose une présomption simple de commercialité, par l'immatriculation du supposé commerçant au RCS.

⇒ Pendant l'exercice de l'activité :

Les tiers vont être en mesure **de renverser la présomption** établissant l'immatriculation par l'apport de la preuve contraire. Cela peut être utile notamment si la personne se présentant comme commerçante, souhaite l'application du statut protecteur des baux commerciaux, alors qu'elle n'en bénéficie normalement pas.

- Par exemple : Une profession libérale qui parvient à se faire immatriculer au RCS, c'est anormal, il y a une négligence.

Les tiers vont **aussi pouvoir se prévaloir de la présomption** de commercialité, notamment en cas de litige, cela permet de bénéficier du principe de liberté de la preuve. Cela ne bénéficiera néanmoins qu'aux tiers de bonne foi.

⇒ Après l'exercice de l'activité :

Une personne encore immatriculée au RCS après l'arrêt de son activité de commerçant sera toujours considéré comme tel au regard de la présomption, même si la jurisprudence accepte que l'intéressé puisse prouver qu'il n'est plus commerçant.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

2) La présomption irréfragable de commercialité :

⇒ Pendant l'exercice de l'activité :

Dans le but de protection des tiers, la personne non-commerçante qui est immatriculée au RCS, **sera considéré comme irréfragablement commerçante** pour les tiers de bonne foi, qui croyaient sincèrement que l'intéressé était commerçant.

Dès lors, le non-commerçant immatriculé se verra appliquer toutes les obligations du commerçant, sans pouvoir bénéficier des avantages de cette qualité.

⇒ Après l'exercice de l'activité :

C'est l'hypothèse de l'article **L123-8 alinéa 2nd** du Code de commerce. Lorsqu'un commerçant cède son fonds de commerce, ou le met en location-gérance, et ne procède pas à sa radiation du RCS.

Dans ce cas, **il sera tenu solidairement des obligations** du cessionnaire, ou du locataire-gérant (cf. Fiche n°5 : Le fonds de commerce).

C- La situation du conjoint ou du concubin commerçant :

C'est la situation dans laquelle le conjoint ou le concubin d'un commerçant, l'aide activement dans l'exploitation de son entreprise. Ce sont les articles **L121-3** et **L121-4** du Code de commerce qui organisent cette situation.

Le premier article, indique que le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux.

Le second article, offre la possibilité pour le conjoint du commerçant de choisir entre trois statuts différents :

- Le conjoint collaborateur.
- Le conjoint salarié.
- Le conjoint associé.

Depuis la loi du 23 décembre 2021, portant réforme de l'article **L121-8** du Code de commerce, celui-ci a étendu les dispositions applicables au conjoint du commerçant, au partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec le commerçant, ou à son concubin. Par simplicité on utilisera ci-dessous, simplement l'expression de « conjoint ».

1) Le conjoint collaborateur :

La définition du conjoint collaborateur est donnée à l'article **R121-1** du Code de commerce (présent au sein de la partie réglementaire ; p.1579 du Code de commerce 2023 LexisNexis).

Il exerce **une activité régulière dans l'entreprise de manière subordonnée, sans percevoir de rémunération, et sans avoir la qualité d'associé.**

Il doit être mentionné au RCS en tant que collaborateur, et est réputé à ce titre avoir reçu mandat d'effectuer des actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise.

Ce statut ne peut être conservé pour plus de 5 ans, sous peine de quoi le conjoint collaborateur sera réputé agir comme un conjoint salarié.

2) Le conjoint salarié :

Il est possible de conclure un contrat de travail entre époux, au sens de l'article **L784-1** du Code du travail. Il y a deux conditions :

- L'époux doit participer effectivement à l'entreprise à titre professionnel et habituel.
- Il doit percevoir une rémunération horaire minimale égale au SMIC.

En qualité de salarié, **il sera réputé non-commerçant**.

3) Le conjoint associé :

Selon l'article **1832-1** du Code civil, les époux peuvent être associés dans une même société.

Cela ne pourra pas se faire dans le cadre de l'exercice d'une activité économique individuelle, et devra alors être créée une société. Si le commerçant est déjà associé, son conjoint n'aura qu'à le rejoindre.

En principe, les conjoints associés d'une société commerciale **ne sont pas commerçants**, sauf dans le cadre d'une SNC qui confère automatiquement la qualité de commerçants à ses associés.

4) Le conjoint co-exploitant :

Ce statut intervient lorsque le conjoint ne **souhaite se voir appliquer aucun des trois statuts législativement prévus**, tout en souhaitant participer à l'exploitation du fonds.

Cette co-exploitation ne suffit pas à rendre le conjoint commerçant mais **il pourra le devenir s'il est établi qu'il exerce des actes de commerce de manière indépendante et en fait sa profession habituelle** (cela ne consiste pas qu'à assister son époux commerçant, Cass. Soc., 10 octobre 1984, n°83-11.589), selon l'article **L121-3** du Code de commerce précité.

En tout état de cause, le juge pourra requalifier la qualification du statut attribué à une partie et restituer son exacte qualification aux faits et actes litigieux, selon l'article **12** du Code de procédure civile.

II – La protection de l'entrepreneur individuel et commerçant

La théorie de l'unicité du patrimoine (tout individu n'a qu'un seul patrimoine) développée par Aubry et Rau, **mélangeait patrimoine professionnel et personnel**.

Dès lors, l'exploitation d'une entreprise sous forme individuelle présentait d'importants risques pour l'entrepreneur, ce dernier par son activité professionnelle mettant directement en danger son patrimoine personnel, au regard de l'article **2285** du Code civil.

Cela a toutefois petit à petit évolué, cette théorie de l'unicité ayant progressivement été abandonnée, le risque étant aujourd'hui très restreint.

A- L'ancienne protection de certains biens isolés :

1) La loi du 1^{er} août 2003 (n°2003-721) :

Elle a permis à chaque entrepreneur de pouvoir faire une déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI), cela lui permettant de **soustraire sa résidence principale au gage de ses créanciers professionnels**, à l'article **526-1** du Code de commerce, dans sa version antérieure.

2) La loi du 4 août 2008 (n°2008-776) :

Elle est venue compléter ce dispositif en permettant à l'entrepreneur de rendre insaisissable par déclaration **tout bien immobilier bâti ou non bâti non affecté à son activité professionnelle**.

⇒ En termes d'application de la loi dans le temps, les créanciers antérieurs à la déclaration notariée d'insaisissabilité n'étaient pas concernés par la mesure, celle-ci ne s'appliquant qu'aux créanciers nouveaux.

3) La loi du 6 août 2015 (n°2015-690) :

Elle avait rendu **insaisissable de plein droit la résidence principale** de l'entrepreneur individuel, en modifiant l'article **526-1** du Code de commerce (qui est resté en l'état depuis).

B- La séparation nouvelle des patrimoines :

Depuis la loi du 14 février 2022 (n°2022-172), qui est entrée en vigueur le 15 mai 2022, l'entrepreneur individuel **dispose de plein droit d'un patrimoine professionnel distinct de celui de son patrimoine personnel**, par exception au principe d'unicité du patrimoine précité.

Il existait avant cette loi, la possibilité de séparation des patrimoines personnels et professionnels, par la création d'un EIRL (entreprise individuelle à responsabilité limitée), aux termes de l'article **526-6** du Code de commerce. On décidait d'affecter à l'activité professionnelle, un patrimoine séparé de son patrimoine personnel.

Désormais, le statut d'EIRL ne plus être choisi pour démarrer une activité entrepreneuriale et il a vocation à être supprimé progressivement, celui-ci ayant été remplacé par le statut d'entrepreneur individuel (EI).

**FICHE N°4 : L'ENTREPRISE /
L'EXERCICE EN SOCIÉTÉ**

L'exercice d'une entreprise peut se faire par le biais d'une société, mais aussi via d'autres personnes morales comme : les associations, les GIE (cf. Fiche n°2 : Les commerçants). Nous ne traiterons ici que de l'exercice en société.

I – Le choix d'exercer en société

A- L'objet du choix :

1) La nature de la « société » :

- **Définition :** Au sens de l'article **1832** du Code civil, la société est une entité juridique constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter des biens ou leur industrie en vue de se partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

En réalité aujourd'hui, une société commerciale **peut être instituée par une seule personne**, c'est le cas : de la SASU, ou de l'EURL (SARL unipersonnelle).

Aussi, les sociétés (qui sont très variées) **se classent en fonction d'une multitude d'autres critères** : objet, risques qu'elles font courir aux associés, attribution ou non de la personnalité morale etc...

Enfin, l'objectif d'une société **n'est pas nécessairement le partage de bénéfice**, puisque depuis la loi PACTE de 2019, l'on peut créer des « sociétés à missions », qui a pour objectifs la réalisation d'objectifs sociaux ou environnementaux.

2) Le cadre juridique :

Le choix de la forme sociétaire permet de appliquer à l'entreprise le droit des sociétés. Les dispositions de droit commun sont dans le Code civil aux articles **1832 et suivants**, les dispositions des sociétés commerciales dans le Code de commerce.

Dans le Code de commerce, l'on retrouvera une sorte de « droit commun des sociétés commerciales », qui va soit reprendre exactement des dispositions du Code civil et l'appliquer aux sociétés commerciales, soit créer des dispositions spécialement applicables aux sociétés commerciales.

B- Les paramètres du choix :

Le choix d'une forme sociétaires va dépendre de plusieurs facteurs, car constituer une société a un coût (celui des apports à réaliser pour la constitution de la société), et il faut parfois un nombre d'associés minimum.

Mais constituer une société peut être une technique d'optimisation fiscale et financières, il faut donc étudier la question de la personnalité morale et la responsabilité des sociétés.

1) Personnalité morale et étendue de la responsabilité des associés :

⇒ L'utilité de la personnalité morale :

Un des principaux intérêts du recours à une personne morale, c'est que la société ou le groupement en disposant, va par la même occasion, **disposer de droits et d'obligations**, et sera normalement apte à exercer une activité économique.

Ce groupement ou cette société étant distinct de ces membres, **il y aura une partition du patrimoine**. C'est à dire que le patrimoine personnel des associés sera séparé du patrimoine social (de la société).

En quelques sortes, la société pourra permettre de faire écran, sur le plan juridique, entre ses associés, et l'exercice de l'activité économique.



Cette **responsabilité limitée** par partition du patrimoine ne vaut que pour les sociétés à responsabilité limitée. Les associés de société à responsabilité illimitée sont responsables des dettes de la société indéfiniment et solidairement sur leur patrimoine personnel.

⇒ La possibilité de profiter d'un risque limité :

Si des associés optent pour une société à risque limitée, ils risquent au maximum **de perdre leurs apports** (ce qu'ils ont sortis de leur poche pour constituer la société), en fin de vie sociale.

On dit qu'ils doivent « **contribuer aux pertes** », mais ils n'ont pas « d'obligation à la dette ». En effet, contrairement aux associés d'une société à responsabilité limitée, ils ne doivent pas payer les créanciers de la société sur leur patrimoine personnel ; c'est en cela que la responsabilité est « limitée ». L'écran que fait la société entre le patrimoine de la personne morale et le patrimoine personnel, pourra être levé sous certaines circonstances : caution-dirigeant, fraude etc...

2) Les intérêts de la technique sociétaire :

L'utilisation de la forme sociétaires a de multiples intérêts :

- ⇒ Organiser un partenariat entre associés : Plusieurs personnes vont pouvoir associer leurs richesses et leurs compétences pour exercer une activité économique.
- ⇒ Organiser la conduite et la gestion de l'entreprise : Permet de mieux organiser l'activité économique, trouver des financements, et plus facilement transmettre l'activité économique.
- ⇒ Structurer le patrimoine : L'on pourra bénéficier de la séparation des patrimoines social et personnel.

II – Le choix du type de société commerciale

La société étant un contrat, il doit répondre aux conditions de validité habituelles de tout contrats prévus à l'article **1128** du Code civil que sont : le consentement des parties, un contenu licite et certain, la capacité de contracter.

À celles-ci s'ajoutent des conditions spéciales au contrat de société (sous entendue au sein de l'article 1832 du Code civil) que sont :

- **La pluralité d'associé** (ce n'est pas toujours obligatoire).
- **La vocation aux résultats** (bénéfices, et pertes).
- **La mise en commun d'apports** (en nature, en numéraire, parfois en industrie).
- **L'affectio societatis** (la volonté de collaborer sur un pied d'égalité, critère dégagé par la JP).

A- Les sociétés de personnes :

- **Définition :** Une société de personnes est une société au sein de laquelle *l'intuitu personae* est très important, car la société est constituée en considération de la personne de chaque associé.

On en identifie traditionnellement de deux types : la SNC, et la SCS (la société civile est aussi une société de personnes mais n'étant pas commerciales, elle ne sera pas ici pas traitée).

1) La société en nom collectif (SNC) :

- ⇒ **Disposition législative :** Elle est prévue par les articles **L211-1 et suivants** du Code de commerce.
- ⇒ **Type de responsabilité :** Les associés **répondent indéfiniment et solidairement** des dettes sociales sur leur patrimoine personnel (responsabilité illimitée).
- ⇒ **Date d'exigibilité des dettes sociales :** L'obligation aux dettes sociales pèse sur les personnes qui sont associées, non au moment où la dette est exigible, **mais au moment où la dette naît** (un associé peut devoir payer une dette alors qu'il n'est plus dans la société, du fait qu'elle est née quand il y était encore ; date d'exigibilité de la dette ≠ date de naissance de la dette).
- ⇒ **Cession de parts sociales :** La cession de parts sociales est impossible sans le consentement unanime de tous les associés.

2) La société en commandite simple (SCS) :

- ⇒ **Disposition législative :** Aux termes de l'article **L221-1** du Code de commerce, la SCS est soumise au régime juridique de la SNC.

- ⇒ **Structure de la SCS :** Elle est composée d'associés commandités qui ont le statut d'associés en nom collectif (tenus à l'obligation aux dettes sociale) et d'associés commanditaires qui ne répondent aux dettes sociales qu'à hauteur de leurs apports, et ne sont pas commerçants.
- En réalité, **les associés commanditaires sont ceux qui font fonctionner la société au quotidien**, et les associés commandités sont de simples investisseurs ne réalisant pas d'actes de gestion externe. Elle doit contenir au minimum un associé commanditaire et un associé commandité.

B- Les sociétés de capitaux :

- **Définition :** Il s'agit de sociétés dans lesquelles la considération de la personne est indifférente, et où la richesse apportée à la société est plus importante que la personne de chaque associé.

1) La société à responsabilité limitée (SARL), une société hybride :

- ⇒ **Pourquoi hybride ? :** La SARL n'émet pas d'action, et la place donnée à l'individu est très forte, **ce qui la rapproche d'une société de personnes**, alors qu'elle met propose en même temps une responsabilité limitée, **ce qui la rapproche d'une société de capitaux**.
- ⇒ **La cession de parts sociales :** Elle est soumise à un agrément qui peut être surmonté en cas de refus, au sens de l'article **L223-14** du Code de commerce.
- ⇒ **La qualité de l'associé :** L'associé de la SARL n'est pas commerçant par sa seule qualité d'associé.

2) Les véritables sociétés de capitaux :

Il s'agit de toutes les sociétés que l'on qualifie de société « par actions », la plus connue et qui sert de modèle étant la « SA », ou « société anonyme », qui est adaptée aux activités de grande envergure.

⇒ **La société anonyme (SA) :**

Elle est prévue aux articles **225-1** et suivants du Code de commerce.

Elle doit avoir un capital social d'au minimum 37. 000 € et compte en général au moins 7 associés, le minimum étant fixé à deux associés (cela reste très rare, le chiffre est habituellement celui de 7).

Elle peut être organisée soit à la « française », avec un conseil d'administration, soit à « l'allemande » avec un directoire et un conseil de surveillance.

⇒ **La société par action simplifiée (SAS) :**

Elle est prévue aux articles **L227-1** et suivants du Code de commerce et ne nécessite pas de capital social minimum.

Elle est beaucoup plus souple que la SA, et est marquée par une importance liberté statutaire.

⇒ La société en commandite par action (SCA) :

Elle est prévue aux articles **L226-1** et suivants du Code de commerce.

Elle fonctionne sensiblement comme la SCS, à la différence qu'elle émet des actions, qu'il y a un capital social minimum de 37. 000 €, et qu'elle doit comporter au minimum 4 associés (1 commandité et 3 commanditaires).

⇒ Les sociétés unipersonnelles :

Les SARL et SAS peuvent être constituées par une seule personne, et être ou devenir, des sociétés unipersonnelles :

- La SARL devient une **EURL** (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée)
- La SAS devient une **SASU** (société par action simplifiée unipersonnelle)

Cela permet de conserver la séparation des patrimoines professionnels et personnels tout en profitant des avantages de chacune des formes sociétaires (cela donne plus de souplesse et d'indépendance à l'entrepreneur).

**FICHE N°5 : LE FONDS DE
COMMERCE**

L'on distingue les biens propres de l'entrepreneur, et les biens sociaux qui composent l'actif social de la société elle-même, et qui constitue le fonds de commerce ; dont le commerçant n'est pas toujours propriétaire.

I – La notion de fonds de commerce

Le fonds de commerce (toujours avec un « s »), n'est pas défini par la loi, mais on peut le considérer comme un ensemble de biens réunis pour attirer une clientèle.

A- La nature du fonds de commerce :

1) L'universalité :

Le fonds de commerce est un ensemble de biens, qualifié « **d'universalité** ».

C'est par la réunion de plus éléments affectés à une exploitation commerciale que né un élément distinct que l'on appelle **le fonds de commerce**.

Le fonds de commerce sera appréhendé par le droit d'une manière distincte et individuellement des biens qui le composent, et répond donc à un régime propre. **Il est incorporel**, n'a pas de personnalité morale, et n'a aucune autonomie patrimoniale.

Il y a un débat entre : universalité de fait, et universalité de droit.

- **Pour la qualification d'universalité de fait :**

Le fonds de commerce serait un ensemble de biens qui sont abordés comme un « tout » par son propriétaire.

- **Pour la qualification d'universalité de droit :**

Le fonds de commerce serait un ensemble légal où le passif répond à l'actif ; la Cour de cassation a d'ailleurs admis (Cass.com., 19 novembre 1992, n°90-20.845) que le « fonds de commerce est une universalité mobilière insusceptible de cession partielle ».

- On pourra en réalité procéder à des cessions partielles de fonds de commerce, en cédant notamment uniquement le droit au bail, cf. Fiche n°6 : Les baux commerciaux).

2) Un bien meuble et incorporel :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

⇒ Un bien meuble :

Du fait que le fonds de commerce n'est composé que d'éléments mobiliers, il est lui-même considéré comme **un bien meuble**. **Un immeuble ne sera jamais compris dans l'universalité** qu'est le fonds de commerce.

Si le commerçant est propriétaire du local dans lequel est situé le fonds de commerce, l'on distinguera la propriété immobilière de la propriété du fonds (si le fonds de commerce est cédé avec le local, il devra y avoir deux actes de cession distincts).

⇒ Un meuble incorporel :

Certains de ses éléments sont corporels, **mais par la présence d'éléments incorporels** (ex : la clientèle), l'universalité n'est pas palpable, et **le fonds est donc incorporel**.

La règle de l'article 2276 du Code civil « *en fait de meuble la possession vaut titre* », ne pourra donc pas s'appliquer à un fonds de commerce.

3) Les éléments du fonds de commerce :

⇒ La clientèle (la finalité du fonds de commerce) :

- La définition :

⇒ **Définition :** La clientèle, peut être définie comme : « les clients, les relations d'affaires, attirées par une activité commerciale, artisanale, ou libérale ».

Depuis un arrêt de la Cour de cassation (Cass. req., 15 février 1937), la clientèle est considérée comme l'essence du fonds de commerce.

- La fonction :

⇒ **La reconnaissance du fonds :**

On considère classiquement que c'est l'apparition de la clientèle qui donne naissance au fonds de commerce, elle doit être **réelle et certaine** (cf. Cass. com., 27 février 1973, n°71-10.653, stations-services de compagnies pétrolières). Inversement, lorsque la clientèle disparaît, le fonds de commerce disparaît également.

- Mise en pratique : Un commerce peut ouvrir et n'avoir pas encore de clientèle ; le fonds de commerce sera considéré comme n'existant pas. Tout comme un commerce peut ne pas avoir ouvert et déjà avoir une clientèle, le fonds sera considéré comme existant.

La clientèle doit exister, mais elle doit encore être **personnelle** (cf. Ass. plén., 24 avril 1970, n°68-10.914, arrêt « Buvette du champ de Course », concernant une clientèle non personnelle) :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

S'agissant des **commerces enclavés** (ex : cordonnier dans une galerie marchande), ils auront une clientèle propre à condition de prouver qu'elle est attachée à leur fonds à raison de : la qualité de ses produits, de sa compétence, de sa notoriété.

S'agissant des **commerces intégrés** (réseaux de distribution, concessions, franchises), depuis l'arrêt « Trévisan » (Civ. 3^{ème}, 27 mars 2002, n°00-20.372), l'on considère que le franchisé bénéficie certes d'une clientèle nationale attachée à la marque, aux produits et à l'enseigne, mais il y a aussi une clientèle locale propre au franchisé, par l'exploitation du fonds à ses risques et périls, et en contractant avec des fournisseurs en son nom personnel.

De plus, l'exploitant du fonds de commerce pour avoir une clientèle **ne doit pas être soumis à des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité** (Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2005, n°03-15.283), cela supposant que le commerçant jouisse d'une marge de manœuvre suffisante à l'exercice de son commerce (cf. Arrêt « Société Le Jaurès », Civ. 3^{ème}, 1^{er} octobre 2003, n°02-11.239, à propos d'un vendeur de crêpes n'ayant aucune autonomie de gestion).

⇒ La qualification de certaines opérations qui concernent le fonds de commerce :

C'est par l'existence d'une clientèle que certaines opérations sur le fonds de commerce pourront être réalisées, parmi lesquelles :

- La cession du fonds de commerce.
- Le nantissement du fonds de commerce.
- La location gérance du fonds de commerce.
- L'application du statut des baux commerciaux.

On pourrait donc contester la validité d'une de ces opérations en l'absence de clientèle, d'où l'importance de son existence en pratique.

⇒ Les autres éléments du fonds de commerce :

Pour que ces autres éléments soient compris dans le fonds de commerce il faut en être propriétaire (≠ locations de biens).

• Les éléments corporels :

On exclut strictement les biens immeubles des éléments corporels du fonds de commerce. Sont donc concernés :

- ⇒ **Le matériel et l'outillage** : Ceux sont tous les équipements mobiliers affectés à l'exploitation du fonds de commerce.
- ⇒ **Les marchandises** : C'est l'ensemble des biens destinés à être vendus que l'on désigne en comptabilité comme l'actif circulant ou les stocks.
- Les éléments incorporels :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

On exclut strictement les créances et dettes du commerçant (Cass. civ., 12 janvier 1937) ni les créances, ni les dettes du commerçant ne font parties du fonds, elles lui sont propre (sauf engagements *propter rem* – conclu en considération de la chose - et aménagements contractuels entre les parties).

- ⇒ **Le nom commercial** : C'est l'appellation sous laquelle le commerçant exerce son activité économique. Il a un caractère patrimonial et peut être cédé (cf. arrêt « Bordas », Cass. com., 12 mars 1985, n°84-17.163, qui a consacré un droit patrimonial de la société sur sa dénomination sociale).
- ⇒ **L'enseigne** : C'est le signe extérieur dont le commerçant se sert pour individualiser son commerce et fidéliser sa clientèle. Elle a aussi un caractère patrimonial et s'acquiert par le premier usage.

Le nom commercial et l'enseigne **ne peuvent pas être déposés à l'INPI**, ce qui les différencie de la marque, qui n'existe que par son dépôt à l'INPI.

⇒ Les droits de la propriété intellectuelle :

- Les brevets d'invention : Il accorde à son titulaire un monopole d'exploitation d'une invention par son enregistrement à l'INPI. Il nécessite une invention nouvelle, témoignant d'une créativité inventive, selon l'article **L611-10-1** du Code de la propriété intellectuelle.
- La marque : C'est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Le dépôt à l'INPI doit être renouvelé tous les 10 ans sous peine de quoi il tombera dans le domaine public.
- Les dessins et modèles : Ce sont les formes esthétiques originales données aux produits industriels. Lorsque la création est représentée par une surface plane, c'est un dessin, s'il y a un volume, on parle de modèle.
- Les droits d'auteur : Ils sont conférés à celui qui a le premier publié ou révélé son œuvre de l'esprit, le seul fait de créer permet de bénéficier d'une protection au titre des droits d'auteurs. Ils s'éteignent 70 ans après la mort de leur auteur, et confère une protection patrimoniale et extrapatrimoniale.
- Les médailles et récompenses : Ce sont des distinctions honorifiques qui témoignent du sérieux et de la qualité des produits ou services de l'entreprise qui en bénéficie (ex : meilleur ouvrier de France, étoile Michelin).
- Les secrets de fabrique et de savoir-faire : Il est défini par la jurisprudence comme un ensemble de connaissances techniques non brevetables, non immédiatement accessibles au public, et transmissibles (ex : recette Coca-Cola).
- Le nom de domaine : L'adresse électronique et la page d'accueil d'un site internet sont importants et font parties du fonds de commerce. L'adresse électronique est composée du nom du site internet et d'une extension séparée d'un point.

⇒ Le droit au bail commercial :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

Il découle de l'application du statut des baux commerciaux (cf. Fiche n°6 : Les baux commerciaux), qui permet au locataire commerçant, de bénéficier d'une stabilité par le renouvellement de son bail aussi longtemps qu'il le souhaite (tous les 9 ans). Le propriétaire du local peut s'opposer à ce renouvellement, en payant une indemnité d'éviction au locataire.

On parle généralement de « **propriété commerciale** », mais c'est un abus de langage car le preneur du local ne dispose que d'un droit personnel à l'encontre du loueur, et n'a aucun droit réel sur l'immeuble.

Le droit au bail est le plus souvent l'élément essentiel du fonds de commerce avec la clientèle, celui dont la valeur est la plus importante. Il n'est toutefois pas un élément obligatoire du fonds de commerce (hypothèse où le commerçant est propriétaire de son local d'exploitation).

⇒ **Les licences et autorisations administratives :**

Lorsque des licences ou autorisations administratives sont attachées aux fonds de commerce, elles sont transmissibles au cessionnaire du fonds, comme la licence IV pour les débits de boisson vendant de l'alcool fort.

Si les licences et autorisations sont *intuitu personae*, le cessionnaire devra les obtenir par lui-même.

II – Les droits sur le fonds de commerce

A- Le commerçant propriétaire du fonds de commerce :

Un commerçant peut être propriétaire d'un fonds de commerce par sa création, mais peut aussi l'acquérir alors même qu'il a déjà été créé.

1) Les modes d'acquisition (la cession de fonds de commerce) :

Il ne sera ici pas traité de l'hypothèse de la succession, dans laquelle un héritier devient propriétaire d'un fonds de commerce au décès du commerçant qui lui a légué.

On traitera de la cession du fonds de commerce, qui s'appelle ainsi en raison du caractère incorporel dudit fonds (sinon, cela aurait été une « vente »).

La cession du fonds de commerce est prévue aux articles **L141-1** et suivants du Code de commerce.

⇒ **La conclusion du contrat de cession :**

- **Les conditions de fonds :**

Évidemment, les premières conditions à remplir sont celles du droit commun des contrats, prévus à l'article **1128** du Code civil, que sont : le consentement des parties, la capacité des parties à contracter, et un objet licite et certain.

En l'occurrence, le vendeur comme l'acheteur, devront posséder la capacité commerciale (cf. Fiche n°2 : Les commerçants). Un fonctionnaire a par exemple la capacité juridique de contracter (sauf à être un majeur incapable), mais n'a pas la capacité commerciale, en raison de l'incompatibilité de sa profession avec la qualité de commerçant.

- Les conditions de forme :

⇒ **Les mentions obligatoires :**

Étaient initialement imposées des mentions obligatoires à l'ancien article **L141-1** du Code de commerce qui ont été supprimées par la loi du 19 juillet 2019 (n°2019-744). Le cédant sera quand même tenu **d'une obligation d'information précontractuelle** au sens de l'article **1112-1** du Code civil.

L'article **141-2** du Code de commerce impose la transmission de documents comptables au cessionnaire par le cédant, toute clause contraire étant réputée non écrite.

Aussi, aux termes de l'article **L141-3** du Code de commerce, le cédant et ceux qui se sont entremis ou ont rédigés l'acte de cession, sont tenus solidairement de l'exactitude des mentions présentes à l'acte de cession, leur inexactitude permettant une action rédhitoire ou estimatoire, au titre de la garantie des vices cachés prévue par les articles **1644** et **1645** du Code civil (cela suppose d'établir un préjudice causé par le caractère erroné des mentions).

Cette action en garantie se prescrit par un an à compter de la prise de possession du fonds de commerce, selon l'article **L141-4** du Code de commerce.

Cette action en garantie prévue pour l'inexactitude des mentions de l'article L141-3 du Code de commerce, n'empêche pas l'acquéreur du fonds de commerce de solliciter l'annulation de l'acte ou de rechercher la responsabilité du vendeur sur le terrain du droit commun (dol, erreur...). Ce cumul des actions est utile notamment lorsque l'action spéciale en garantie est prescrite.

⇒ **La ventilation du prix de cession :**

L'article **L141-5 alinéa 3^{ème}** du Code de commerce impose une ventilation du prix de cession.

Des prix distincts doivent être établis pour :

- Les éléments incorporels du fonds de commerce.
- Les marchandises.
- Le matériel.

Le non-respect de la ventilation n'affecte pas la cession **mais entraîne une réduction de l'assiette du privilège du vendeur**, qui ne portera plus que sur les marchandises et le matériel mais uniquement sur les éléments incorporels, lorsque le cessionnaire n'acquiert par le fonds comptant.

⇒ **Les droits de préemption et d'information sur la cession :**

- Droit de préemption de la commune :

D'abord, la **commune** dans laquelle se situe un fonds de commerce **dispose d'un droit de préemption** à la cession (leur permet de se porter acquéreuse du fonds en priorité), selon les **articles L214-1 à L214-3 du Code de l'urbanisme**.

○ Information des salariés :

Ensuite, les salariés doivent **être informés en priorité** de la cession escomptée par le propriétaire du fonds de commerce, de sorte à ce qu'ils puissent formuler une offre d'achat.

Dans les entreprises qui ont l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise cela est prévue par l'article **L141-28** du Code de commerce, et pour les entreprises non soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise par l'article **L141-23** du Code de commerce.

- **La protection des créanciers du cédant :**

⇒ **La publicité de la cession :**

La cession doit faire l'objet d'une publicité particulière, pour avertir les créanciers du fonds de commerce de l'opération envisagée, au titre de l'article **L141-12** du Code de commerce. Elle doit intervenir **dans un délai de 15 jours à partir de la réalisation de l'acte de cession**, dans un journal d'annonces légales et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), à la diligence de l'acquéreur.

Aux termes de l'article **L141-17** du Code de commerce, si le prix est payé sans que la cession n'ait été publiée, alors **l'acquéreur n'est pas libéré à l'égard des tiers** (cela signifie que pour les tiers le fonds est toujours dans le patrimoine du vendeur) et peut être obligé de payer une deuxième fois le prix de cession au vendeur.

⇒ **L'indisponibilité du prix de cession :**

Le prix reste indisponible pendant une durée de dix jours à compter de l'accomplissement des formalités de cession, selon l'article **L141-17** du Code de commerce, pour laisser aux créanciers le temps de faire opposition.

C'est l'article **L141-14** du Code de commerce qui offre la possibilité aux créanciers (que la créance soit exigible ou non) de **former opposition dans un délai de 10 jours**. Elle doit énoncer le chiffre et les causes de la créance. Le bailleur ne peut faire opposition pour les loyers en cours ou à échoir.

L'article **L141-15** du Code de commerce prévoit que pour les créances de faible montant, le vendeur peut se pourvoir en référé devant le président du tribunal de commerce afin d'obtenir l'autorisation de toucher son prix de vente malgré l'opposition, à condition de verser à la Caisse des dépôts et des consignations, ou aux mains d'un tiers commis à cet effet, une somme suffisante pour payer la créance, dont le juge des référés détermine le montant.

Enfin, l'article **L141-16** du Code de commerce prévoit que le vendeur peut en tout état de cause, demander au président du tribunal de commerce référé, l'autorisation de toucher le prix de vente de la cession si l'opposition intervient sans titre, sans cause, ou est nulle.

⇒ **La surenchère :**

Le Code de commerce prévoit à l'article **L143-13** du Code de commerce la possibilité pour les créanciers de demander la mise en vente du fonds de commerce aux enchères publiques s'ils estiment qu'il a été cédé en dessous

du prix du marché. La mise aux enchères annule la première vente, et le créancier doit être le premier enchérisseur, d'1/6 de + que le prix de vente initial du fonds.

⇒ Les effets du contrat de cession :

La principale conséquence de la cession du fonds de commerce sera **le transfert de sa propriété**, du vendeur à l'acquéreur, aux termes de l'article **1583** du Code civil. Ce qui n'entraîne en principe pas le transfert des contrats liés à l'exploitation du fonds et du passif, sauf aménagements contractuel des parties.

- Les obligations du cédant (vendeur) :

- ⇒ **Obligation de délivrance :** Le cédant doit remettre à l'acquéreur les différents éléments qui composent le fonds (la transmission de certains biens incorporels comme les brevets et marque doit faire l'objet d'une publicité particulière à l'INPI).
- ⇒ **Obligation de garantie :** Le cédant doit la garantie des vices cachés, au titre de l'article **1641** du Code civil. Elle doit être exercée par l'acheteur dans les 2 ans à compter de le découvert du vice, selon l'article **1648** du Code civil, qui rend impropre à toute exploitation le fonds acheté.
- ⇒ **Obligation d'éviction :** Elle est prévue par les articles **1625 et 1626** du Code civil, et impose au vendeur de garantir l'acquéreur de son fait personnel. Elle se traduit par une obligation légale de non concurrence. Elle ne vaut que dans la limite de la liberté d'entreprendre, elle doit être proportionnée aux intérêts légitimes à protéger la jurisprudence l'ayant limité à 10 ans (Cass. com., 10 novembre 2021, n°21-11.975).
- ⇒ **Obligation de radiation :** Au risque d'être tenu solidairement des dettes du cessionnaire, le commerçant cédant a l'obligation de se faire radier du RCS au titre de l'article **L123-8** du Code de commerce.

- Les obligations du cessionnaire (acheteur) :

- ⇒ **Payer le prix :**

La principale obligation est celle de payer le prix au jour et au lieu convenu par la vente, au sens de l'article **1591** Code civil. La jurisprudence considère qu'il faut que le prix soit déterminé ou déterminable.

Il peut être payé comptant, ou différé, lorsque le vendeur accepte d'être payé à crédit et que le prix ne soit pas délivré tout de suite, il pourra bénéficier à cet égard du « **privilège du vendeur** ».

- ⇒ **L'inscription de son privilège** (non obligatoire mais fortement conseillé) :

Il est prévu par l'article **L141-5** du Code de commerce, et doit obligatoirement être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans lequel le fonds est exploité. À défaut de l'avoir fait dans un délai de 30 jours l'article **L141-6** du Code de commerce indique que le vendeur n'aura pas de privilège sur le fonds.

Le privilège a pour assiette tous les éléments du fonds de commerce énumérés dans la vente. Sans énumération, alors on considèrera qu'il porte sur : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, l'achalandage.

Les paiements partiels du fonds de commerce s'imputent, selon la ventilation du prix prévue par l'article L141-5 du Code de commerce :

- En premier lieu sur les marchandises.
- Ensuite sur le matériel.
- En dernier lieu sur les éléments incorporels du fonds.

En cas de défaut de paiement, le vendeur peut obtenir la vente forcée du fonds dans les 8 jours suivant une sommation infructueuse. Il peut aussi engager la résolution de la vente sur le fondement du droit commun de la vente, au regard de l'article 1654 du Code civil.

2) Les modes d'exploitation :

Le plus généralement, les commerçants vont exploiter personnellement leur fonds de commerce, il exécute lui-même des actes de commerce, il peut néanmoins :

- ⇒ Recruter un salarié gérant, qui va lui-même gérer le fonds de commerce contre un salaire.
- ⇒ Recruter un gérant mandataire, au sens de l'article L146-1 du Code de commerce, n personne morale ou physique qui va gérer le fonds pour le compte du propriétaire moyennant une commission.
- ⇒ La location gérance (dont l'étude suit).

B-Le commerçant locataire du fonds de commerce (location-gérance) :

- **Définition :** Il s'agit du contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce le loue à un locataire-gérant, qui l'exploite à ses risques et périls, en sa qualité de commerçant.

Il ne faut pas confondre la situation du locataire-gérant, qui est celui qui prenant à bail le fonds de commerce, de celui qui est locataire des locaux dans lequel est exploité le fonds de commerce, le propriétaire du fond (locataire gérant ≠ locataire des locaux commerciaux).

Elle est prévue par l'article L144-1 du Code de commerce qui distingue entre la conclusion du contrat de location-gérance, et ses effets.

1) La conclusion du contrat de location-gérance :

Avant 2019 il était obligatoire que le loueur du fonds de commerce l'ait personnellement exploité pendant 2 années, cette obligation a été supprimée.

- ⇒ La limitation contractuelle prévue par le bail commercial :

Avant toute opération de location gérance, il est nécessaire de **s'assurer que le contrat de bail commercial ne prévoit pas l'interdiction** pour le preneur du local exploitant et propriétaire du fonds de commerce, de mettre ce dernier en location-gérance.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

De façon plus souple, le contrat de bail commercial peut simplement soumettre la pratique de la location gérance à l'agrément du bailleur, qu'il faudra respecter, sous peine d'inopposabilité de l'opération de location-gérance.

⇒ L'exigence d'une publicité :

Les tiers doivent être informées de cette mise du fonds en location-gérance, et elle doit donc **être publiée dans un délai de 15 jours à compter de la rédaction de l'acte**, dans un journal d'annonces légales ; la fin de la location-gérance entraînant les mêmes mesures de publicités.

En l'absence de publicité, l'article **L144-7** du Code de commerce rend **le loueur solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par lui** pendant l'exploitation du fonds jusqu'à ce que la location-gérance soit publiée.

2) Les effets du contrat de location gérance :

⇒ Les obligations des parties :

- Les obligations du loueur :

⇒ **L'obligation de délivrance :**

Tout d'abord, le loueur est débiteur envers le locataire-gérant de l'obligation de délivrance du fonds de commerce qu'il souhaite louer.

⇒ **L'obligation de garantie (d'éviction et de vices cachés) :**

Ensuite, le loueur a interdiction de se réinstaller à proximité du fonds loué et de faire concurrence à son locataire. Il doit en sommes, permettre au locataire-gérant une jouissance paisible pendant toute la durée du bail, au sens de l'article **1719** du Code civil.

Il est aussi tenu de la garantie des vices de la chose louée au titre de l'article **1721** du Code civil.

⇒ **L'obligation de radiation :**

L'article **L123-8** du Code de commerce impose au loueur de se faire radier du fonds de commerce, sous peine de rendre la cession de son activité commerciale inopposable aux créanciers des obligations contractées par le locataire-gérant.

- Les obligations du locataire :

⇒ **User de la chose louée en bon père de famille :**

Cela veut dire que le locataire-gérant doit apporter le plus grand soin au fonds qu'il loue, et l'exploiter comme le ferait une personne raisonnable, dans l'intérêt dudit fonds.

Il pourra à cet égard, être tenu responsable de toute perte de clientèle, résultant d'une faute dans la gestion du fonds de commerce exploité.

⇒ **Exploiter le fonds :**

Cela est prévu par le droit commun du bail, à l'article **1728** du Code civil. Le fonds de commerce n'existe que parce qu'il est exploité, sans exploitation la clientèle va disparaître et le fonds perdre toute sa valeur, d'où cette obligation.

⇒ **Payer le loyer convenu :**

Cette obligation découle également du droit commun du bail et de l'article précité. Il peut être prévue une clause d'indexation du prix des redevances (loyer) payées par le locataire-gérant, selon un indice en rapport avec l'activité des parties ou l'objet du contrat selon l'article **L112-2** du Code monétaire et financier.

Les articles **L144-11** et **L144-12** du Code de commerce peuvent permettre une révision judiciaire du loyer, en cas d'augmentation ou de diminution du prix du loyer de plus du quart par rapport au prix précédemment fixé

⇒ **Être un commerçant :**

Au titre de l'article **L144-2** du Code de commerce, le locataire-gérant doit être commerçant et est tenu aux obligations qui en découlent, parmi laquelle l'immatriculation au RCS notamment.

⇒ **La situation des créanciers :**

- **Les créanciers du loueur :**

⇒ **La déchéance du terme des créances :** L'article **L144-6** du Code de commerce leur permet de demander au tribunal de commerce - dans un délai de 3 mois - de déclarer immédiatement exigibles toutes les créances à terme afférentes à l'exploitation du fonds de commerce si la location gérance met en péril leur recouvrement (la valeur du fonds peut diminuer par l'exploitation du locataire-gérant).

Le fonds de commerce restera en tout état de cause, le gage commun des créanciers du loueur.

- **Les créanciers du locataire-gérant :**

⇒ **Mécanisme de l'article **L114-7** du Code de commerce (solidarité) :** Jusqu'à publication de la location-gérance, les créanciers du locataire-gérant peuvent demander le paiement intégral de leur dette de façon indifférente au locataire-gérant, où au loueur qui sont solidairement responsables des dettes nées jusqu'à ladite publication.

⇒ **L'exigibilité anticipée des créances par la fin du contrat de location-gérance :** Les créanciers du locataire-gérant, aux termes de l'article **L114-9** du Code de commerce, sont en droit d'obtenir immédiatement le paiement de leurs créances par l'exploitant du fonds de commerce (cela car l'arrêt de son exploitation porte atteinte à sa solvabilité).

À noter, qu'en vertu du droit commun des contrats de louage de chose – articles 1713 et suivants du Code civil – le preneur ne dispose pas d'un droit au renouvellement, contrairement aux preneurs de baux commerciaux, ou de baux d'habitation.

FICHE N°6 : LES BAUX COMMERCIAUX

- **Définition :** Le bail commercial est un contrat de location d'un local dans lequel est exercée une activité commerciale, industrielle ou artisanale. Le local doit servir à l'exploitation d'un fonds de commerce.

Le statut des baux commerciaux est prévu aux articles **L145-1** et suivants du Code de commerce, il permet d'assurer une stabilité dans l'exploitation du fonds de commerce, est marqué par un important ordre public – l'article **L145-15** du Code de commerce listant celles l'étant législativement.

Les litiges étant liés aux baux commerciaux relèvent de la compétence des tribunaux civils.

I – Les conditions d'exploitation du statut des baux commerciaux

A- Les conditions relatives au bail :

1) L'exigence d'un bail à loyer :

Un **contrat de bail à loyer est nécessaire pour l'application de ce statut**, ce qui nécessite que la chose louée et le prix soit déterminée. Le juge n'est pas lié par la qualification des parties et pourra renommer tout contrat en bail commercial s'il considère qu'un loyer a été fixé pour la mise à disposition d'un local dans lequel est exploité un fonds de commerce.

2) L'exclusion des autorisations d'occupation du domaine public :

Il est **impossible de conclure un bail commercial sur le domaine public** en vertu du principe d'inaliénabilité du domaine public.

3) L'exclusion des crédits-bails et baux de longue durée :

Les baux emphytéotiques (qui durent entre 18 et 99 ans), à construction, et à concession immobilière sont exclus du statut des baux commerciaux selon l'article **L145-3** du Code de commerce.

4) La possibilité d'un bail de courte durée :

Aux termes de l'article **L145-3** du Code de commerce, **les parties peuvent déroger** (par précision expresse dans la convention) au début de leur relation contractuelle **au statut des baux commerciaux** à condition que le bail soit conclu pour une durée égale au plus à trois ans. Le bail échappera alors au statut précité et tombera sous la coupe du droit commun.

À l'issue du contrat dérogatoire ou une fois les 3 ans dépassés, si le locataire a été maintenu dans les lieux (lorsque le bailleur accepte de laisser en possession le preneur), alors se forme de plein droit un bail soumis au statut des baux commerciaux.

5) Les locations saisonnières :

L'article **L145-5 alinéa 4^{ème}** du Code de commerce, exclut ces locations du champ d'application des baux commerciaux.

6) Les conventions d'occupation précaire :

Ces occupations sont or statuts, car elles sont conclues de manière temporaire, et en fonction de circonstances particulières, étant indépendantes de la volonté des parties ; **le statut des baux commerciaux ne s'applique pas**.

B- Les conditions relatives au preneur :

1) Avoir la qualité de commerçant et être inscrit au RCS (L145-1) :

Plus précisément, le preneur doit être commerçant, **à la date à laquelle il revendique l'application du statut** (Civ. 3^{ème}, 22 janvier 2014, n°12-26.179).

Le preneur doit particulièrement être immatriculé, cela lui permettant de bénéficier du renouvellement, et de l'indemnité d'éviction (Civ. 3^{ème}, 18 mai 2005, n°04-11.985).



Cette obligation de la qualité de commerçant ne joue pas pour ceux se soumettant conventionnellement (volontairement et par convention, c'est à dire sans que le statut ne s'applique de plein droit) au statut des baux commerciaux.

2) Être propriétaire du fonds de commerce :

Le preneur **doit prouver qu'il possède un fonds de commerce en son nom propre qu'il exploite**. Cela suppose la démonstration d'une clientèle : réelle, certaine, et personnelle (cf. Fiche n°4 : Le fonds de commerce / Civ. 3^{ème}, 19 janvier 2005, n°03-15.283).

Généralement, la question de l'existence du fonds se posera en cours d'exécution du bail, soit au moment de la révision triennale du loyer, soit au moment du droit au renouvellement.

C- Les conditions relatives au bailleur :

1) Il n'est pas obligatoirement propriétaire :

Le **bailleur ne doit pas obligatoirement être propriétaire du local qu'il loue**. En effet, le statut des baux commerciaux ne conférant qu'un droit personnel du preneur à l'encontre du bailleur, le bail portant sur la chose d'autrui est valable.

2) L'hypothèse d'un immeuble dépendant d'une communauté de biens :

Néanmoins, lorsque l'immeuble loué dépend d'une communauté de biens entre époux, **le consentement des deux époux est nécessaire pour la conclusion**.

3) L'hypothèse d'un immeuble démembré :

L'usufruitier (celui disposant du droit de jouissance d'un bien), d'un immeuble ne peut le donner à bail **qu'avec le consentement du nu-propriétaire**.

3) L'hypothèse d'un bail donné par un incapable :

Un tuteur peut conclure un bail pour le propriétaire incapable, mais **il ne donne au preneur aucun droit personnel à l'encontre du propriétaire**, perdant donc le bénéfice du statut des baux commerciaux.

D-Les conditions relatives aux locaux :

1) Les locaux propres à l'exploitation du fonds de commerce :

Le statut des baux commerciaux s'applique aux immeubles ou locaux dans lequel le fonds est exploité.

⇒ Un immeuble :

On entend par « **immeuble** », un immeuble bâti, les terrains nus ne faisant pas l'objet de baux commerciaux, sauf autorisation exprès du bailleur au preneur, de construire pour son usage industriel, commercial ou artisanal, selon l'article **L145-1 I 2°** du Code de commerce.

⇒ Un local :

La jurisprudence a précisé que cela vise un bâtiment, et que **le local doit être fixe et permettant l'exploitation pérenne du fonds de commerce**, excluant alors les constructions démontables ou temporaires.

De même, sont exclus les espaces variables au sein d'une galerie dont seule l'étendue et définie et l'emplacement peut varier au cours du temps.

2) Les locaux accessoires :

⇒ Le principe :

Par principe, le statut des baux commerciaux **ne s'applique pas aux locaux permettant l'exploitation du fonds de commerce situés dans un autre local.**

⇒ L'exception :

Mais, l'article **L145-1 I 1°** du Code de commerce, indique que les locaux accessoires peuvent faire l'objet du statut des baux commerciaux lorsque leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fonds de commerce et qu'ils appartiennent au bailleur.

II – La mise en œuvre des baux commerciaux :

A- Pendant le bail :

1) Les obligations du bailleur :

⇒ Obligation de délivrance :

Classiquement, le bailleur est selon le droit commun – article **1719** du Code civil – débiteur de l'obligation de délivrance à l'égard du preneur, l'obligeant à mettre la chose louée à disposition du preneur, à l'entretenir, et à lui permettre d'en jouir paisiblement.

Une clause contractuelle peut venir limiter l'obligation de délivrance en n'imposant pas au bailleur la réalisation des travaux nécessaires à l'activité économique du preneur, ou en indiquant que celui-ci prendra le local en l'état, mais **il ne sera jamais déchargé de son obligation de délivrance** au sens strict du terme.

⇒ Obligation de garanties :

Il s'agit des garanties des vices de la chose louée, au titre de l'article **1721** du Code civil, et de la garantie d'éviction qui couvre à la fois le fait des tiers (pour les troubles de droit), et le fait personnel du bailleur.

Il n'y a pas interdiction d'exercer dans le même immeuble un commerce similaire ou de laisser un autre locataire le faire, sauf en cas de clause de non-concurrence interdisant au bailleur de consentir d'autres baux commerciaux, à proximité du local loué.

⇒ Obligation d'information du projet de vente :

La loi du 18 juin 2014 (n°2014-626) a instauré **un droit de préférence au profit du preneur** d'un local commercial, lorsque celui-ci souhaite être vendu par son propriétaire, selon l'article **L145-46-1** du Code de commerce. Il doit être fait par LRAR, et contenir le prix et les conditions de la vente envisagée.

Si la vente ne s'opère par au profit du preneur dans les délais impartis par l'article précité, le vendeur pourra vendre à un tiers, dans des conditions ne pouvant pas être plus avantageuses que celles proposées au preneur.

2) Les obligations du loueur :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

⇒ Le paiement du prix du loyer :

Il s'agit de la prestation principale que doit effectuer le preneur, en contrepartie de la jouissance des locaux qui lui est accordée.

Cette obligation **peut être renforcée par une clause résolutoire** prévoyant que le bail sera résilié de plein droit en cas de défaut de paiement par le preneur.

⇒ La jouissance paisible des locaux :

Il appartient au preneur de jouir paisiblement des locaux et d'effectuer les réparations qui lui incombent (réparations locatives).

Il doit jouir des locaux et donc exploiter le fonds de commerce. Mais, en l'absence d'une clause obligeant le preneur à une telle exploitation, la résolution du bail ne pourra être obtenue (Civ. 3^{ème}, 10 juin 2009, n°07-18.618 et n°08.14-422).

⇒ Le respect de la destination contractuelle des lieux :

- **Définition :** La destination contractuelle des lieux est l'affectation des locaux par la commune volonté des parties à un usage déterminé.

Elle constitue un élément essentiel du contrat et est prévue par le droit commun du bail, aux articles **1728 et 1729** du Code civil, son respect s'imposant au preneur.

Le preneur ne peut donc modifier unilatéralement la destination du bien loué, sans l'accord du preneur, cela vaut pour l'affectation matérielle (un entrepôt doit rester un entrepôt), ainsi que pour la nature de l'activité autorisée (une librairie doit rester une librairie).



Le silence gardé pendant un certain temps après le changement de destination du bien loué ne vaut pas renonciation du bailleur à invoquer une violation du bail.

3) La durée du bail :

Selon l'article **L145-4** du Code de commerce, et pour garantir une stabilité au commerçant, la durée du bail commercial est établie à 9 ans. Cette règle **est d'ordre public et toute clause y dérogeant est réputée non écrite**.

⇒ La faculté de donner congé du preneur :

Le preneur peut donner congés au bailleur à tout moment, pour des cas limitativement prévus par la loi : départ à la retraite, invalidités, décès, aux termes de l'article précédent.

Il dispose aussi **d'une faculté de résiliation triennale** (peut résilier le bail tous les trois ans), sans avoir à justifier d'un quelconque motif.

⇒ La faculté de donner congé du bailleur :

Le bailleur ne peut pas donner au congé au preneur tous les trois mois, il peut seulement donner congé (dans un délai de 6 mois) au preneur pour des causes limitativement prévus à l'article L145-4 **alinéa 3^{ème}** du Code civil :

- **Pour habiter :** Dans l'hypothèse où le local commercial comporte comme accessoire un logement que le bailleur souhaite occuper (sauf si le locataire démontre qu'il ne peut exercer le fonds de commerce sans).
- **Pour démolir un immeuble insalubre ou dangereux :** Les locaux du nouvel immeuble une fois reconstruit seront proposés en priorité au locataire.
- **Pour reconstruire ou surélever l'immeuble :** Si le bailleur ne peut offrir de local équivalent au locataire il devra payer l'indemnité d'éviction.

L'article **L145-18** du Code de commerce précise que l'indemnité d'éviction en cas de refus du renouvellement pour ces causes sera due, sauf à proposer au locataire un local équivalent.

4) Les loyers :

⇒ La fixation du loyer initial :

Elle est gouvernée par le principe de liberté contractuelle des parties, n'est soumise à aucun plafonnement, et résulte du jeu de l'offre et de la demande.

Le preneur peut parfois être **obligé de verser un « pas de porte »** au bailleur, qui est une somme d'argent pouvant correspondre à :

- La contrepartie de l'amointrissement des droits du propriétaire par l'application du statut des baux commerciaux.
- Des avantages commerciaux indépendants du loyer.
- La capitalisation de la différence entre la valeur locative réelle des locaux et le loyer que le propriétaire sera effectivement en mesure d'obtenir après le renouvellement du bail.

⇒ La modification du montant du loyer :

- **La révision par clause d'indexation :**

Les parties peuvent convenir d'insérer une clause d'indexation (aussi appelée clause d'échelle mobile) dans le contrat de bail, dont l'indice doit avoir un rapport avec l'objet du bail ou l'activité d'une des parties, selon l'article **L112-2** du Code monétaire et financier (cf. Fiche n°5 : Le fonds de commerce / partie sur la location-gérance).

- **La révision par clause recette :**

Le loyer peut aussi varier en tout ou partie, en fonction des bénéfices ou du chiffre d'affaires que va faire le locataire.

- **La révision légale :**

La révision du montant du loyer du bail commercial n'est pas libre, à la différence de la fixation du loyer initial, que ce soit pendant la durée du bail, ou au moment du renouvellement, selon l'article **L145-37** du Code de commerce, elle doit émaner de la demande d'une des parties et respecter les dispositions des articles **L145-38** et **L145-39** du Code de commerce.

⇒ **La révision triennale pour les loyers ordinaires (sans clause d'indexation) :**

Tous les trois ans, une des parties peut demander la révision du loyer (à l'autre partie, ou au président du tribunal de commerce en cas de refus).

- **La valeur que doit avoir le loyer :**

Selon l'article **L145-33** du Code de commerce **le loyer doit correspondre à la valeur locative du bien**, et doivent prendre en compte divers paramètres cités sous cet article (à regarder).

- **L'encadrement de la révision du loyer :**

Mais l'article **L145-38** du Code de commerce **encadre l'augmentation ou la diminution du loyer** résultant de la révision, à la variation de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires ou de l'indice des loyers commerciaux.

- **L'hypothèse du déplafonnement du loyer :**

On pourra déplafonner le loyer (ne pas prendre en compte l'article L145-38 du Code de commerce) s'il y eu une modification de plus ou moins de 10% de la valeur locative du bien en raison de **la modification des facteurs locaux de commercialité** (ex : disparition d'un arrêt de bus devant un commerce).

⇒ **La révision triennale des loyers indexés :**

C'est l'article **L145-39** du Code de commerce qui règle l'hypothèse de la révision d'un loyer commercial indexé.

Normalement, la clause d'indexation va s'appliquer librement, mais lorsque le loyer se trouve augmenté ou diminué de plus du quart par rapport au prix précédemment fixé contractuellement ou judiciairement, alors la révision pourra être révisée.

Mais, la variation découlant de cette révision ne pourra conduire à des augmentations supérieures pour une année, à 10% du loyer acquitté au cours de l'année précédente.

5) L'utilisation des locaux (procédure de déspecialisation) :

⇒ **La déspecialisation partielle :**

Selon l'article **L145-15** du Code de commerce, toute clause ayant pour objet de priver le locataire de la possibilité d'adjoindre des activités connexes ou complémentaires au local loué, au sens de l'article **L145-47** du Code de commerce, est réputée non écrite.

Le preneur doit informer le bailleur de cette volonté, celui-ci disposant de deux mois pour répondre. En cas de refus, le tribunal judiciaire se prononcera sur saisie de la partie la plus diligente, sur l'autorisation ou non de la déspécialisation.

⇒ La déspécialisation plénière :

Elle est prévue par l'article **L145-48** du Code de commerce. Le preneur d'un local commercial peut faire une demande de déspécialisation totale au bailleur, et doit être demandée au bailleur, et notifiée aux créanciers du fonds de commerce.

Les créanciers peuvent subordonner la déspécialisation du fonds à des conditions de natures à sauvegarder ses intérêts.

- **Le bailleur peut accepter :**

Le bailleur dans un délais de 3 mois peut accepter, moyennant notamment une indemnité égale au montant du préjudice subis par le bailleur au sens de l'article **L145-50** du Code civil.

Il peut aussi ordonner, la modification du prix du loyer, hors dispositions légales (complètement déplafonné).

- **Le bailleur peut refuser :**

Il peut aussi refuser, et les tribunaux civils se prononceront alors sur la déspécialisation. Ils pourront accepter ou refuser la déspécialisation, et modifier le prix du loyer à titre de compensation en cas d'acceptation, cette révision n'étant pas soumises aux dispositions

B- À la fin du bail :

En cas de manquement à une de ses obligations contractuelles par l'une des parties, l'autre pourra demander la résolution judiciaire du bail, au titre de l'article **1224** du Code civil.

En cas d'une clause résolutoire dans le contrat de bail, l'article **L145-41** du Code de commerce vient limiter son effet en indiquant qu'elle jouera de plein droit, uniquement une fois qu'aura été effectué un commandement demeuré infructueux dans un délai d'1 mois.

1) Le droit au renouvellement :

⇒ La fixation de la fin du bail :

Au titre du droit commun, l'article **1737** du Code civil indique que le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, sans qu'il soit nécessaire de faire un congé.

L'article **L145-9** du Code de commerce déroge au droit commun pour le statut des baux commerciaux (*specialia generalibus derogant*), indiquant que ceux-ci ne cessant que par : congé (cf. « durée du bail), ou refus de renouvellement.

Si l'exécution du bail se prolonge après l'expiration du terme prévu, et s'il n'y a pas de congé ou de demande de renouvellement, alors il est tacitement reconduit, selon **l'alinéa 3^{ème}** de l'article précité.

⇒ Le renouvellement du bail :

Il est prévu par l'article **L145-8** du Code de commerce : soit le contrat est renouvelé pour une durée de 9 ans (pas forcément aux mêmes conditions), soit le locataire a le droit au paiement d'une indemnité d'éviction (sauf exercice du droit de reprise, ou inexécution de ses obligations par le locataire).

Ce droit au renouvellement ne peut être invoqué uniquement **que par le propriétaire du fonds de commerce** exploité dans le local loué, et être immatriculé au RCS (sauf s'il a mis son fonds en location-gérance, le locataire-gérant n'ayant d'ailleurs aucun droit au renouvellement du bail commercial du local).

L'article précité rajoute une condition : le fonds de commerce doit avoir été exploité de manière effective pendant 3 ans au moins avant l'expiration du bail commercial (sauf motifs légitimes de non-exploitation).



Aux termes de l'article **L145-34** du Code de commerce, si le bail a été renouvelé après une durée de 12 ans (soit à cause d'une reconduction tacite, soit à cause d'un bail conclu pour une durée supérieure à 9 ans), alors le nouveau bail ne sera pas soumis aux dispositions du plafonnement du loyer.

⇒ L'indemnité d'éviction :

L'indemnité d'éviction à laquelle a droit le locataire en cas de congé donné par le bailleur et de non-renouvellement du bail commercial (c'est ce qui fonde la « propriété commerciale»), elle est prévue par l'article **L145-14** du Code de commerce.

Elle doit **être égale au préjudice subi par le non-renouvellement**, et prendre en compte : la valeur marchande du fonds de commerce, les frais normaux d'installation et de réinstallation. Son montant peut être fixé à l'amiable, ou judiciairement.

Le locataire qui prétend à une indemnité d'éviction peut rester dans les lieux tant qu'il ne l'a pas reçu, moyennant une indemnité d'occupation généralement égale au prix du loyer, selon l'article **145-58** du Code de commerce.

⇒ L'absence d'indemnité d'éviction :

L'article **L145-17** du Code de commerce indique que le bailleur ne doit pas d'indemnité d'éviction au preneur en cas de refus du renouvellement lorsque :

- Il y a un motif grave et légitime (généralement le comportement fautif du preneur sortant).
- L'immeuble doit être soumis à une démolition partielle ou totale.

2) Les opérations sur les baux commerciaux :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

⇒ La cession du droit au bail :

- **Définition :** La cession de bail est l'opération par laquelle le preneur, cédant, transfère à une autre partie, cessionnaire, la qualité de contractant qui est la sienne au titre du contrat de bail le liant au bailleur, le cédé.
- La cession du droit au bail par cession de fonds de commerce :

Par principe, la loi répute non écrite les conventions qui visent à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du statut, à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise, selon l'article **L145-16** du Code de commerce.

Un commerçant **pourra donc toujours céder son droit au bail en cas de cession de fonds de commerce**. Mais, des clauses peuvent venir aménager ce droit, en intégrant le bailleur au contrat, notamment en imposant son autorisation ou son agrément. Quoiqu'il en soit, les juges pouvant autoriser le preneur à passer outre le refus du bailleur qui ne reposerait pas sur un motif légitime.

Qu'il doive accepter ou non, la cession doit être notifiée au bailleur, de sorte à ce qu'elle lui soit opposable.

- La cession isolée :

Contrairement à une cession concomitante à la cession du fonds de commerce, **la cession du bail commercial de façon isolée peut être interdite par une stipulation contractuelle**, ce qui sera généralement le cas.

En cas de silence du contrat, le cédant devra quand même notifier le bailleur de la cession qu'il opère.

⇒ La sous-location du droit au bail :

- **Définition :** La sous-location est l'opération par laquelle le locataire principal consent lui-même, sur toute ou parties des locaux qui lui ont été donnés par le bailleur, une location à une autre partie, *le sous-locataire*.

Elle est interdite en principe selon l'article **L145-31** du Code de commerce, mais peut être autorisée dans deux situations :

- Par anticipation d'une clause dans le bail commercial.
- Avec l'accord du bailleur le moment venu.

Le bailleur sera appelé à concourir à l'acte et pourra demander une augmentation du prix du loyer si celui de la sous-location est supérieur au loyer initial.

Enfin, aux termes de l'article **L145-32**, le sous-locataire peut sous certaines conditions obtenir un droit renouvellement par le bailleur initial, mais dispose quoiqu'il en soit, d'un droit de renouvellement de son bail, à l'encontre du locataire principal.

**FICHE N°7 : LES RELATIONS AVEC
LES FINANCEURS**

I – L'identification des financeurs

A- Les professionnels du financement :

1) Les établissements de crédit :

- **Définition :** Ce sont les entreprises dont l'activité consiste à titre professionnel, à recevoir des fonds du public, et à octroyer des crédits.

On parle de « fonds remboursables au public » parce que lorsque l'on dépose de l'argent dans un établissement financier, celui-ci en dispose comme il le souhaite, dans la mesure où il respecte son obligation de la restituer à première demande.

2) Les autres professionnels du crédit :

Les établissements de crédits (grossièrement les banques), ne sont pas les seuls dont l'activité consiste à financer des entreprises.

- ⇒ **Les structures publiques de financement :** Il s'agira généralement des banques publiques d'investissement.
- ⇒ **Les business angels (investisseurs providentiels) :** Ce sont des personnes physiques disposant d'important moyens de financements qui vont utiliser leurs ressources et leurs compétences, pour prendre des participations au capital d'entreprises innovantes à un stade précoce de création ou au début de leur activité, dans le but de les faire grossir et pour dégager une plus-value par rapport à l'investissement initial.
 - Exemple (caricatural mais vrai) : Oussama Ammar
- ⇒ **Les organismes d'assurance :** Ils contribuent directement ou indirectement au financement des entreprises (3000 milliards en 2019).

B- Les non-professionnels du financement :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

1) Des exemples :

- ⇒ **La love money :** Il s'agit de l'argent que va donner l'entourage proche ou la famille d'un entrepreneur à ce dernier, pour le démarrage de son activité économique.
- ⇒ **L'introduction en bourse :** Une entreprise introduite en bourse va voir son capital divisé en un important nombre d'actions, que chacun pourra acquérir via un compte-titre, et donc participer au financement d'entreprises (acheter une action de chez Total ou Amazon par exemple).
- ⇒ **Le crowdfunding :** Il s'agit du financement dit « participatif ».

2) L'importance des risques :

Ces investisseurs non-professionnels n'ont pas réellement les compétences nécessaires pour prendre conscience du risque qu'ils prennent en investissant dans une entreprise, cela justifiant **la mise en place de mesures de protection** (qui bénéficient aussi aux financeurs professionnels).

II – La protection des financeurs

- **Définition du droit de gage général :** Il s'agit du pouvoir que tout créancier tient de la loi sur l'ensemble des biens de son débiteur (immobiliers et mobiliers, présents et à venir), grâce auquel le paiement peut être poursuivi par la saisie de l'un quelconque des éléments du patrimoine de l'obligé. Il ne faut pas le confondre avec la sûreté réelle du même nom.

A- La notion de sûreté :

- **Définition de la sûreté :** La sûreté est la garantie accordée au créancier pour le recouvrement de sa créance. Elle permet de remédier à l'insuffisance du droit de gage initial, en permettant d'éteindre la créance en tout ou partie.
- ⇒ **L'exemple de l'hypothèque :** Il s'agit d'une sûreté permettant au créancier de saisir un bien immobilier pour se payer dessus (en pratique on procédera donc à sa vente), en cas de défaillance du débiteur.
- ⇒ **La finalité de la sûreté :** Elle permet **d'améliorer la situation du créancier, sans l'enrichir**. Par exemple, en cas d'hypothèque, la vente du bien hypothéqué si elle donne lieu à un surplus (par rapport au montant de la créance), devra être restitué au débiteur défaillant.
- ⇒ **L'effet de la sûreté :** Elle a pour effet de satisfaire le créancier et d'éteindre la créance sur une personne ou un bien.

B- Les grandes catégories de sûreté :

1) La sûreté personnelle :

- **Définition :** C'est la garantie qui résulte de l'engagement d'une autre personne au côté du débiteur. Il s'agit par exemple : du cautionnement, de la garantie autonome, de la lettre d'intention.

Pour le cautionnement, prévu aux articles 2288 et suivants du Code civil, cela revient à dire : « si je ne vous paye pas, alors lui vous payera ».

Une sûreté personnelle **créer un lien de droit**, entre le créancier, et un tiers à la dette, le premier disposant d'une action personnelle à l'encontre du second.

2) La sûreté réelle :

- **Définition :** La sûreté est réelle lorsque certains biens du débiteur garantissent le paiement de sorte qu'en cas de défaillance, le produit de la vente de ces biens est remis au créancier bénéficiaire de la sûreté par préférence aux créanciers chirographaires. Elle est prévue par les articles 2323 et suivants du Code civil.

o Exemples :

- **Les sûretés sur les meubles** sont : les privilèges mobiliers (généraux et spéciaux), le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie.
- **Les sûretés immobilières** sont : les privilèges (généraux uniquement), le gage immobilier, les hypothèques et la fiducie à titre de garantie.

C- Exemples de sûreté :

1) Le cautionnement du dirigeant :

Le cautionnement est prévu par les articles 2288 et suivants du Code civil.

- **Définition :** Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, *la caution*, s'oblige envers une autre, *le créancier*, à payer la dette d'une troisième personne, *le débiteur*, en cas de défaillance de celui-ci. Il peut être souscrit à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part et même à son insu.

Le créancier **dispose donc d'un second patrimoine sur lequel exercer son droit de gage général**, celui de la personne s'étant portée caution.

Classiquement la « **caution dirigeant** », va intervenir quand une société va conclure un contrat risqué qui peut supposer une perte pour l'autre partie, celle-ci exigeant en retour une sûreté de la société. Le dirigeant de la société pourra décider de se porter caution, et d'engager son patrimoine personnel, sur lequel l'autre partie créancière pourra venir se payer en cas de défaillance de la société.

La « caution dirigeant » peut donc annuler le principal bénéfice du statut des sociétés à responsabilité limitée pour ses associés, qui est celui de la séparation des patrimoines personnel et social. En l'occurrence, le patrimoine du dirigeant sera quand même engagé, malgré la limitation de sa responsabilité aux apports (cf. Fiche n°4 : L'exercice en société).

2) Le nantissement du fonds de commerce :

Le fonds de commerce pouvant une valeur significative, il va pouvoir servir d'instrument de crédit et servir de sûreté en vue de garantir une dette du commerçant.

- **Définition du nantissement de meubles incorporels :** C'est l'affectation en garantie d'une obligation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs.

Le nantissement est prévu aux articles 2355 et suivants du Code de commerce.

En ce qui concerne particulièrement le nantissement de fonds de commerce, ce sont les dispositions des articles L142-1 et suivants du Code de commerce qui l'organisent.

⇒ La constitution du nantissement :

- Le nantissement conventionnel (contractuel) :

Il y a plusieurs conditions à remplir pour qu'un nantissement conventionnel soit valable :

⇒ **Le fonds de commerce doit exister :**

Le fonds de commerce doit exister, **c'est à dire avoir une clientèle**, car sans clientèle il n'y a pas de fonds de commerce et on ne peut valablement nantir un fonds de commerce qui n'existe pas.

⇒ **Le fonds de commerce doit appartenir au débiteur du créancier :**

Le fonds de commerce doit appartenir au débiteur car on ne peut pas donner en garantie un bien appartenant à autrui. À cet égard, un locataire gérant ne peut pas nantir le fonds de commerce qu'il exploite.

⇒ **Le nantissement doit être réalisé par écrit :**

Le nantissement doit être passé par acte sous seing privé ou par acte authentique. On privilégiera l'acte notarié, qui est un acte authentique constituant force exécutoire, cela permettant de faire saisir le bien donné en nantissement sans avoir recours au juge, en cas de défaillance du débiteur.

⇒ **L'assiette du nantissement doit être déterminable :**

- L'acte de nantissement ne précise par les biens compris :

En l'absence de précisions dans l'acte, l'article L142-2 alinéa 3^{ème} du Code de commerce prévoit les éléments inclus dans le fonds de commerce : l'enseigne, le nom commercial, la clientèle, l'achalandage.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

- L'assiette du nantissement est déterminée dans l'acte :

Si l'assiette est prévue dans l'acte de nantissement, l'article **L142-2 alinéa 1^{er}** du Code de commerce prévoit que tous les biens composant le fonds de commerce font partie du nantissement, **à l'exclusion des marchandises.**

Cela, car il s'agit d'un actif circulant, et que le nantissement ne peut porter que sur des actifs stables.

⇒ **Le nantissement doit être inscrit :**

Le nantissement doit être inscrit dans un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité, à peine de nullité, dans les 30 jours suivant l'établissement de l'acte, selon l'article **L142-4** du Code de commerce.

- **Le nantissement judiciaire (Loi du 9 juillet 1991) :**

Il s'agit d'une mesure conservatoire qui permet à un créancier, titulaire d'une créance fondée en son principe, de se prémunir des risques de défaillance de son débiteur, prononcée par voie judiciaire.

⇒ **Demande d'autorisation préalable :**

D'abord, le créancier doit demander au président du tribunal de commerce l'autorisation préalable de prendre une inscription de nantissement judiciaire, en faisant état de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance.

⇒ **Inscription provisoire du nantissement :**

Ensuite, après autorisation préalable du président du tribunal de commerce, le créancier doit inscrire son nantissement de fonds commerce auprès du greffe du tribunal de commerce (c'est provisoire). Le créancier pourra bloquer la vente du fonds de commerce, mais ne pourra pas le saisir pour se payer dessus à ce stade.

⇒ **Lancement d'une action devant le tribunal de commerce :**

Alors, le créancier après inscription au greffe, a un mois pour intenter une action au fonds devant le tribunal de commerce, en vue d'obtenir un titre exécutoire. Sans une telle action, l'inscription provisoire est frappée de caducité.

⇒ **L'inscription définitive du nantissement :**

Enfin, le tribunal de commerce rend une décision, pouvant amener le créancier à disposer d'un titre exécutoire, et il dispose de 2 mois pour prendre inscription définitive de nantissement judiciaire. Elle aura un effet rétroactif à la date d'inscription provisoire et le créancier disposera alors des mêmes droits que les créanciers ayant procédé à un nantissement conventionnel.

⇒ **Les effets du nantissement :**

- **Le droit de préférence :**

⇒ **Définition :** C'est le droit qui permet au créancier nanti d'être payé par préférence sur le prix de cession du fonds de commerce, dont il peut avoir sollicité la cession forcée.

Ce droit de préférence du créancier nanti (\neq privilège du vendeur où le prix est ventilé, cf. Fiche n°5 : Le fonds de commerce) **est indivisible**, l'intégralité du prix du fonds garantit l'intégralité de la créance.

C'est un droit opposable aux tiers, et le créancier nanti est un créancier privilégié, mais de nombreux créanciers dits « super privilégiés » peuvent passer avant lui, parmi lesquels : le Trésor public, le vendeur du fonds de commerce, ou les salariés de l'entreprise en cas de procédure collective.

S'il y a plusieurs nantissements, **l'on considérera que le « premier arrivé, est le premier servi »**, les créanciers nantis seront payés en fonction de la date d'inscription de leur sûreté, en commençant par le nantissement le plus ancien.

Le nantissement, selon l'article **L142-1 alinéa 1^{er}** du Code de commerce, ne confère pas le droit de solliciter l'attribution judiciaire du bien engagé, ni de droit de rétention, la sûreté du créancier nanti étant relativement médiocre, du fait qu'il sera en pratique souvent primé par d'autres créanciers plus privilégiés que lui.

- **Le droit de suite :**

⇒ **Définition :** Le privilège du créancier nanti comme celui du vendeur, suit le fonds en quelques mains qu'il passe.

C'est prévu par l'article **L143-12** du Code de commerce, et le nantissement va être opposable aux acquéreurs du fonds de commerce, un cessionnaire pouvant décider d'acquérir un fonds grevé d'une sûreté.

Il existe une parade, l'on peut procéder à **la purge des inscriptions**. Au lieu de payer le cédant, le cessionnaire paye les créanciers, le reliquat de la vente étant attribué au vendeur du fonds s'il en existe un.

S'ils ne sont pas satisfaits par l'offre du cessionnaire, les créanciers nantis peuvent ordonner la surenchère du bien dans les conditions prévues par l'article **L143-13** du Code de commerce.

- **La préservation de la valeur du fonds de commerce :**

⇒ **Mesure de protection contre les déplacements géographiques du fonds de commerce :**

L'article **L143-1** du Code de commerce impose au propriétaire du fonds de commerce d'avertir les créanciers de tout déplacement du fonds 15 jours avant qu'il soit effectué, sous peine de quoi surviendrait la déchéance du terme, rendant immédiatement exigible toutes les créances inscrites.

Ils peuvent **accepter**, et modifier leur inscription au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le fonds, ou **refuser**, la sanction du non-respect étant celle précitée en cas d'absence de notification.

⇒ **Mesure de protection en cas de résiliation du bail commercial :**

L'article **L143-2** du Code de commerce prévoit que toute demande de résiliation du bail doit être notifiée par le propriétaire des locaux commerciaux aux créanciers inscrits, et ne peut intervenir qu'un mois après cette notification (hypothèse d'un défaut de paiement des loyers).

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

L'intérêt de la notification est de **permettre aux créanciers nantis de paralyser la résiliation** en payant les loyers à la place du locataire, le premier pouvant avoir intérêt à ce que le fonds ne disparaisse pas, car son l'assiette de sa sûreté serait proportionnellement réduite

⇒ L'extinction du nantissement :

- Volontairement :

Très simplement, le nantissement peut s'éteindre parce que le créancier y consent, celui-ci étant libre de renoncer à sa garantie.

- Involontairement :

Le nantissement peut aussi s'éteindre d'une manière involontaire :

⇒ Lorsque la créance est éteinte (payée par le débiteur au créancier).

⇒ Par défaut de renouvellement de l'inscription du nantissement (elle dure 10 ans).

Elle doit être renouvelée avant l'expiration du délai de 10 ans, aux termes de l'article **L143-19** du Code de commerce, sous peine de ne plus produire ses effets.

L'extinction du nantissement ne produira ses effets que lorsque l'inscription du nantissement aura été radiée, par un commun accord des parties par acte authentique, ou en vertu d'un jugement, au sens de l'article **L143-20** du Code de commerce.

FICHE N°8 : LA DISTRIBUTION

C'est l'étude des principaux contrats conclus entre les professionnels par lesquels ils vont organiser la distribution de leurs produits.

I – Les intermédiaires de commerce

A- Les intermédiaires non-commerçants :

1) Les intermédiaires salariés :

Il s'agit à titre principal du « voyageur représentant placier », appelé plus couramment « **VRP** », dont le régime est organisé aux articles **L7311-1** et suivants du Code du travail.

Il est salarié, et se voit attribué un secteur dans lequel il dispose d'une exclusivité de représentation, au sein duquel il est chargé de prospecter une clientèle, de négocier, et de prendre des bons de commandes qu'il transmet à son employeur.

Il doit disposer d'une certaine autonomie dans la réalisation de son activité et peut toucher une indemnité de clientèle au moment de la rupture de son contrat de travail.

2) Les intermédiaires mandataires :

⇒ **La notion d'agent commercial :**

- **Définition :** C'est **un mandataire** (agit au nom et pour le compte) qui à titre de profession indépendante sans être lié par un contrat de louage de service, est chargé de façon permanente de négocier et éventuellement de conclure des contrats de vente, d'achat au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux.

L'agent commercial est prévu aux articles **L134-1** et suivants du Code de commerce. En cas de contrat à durée indéterminée, il est révocable sous condition du respect du préavis exposé par l'article **L134-11** du Code de commerce. Ce statut est grandement marqué par l'ordre public, toutes les dispositions impératives étant listées à l'article **L134-16** du Code de commerce.

⇒ **Le statut d'agent commercial**

Il doit passer des actes au nom et pour le compte du mandant, cela n'impliquant pas obligatoirement le pouvoir de négocier les prix, et de conclure.

- **L'exclusivité de l'agent commercial ? :**

Il n'a pas d'obligation d'exclusivité, et peut représenter plusieurs mandants à la fois. Seulement, s'ils sont dans des entreprises concurrentes, la prise d'un nouveau mandat devra être subordonnée à l'acceptation du mandant déjà représenté, selon l'article **L134-3 alinéa 2nd** du Code de commerce.

- **Les obligations des parties :**

Le contrat d'agence commerciale étant un mandat d'intérêt commun (conclu dans l'intérêt commun des parties), les parties ont obligation de loyauté l'une envers l'autre et un devoir réciproque d'information.

- **La rémunération de l'agent commercial :**

La rémunération varie souvent en fonction du nombre de produit vendu ou du C.A réalisé par l'agent commercial.

Elle est attribuée selon les conditions de l'article **L134-9** du Code de commerce.

- **L'indemnité de fin de contrat :**

À la fin du contrat d'agence commerciale, l'agent commercial **a le droit à une indemnité compensatrice de fin de contrat**, car il a participé au développement de la clientèle qu'il va perdre. L'indemnité doit être demandée par le mandataire dans un délai de 1 an après la cessation du contrat, au sens de l'article **L134-12** du Code de commerce.

Cette indemnité n'est pas due en cas de faute grave, ou si elle est à l'initiative de l'agent commercial.

- **La clause de non concurrence :**

L'article **L134-14** du Code de commerce prévoit que le contrat peut contenir une clause de non-concurrence, la jurisprudence ayant considéré qu'elle doit :

- Ne concerner que l'activité en cause.
- Limitée dans le temps et dans l'espace.
- Ne concerner que le type de biens ou de services pour lequel il y avait représentation.
- Ne peut excéder 2 ans après la cessation du contrat.

B- Les intermédiaires commerçants :

1) Les commissionnaires :

- **Définition :** Le contrat de commission est *une forme de représentation imparfaite, par laquelle le commissionnaire, agit pour le compte du commettant, mais en son nom personnel (≠ mandat).*

Le statut de commissionnaire est prévu par les articles **L132-1** et suivants du Code de commerce ; le commissionnaire étant commerçant au sens de l'article **L110-1 5°** du Code de commerce.

Normalement, le contrat de commission crée une opacité juridique, entre le contractant du commissionnaire, et le commettant. C'est celui-ci qui donne toutes les instructions au commissionnaire, qui agit pour le compte du commettant, mais le cocontractant final ne sait pas qui est le commettant, l'intermédiaire qu'il a en face de lui étant le commissionnaire. D'ailleurs, d'un point de vue juridique, **c'est le commissionnaire qui s'engage auprès des tiers**, et non le commettant, qui ne sera pas tenu.

Mais ces dernières années, l'on voit de plus en plus, par le biais de la commission affiliation notamment, **des commettants se révéler aux yeux des tiers**, ceci étant par exemple le modèle économique de Zara.



Dans la commission-vente, le principal apport du modèle économique de la commission, est que les stocks appartiennent au commettant, et que le commissionnaire n'a qu'à les vendre, sans avoir à les acheter préalablement.

⇒ Obligations du commissionnaire :

- Exécuter la mission et les ordres confiés par le commettant.
- Ne pas révéler au tiers l'identité du commettant (il peut être autorisé à le faire).
- Interdiction de contrepartie occulte (acheter lui-même ce qu'il est chargé de vendre).
- Informar le commettant.

⇒ Obligations du commettant :

- Fournir au commissionnaire tous les moyens de traiter l'opération qu'il lui a confié.
- Payer la commission,
- Rembourser les frais, avances, et indemniser les pertes subies par le commissionnaire.

2) Les courtiers :

- **Définition :** Le courtier est un intermédiaire commerçant, chargé de mettre en relation le donneur d'ordre et un client. Point très important, le courtier ne conclue pas lui-même, il est simple entremetteur. C'est en quelques sortes, le « cupidon » des cocontractants (belle image hein ?).

Le statut de courtier est prévu aux articles **L131-1** et suivants du Code de commerce ; il rapproche le donneur d'ordre à un partenaire contractuel probable.

Il est commerçant au sens de l'article **L110-1 7°** du Code de commerce, et sa rémunération intervient généralement, lorsque le contrat est effectivement conclu (payée en général à moitié par le client, et à moitié par le donneur d'ordre).

⇒ Obligations du donneur d'ordres :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

- Conclure si le courtier présente un prospect (sauf motif légitime).
- Payer le courtier.
- Être loyal avec le courtier et le mettre en mesure d'exécuter sa mission (ne pas le concurrencer).

⇒ Obligations du courtier :

- Réaliser toutes les démarches possibles pour trouver un client.
- Informier le donneur d'ordres.

II – Les revendeurs indépendants :

- **Définition :** Il s'agit d'exploitants agissant pour le propre compte, et n'étant pas dépendant d'un réseau de distribution, ou ayant le statut d'intermédiaire de commerce.

Il peut s'agir de personnes physiques ou morales, aux profils différents, pouvant exercer en tant que petit commerçant, ou être des acteurs de la grande distribution indépendants.

À noter que depuis une décision du 11 octobre 2018 (Civ. 3^{ème}, 11 octobre 2018, n°17-23.211), la clause d'un bail commercial obligeant les commerçants du centre commercial (commerces enclavés, cf. Fiche n°5 : Le fonds de commerce), est nulle et de nullité absolue du fait qu'elle viole la liberté fondamentale d'adhésion à une association.

III – Les réseaux de distribution :

On identifie diverses manières d'organiser un réseau de distribution, parmi lesquelles :

- Une société mère disposant de filiales.
- Une société disposant de succursales.
- L'existence de divers contrats de distributions entre commerçants.

A- Le contrat d'approvisionnement exclusif :

- **Définition :** C'est le contrat par lequel *un distributeur* s'engage à ne s'approvisionner qu'auprès *d'un fournisseur* déterminé qui, de son côté, demeure libre de s'approvisionner d'autres distributeurs.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

Le plus souvent, l'exclusivité d'approvisionnement à laquelle s'oblige le distributeur a pour contrepartie l'assistance que lui procure le fournisseur (investissement matériel ou financier, une aide technique, une mise à disposition de la marque).

Cette relation repose sur deux types de conventions :

⇒ **Un contrat cadre :** Il définit le cadre général de la relation contractuelle des parties.

⇒ **Des ventes d'application :** Elles sont conclues en exécution du contrat cadre.

On se rappelle que **les arrêts Alcatel**, rendus le 1^{er} décembre 1995 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (n°91-15.578, n°91-19.653, n°91-15.999, n°93.13-699) ont indiqué que l'indétermination du prix du contrat cadre au moment de l'établissement de la convention n'affectait pas sa validité, dans la mesure où l'abus de la fixation postérieure du prix pouvait donner lieu à résolution ou résiliation.

L'article **L330-1** du Code de commerce dispose qu'une clause prévoyant un approvisionnement exclusif ne peut être conclu pour une durée supérieure à 10 ans. La jurisprudence considère généralement qu'une clause prévoyant une durée supérieure à ce délai, sera réduite à 10 ans, ou caduque.

B- Le contrat de concession exclusive :

- **Définition :** C'est la convention par laquelle un fabricant ou fournisseur, que l'on appelle *le concédant*, confère sur un territoire déterminé la distribution exclusive de ses produits à un revendeur, que l'on appelle *le concessionnaire*.

C'est un contrat conclu *intuitu personae*, en considération de la personne, ce qui limite les possibilités de transfert.

L'élément essentiel de ce contrat est **l'exclusivité territoriale conférée au concessionnaire**, qui devra être strictement délimitée dans le contrat. Cela ne veut pas dire qu'il ne subira aucune concurrence sur son territoire, mais elle sera grandement limitée (par exemple, un distributeur hors réseau s'étant approvisionné dans des conditions licites ne pourra être empêché de vendre sur le territoire de l'exclusivité).

Il y a généralement une assistance technique et un service après-vente géré par le concédant, qui assiste le concessionnaire dans l'exécution du contrat, cela ayant un coût pour ce dernier.

C- Le contrat de franchise :

- **Définition :** La franchise est le contrat par lequel *un franchiseur* met à la disposition d'*un franchisé* (qui est un commerçant indépendant), ses signes distinctifs (nom commercial, enseigne, marque) et un savoir-faire original, à charge pour le franchisé de les utiliser selon une technique commerciale uniforme, avec l'assistance et sous le contrôle du franchiseur, auquel il verse des redevances.

Le franchisé est un commerçant indépendant, **il a une clientèle propre** (cf. Fiche n°5 : Le fonds de commerce).

C'est un modèle extrêmement utilisé dans les fast-foods : MacDo, Dominos Pizza, Quick...

Généralement, un tel contrat prévoit aussi un contrat d'approvisionnement exclusif au profit du franchiseur, l'article **L330-1** du Code de commerce ayant vocation à s'appliquer.

D-Le contrat de distribution sélective :

- **Définition :** Le contrat de distribution sélective est celui par lequel un fournisseur accorde le droit de revendre ses produits à un distributeur sélectionné en fonction de critères qualitatifs objectifs, lequel demeure libre de revendre d'autres produits concurrents.

L'exclusivité territoriale n'est ici pas l'essence du contrat, ce qui fait **la caractéristique essentielle est la sélection, l'agrément des distributeurs** ; on parlera d'ailleurs de « distributeurs agréés ».

Il y a une entorse à la concurrence par la réduction du nombre d'acteurs sur le marché, mais c'est toléré dans la mesure **où les critères sont objectifs**, comme par exemple : la technicité du produit ; pour s'assurer que les distributeurs respectent un certain standing ou niveau de compétences.

- Par exemple : On peut raisonnablement considérer qu'une montre de marque Rolex est trop technique pour être vendue par Gifi, tout comme les lunettes de vue ne sauraient être vendues par La Foire Fougère.

Qui dit distribution sélective, dit aussi étanchéité du réseau, et donc les distributeurs agréés, doivent s'engager à ne pas revendre les produits à des distributeurs parallèles (distributeurs non agréés). Si tel était le cas ils commettraient une faute contractuelle pouvant entraîner résiliation du contrat de distribution.

**FICHE N°9 : LE RÈGLEMENT DES
LITIGES ENTRE COMMERÇANTS**

I – Le juge étatique

A- La compétence des tribunaux de commerce :

1) La compétence matérielle (*rationae materiae*) :

⇒ **Le principe :**

C'est l'article **L721-3** du Code de commerce qui organise la compétence d'attribution du tribunal de commerce. Il est compétent pour connaître :

- 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre artisans, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux.
- 2° Des contestations relatives aux sociétés commerciales.
- 3° Des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Cela, à l'exception des contestations relatives aux baux commerciaux qui relève de la compétence exclusive du tribunal judiciaire (cf. Fiche n°6 : Les baux commerciaux).

De même, les articles **L721-5** et **L721-6** du Code de commerce attribuent exclusivement la compétence des litiges survenant entre professions libérales, et agriculteurs, aux tribunaux judiciaires.

⇒ **Lorsque le litige né entre commerçant :**

La compétence du tribunal de commerce entre commerçant **s'apprécie à la date à laquelle l'acte est passé.**

Une personne peut avoir perdu la qualité de commerçant, mais quand même être assignée devant le tribunal de commerce, du fait qu'elle était commerçante au moment de l'acte litigieux, à condition que l'acte se rattache à l'activité professionnelle du commerçant.

⇒ **Lorsque le litige porte sur un acte mixte :**

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

Le **non-commerçant** dispose d'un droit d'option (**Cass.civ., 18 mai 1907** / cf. Fiche n°1 : Les actes de commerce).

- Il peut assigner le commerçant devant la juridiction civile.
- Il peut assigner le commerçant devant la juridiction commerciale.

En revanche, lorsqu'un commerçant souhaite assigner un non-commerçant, il devra obligatoirement le faire devant les juridictions civiles.

- L'exception : Un litige émanant d'une lettre de change, sera toujours porté devant la juridiction commerciale, quand bien même elle serait signée entre personnes non-commerçantes, ou passé entre deux personnes dont l'une serait non-commerçante.

⇒ Les procédures amiables et collectives :

Ce sont les articles **L611-4** et **L621-2** du Code de commerce qui prévoient que le tribunal de commerce est compétent pour connaître des procédures amiables et des procédures collectives des entreprises en difficulté lorsque la procédure est ouverte à l'encontre d'un commerçant ou d'un artisan.

⇒ Les clauses attributives de compétence matérielle :

Les clauses attributives de compétence matérielle, donnant compétence au tribunal judiciaire alors que des textes prévoient que le tribunal de commerce est compétent (et inversement), pourront être valables à la condition que la compétence d'attribution ne soit pas d'ordre public, de sorte à respecter l'article **6 du Code civil**.

2) La compétence territoriale (*rationae loci*) :

⇒ Le principe :

L'article **42** du Code de procédure civile pose le principe selon lequel la juridiction territorialement compétente est celle du lieu où demeure le défendeur.

L'article **43** du même Code précise que lorsque le défendeur est une personne morale, son domicile est le lieu où elle est établie (son siège social, ou là où se trouve chacune de ses succursales).

⇒ Les exceptions :

- En matière réelle immobilière :

L'article **44** du Code de procédure civile dispose que la seule juridiction territorialement compétente en matière réelle immobilière est le lieu où est situé l'immeuble.

- En matière successorale :

L'article 45 du Code de procédure civile dispose qu'en matière de succession, la juridiction territorialement compétente jusqu'au partage est la juridiction dans le ressort de laquelle la succession est ouverte pour :

- Les demandes entre héritiers
- Les demandes formées par les créanciers du défunt
- Les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort

- **Un droit d'option pour certaines matières :**

L'article 46 du Code de procédure offre au demandeur le choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :

- ⇒ **En matière contractuelle :** De la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service.
- ⇒ **En matière délictuelle :** De la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi.
- ⇒ **En matière mixte (contestation sur un droit personnel et réel) :** De la juridiction du lieu où est situé l'immeuble.
- ⇒ **En matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage :** De la juridiction du lieu où demeure le créancier.

⇒ **La clause attributive de compétence territoriale :**

L'article 48 du Code de procédure civile prévoit l'hypothèse d'une clause attributive de compétence territoriale (cf. Fiche n°1 : Les actes de commerce), qui a pour objet de déroger à la compétence territorialement compétente, par convention.

Elle doit répondre à deux conditions :

- **Être stipulée entre des parties ayant toutes la qualité de commerçante.**
- **Être spécifiée de manière très apparente.**

Sinon, elle sera simplement réputée non écrite.

B- La compétence du tribunal judiciaire :

Il faut rappeler que le tribunal de commerce **reste une juridiction d'exception**, le tribunal judiciaire étant la juridiction de droit commun, au sens de l'article L211-2 du Code de l'organisation judiciaire.

Aussi, il ne faut pas oublier que le tribunal judiciaire est compétent pour connaître des litiges relevant normalement de la compétence du tribunal de commerce, lorsque dans une circonscription, il n'y a pas de tribunal de commerce qui est établie, au sens de l'article **L721-2** du Code de commerce.

II – Les autres juges

A- Les juges nationaux :

1) Les arbitres :

⇒ Le concept de l'arbitrage :

- **Définition de l'arbitrage :** L'arbitrage consiste à faire trancher un litige par des particuliers que les plaideurs choisissent à raison de leurs compétences et qui, contractuellement habilité à juger le cas litigieux, rendent une sentence dotée de la même autorité qu'un jugement rendu en première instance par une juridiction étatique.

Il est un mode alternatif de règlements des différends, ou MARD. L'avantage de l'arbitrage est qu'il permet un règlement des différends moins agressif qu'un procès, est plus rapide, et n'est pas public ; permettant la préservation d'une certaine confidentialité.

Le plus souvent, les parties désigneront chacune un arbitre, (qui doit être indépendant : ne pas entretenir de liens avec l'une quelconque des parties), ces deux derniers en désignant un troisième, qui sera le président du tribunal arbitral constitué.

⇒ La convention d'arbitrage :

Il faut en premier lieu faire attention à « **l'arbitrabilité du litige** », car si une grande partie des litiges de droit commercial sont arbitrables, ce n'est pas le cas pour tous.

Le recours à l'arbitrage peut survenir par :

- **Clause compromissoire :** Au sein de leur accord les parties entendent se soumettre à un tribunal arbitral pour le règlement des litiges intervenant pendant l'exécution dudit accord.
- **Compromis d'arbitrage :** Au moment de la survenance du litige, les parties entendent se soumettre à un tribunal arbitral, par le biais d'une convention.

Cet accord préalable ou postérieur, doit nécessairement être formalisé par un écrit, et il désigne l'arbitre et fixe les règles de procédure qui seront appliquées.

En cas de conflit sur la compétence du tribunal arbitral, **c'est lui qui sera compétent pour juger ou non de sa compétence**, en vertu du principe de « compétence-compétence ».

⇒ La sentence arbitrale :

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

L'arbitre va rendre une sentence, et elle possèdera entre les parties, **autorité de la chose jugée**. En revanche, cette sentence n'acquiert force exécutoire, que par l'intervention d'un juge qui délivre une ordonnance d'*exequatur*, selon l'article 1487 du Code de procédure civile.

Elle ne sera en principe pas susceptible d'appel, sauf convention contraire, mais pourra toujours faire l'objet d'un recours en annulation.

2) Les autorités administratives indépendantes :

- **Définition :** Une autorité administrative indépendante (AAI) est une institution de l'État, dépourvue de personnalité morale mais disposant d'un pouvoir propre, chargée de l'une des trois missions suivantes :
 - Assurer la protection des droits et libertés des citoyens.
 - Veiller au bon fonctionnement de l'Administration dans ses relations avec ses administrés
 - Participer à la régulation de certains secteurs d'activité.

B- Les juges supranationaux :

Du fait du développement du droit communautaire, on **ne peut plus composer sans les juges européens**, notamment au regard du respect des droits fondamentaux qui est assuré par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), ou le respect du droit de l'Union, assurée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Avec la technique du renvoi préjudiciel, une juridiction française peut être obligée de surseoir à statuer, lorsqu'une question d'interprétation de la norme européenne doit être traitée par la juridiction européenne compétente.