

Droit des affaires

Partie I Les actes de commerce

Titre I La détermination des actes de commerce

Si de manière générale, l'acte de commerce est l'acte accompli par une entreprise commerciale. Lorsque l'entreprise est une société commerciale, dotée de la personnalité morale, la situation est simple: tous les actes accomplis par elle sont, en principe, des actes de commerce.

Lorsque l'entreprise est une entreprise commerciale individuelle, il y a davantage de difficultés, car il faut distinguer entre les actes accomplis pour les besoins de l'entreprise et les actes accomplis dans l'intérêt personnel du commerçant personne physique. Ex: Qu'en est-il de l'achat d'un véhicule par un commerçant ? Pour simplifier les choses, la jurisprudence a créé la présomption de commercialité. Les tribunaux présument que l'acte est accompli pour les besoins de l'entreprise. C'est à celui qui prétend que l'acte était accompli à des fins non professionnelles d'en rapporter la preuve.

Il existe, néanmoins, des actes de commerce isolés

Chap. 1 La liste des actes commerciaux par nature

Art. L. 110-1 Code com.

"La loi répute actes de commerce:"

Le mot acte ne doit pas être pris dans un sens étroit: il ne s'agit pas d'actes juridiques, mais d'activités au sens économique, qui sont qualifiées de commerciales par la loi.

Depuis longtemps, la doctrine s'est attachée à rechercher un critère général de l'acte de commerce.

Au XIX<sup>ème</sup> siècle, les auteurs ont insisté sur l'idée de spéculation, de la recherche du profit. La jurisprudence exige elle-même cette condition. Un acte à titre gratuit, un acte philanthropique ne peut être un acte de commerce. Les associations peuvent être civiles ou commerciales selon la nature de leurs actes.

Ainsi, un spéculateur en bourse professionnel est un commerçant pour la jurisprudence.

Au XX<sup>ème</sup> siècle, la doctrine s'est plutôt tournée vers l'idée de circulation (circulation des produits, de l'argent, des titres fiduciaires). Des auteurs ont vu dans l'entreprise le critère de la commercialité.

En fait, il n'y a pas de critère général.

Il apparaît que les règles légales ont souvent été inspirées par des considérations pratiques (ex: faire jouer les procédures collectives).

Section 1 Les activités d'échange et de négoce

§1 L'achat de biens meubles pour les revendre

Il s'agit de l'acte de commerce le plus fréquent. Il concerne les meubles corporels et les meubles incorporels.

Meubles corporels: marchandises, matières premières, produits finis ou semi-finis,...)

Meubles incorporels: fonds de commerce, valeurs mobilières, productions de l'esprit, ...)

L'opération doit consister en un achat, c'est-à-dire une acquisition à titre onéreux l'acquéreur se proposant de revendre la chose. EX: le marchand au détail.

Ce qui compte c'est l'intention dans laquelle l'acquisition a été faite.  
Sont actes de commerce: l'achat et la revente.  
Revente dans l'état initial ou non.

A noter que les achats et ventes d'un agriculteur sont des actes civils. Les achats éventuels (ex: jeunes animaux) ne sont que des accessoires de sa profession civile.

De même, sont considérées comme civiles, faute d'achat initial,

les industries extractives (nb exc)

L'auteur, l'artiste qui vend lui-même les œuvres qu'il a créées

les avocats, médecins, dentistes, architectes, experts-comptables, établissements  
privés d'enseignement,...

Les pharmaciens, quant à eux, font des actes de commerce.

## §2 L'achat de biens immeubles pour les revendre

Ceci depuis 1967 afin d'adapter les dispositions légales à l'activité économique et de tenir compte de la spéculation foncière.

ex: spéculation immobilière.

Par contre, les sociétés de construction sont civiles

Vente par lots: commercial

achat d'un appartement dans le but de le revendre: commercial.

## §3 L'entreprise de location de meubles

ex: véhicules, machines, opérations de crédit-bail, matériel,...

De même, l'hôtelier fait acte de commerce car il a une véritable entreprise de location de meubles: lits, linge, ... il a également une entreprise de fourniture

## §4 L'entreprise de fourniture

Se présente souvent comme une variété de l'achat pour revendre mais le revendeur peut précéder l'achat.

ex: une entreprise s'engage à fournir, pendant un certain temps, certaines quantités de marchandises.

Egalement: fourniture d'eau, gaz, électricité,...

## §5 L'exploitation des salles de ventes publiques

"établissements de vente à l'encan"

marchandises neuves en gros ou biens d'occasion.

## §6 L'exploitation des magasins généraux

Entrepôts recevant des marchandises et remettant au déposant un titre négociable permettant la vente ou la mise en gage.

# Section 2 Les activités industrielles et logistiques

## §1 L'exploitation des mines

Depuis 1919.

## §2 L'entreprise de manufacture

La jurisprudence a une conception assez vaste de l'entreprise de manufacture qu'elle ne limite pas à l'industrie de transformation. Elle considère qu'il y a entreprise de manufacture dès qu'il y a spéculation sur le travail d'autrui.

Ex: garage, teinturerie, rénovation, ... dès lors qu'il y a un certain nombre de salariés. (sinon c'est un artisan)

### §3 L'entreprise de transports

Par terre, eau (fluvial), air.

Transport de personnes ou de marchandises

Ex: déménagement, remonte-pente, téléphériques, ...

### §4 Les établissements de spectacles publics

Théâtre, cinéma, music-hall, concert mais aussi l'exploitation de grottes aménagées et même de camping. Certains clubs de football professionnel.

## Section 3 Les activités financières

### §1 Les opérations de banque

Banques, sociétés financières (organismes de crédit à la consommation par ex.), institutions financières (BDF°)

Opérations des banques publiques ou privées mais également des caisses de crédit agricole, CE,...

### §2 les services de paiement

Services permettant notamment le versement d'espèces sur un compte de paiement et les opérations de gestion d'un compte de paiement, retrait d'espèces, prélèvements, virements, opérations effectuées avec carte de paiement, transmissions de fonds.

### §3 Les opérations de change

Les consistent en un échange de monnaies de différents pays, soit matériellement (change manuel), soit par vente ou achat d'effets de commerce payables à l'étranger (change tiré). Ce ne sont des actes de commerce par nature que pour les professionnels, c'est-à-dire, en principe, les banquiers.

Ce sont pour leurs clients des actes civils sauf si l'acte est fait pour les besoins de la profession commerciale du client.

### §4 Les opérations d'assurance

L'assurance est un contrat par lequel une personne (généralement une société) promet, moyennant le paiement de primes, de verser une indemnité en cas de réalisation d'un risque: incendie, vol, décès, responsabilité, ..

L'art L. 110-1 ne vise pas les opérations d'assurance, mais la jurisprudence les considère comme des actes de commerce, du moins lorsqu'elle sont faites par des sociétés par action qui spéculent, c'est-à-dire espèrent tirer un bénéfice de l'opération, les primes fixes qu'elles encaissent étant supérieures à la charge probable des risques. Au contraire, les assurances mutuelles, pratiquées sans recherche de bénéfice, ne sont pas commerciales.

### §5 Certaines opérations de bourse

Bien que non visées par L. 110-1, les achats et ventes de titres peuvent devenir commerciaux lorsqu'ils sont le fait d'un spéculateur qui en tire l'essentiel de ses revenus.

## Section 4 Les activités d'intermédiaires

Peu importe que l'opération pour laquelle se fait l'entremise soit civile ou commerciale. C'est l'acte d'entremise, par lui-même, qui est commercial.

Toutefois, dans le cas de la commission, la commercialité suppose l'existence d'une entreprise, c'est-à-dire la répétition.

Le commissionnaire agit pour le compte d'autrui mais en son propre nom.

Le courtage : le courtier n'intervient pas dans la conclusion du contrat, il se borne à préparer celle-ci en rapprochant les contractants.

Le courtage tend le plus souvent à la conclusion d'une vente mais peut préparer d'autres contrats dont l'assurance.

L'agence d'affaires consiste à se charger de mandats pour gérer les affaires d'autrui. Ex: recouvrement de créances, représentation en justice, gestion des immeubles, exploitation d'une agence de voyages, agence de publicité,...

Certaines opérations d'intermédiaires spécialisés

intermédiaires pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de sociétés immobilières

activité des agents artistiques qui procurent des engagements à des artistes du spectacle.

## Section 5 Les actes de commerce par la forme

La **lettre de change** est un acte de commerce par la forme, peu importe que son objet soit civil ou commercial et quelles que soient les personnes qui la signent.

La personne qui signe une lettre de change accomplit un acte de commerce mais ne devient pas commerçante pour autant, même si elle en signe plusieurs.

Le billet à ordre et le chèque sont commerciaux ou civils selon la nature de l'opération pour laquelle ils sont utilisés.

## Les sociétés commerciales

Une société est commerciale soit:

parce qu'elle s'est donné pour objet l'accomplissement d'actes de commerce par nature

parce qu'elle a choisi une forme lui conférant de plein droit la commercialité: société en nom collectif, société en commandite simple, SARL, SA

## Section 6 Les extensions jurisprudentielles

Bien que le droit commercial soit un droit d'exception (le droit commun étant le droit civil) et la liste des actes de commerce étant perçue comme limitative, la jurisprudence étend progressivement le domaine du droit commercial à des actes non cités dans L. 110-1.

Ainsi en est-il des:

actes juridiques portant sur un fonds de commerce

cautionnements donnés en garantie des dettes d'une société commerciale par les dirigeants ou encore les principaux associés.

souscriptions ou cessions des parts ou actions d'une société commerciale, du moins lorsqu'elle emporte au profit du cessionnaire le contrôle de la société

conventions ayant pour objet de garantir le maintien du contrôle d'une société commerciale à son titulaire

## Chap. 2 L'influence complémentaire de la profession de l'auteur de l'acte

### Section 1 Influence de la profession commerciale : les actes de commerce par accessoire

Sont commerciaux les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce ou par une société commerciale dans le cadre de son activité.

La jurisprudence n'exige pas que l'acte soit fait entre commerçants, il suffit que l'un des deux le soit. Cependant, celui qui voudra invoquer la commercialité de l'acte à son profit devra être immatriculé au registre du commerce.

Principe appliqué à toutes obligations tant contractuelles qu'extracontractuelles

tous les contrats passés par un commerçant dans l'intérêt direct de son entreprise  
ex: achat de matériel de bureau, location d'un immeuble, contrats ayant pour objet l'accomplissement d'une prestation matérielle ou intellectuelle

manœuvres de concurrence déloyale, dommage à autrui à l'occasion de l'exercice du commerce,...

Preuve de la commercialité

La jurisprudence admet une présomption: tous les actes faits par un commerçant sont présumés faits pour les besoins de son commerce et, en conséquence, sont présumés commerciaux, sauf preuve du contraire.

### Section 2 Influence de la profession civile : les actes civils par accessoire

La jurisprudence a tendance à considérer que si un acte de commerce est fait strictement pour les besoins d'une profession civile, il est considéré comme civil.

ex: médecins dans les localités où il n'y a pas de pharmaciens peuvent être autorisés à vendre des médicaments à leurs patients. Ce sont donc des achats pour revendre. Cependant, la jurisprudence considère que ce sont des actes civils car ces actes sont faits pour les besoins de la profession de médecin qui est civile.

ex: de même pour un cordonnier qui achète du cuir pour réparer les chaussures et le revend incorporé aux chaussures réparées.

## Titre II Le régime des actes de commerce

### Chap. 1 Les actes commerciaux à l'égard des deux parties

#### Section 1 Règles de procédure

Compétence des tribunaux de commerce.

#### Section 2 Droit des obligations

Il existe en droit commercial des usages dérogeant aux dispositions légales supplétives ou encore complétant la loi. Il sont très importants en matière de contrats commerciaux notamment dans le domaine des ventes commerciales.

Ainsi, le silence vaut consentement dès lors que les circonstances l'entourant excluent tout doute sur sa signification: ainsi, si deux commerçants sont en relations d'affaires suivies, le fait de recevoir sans protester une livraison et la facture qui l'accompagne peut obliger à payer le prix comme s'il y avait eu commande expresse.

## §1 La preuve des actes de commerce

Art. L. 10-3 C. com.

Alors que le droit civil exige pour les actes juridiques la preuve écrite et préconstituée, le droit commercial admet au contraire la preuve par tout moyens.

On dit que la preuve est libre.

### A/ Le principe de la liberté de la preuve en droit commercial

Ce qui importe, dans un procès commercial, c'est de gagner l'intime conviction du juge, à condition toutefois que la preuve ait été obtenue de façon loyale.

La loi du 13 mars 2000 qui a modifié les articles 1317 et suivants du Code civil pour adapter le droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information, spécialement à l'écriture électronique, n'a fait que modifier la définition traditionnelle de la preuve écrite afin d'y inclure "l'écrit sous forme électronique" et introduire la notion de "signature électronique". Mais la distinction entre le système de la liberté de la preuve, qui gouverne le droit commercial, et le système de la preuve légale, qui régit le droit civil, demeure intacte.

### 1) Recevabilité de tous les modes de preuve

L'art. 1341 Code civ. Exige en principe la preuve par écrit, c'est-à-dire un acte authentique ou un acte sous seing privé, pour établir l'existence de tous les actes juridiques, notamment des contrats, dont l'objet excède une valeur fixée par décret ( actuellement 1 500 euros).

L'art. L. 110-3 Code com. Admet au contraire tous les modes de preuve et cela quelle que soit la valeur de l'acte: actes en bonne et due forme, écrits quelconques, documents comptables, témoignages, indices, présomptions.

### 2) Pas de hiérarchie entre les modes de preuve.

Seule compte la force démonstrative du moyen produit.

### 3) Force probante des différents moyens de preuve

#### a) Les écrits

L'écrit, en pratique, conserve une valeur probatoire éminente.

Pour rappel, l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier.

#### b) Les témoignages

C'est généralement la forme de l'attestation qui est retenue: témoignage par écrit, sans déplacement physique du témoin.

Art. 202 CPC "l'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur" et "celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature.

Néanmoins, le juge peut procéder par voie d'enquête à l'audition de l'auteur d'une attestation.

#### c) Les copies

Le droit de la preuve, il faut le rappeler, n'est pas d'ordre public. Le juge ne saurait soulever d'office l'insuffisance de la preuve produite. La difficulté n'apparaît que lorsque la valeur probatoire de l'écrit est contestée par l'adversaire.

Ici encore les solutions du droit civil diffèrent de celles du droit commercial. En droit civil, la photocopie n'a par elle-même aucune valeur juridique et ne peut dispenser de la production du titre original lorsque la partie adverse l'exige et cela même pour les actes de moins de 1 500 euros. Au contraire en droit commercial, la photocopie constitue un élément de preuve parmi d'autres, soumis à la libre appréciation du juge.

Depuis 1980 l'article 1348 al. 2 C civ admet en matière civile la production d'une copie et ce même lorsque l'original n'a pas été conservé. Mais il faut alors que la copie soit la reproduction fidèle et durable de l'original. La solution vaut a fortiori entre les commerçants.

Les copies sur support magnétique (et les exemplaires papier sortant d'imprimantes) soulèvent davantage de difficulté, car le caractère indélébile de l'écriture informatique peut être mis en doute.

#### d) les données numériques

La loi du 13 mars 2000, qui a réformé le droit civil de la preuve, assimile l'écrit sous forme électronique à l'écrit sur support papier, mais à condition que "puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans les conditions de nature à garantir l'intégrité". La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique admet largement le recours à l'écrit pour la conclusion des contrats. Elle a à cet effet introduit dans le code civil un chapitre consacré aux contrats sous forme numérique art 1369-1 à 1369-11.

Elle a également créé un art 1108-1 qui admet la forme électronique lorsque l'écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique. L'ensemble a été complété par deux décrets du 10 août 2005 qui réglementent l'acte authentique électronique.

Transposant en droit français une directive européenne du 13 décembre 1999 sur la reconnaissance des signatures électroniques, l'art 1316-4 al. 2 c civ dispose "Lorsqu'elle est électronique elle (la signature) consiste dans l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle se rattache. La fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire est assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en conseil d'Etat".

#### B/ Le domaine d'application du principe

##### 1) Le principe ne vaut qu'à l'égard des commerçants

Deux conditions doivent être remplies

le défendeur à la preuve doit être un commerçant

On observera que très souvent les actes mixtes sont des actes courants, passés avec des consommateurs pour des sommes inférieures à 1 500 euros et dont la preuve est de toute manière libre à l'égard des deux parties.

Le principe de liberté de la preuve ne s'applique pas aux actes de commerce isolés, accomplis occasionnellement par des non commerçants (concerne essentiellement le gage et le cautionnement)

la preuve doit avoir pour objet un acte accompli par ce commerçant dans l'exercice de son commerce

Une présomption de commercialité pèse sur tous les actes effectués par un commerçant. C'est donc au commerçant de prouver de l'acte passé l'a été pour ses besoins personnels et ce par tous moyens.

## 2) Le principe est parfois écarté par des lois spéciales

ex: vente et nantissement de fonds de commerce, contrat de transport terrestre, contrat de société, chèque et bordereau de cession de créances, contrats de coopération commerciale,...  
Les actes mixtes lorsqu'ils sont passés avec un consommateur sont soumis à des formes de protection du consentement souvent à peine de nullité. Ex: vente à domicile, crédit à la consommation, crédit immobilier.

## C/ Conséquences de la liberté de la preuve en matière commerciale

### 1) la preuve de la date à l'égard des tiers

Les règles de preuve s'appliquent essentiellement dans les relations entre les parties au contrat. L'acte sous seing privé n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que par la survenance d'un des événements prévus à l'art. 1328 C. civ. : enregistrement de l'acte, mort de l'un des signataires, mention de l'acte dans un acte authentique.  
Mais ici encore, la liberté de la preuve en matière commerciale conduit à écarter la règle du droit civil. La preuve de la date de l'acte peut être faite à l'égard des tiers par tous moyens si le tiers a la qualité de commerçant.

### 2) Les formalités propres à certains actes

#### a) contrats synallagmatiques

Peuvent être prouvés par tout moyen et si on a fait un écrit, un seul exemplaire suffit contrairement à ce qui est demandé en droit civil.

#### b) actes unilatéraux

La preuve se fait par tout moyen (ex: cautionnement) à condition que la caution ait la qualité de commerçant et que le cautionnement garantisse le paiement d'une dette commerciale

## §1 Les règles spéciales aux obligations commerciales

### A/ pluralité de débiteurs: la solidarité passive

Il y a solidarité passive lorsque plusieurs débiteurs sont tenus de la même dette à l'égard du même créancier chacun pour le tout.

Le créancier peut alors à son gré, soit réclamer l'intégralité de la dette à l'un quelconque des codébiteurs solidaires, soit diviser ses recours entre certains ou entre tous. Celui qui a payé dispose ensuite d'un recours contre les autres codébiteurs mais il doit alors diviser ses poursuites.

#### 1) Le principe de la solidarité se présume dans les affaires commerciales

Parfois elle est expressément prévue par la loi. Ex: entre associés en nom collectif pour les dettes de la société, entre signataires d'une lettre de change, entre le propriétaire du fonds de commerce et le locataire gérant.

## 2) Champ d'application de la présomption

Lorsque plusieurs commerçants sont tenus de la même dette née à l'occasion de leur commerce Elle s'applique également à des personnes non commerçantes lorsqu'elles se sont engagées à l'occasion d'un même acte de commerce

## 3) force de la présomption

Il ne suffit pas de prouver que les codébiteurs n'avaient pas l'intention de s'engager solidairement, il faut aussi prouver que le créancier avait renoncé à invoquer la solidarité.

## B/ Règles relatives à l'exécution des actes de commerce

### 1) Rigueur d'exécution de l'obligation cambiaire

Le débiteur cambiaire doit payer ponctuellement à l'échéance prévue sauf cas de force majeure

### 2) Facilité d'exécution de la vente commerciale

Faculté de remplacement et réfaction

L'acheteur qui n'obtient pas la délivrance des marchandises dispose de la faculté de remplacement. Il peut, au lieu de demander en justice l'exécution forcée, après avoir mis en demeure le vendeur de livrer, acheter à un autre commerçant des marchandises de même qualité et quantité. Le vendeur initial sera alors tenu de lui en payer les frais et le prix, calculé au jour de la mise en demeure.

L'acheteur qui reçoit des marchandises d'une quantité ou d'une qualité différente de celle qui était convenue au contrat peut, au lieu de demander la résolution du contrat, obtenir la réfaction de la vente. Il conservera les marchandises livrées mais le juge lui accordera une diminution du prix. Dérogation remarquable au principe du droit civil selon lequel le juge n'a pas la possibilité de refaire un contrat contre la volonté des deux parties.

### 3) Autres règles particulières

Capitalisation des intérêts.

Le gage commercial comporte quelques particularités par rapport au gage civil.

## C/ La prescription en matière commerciale

### 1) prescription quinquennale

Prescription extinctive ou libératoire : 5 ans.

Il faut une obligation entre deux parties dont l'une au moins est un commerçant. L'obligation doit être née à l'occasion du commerce et ne pas être soumise à une prescription plus courte.

### 2) prescription de l'action en paiement contre un acheteur non commerçant

L. 137-2 C conso "L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par eux ans."

En matière d'exécution des obligations, certaines particularités sont présentes:

Le juge se reconnaît le droit de diminuer le prix dû par l'acquéreur en considération de l'inexécution partielle du contrat par le vendeur

Sans autorisation judiciaire préalable, l'acquéreur non livré d'une vente commerciale peut se procurer des marchandises identiques à celles promises auprès d'un tiers puis de faire rembourser de ses frais par son cocontractant défaillant  
La solidarité entre les débiteurs est présumée

## Chap. 2 Les actes commerciaux à l'égard d'une seule des parties

Le droit commercial s'applique à la personne pour qui l'acte est commercial et le droit civil à celle pour qui il est civil.

### Principe de distributivité

Preuve

le commerçant devra faire la preuve à l'égard du non-commerçant conformément à l'article 1341 Code civ.

le non commerçant bénéficiera, à l'encontre du commerçant, du principe de la liberté de la preuve posé par l'article L. 110-3 Code com.

Solidarité

Si l'acte oblige plusieurs commerçants, ceux-ci sont présumés solidaires, sinon c'est le droit civil qui sera applicable

Tribunal compétent

Le commerçant doit agir devant le tribunal civil

Le non- commerçant a le choix d'agir devant le tribunal civil ou le tribunal de commerce

### Unité exceptionnelle de régime

La nullité du droit civil est retenue pour les clauses attributives de compétence territoriale

En ce qui concerne le gage, c'est la nature civile ou commerciale de la dette garantie qui détermine globalement la nature du gage constitué

Il semble, malgré une jurisprudence non encore fixée, que la clause compromissaire doit être reconnue valable si elle est insérée dans un acte mixte liant deux professionnels (un commerçant et un professionnel ayant une activité civile) et nulle si elle se trouve dans un acte mixte entre un commerçant et un non professionnel

Le clauses abusives

L. 132-1 Code de la consommation

Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Des décrets en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission des clauses abusives, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives

Le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat

Les clauses abusives sont réputées non écrites

L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ici ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert.

Rôle préventif important donné aux associations de consommateurs ainsi qu'à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation

## Partie II La notion d'entreprise

### Chap 1 L'entreprise commerciale individuelle

#### Section 1 Le statut du commerçant personne physique (PP)

##### §1 La capacité commerciale

Le but est la protection de l'incapable

##### A/ Incapacité du mineur non émancipé

###### 1) Mineur non émancipé

Impossibilité absolue de gérer une entreprise en qualité de commerçant.

Si le mineur reçoit un commerce par voie de succession, 5 solutions sont possibles:

- Le parent survivant exploite le commerce

- Le représentant légal donne le fonds de commerce en location-gérance

- Le représentant légal autorise le mineur de 16 ans, non émancipé, à créer et gérer une EURL ou une société unipersonnelle

- Le représentant légal vend le fonds de commerce

Si il y a plusieurs héritiers, et que l'un d'eux est majeur, ce dernier gère le fonds

###### 2) Sanctions

Le mineur non émancipé est dans l'incapacité d'avoir la qualité de commerçant. Celui-ci ou son représentant peut agir en nullité relative.

La prescription est de 5 ans à compter de la majorité.

Le mineur doit avoir été lésé par l'acte pour qu'il y ait nullité.

##### B/ Incapacités des majeurs

###### 1) Tutelle

Pour aliénation mentale.

Mêmes règles que pour le mineur non émancipé.

###### 2) Mise sous sauvegarde de justice

Le majeur peut théoriquement être commerçant mais ceux qui contractent avec lui prennent des risques.

Les actes passés pourront, en effet, être rescindés ou réduits. Art. 435 C. civ.

###### 3) Curatelle

Le majeur a besoin de l'autorisation du curateur pour les actes les plus importants. De ce fait, il ne pourra pas être commerçant.

##### §2 Preuve de la qualité de commerçant

L'inscription au registre du commerce et des sociétés (RCS) constitue une présomption de la qualité de commerçant.

##### A/ Présomption simple

###### 1) La personne est immatriculée

Elle bénéficie d'une présomption simple à l'égard des tiers qui peuvent démontrer, par tout moyen, que la personne n'a pas la qualité de commerçant.

Les tiers peuvent opposer à la personne la présomption. Celle-ci ne peut rapporter la preuve contraire. A condition que le tiers soit de bonne foi.

## 2) La personne n'est pas immatriculée

Elle ne peut pas se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des tiers.

Mais elle ne peut se prévaloir de sa non immatriculation pour se soustraire aux obligations légales et réglementaires qui pèsent sur les commerçants. C'est un commerçant "de fait".

## B/ Présomption irréfragable

Si un commerçant cède son fonds de commerce ou le donne en location-gérance mais omet de se faire radier du RCS, il sera tenu des obligations contractées par son successeur.

La présomption de commerçant liée à l'immatriculation au RCS est ici irréfragable, il ne peut apporter la preuve contraire.

C'est en quelque sorte une sanction de sa négligence.

## §3 Gestion de l'entreprise individuelle

Etude du cas où l'entreprise individuelle est gérée par deux époux.

Si on interprète l'article L.121-3 C. com. de manière stricte, le conjoint ne peut être commerçant que s'il exerce une activité séparée de son époux.

Mais la jurisprudence opte plutôt pour une interprétation souple de cet article et considère que lorsque le conjoint participe à la gestion dans les mêmes conditions que son époux et traite avec les tiers, il doit être considéré comme commerçant. Dès lors, les deux époux sont tenus personnellement et solidairement à l'égard des tiers.

Choix entre 3 régimes:

L'un est commerçant, l'autre est collaborateur

Ce dernier est non rémunéré. Il doit être inscrit au RCS en tant que collaborateur.

Il peut accomplir les actes de gestion courante sans s'engager personnellement.

Les cotisations sociales concernant le collaborateur peuvent être déduites des Bénéfices Industriels et Commerciaux (BIC) sous certaines conditions.

L'un est commerçant, l'autre est salarié

Le droit du travail s'applique.

Les deux époux sont associés

Les deux conjoints perçoivent une partie des bénéfices au prorata de leur apport.

ex: l'un fait un apport en nature (fonds de commerce), l'autre un apport en industrie (son travail).

## Section 2 Statut du commerçant étranger PP

Si il est ressortissant d'un état membre de l'Union européenne, il bénéficie, au nom de la liberté d'établissement, de la possibilité de créer, acquérir, exploiter un fonds de commerce en France dans les mêmes conditions que les nationaux.

Sinon, il doit être titulaire soit:

d'une carte de séjour, valable 1 an et renouvelable

d'une carte de résident, valable 10 ans, et renouvelable de plein droit.

### Section 3 Choix de la forme juridique de l'entreprise

La loi du 15 juin 2010 a créé l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée (EIRL).

#### A/ L'entreprise individuelle classique

L'entrepreneur répond sur l'ensemble de son patrimoine des dettes qui sont nées à l'occasion de l'exploitation de son entreprise.

Principe de l'unicité du patrimoine.

#### B/ Séparation du patrimoine de l'entreprise individuelle du patrimoine personnel de l'entrepreneur

##### 1) Tentatives en ce sens

Loi du 11 février 1994 dite loi Madelin

Loi du 1er août 2003

L'immeuble où est fixée la résidence principale d'un professionnel PP est insaisissable.

Loi du 4 août 2008

Extension de l'insaisissabilité à tout bien foncier, bâti ou non bâti, que le titulaire des droits n'a pas affecté à son usage professionnel. De même pour le prix de cession ainsi que pour les biens achetés en réemploi dans délai d'un an.

##### 2) Statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

Loi du 15 juin 2010.

Le statut est ouvert aux commerçants, artisans, agriculteurs et membres des professions libérales.  
Condition: l'entrepreneur doit être une PP.

L'entrepreneur doit affecter certains biens au patrimoine de l'EIRL. Il s'agit de ceux qui sont nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle et de ceux qui, sans être nécessaires, sont utilisés à cette fin et dont l'affectation est décidée par l'entrepreneur.

Chaque élément doit être évalué. Ceux qui dépassent 30 000 euros doivent être évalués par un expert. L'entrepreneur peut recourir à un expert pour les biens de valeur inférieure.

L'entrepreneur doit déposer la déclaration d'affectation au RCS ou au CFE.

La déclaration comporte l'état descriptif et la valeur des biens affectés ainsi que le rapport d'évaluation des biens d'une valeur unitaire supérieure à 30 000 euros.

L'affectation d'immeuble est faite devant notaire et l'acte est publié au bureau des hypothèques.

La constitution d'une EIRL peut se faire à tout moment.

L'EIRL prend le nom de l'entrepreneur suivi de "EIRL"

Les documents utilisés par l'entreprise dans ses relations d'affaires doivent comporter la dénomination, l'objet de l'activité ainsi que le numéro d'identification et le numéro d'immatriculation.

Un même entrepreneur peut constituer plusieurs EIRL.

L'affectation des biens au patrimoine de l'EIRL est opposable aux créanciers dont les droits sont nés après le dépôt de la déclaration d'affectation.

Le dépôt de la déclaration d'affectation donne naissance à deux patrimoines distincts ayant chacun un passif et un actif L. 526-12 al.6 C. com.

L'entrepreneur détermine les revenus de son activité professionnelle qu'il verse dans le patrimoine non affecté. Ainsi, ces revenus échapperont aux éventuelles poursuites des créanciers professionnels L. 526-18 C. com.

Le patrimoine affecté peut faire l'objet d'une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire.

### 3) Société dotée de la personnalité morale

#### a) Le principe

Il y a séparation du patrimoine de la société de celui de l'entrepreneur-associé.

#### b) Les tempéraments

En Société en Nom Collectif (SNC), les associés sont indéfiniment et solidairement tenus du passif de la société. Il en est de même pour le commandité dans la société en commandite.

Lorsque dans une SA, SARL, SAS, ... les dirigeants ont commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ils doivent répondre des dettes de la société sur leur patrimoine personnel.

Il s'agit de l'action en comblement de passif.

Les établissements de crédit demandent souvent aux dirigeants des petites sociétés de se porter caution de l'emprunt fait par la société. Il arrive que ce cautionnement soit illimité et porte sur l'ensemble des dettes de la société à l'égard du banquier

### C/ Les conséquences économiques du passage en société.

#### a) Coût de l'opération

Il faut constituer un capital même si, en théorie, celui-ci est d'un euro pour une SARL.

Il y a des frais de constitution à prévoir. Ex: honoraires du conseiller juridique, charges fiscales, frais d'immatriculation,...

#### b) Avantage: capacité d'endettement

Si le capital est conséquent, un crédit sera plus facile à obtenir et ce, à un taux inférieur.

## Titre II Les biens affectés à l'entreprise commerciale

### Chap. 1 Le fonds de commerce

C'est l'ensemble de biens affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale.

Tous les biens de l'entreprise ne font pas partie du fonds de commerce. Ex: immeubles, créances de sommes d'argent.

Les biens du fonds de commerce : biens corporels comme les marchandises composant le stock, biens incorporels comme une marque,...

Ces biens sont destinés à capter et à retenir une clientèle.

## Section 1 Notion de fonds de commerce

### §1 Composition du fonds de commerce

#### A/ Biens compris dans le fonds de commerce

Le Code de commerce diffère selon qu'il s'agit de la vente ou du nantissement.

On considère généralement que les articles concernant la vente édictent le principe et que ceux sur le nantissement énoncent une exception à ce principe.

Dès lors, les parties au contrat de vente sont libres de faire entrer dans la composition du fonds de commerce les éléments qu'elles souhaitent à condition d'y faire figurer, au minimum (lorsqu'ils existent) l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail et l'achalandage.

#### 1) Éléments corporels

Mobilier, matériel, outillage, véhicules et moyens de transport,...

Tous les meubles destinés à l'exploitation.

Dans un contrat de vente, il faudra également prévoir les marchandises constituant le stock de matières premières et de produits finis ou semi-finis.

#### 2) Éléments incorporels

Il s'agit des droits sur les valeurs immatérielles et de certaines créances.

Nom commercial: il s'agit de la dénomination sous laquelle se fait connaître une entreprise commerciale et qui sert à la distinguer des entreprises concurrentes.

Peut être le nom du commerçant ou la dénomination sociale de la société ou encore un nom de fantaisie.

Enseigne: appellation ou emblème qui indique au public où se trouve l'entreprise.

Droit au bail. Lorsqu'un commerçant exploite le fonds de commerce dans un local qu'il loue, l'emplacement ainsi que la qualité des locaux peuvent jouer un rôle déterminant dans la conquête de la clientèle

De plus, le commerçant a droit au renouvellement du bail ce qui en accroît la valeur.

Le contrat de bail est cessible, même en cas de clause contraire, à condition que la cession accompagne la cession du fonds de commerce.

Droits de propriété intellectuelle: brevets, marques, dessins et modèles, droits de propriété littéraire et artistique.

La doctrine estime que l'énumération n'a pas de caractère limitatif.

On ajoute les autorisations administratives qui conditionnent juridiquement l'exploitation du fonds.

Ex: autorisation d'ouverture d'un débit de boissons ou licence d'un transporteur routier, certaines créances comme les droits résultant d'un contrat d'assurance.

La Cour de cassation considère que le contrat de concession exclusive de vente conclu avec un fournisseur n'est pas transmis de plein droit avec le fonds de commerce.

## B/ Éléments non compris

### 1) exclusion des immeubles

La notion de fonds de commerce est essentiellement de nature mobilière.

Les immeubles ainsi que les immeubles par destination (ex: le matériel, l'outillage, les véhicules lorsqu'ils sont affectés à l'exploitation de l'immeuble)

Ceci peut obliger le commerçant à faire deux contrats de vente.

### 2) Exclusion des créances et des dettes

Le fonds de commerce n'est pas un patrimoine d'affectation donc le cessionnaire n'acquiert pas les créances et ne répond pas des dettes nées antérieurement à la cession.

Exceptions: contrat de travail, contrat d'assurance, contrat d'édition et contrat de bail commercial.

## §2 L'élément unificateur du fonds de commerce: la clientèle

### A/ Notion de clientèle

Problème: les clients n'appartiennent pas au commerçant. Le clientèle est volatile.

Pour une partie de la doctrine, elle serait le but ou mieux la qualité essentielle du fonds. Et comme cette qualité a une valeur, il n'est pas impossible de la considérer comme un élément du fonds de commerce, une valeur supplémentaire venant s'ajouter à celle des autres éléments.

D'ailleurs, cette clientèle fait l'objet d'une certaine protection juridique. Ex: elle est protégée par l'action en concurrence déloyale.

Nouvelle notion en cours d'élaboration: la clientèle virtuelle d'un fonds de commerce numérique.

### B/ Fonction de la clientèle

Elle est la condition d'existence du fonds de commerce.

Il y aura vente de fonds de commerce si il y a une clientèle associée.

## §3 La nature juridique du fonds de commerce

Il s'agit d'une universalité de fait et non de droit.

## Section 2 La vente du fonds de commerce

### §1 Condition de formation du contrat de vente

#### A/ Conditions générales des contrats de vente

##### 1) Le consentement des parties

Il doit être exempt de vice.

L'acheteur peut se tromper sur l'étendue de la clientèle et sur les chances de profit.

Dans ce cas, peut-il invoquer l'erreur sachant que l'erreur sur la substance est reconnue mais non l'erreur sur la valeur ?

Dans la mesure où la jurisprudence voit dans la clientèle un élément essentiel du fonds de commerce, c'est possible mais à condition que l'erreur ait été déterminante.

Cette erreur entraînera la nullité de la vente.

La jurisprudence admet également que l'acheteur trompé puisse agir en garantie contre son vendeur (garantie contre les vices cachés)

Si le vendeur a volontairement trompé l'acheteur par de fausses déclarations sur le chiffre d'affaires, par la dissimulation de documents comptables ou par l'omission du fait que le fonds n'avait pas été exploité pendant une certaine période , ... il y a dol.

## 2) La capacité

Principe: capacité de vente de biens mobiliers avec des exceptions.

L'acheteur doit avoir la capacité commerciale car il doit, en principe, exploiter lui-même le fonds de commerce.

## 3) L'objet de l'obligation

Tous les éléments nécessaires à la conservation e la clientèle sinon ce serait une vente d'éléments séparés et non de fonds de commerce.

L'acheteur doit payer le prix déterminé ou déterminable.

Des prix distincts sont déterminés pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises. (nécessaire pour le privilège du vendeur mais pas pour la validité de la vente elle-même).

La dissimulation d'une partie du prix (raisons fiscales) est puni pénalement.

## §2 Les conditions de validité spécifiques aux contrats de vente de fonds de commerce

Des mentions sont obligatoires. Ceci dans le but de protéger le consentement de l'acheteur. L. 141-1 C. com.

- renseignements relatifs à une précédente vente
- nom du vendeur, date et prix de la vente
- état de privilèges et nantissements grevant le fonds
- Chiffre d'affaires et résultat d'exploitation réalisés au cours des trois dernières années
- éventuels renseignements relatifs au bail

Obligation de renseignements précontractuelle pèse sur le vendeur.

L'acheteur peut vérifier les informations car au jour de la cession, lui et le vendeur visent les livres comptables tenus durant les 3 derniers exercices et il en est dressé un inventaire.

### 1) Sanction de l'omission des mentions obligatoires

Nullité relative. Prescription: an à compter de la vente.

L'acheteur peut y renoncer une fois l'acte de vente signé.

Le prononcé de la nullité est facultatif pour le juge.

### 2) Sanction de l'inexactitude

Le vendeur est tenu à garantie.

L'acheteur peut demander la résolution judiciaire du contrat ou une diminution du prix.

L'inexactitude crée une présomption d'existence d'un vice caché. Le vendeur pourra écarter l'action en garantie en prouvant que l'acheteur connaissait la valeur réelle du fonds.

## §2 Les effets de la vente du fonds de commerce

### A/ Transfert de propriété

Dès qu'il y a accord sur la chose et le prix.

Mais, la vente est opposable aux créanciers du vendeur qu'après accomplissement des formalités de publicité. De même, tant que le vendeur ne s'est pas fait radier du RCS, il reste solidairement tenu des dettes souscrites par l'acheteur à l'occasion de l'exploitation du fonds.

Des formalités sont nécessaires pour certains éléments du fonds.

ex: cession des brevets et marques

L'acheteur doit avoir été mis en possession des biens corporels

Le transfert du droit au bail n'est opposable au bailleur qu'après signification de la cession du fonds.

### B/ Obligations des parties

Vendeur

Obligation de délivrance

Garantie contre les vices cachés et de son fait personnel (obligation de non concurrence directe et indirecte; clause suit le fonds de commerce)

Acheteur

payer le prix

## §3 Protection spéciale des créanciers du vendeur

### A/ Publicité de la vente

#### 1) Formes

L. 141-5 C. com.

L'acheteur doit procéder à la publication de la vente sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal d'annonces légales, dans les 15 jours de la vente.

Publication également d'un avis au Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales (BODACC)

Tant que les formalités ne sont pas faites les créanciers du vendeur conservent le droit de s'opposer au paiement du prix.

#### 2) Domaine de la publicité

L. 141-12 C. com.

très large.

#### 3) Fonction de la publicité

Protéger les créanciers du vendeur du fonds de commerce

### B/ droits des créanciers du vendeur

Ici, seuls sont concernés les créanciers chirographaires (sans privilège ni nantissement sur le fonds)

#### 1) Droit d'opposition au paiement du prix

Opposition par acte extra-judiciaire (exploit d'huissier) adressée à l'acheteur.  
dans les 10 jours qui suivent la publication au BODACC

Conséquences:

- fixe définitivement le prix au montant déterminé au jour de l'opposition
- le prix est immobilisé entre les mains de l'acheteur (ou d'un intermédiaire dépositaire des fonds)

- ensuite, le prix sera réparti à l'amiable entre les créanciers ou selon une procédure de distribution dans l'hypothèse ou une procédure collective a été ouverte (règlement ou liquidation judiciaire)

- si l'acheteur a payé avant la publication de la vente ou dans un délai suivant les 10 jours de cette publication, il s'expose à devoir payer une seconde fois.

## 2) La surenchère du sixième

Dans les 20 jours suivant la publication au BODACC, un des créanciers peut demander la vente aux enchères du fonds (hors marchandises et matériel)

Si l'enchère la plus élevée n'est pas supérieure au prix de vente initial augmenté d'un sixième, le créancier à l'origine de la vente aux enchères acquiert le fonds ( coût: prix de vente + un sixième)

## Section 3 La location-gérance du fonds de commerce

Le propriétaire du fonds de commerce peut le gérer lui-même. Dans ce cas, il répond des pertes sur l'ensemble de son patrimoine ou sur le patrimoine affecté s'il a opté pour le statut d'EIRL (de même s'il passe un contrat avec un gérant mandataire ou s'il embauche un gérant salarié).

Le propriétaire peut aussi confier la gestion du fonds à un gérant qui sera commerçant , gèrera le commerce pour son propre compte et assumera les risques de l'entreprise. On sera alors dans un cas de location-gérance.

Avantages de la location-gérance:

- possible d'y avoir recours
  - lorsqu'un commerçant, personne physique, prend sa retraite.
  - en cas de décès d'un commerçant s'il ne laisse que des héritiers mineurs ou qui ne désirent pas continuer le commerce
  - en cas de redressement judiciaire

- le locataire-gérant n'a pas à financer l'acquisition d'une entreprise

- peut être utilisée pour mettre en place un réseau de distribution

## §1 La formation du contrat de location-gérance

### A/ Conditions de validité

#### 1) Conditions relatives au loueur du fonds

Le loueur, propriétaire, doit avoir exploité pendant au moins deux ans le fonds

exceptions: héritiers, conjoint attributaire du fonds, lorsque le fonds a pour objet principal d'assurer, sous contrat d'exclusivité, l'écoulement au détail des produits fabriqués ou distribués par le propriétaire (réseau de distributeurs exclusifs), le président du TGI peut supprimer ou réduire le délai lorsque le propriétaire justifie de son impossibilité d'exploiter le fonds personnellement ou par l'intermédiaire de préposés (ex: maladie)

Sanction: nullité absolue du contrat de location-gérance. Cependant, les contractants ne peuvent pas opposer cette nullité aux tiers.

## 2) Conditions relatives au locataire-gérant

Il est commerçant (ou artisan) et donc soumis aux obligations qui en découlent.

Capacité commerciale, ne pas être frappé d'interdiction, être inscrit au RCS

## 3) Conditions relatives à l'objet du contrat

ce doit être un fonds de commerce

Le fonds doit exister au moment de la conclusion du contrat, avoir une clientèle effective

## B/ Conditions de publicité

Sous forme d'extrait dans un journal d'annonces légales, dans les 15 jours suivant la conclusion du contrat.

Le locataire gérant doit s'inscrire au RCS en mentionnant le contrat ainsi que le nom et le domicile du loueur

Modification de l'inscription à la fin du contrat

Faute de publicité, la location gérance est inopposable aux tiers et le loueur est tenu solidairement avec le locataire gérant des dettes

## §2 Les effets

### A/ Entre les parties

loueur doit la garantie du fait personnel et ne doit pas faire concurrence au locataire gérant

le locataire gérant doit exploiter le fonds et en conserver la substance

Il doit également payer le loyer: partie fixe + partie variable proportionnelle au chiffre d'affaires

Le contrat est reconduit tacitement ou par accord des parties

Le locataire gérant n'a pas de droit au renouvellement et ne bénéficie pas d'une indemnité d'éviction car ce n'est pas un contrat de bail commercial.

### B/ A l'égard des tiers

créanciers du loueur

Peuvent demander au Président du T Com de prononcer la déchéance du terme s'ils estiment que la location gérance met en péril le recouvrement de leurs créances. Dès lors, les créances à terme deviendront immédiatement exigibles. Cette action doit être intentée dans les 3 mois qui suivent la publication de la location gérance dans le journal d'annonces légales

créanciers du locataire gérant

Le loueur est solidairement responsable des dettes avec le locataire gérant pendant la période qui précède la publication du contrat ainsi que pendant les 6 mois qui la suivent.

Dérogação au principe de l'effet relatif des contrats

Seules les dettes nécessaires à l'exploitation du fonds sont concernées et seuls les tiers de bonne foi peuvent invoquer cette solidarité.

A la fin du contrat de location gérance, les dettes nées de l'exploitation du fonds deviennent immédiatement et de plein droit exigibles.

#### Section 4 Les sûretés grevant le fonds de commerce

la sûreté réelle confère à un créancier un droit sur l'un des biens de son débiteur

S'il n'est pas payé, il peut faire vendre le bien et se faire payer sur le prix. Il passera avant les créanciers chirographaires (sans sûreté)

Comme le fonds de commerce est souvent le seul bien important du débiteur, il a fallu organiser une sûreté dont ce fonds constituera l'assiette.

On a transposé au fonds de commerce le mécanisme de l'hypothèque

#### §1 Les différentes sûretés pouvant grever le fonds de commerce

##### A/ Le privilège du vendeur du fonds de commerce

Utile lorsque le vendeur accorde un crédit à l'acquéreur.

Le vendeur conserve son privilège même en cas de règlement ou de liquidation judiciaire à condition:

- la vente a été constatée par écrit et comporte des prix distincts pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises

- le privilège doit être inscrit dans les 15 jours qui suivent la vente sur un registre spécial tenu au greffe du trib de commerce

Dès lors qu'il y a inscription, les effets du privilège rétroagissent au jour de la vente

##### B/ Nantissement conventionnel

Organisé comme une hypothèque

C'est l'inscription du nantissement qui le rend opposable aux tiers

##### 1) constitution du nantissement

doit être constaté par écrit

son assiette:

- éléments obligatoires

  - nom commercial; enseigne, droit au bail (sauf si donneur de nantissement est propriétaire des locaux)

- marchandises sont exclues car leur valeur n'est pas suffisamment stable (commerçant peut les vendre et ne pas reconstituer le stock)

les autres éléments du fonds de commerce peuvent être inclus dans le nantissement par accord exprès entre les parties. Ex: matériel et outillage, droits de propriété industrielle.  
Ils n'ont pas à être évalués séparément du fonds

## 2) Publicité du nantissement

Exigé à peine de nullité du nantissement  
dans les 15 jours suivant la constitution du nantissement  
acte déposé par le créancier nanti au greffe du trib de commerce sur un registre spécial  
pas de rétroactivité  
le rang des créanciers est déterminé par la date de leur inscription

## C/ Nantissement judiciaire

Ordonné par jugement afin de garantir un créancier que menace l'insolvabilité du débiteur  
Deux temps  
    inscription provisoire (avant le jugement)  
    inscription définitive (après)

## §2 L'efficacité des sûretés

relative fragilité  
le fonds peut perdre de sa valeur  
la vente du fonds aux enchères n'est pas intéressante

## A/ mesures de protection

### 1) Contre le déplacement du fonds de commerce

Le débiteur doit faire connaître son projet de déplacement géographique aux créanciers inscrits (titulaires de privilèges et de nantissements) au moins 15 jours avant sa réalisation effective  
Si les créanciers ne sont pas prévenus, leurs créances à terme deviennent immédiatement exigibles

Si les créanciers s'opposent au déplacement, le tribunal peut rendre les créances à terme exigibles s'il estime que le déplacement risque d'entraîner une perte de valeur du fonds.

Si les créanciers ne s'opposent pas au déplacement, ils doivent faire modifier leur inscription pour prendre en compte la nouvelle localisation du fonds

### 2) Protection contre la résiliation du bail

Si le bailleur veut demander la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers, il doit notifier sa décision à tous les créanciers inscrits.

Le jugement prononçant la résiliation ne peut intervenir avant un mois afin de permettre éventuellement aux créanciers de payer les loyers en retard à la place du débiteur afin qu'il puisse continuer à exploiter le fonds de commerce.

### 3) Protection contre le changement d'exploitation

Si le locataire envisage de changer d'activité, il doit adresser au bailleur une demande formelle de déspecialisation et notifier cette demande aux créanciers inscrits.  
ceux-ci peuvent alors demander des mesures pour sauvegarder leurs intérêts. Ex: demander des garanties supplémentaires.

## B/ Mise en œuvre de la sûreté

Le créancier bénéficie d'un droit de suite qui lui permet de saisir le bien entre les mains de tout acquéreur

Pour cela, il lui adresse une sommation de payer dans les 8 jours. Faute de quoi, il peut faire vendre le bien aux enchères publiques.

## Chap. 2 Le bail commercial

Contrat conclu entre le bailleur, propriétaire de l'immeuble, et le preneur, locataire, qui va exploiter un fonds de commerce dans les locaux loués.

### Section 1 Domaine d'application du statut des baux commerciaux

les dispositions des articles L 145-1 et suivants du Code com sont d'ordre public (on ne peut pas y déroger par contrat)

La jurisprudence a tendance à interpréter de manière restrictive les conditions légales d'application du statut.

#### §1 la nature des locaux

le bail commercial doit porter sur un immeuble bâti

Cet immeuble doit être propre à l'exercice d'une activité commerciale  
une construction légère, facilement démontable et mobile n'est pas un local commercial. Ex: un emplacement réservé à l'intérieur d'un supermarché n'est pas un local commercial; un emplacement publicitaire non plus.

Par contre, il n'est pas nécessaire que le local soit aménagé pour accueillir la clientèle. Ex: bureaux, ateliers, entrepôts, .... peuvent faire l'objet d'un bail commercial

Le statut s'applique également au bail des locaux accessoires : habitation de l'exploitant, garages,... Il suffit qu'ils soient nécessaires à l'exploitation.

en principe, un terrain nu ne peut faire l'objet d'un bail commercial

#### §2 Exploitation d'un fonds de commerce dans les lieux loués

##### A/ Existence du fonds de commerce

Le locataire doit être propriétaire d'un fonds de commerce (ce qui n'est pas le cas d'une société commerciale par la forme si son activité est d'ordre civil)

Le fonds de commerce doit avoir une clientèle réelle et autonome

ex: ce n'est pas le cas d'une buvette sur un champ de courses

qu'en est-il du fonds de commerce exploité dans des locaux situés dans un centre commercial ?

en principe, la clientèle n'est pas considérée comme autonome de celle du supermarché, mais la jurisprudence renverse la charge de la preuve: c'est au bailleur de prouver que les contraintes imposées au locataire par sa présence dans un ensemble plus vaste font obstacle à une exploitation commerciale effective.

Suite à un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation n'exige plus que la clientèle autonome soit prépondérante par rapport à celle du supermarché.

### B/ Qualité de commerçant du locataire

Il doit être immatriculé au RCS et exploiter lui-même le fonds de commerce

Les parties au contrat de bail, même si le statut de bail commercial ne leur est en principe pas applicable, peuvent l'adopter

### §3 La nature du contrat

Contraignante pour le bailleur

### Section 2 Droits et obligations des parties

Les dérogations par rapport au droit civil portent sur la durée du bail, le montant du loyer et l'utilisation des lieux

#### §1 La durée du bail

La durée est d'au moins 9 ans, mais le bailleur peut donner congé tous les 3 ans

Les clauses opposées aux 9 ans sont de nullité absolue. C'est un recul important de la liberté contractuelle par rapport à un ordre public de protection

La durée du bail peut être interrompue dans 3 cas:

- faute du locataire entraînant la résolution du bail
- restauration de l'immeuble
- accord des deux parties

le preneur peut également mettre fin au bail à l'expiration de chaque période triennale. Il doit alors un congé de 6 mois. Sa décision n'a pas à être motivée

Il peut également mettre fin au bail s'il prend sa retraite, et ce, à tout moment.

Il en est de même pour les ayant droit

#### §2 détermination du loyer

fixé du commun accord des parties cependant le montant n'est pas intangible pour toute la durée du bail.

### A/ Révision légale

#### 1) triennale

Elle doit être demandée par l'une des parties

On tient compte de la notion de valeur locative du bien

Des indices sont à respecter afin de plafonner le loyer. Un déplafonnement est possible si il y a modification de la valeur locative

#### 2) Révision au moment du renouvellement du bail

La commission départementale de conciliation peut intervenir.

### B/ Clause d'indexation

dite "clause d'échelle mobile"

L'indice doit être en relation directe avec l'activité d'une des parties ou avec le contrat de bail.

On doit tenir compte de la valeur locative du bien

Le loyer peut être fixé chaque année en fonction du chiffre d'affaires réalisé

### §3 droits et obligations relatifs à l'utilisation des locaux

#### A/ La déspécialisation

Le locataire doit respecter la destination des locaux si elle est prévue dans le contrat de bail.

Le locataire peut changer d'activité malgré l'opposition du bailleur

##### 1) types de déspécialisation

###### a) extension d'activité

ajout d'activités connexes ou complémentaires

le bailleur a deux mois pour donner sa réponse mais celle-ci ne peut que contester le caractère connexe de l'activité envisagée

ex: aujourd'hui, on considère que la vente de boissons non alcoolisées, quiches, croque-monsieur et pizzas entre dans la conception moderne d'une boulangerie pâtisserie

Le TGI tranche si il y a conflit entre les parties

Le bailleur pourra demander une augmentation du loyer lors de la prochaine révision triennale

###### b) transformation d'activité

Substitution ou adjonction d'une activité à celle d'origine

Assez peu utilisé

Si les parties sont en désaccord, le locataire doit faire notifier son projet au bailleur par acte d'huissier

Le bailleur a 3 mois pour répondre

en cas de refus, le TGI tranchera

en cas d'acceptation assortie d'une demande d'augmentation du loyer, le président du TGI procèdera à la révision

##### 2) incidence des règles relatives à la déspécialisation sur la clause de non concurrence

non concurrence du bailleur à l'égard du locataire et du locataire à l'égard des autres locataires du même bailleur

Les clauses ne peuvent faire obstacles au droit de déspécialisation du fonds

#### B/ Les charges

dites "normales": proviennent de l'exploitation du local (eux, gaz, électricité, ... et de l'entretien des parties communes comme les charges d'ascenseur, de poubelles, de canalisations,...

dites "exorbitantes": Impôt foncier, assurance de l'immeuble, grosses réparations

Depuis une loi de 2014, il est prévu que les charges exorbitantes doivent être payées par le bailleur.

## C/ Cession du bail et sous-location

### Cession de bail

Autorisée lorsqu'elle est l'accessoire d'une cession du fonds de commerce ou d'une mise en location gérance. Les clauses contraires sont nulles

Lorsque le locataire fait apport de son fonds de commerce à une société un droit au bail est inclus

Le locataire reste tenu du paiement des loyers à l'égard du bailleur à moins que celui-ci ait donné son accord à la cession

### Sous-location

Une clause du contrat de bail doit prévoir expressément la sous-location sinon c'est interdit par art. L. 145-31 C com.

Le locataire principal reste, en principe, seul tenu à l'égard du bailleur

## Section 3 Droits et obligation de parties à l'expiration du bail

souci de protéger le locataire commerçant

### §1 Situation des parties au terme du contrat de bail

1er cas: dans les 6 mois qui précèdent l'arrivée du terme, le locataire prend l'initiative de demander le renouvellement du bail au bailleur par acte extra-judiciaire

Le bailleur a 3 mois pour donner sa réponse, le silence vaut acceptation.

2ème cas: le bailleur prend l'initiative de donner congé (refuse le renouvellement ou entend renégocier les conditions du contrat)

Le congé doit être donné 6 mois avant la date d'expiration du bail. Il est délivré par acte extra-judiciaire et doit être motivé à peine de nullité.

Si le locataire conteste le congé ou demande l'indemnité d'éviction, il doit saisir le TGI dans les 2 ans qui suivent la date pour laquelle le congé a été donné.

3ème cas: aucune partie ne se manifeste. Il y a tacite reconduction du bail.

### §2 Renouvellement

peut se faire aux mêmes conditions ou à des conditions différentes/

S'il y a désaccord sur le loyer, le président du TGI le fixe mais si le bailleur le trouve insuffisant, il dispose d'une faculté de rétractation. Délai d'un mois à partir de la signification du nouveau loyer.

### §3 refus de renouvellement et indemnité d'éviction

#### A/ Exception : cas de reprise sans indemnité

1) le bailleur invoque une cause grave à l'encontre du locataire: inexécution de l'une de ses obligations comme le paiement du loyer ou la cessation de l'exploitation du fonds sans raison sérieuse et légitime

Le bailleur doit alors mettre en demeure le locataire par acte extra-judiciaire d'avoir à faire cesser "l'infraction". Si ce n'est pas le cas au bout d'un mois, le bailleur pourra reprendre les locaux

2) démolition de l'immeuble en raison de son caractère insalubre ou dangereux. Le locataire a alors la priorité pour louer un local dans l'immeuble reconstruit.

3) reprise des locaux d'habitation accessoires au bail pour le habiter lui-même ou les faire habiter par des membres de sa famille et condition que le bénéficiaire de la reprise ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux.

### **B/ Montant de l'indemnité d'éviction**

Si il y a désaccord, le TGI fixe l'indemnité qui est fonction de préjudice subi.

L'indemnité comprend notamment:

- la valeur marchande du fonds de commerce déterminée suivant les usages de la profession
- les frais normaux de déménagement et de réinstallation
- les frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf si le propriétaire prouve que le préjudice est moindre; 5ex: clientèle pas liée à l'emplacement de son exploitation)

Le préjudice résultant de la perte de clientèle est difficile à évaluer

Le propriétaire dispose d'un droit de repentir. S'il estime que l'indemnité est trop élevée, il peut revenir sur sa décision et accorder le renouvellement du bail. Il a pour cela un délai de 15 jours à compter du jour où la décision a acquis la force de la chose jugée mais encore faut-il que le locataire soit toujours dans le lieux.

Le locataire a le droit de rester dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité.