

Le droit commercial

Introduction

Section 1 : Définition

Le droit commercial est une branche du droit privé qui régit les opérations passées par les commerçants et dans l'exercice de leur activité.

Commerçant au sens large : considérer les industriels, les activités financières (banques, bourse) et commerçants au sens juridique.

Cette définition ne correspond plus à la réalité. Dans la pratique, on parle plutôt de droit des affaires que de droit commercial car les règles ne s'appliquent pas qu'aux commerçants (le droit du chèque fait parti du droit privé – la lettre de change du droit commercial).

Section 2 : Les tribunaux de commerce (ou juridiction consulaire)

Tribunaux d'exceptions qui interviennent en première instance (premier degré) dans les matières commerciales.

C'est un tribunal compétant que pour les matières qu'un texte de loi attribue expressément.

1) L'organisation du tribunal de commerce

Juridiction composée de juges qui ne sont pas des magistrats de profession. Ce sont des juges élus.

A) Les juges

Elus au suffrage indirect à 2 degrés = les électeurs élisent des délégués consulaires qui éliront les juges.

1) Elections des délégués consulaires : élus pour 5 ans par les électeurs :

- Les personnes physiques inscrites au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS)
- Leur conjoint s'ils ont déclarés qu'ils collaboraient à l'activité de leur époux
- Les sociétés commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC)
- Les cadres employés par les catégories précédentes. Uniquement ceux qui réalisent des fonctions de direction.
- Les membres en exercice et les anciens membres des tribunaux de commerce qui ont demandé à être inscrit sur la liste électorale

2) Election au 2nd degré = élection des juges, élus par :

- Les délégués consulaires
- Les membres en exercice et les anciens membres des tribunaux de commerce

Pour être élu juge :

- être âgé de 30 ans au moins
- être inscrit au RCS depuis au moins 5 ans

Les élections ont lieu tous les ans. Les juges sont élus pour 2 ans lors de leur 1^{ere} élection et 4 ans ensuite. Ils sont rééligibles mais après 4 mandats (14 ans) successifs, ils ne le sont plus pendant 1 an.

Le président du tribunal est élu par les juges et parmi eux. Il doit avoir exercé les fonctions de juge pendant 6 ans minimum. Sauf exception, il n'y a pas de compétition électorale car la fonction de juge est prenante et gratuite, il n'y a donc pas beaucoup de candidats.

B) Les auxiliaires de la justice commerciale

1) Ceux qui vont aider les juges (les auxiliaires du juge)

-les greffiers : secrétariat. Ils vont délivrer copie des jugements. Ils sont chargés d'obtenir un certain nombre de registres dont celui du RCS. Toutes les sociétés doivent être enregistrées dans ce registre, on peut donc avoir des renseignements sur ces sociétés. Autre registre : celui des nantissements.

-Les arbitres experts : chargés d'étudier un dossier et de remettre un rapport au tribunal

-Les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires : interviennent pour les procédures qui visent les entreprises en difficultés.

2 catégories de procédures :

- celle de **sauvegarde** et de **redressement judiciaire** pour les entreprises en difficulté. L'administrateur judiciaire va faire un plan de redressement pour sauver l'entreprise en difficulté. Le tribunal acceptera ou non selon que le projet tient le coup.
- celle de **liquidation judiciaire** lorsqu'on ne peut plus sauver l'entreprise. Le mandataire judiciaire intervient pour vendre ce qu'il y a à vendre dans l'entreprise pour essayer de payer les dettes.

2) Les auxiliaires du justiciable (vont aider le plaideur) : les parties en litige ne sont pas obligées d'avoir un avocat (à l'inverse du TGI), le plaideur peut donc se défendre seul. Mais la plupart du temps, le plaideur se fait représenter. Il peut le faire par toute personne de son choix (le plus souvent un avocat).

II) La compétence du tribunal de commerce

Il s'agit de l'aptitude à juger d'une affaire.

2 problèmes de compétence :

A) **Compétence d'attribution** (quel type de tribunal est compétent ?)

➤ **litiges entre commerçants** (lorsqu'ils se rattachent à leur activité commerciale) rmq : le litige peut naître à l'occasion d'un contrat entre deux commerçants, mais il peut naître aussi en dehors de tout contrat à la suite d'un délit (manœuvre de concurrence déloyale d'un commerçant envers un autre)

➤ **litiges relatifs aux lettres de change** entre toutes personnes

➤ **litiges qui surgissent entre les associés d'une société commerciale**

➤ **procédure visant les entreprises en difficulté** : uniquement quand l'entreprise en difficulté est pour les personnes physiques, un commerçant ou un artisan et pour les personnes morales, une société commerciale.

Pour un agriculteur, une profession libérale, une société civile, un groupement à but non lucratif : relève du TGI.

➤ **Les demandes en paiement d'un billet à ordre** s'il comporte la signature d'au moins un commerçant.

➤ **Les actes mixtes** : acte dont la nature est différente pour chacune des parties à l'acte.

Le tribunal compétent : chercher qui est demandeur (celui qui intente le procès) et qui est défendeur

i. Si le procès est intenté par le commerçant (le défendeur est le particulier) : tribunal civil

ii. Si le procès est intenté par le non commerçant, l'attaquant a le choix entre porter son action devant le tribunal civil ou le tribunal de commerce (le plus souvent, le tribunal civil est choisi)

Les voies de recours qui s'offrent au plaideur : possibilité de recours devant la Cour d'Appel puis en Cassation. Le tribunal de Commerce peut juger en 1^{er} et dernier ressort (pas possibilité de faire appel) lorsque la demande ne dépasse pas 3800€.

B) **la compétence territoriale** (tribunal de quelle ville ?)

1) **Règles légales** prévues par le Code de procédure Civil

Règle de droit commun : règle de base, valable pour n'importe quel type de procès

• Prévient que la juridiction compétente au point de vue territoriale est celle du lieu où demeure le défendeur.

• Si le procès apparaît en matière contractuelle (naît à l'occasion d'un contrat), le défendeur peut s'il préfère saisir le tribunal du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service.

Règles spécifiques :

• **Litige entre associés à l'intérieur d'une société commerciale** : le tribunal compétent est celui du lieu du siège de la société.

• **Procédures visant les entreprises en difficulté** : le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur (celui en difficulté) a le siège de son entreprise.

2) Les clauses d'attribution territoriales de compétence

Clauses d'un contrat dans lesquelles les parties au contrat décident de donner compétence au tribunal d'une ville nommée dans le contrat.

Les clauses ne sont pas toujours valables : le Code de procédure Civile déclare cette clause non écrite, à moins que 2 conditions soient remplies :

- la clause doit être convenue entre des personnes qui ont toutes contractées en qualité de commerçants.
- La clause doit être spécifiée de manière très apparente et surtout dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.

Chapitre I : Commerçants et fonds de commerce

Section 1 : Les actes de commerce

Le commerçant est celui qui va effectuer des actes de commerce. Il a un statut propre et sont dans l'obligation de respecter certains engagements.

1. Actes de commerce par la forme

C'est la forme utilisée par l'acte qui lui donne le caractère commercial.

-La lettre de change (traite) : écrit par lequel une personne (le tireur) donne l'ordre à une autre personne (le tiré) de payer une somme déterminée à l'ordre d'une 3^e personne (le bénéficiaire).

Acte de commerce entre toutes les personnes quelque soit la raison et les personnes qui signent la lettre. Tous les procès relèveront du tribunal de commerce, et on appliquera en cas de litiges **les règles de droit cambiaire**.

-Les sociétés commerciales par la forme : 6 formes de sociétés qui sont toujours considérées de forme commerciale même si leur activité n'est pas commerciale

- Société Anonyme (SA)
- Société par Action Simplifiée (SAS)
- Société A Responsabilités Limitées (SARL)
- Société à Nom Collectif (SNC)
- Société en commandite simple
- Société en commandite par actions

2. Actes de commerce par la nature

-Les achats de biens meubles pour les revendre

-Les achats de biens immeubles (sol + fondations) en vue de les revendre sauf si l'acquéreur a agit en vue d'édifier 1 ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux (activité civile)

-Opérations sur argent et crédit (opérations de change et de banque) : Toutes les banques font des activités de commerce sauf les établissements mutualistes qui sont des sociétés civiles (Crédit Mutuel...)

-Opérations de courtage : opération pour laquelle une personne (le courtier) rapproche 2 personnes en vue de las amener à conclure un contrat (courtier en marchandises en assurance en maritime et financier ainsi que les agences immobilières) SAUF les notaires qui ne sont pas des commerçants car ils ne font du courtage qu'à titre accessoires

-Entreprises de location de meubles (location de véhicules, de ski...)

-Entreprises de manufacture (les industries)

-Entreprises de transport: quelque soit le mode de transport et les personnes transportées sauf les Taxis (artisan)

-Entreprises de fournitures

- Celles qui assurent les **livraisons de marchandises** qu'elles se procurent au fur et à mesure des commandes qui leur sont faites.
- Celles **de fournitures de services**. On leur demande de fournir du personnel (entreprises de travail temporaire)

-Entreprises de commission: entreprise qui s'entremettent entre un vendeur et un acheteur en vue de favoriser la conclusion d'un contrat de vente (agent de change, société de bourse)

-Entreprises d'agence et bureau d'affaire: se chargent des affaires d'autrui en vertu d'un contrat de mandat (cabinet de contentieux, entreprise d'assurance)

3. Actes de commerce par accessoire

Actes qui par leur nature sont civils mais deviennent commerciaux parce qu'ils sont faits par un commerçant **à l'occasion de son commerce**.

Exemple: commerce d'alimentation. Se fournit au mine de légumes et de fruits: activité commerciale par la nature

Se fournit un véhicule pour s'en servir (acte civil) mais pas pour le revendre: acte de commerce par accessoire car acheter par le commerçant à l'occasion de son commerce

- S'applique dans le domaine des contrats passés à l'occasion de son commerce.
- S'applique en dehors des contrats, c'est-à-dire à toutes les obligations qui peuvent peser sur un commerçant.
- S'applique aux délits qui peuvent être commis par le commerçant dans le cadre de son commerce: acte volontaire qui peut causer à autrui des dommages: tribunal de commerce.

Exceptions: les actions en justice pour contre façon de brevet d'invention ou contre façon de marque de fabrication: TGI.

- S'applique aux quasi-délits: acte involontaire qui va causer à quelqu'un un dommage (ex: accidents)

Exception: hypothèse d'un accident causé par un véhicule (TGI)

Section 2: Les actes civils et actes mixtes

I) les activités civiles

Toutes celles n'étant pas commerciales.

A) L'agriculture

Toutes les activités correspondantes à la maîtrise et à l'exploitation d'un site biologique de caractère végétal ou animal ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation.

- Peu importe le degré d'industrialisation
- production sol ou hors sol (ex : élevage industriel)
- Peu importe qu'il y ait transformation ou non
- Peu importe le mode de vente
- L'exploitation touristique (campings, gîtes.)

B) Les activités libérales

Les activités de type libéral : activité qui consiste en la fourniture d'un travail intellectuel par une personne à qui celui qui demande le service fait une grande confiance

- activités juridiques (avocats, avoués de Cour d'Appel, officiers ministériels, notaires, huissiers...)
- activités d'expert comptable, commissaires aux comptes
- activités médicales (dentistes, médecins SAUF les pharmaciens...)
- activités d'enseignement (à leur compte)
- architecte

C) l'artisanat

L'artisan est celui qui accomplit à son compte un travail manuel. Il faut répondre à 3 conditions :

- vivre essentiellement du produit de son travail manuel : l'artisan accomplit un travail manuel et emploie peu de personnel
- l'artisan ne doit pas spéculer (compter sur quelque chose pour en tirer un avantage) sur les matières premières qu'il emploie
- il ne doit pas spéculer sur le travail de machines trop nombreuses, trop perfectionnées.

Dans un certain nombre de cas, l'application de ces critères relève d'un problème d'appréciation laissé aux juridictions intérieures.

II) Les actes mixtes

Actes qui ont un caractère civil du côté du consommateur ou acte commercial du côté du commerçant

A) cas des solutions dualistes

➤ Compétence du tribunal

-le commerçant attaque le non commerçant : il doit le faire devant la juridiction civile

-inverse : le demandeur non commerçant à le choix entre juridiction civile ou commerciale.

➤ La preuve

-En matière civile : il faut pouvoir présenter un écrit au-delà de 1500€ (en dessous, n'importe quel type de preuve)

-En matière commerciale : la preuve des contrats est libre (témoignages, écrits...)

-En matière d'actes mixtes :

▪ **Un non commerçant assigne devant le tribunal un commerçant**, le non commerçant peut utiliser n'importe quel type de procédé de preuve, quel que soit le tribunal choisi

▪ **Un commerçant attaque un non commerçant**, il doit faire la preuve par écrit (pour tout contrats qui dépasse 1500€)

➤ la présomption de solidarité : pas de solidarité passive

Supposons que 2 personnes on ensemble une dette vis à vis d'un créancier. (1 créancier, 2 débiteurs).

S'il y a solidarité entre les débiteurs : le créancier peut réclamer à un des 2 la totalité de la somme. Sinon il ne peut réclamer à chacun que sa part.

-**dans le domaine commercial** : la solidarité est présumée, il n'y pas besoin de la prévoir dans l'acte.

-**domaine civil** : solidarité si elle est stipulée dans l'acte.

-**acte mixte** :

▪ 2 commerçant ont une dette envers 1 non commerçant : ils sont présumés solidaires vis à vis de leur créancier civil.

▪ 2 non commerçant ont une dette ensemble vis à vis d'un non commerçant : la solidarité n'est pas présumée, ils ne sont solidaires que si la solidarité est prévue dans l'acte.

B) Cas des solutions unitaires (la solution retenue est la même pour les 2 parties)

➤ **La prescription extinctive** : mode d'extinction d'une obligation dû à l'inaction du créancier.

-**en matière civile**, la prescription de droit commun est de 30 ans, au-delà le créancier ne peut plus rien réclamer.

-**en matière commerciale**, la prescription de droit commun est de 10 ans.

-**actes mixtes**, prescription de 10 ans quelque soit le créancier ou le débiteur.

➤ **La clause compromissoire** :

Clause d'un contrat qui prévoit qu'en cas de litige à l'occasion de ce contrat, on s'en remettra obligatoirement à l'arbitrage.

L'arbitrage consiste à faire trancher le litige par des juges privés (des particuliers).

Ce genre de clause est valable uniquement dans les contrats conclu à raison d'une activité professionnelle.

Section3 : Les commerçants

Sont commerçants ceux qui exerce des actes de commerce et en font leur profession habituelles. Il faut que la personne agisse en son propre nom.

•conditions à remplir simultanément

Faire uniquement des actes de commerce par la nature

En faire sa profession habituelle Activité régulière, continue, mais pas forcément l'activité unique.

Agir en son propre nom, à son propre compte

Conséquence : certains auxiliaire qui ont un commerce ne sont pas considéré comme commerçant car ils sont dépendants d'une autre personne ou d'une entreprise (ex : les salariés, les VRP...)

1)Les associés des sociétés sont-ils commerçants ?

Distinguer le type de société :

-**Société en Nom Collective (SNC)**, les associés sont responsables des dettes de la société sur leur gains personnels, ceci indéfiniment (sans limite de somme) et

solidairement (si un associé ne peut payer sa part de dette, ce sont les autres qui payeront la dette). La loi leur attribue le **statut de commerçant**.

-Société Anonyme

-Société A Responsabilités Limités

-Société Anonyme Simplifiée

Les associés ne sont pas responsables des dettes, ils ne sont donc **pas commerçants**.

-Société en commandite simple :

-Société en commandite par action

types d'associés :

•**Les commandités**, sont responsables des dettes de l'entreprise sur leur biens propres, ils sont donc **commerçants**.

•**Les commanditaires** ne sont pas responsables des dettes, donc **pas commerçants**.

2) Les dirigeants des sociétés

Ex : gérant de SARL : le gérant n'agit pas en son nom propre, il agit au nom de la société donc les 3 conditions ne sont pas réunies.

Quelque soit la forme de société, un dirigeant n'est pas un commerçant car même s'il fait des actes de commerce, il n'agit pas en son nom mais pour le compte de l'entreprise.

3) Le cas des personnes morales du droit privé

Elles sont commerciales si leur activité porte un nom (l'objet social) et consiste à accomplir des actes de commerce.

Les groupements d'intérêt économique (GIE) sont : - civile si son activité est civile
- commerciale si activité commerciale

Certaines sociétés SNC, SA, SARL, SAS, SCS, SCA sont toujours considérés comme commerciales même si elles ont une activité de type civile.

• La condition juridique du commerçant

Principe de la liberté du commerçant et de l'industrie = toute personne a le droit d'exercer une activité.

Limites : 2 interdictions qui répondent à 2 soucis :

-protéger le public

-protéger la personne même qui veut monter son commerce.

a. Les déchéances, les incompatibilités, les interdictions et limitations

➤ Les déchéances

Certaines personnes sont déchues de la possibilité de monter un commerce du fait de condamnation dont elles ont fait l'objet.

Le but du législateur : écarter les personnes du fait de leur incapacité à gérer un commerce. .

▪ Déchéances résultants de condamnation pénale

-personnes condamnées à une peine d'emprisonnement sans sursis pour des faits qualifiés de crimes par la loi

-personnes condamnées à une peine de 3 mois minimum d'emprisonnement sans sursis pour certains délits (délits d'ordre pécuniaire, délits d'ordre morale (ex : proxénétisme))

-les officiers ministériels qui ont été destitués

Les effets de ces déchéances :

-interdit pour ces personnes d'exercer le commerce soit directement ou par personne interposée.

-interdit d'être dirigeant de société.

La durée de ces interdictions est fixée par le tribunal, sinon c'est à vie. Cependant il y a possibilité de demander au tribunal une réhabilitation.

-pour celui qui dépasse outre l'interdiction : 2 ans de prison + amende de 375000€ (ou une seule de ces 2 peines)

-en cas de récidive : la peine peut être portée à plus de 5 ans et possibilité de confiscation du fonds de commerce.

▪ Déchéances résultants de la législation des procédures collectives

Il s'agit des personnes qui ont fait l'objet de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Le tribunal qui a ouvert la procédure peut infliger au débiteur soit la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer.

Durée de l'interdiction toujours fixée par le tribunal.

Celui qui dépasse outre l'interdiction, 2 ans de prison + amende de 375 000€ (ou une seule des 2 peines).

▪ A l'occasion d'une condamnation pour un délit fiscal ou douanier

Le tribunal correctionnel peut prononcer l'interdiction de monter un commerce au maximum pendant 3 ans.

➤ Les incompatibilités

Interdiction faite à une personne d'exercer le commerce en raison de son appartenance à une autre profession.

2 catégories d'incompatibilités :

- vise les membres de la fonction publique pour assurer l'indépendance de cette fonction.
- Les professions libérales

Les sanctions encourues sont uniquement d'ordre professionnel tel qu'un blâme, une suspension voir radier. Cependant, les actes commerciaux sont considérés valables.

➤ Les interdictions

Certains commerces sont interdits aux particuliers pour des raisons de :

- santé publique (vente de stupéfiants...)
- moralité publique

Loteries, jeux de hasard, casinos réservés aux entreprises ayant une autorisation de l'Etat.

➤ Limitations diverses

Certains commerces ne peuvent pas être ouverts sans une autorisation administrative (grande surface, pharmacies...).

Certains commerces nécessitent la détention d'un diplôme (opticiens, pharmaciens...).

Certains commerces nécessitent la détention d'une licence = autorisation donnée par les pouvoirs publics (ex : agence de voyage)

b.Cas particulier des étrangers

Un étranger, pour être commerçant doit obtenir de la préfecture une autorisation.

Autorisation accordée aux étrangers dotés de la capacité de tenir un commerce selon la loi française et qui présentent des garanties de valeur morale et professionnelle.

Exceptions : certains **étrangers sont dispensés d'autorisation** :

- les ressortissants d'un Etat membre de la communauté européenne.
- les ressortissants d'un Etat qui a signé l'accord sur l'espace économique européen
- les ressortissants d'un Etat membre de l'OCDE.
- ceux qui sont titulaires de la carte de résident** quelque soit leur nationalité

c. Les incapacités d'exercice

➤ Le mineur émancipé

L'émancipation d'un mineur peut résulter du mariage, sinon un mineur peut être émancipé à partir de 16 ans sous décision du juge.

Un mineur émancipé peut faire à peu près tous les actes de la vie civile (comme un majeur). Au niveau commercial, un mineur **même émancipé ne peut pas être commerçant**.

➤ Les incapables majeurs

Personnes n'ayant pas la capacité de faire des actes de commerce. Du fait de leur santé mentale ou physique, ils n'ont pas la pleine capacité juridique.

-Le majeur en tutelle :

Mis en tutelle par décision de justice par une altération mentale grave. Pourvu d'un tuteur, le majeur ne peut pas agir personnellement en son nom. Celui qui agit à sa place : le tuteur, il le représente.

Un majeur en tutelle **ne peut pas être commerçant**. Il ne peut pas l'être non plus par l'intermédiaire de son tuteur (qui ferait les actes de commerce à sa place)

-Le majeur en curatelle

Prise par une décision de justice. Il est pourvu d'un curateur qui assiste le majeur : quand le majeur veut prendre une décision il doit demander l'accord au curateur pour faire des actes.

L'exercice d'un **commerce est interdit** au majeur en curatelle (il aurait besoin en permanence du curateur pour toutes les autorisations possibles).

-Le majeur en sauvegarde de justice

Régime le plus léger. Ce n'est pas une véritable incapacité mais un régime de protection. La décision résulte du procureur de la république.

Le majeur conserve la possibilité d'agir lui-même, tout seul sans être assisté. Un majeur en sauvegarde de justice **peut être commerçant**.

La protection : les actes qu'il accomplit peuvent ensuite être annulés par le tribunal s'il apparaît que le majeur n'était pas sain d'esprit au moment où il a passé les actes. Il faudra démontrer qu'il y a des actes de lésions par exemple si la marchandise a été vendue moins chère que son prix.

Chapitre II : L'obligation de l'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS)

Section 1 :L'intérêt et l'organisation du RCS

I)L'intérêt du RCS

- Le RCS est un moyen d'assurer la pub de certaines caractéristiques du commerçant ou de la société commerciale. Moyens pour les tiers d'obtenir des renseignements sur cette société (nom, régime des dirigeants, noms des associés)
- Moyen pour bénéficier de certaines données d'enquêtes, d'études, de stat.
- Certaines conséquences juridiques vont découler de l'inscription (immatriculation) au RCS ou de la non inscription. Sans inscription la société n'existe pas juridiquement. Inscription = naissance de la personne morale
- L'inscription au RCS est un moyen de vérifier si les conditions légales sont respectées (par le greffier)

II)L'organisation

➤Le registre local

Tenu par le greffier du tribunal de commerce qui vérifie la régularité du dossier, sous la surveillance du président du tribunal ou d'un juge soumis à cette surveillance.

Le greffier transmet au commerçant ou à la société son numéro d'immatriculation :
RCS+ ville où siège le commerçant inscrit +**1 lettre** -+n° d'identifiant attribué par l'INSEE.

4 lettres possibles : A / commerçant individuelle – personne physique
 B / société commerciale
 C / groupement d'intérêt économique (GIE)
 D / sociétés civiles

➤Registre national du commerce

Tenu par l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle). Il comporte un double de tous les dossiers déposés dans chacun des greffes.

L'intérêt : permet de centraliser dans un endroit les documents.

Section2 : Les modalités de l'inscription

I) Les exigences du législateur

A) Les personnes tenues à l'immatriculation (inscription) au RCS

-les personnes physiques qui ont la qualité de commerçant :

Les commerçants individuels

Les associés de certaines sociétés quand le fait d'être associés leur attribue la qualité de commerçants (associés de SNC et les commandités des sociétés en commandite)

-les sociétés aussi bien civiles que commerciales (SCI)

-les Groupements d'Intérêt Economiques (GIE). Groupement hybride entre société et association

-les Etablissements Publics à caractère Industriel et Commercial (EPIC)

B) Les délais d'inscription

•Hypothèse : les personnes physiques commerçantes doivent demander leur immatriculation dans un délai de 15 jours à partir du début de leur activité commerciale (elles peuvent le faire avant). Elles doivent fournir les renseignements nécessaires.

•Hypothèse : pour les sociétés et les GIE aucun délai n'est prévu pour l'inscription car la société n'existe qu'à partir du moment où elle est immatriculée.

- en cas d'ouverture d'une succursale, il faut prendre une immatriculation secondaire, prise dans un délai de 1 mois.

- si un changement intervient dans la situation d'une personne, ce changement doit être signalé au RCS dans un délai de 1 mois.

- de même pour la cessation d'activité.

II) Les formalités de l'inscription

La demande d'immatriculation n'est pas déposée directement au greffe du tribunal. Elle doit être déposée au Centre de Formalité des Entreprises (CFE) : organisme de relais, qui renvoie le dossier au greffier

Ensuite le greffier vérifie la régularité du dossier et accorde ou non l'immatriculation.

La personne qui se voit refuser son immatriculation peut contester ce refus en s'adressant au juge.

Section 3 : Les conséquences de l'inscription au RCS

Quand il s'agit d'une personne physique, son inscription au RCS fait présumer qu'elle a la qualité de commerçant.

A l'égard des sociétés, l'inscription confère à la société la personnalité morale, la société existe juridiquement.

Sanctions en cas de non inscription : (pour les personnes physiques)

Si un commerçant n'a pas demandé son immatriculation dans le délai légal, le juge commis à la surveillance envoie une ordonnance lui demandant de s'inscrire.

Si après 15 jours le commerçant n'est toujours pas inscrit, il est passible d'une amende de 3750 €.

La personne qui aurait dû s'immatriculer et qui ne l'a pas fait ne peut pas se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des tiers.

Par contre elle est tenue quand même aux obligations attachées à la qualité de commerçant.

Ensemble des éléments corporels (que l'on peut toucher) et d'éléments incorporels appartenant à un commerçant et qui constituent une entité juridique distincte des éléments qui le composent.

Chapitre I : Les éléments du fond de commerce

Section 1 : Les éléments incorporels

I) La clientèle et l'achalandage

La clientèle : aptitude du commerçant à regrouper un certain nombre de clients.

L'achalandage : une forme, une partie de la clientèle qui tient plus à la situation du fonds qu'à la personne même du commerçant.

A) Protection de la clientèle

La clientèle est protégée par la loi et la jurisprudence. La concurrence est légale mais elle ne doit pas être faite de manière illicite avec des **procédés déloyaux (= concurrence déloyale)** tels que :

- tout ce qui concerne le dénigrement du concurrent ou de son produit
- le détournement des fichiers clients
- la désorganisation de l'entreprise concurrente par un débauchage massif de son personnel

II) Le nom commercial et l'enseigne

Le nom commercial est la dénomination sous laquelle est connu et exploité un fonds de commerce (nom patronymique du commerçant, un pseudonyme, une appellation de fantaisie...). Le nom commercial est très important pour le commerce car il sert à l'identifier, le différencier, et à relier la clientèle. C'est la raison pour laquelle le nom peut être vendu avec le commerce.

Ce nom peut être apposé sur le local pour être identifié, on parle donc d'enseigne.

➤ Protection du nom commercial

Protégé par la loi et la jurisprudence : il peut être défendu en justice par le commerçant en cas d'usurpation ou d'imitation par un autre commerçant.

Le fait d'avoir le même nom patronymique qu'un commerçant, ne peut pas nous donner le droit de l'utiliser pour nommer notre commerce. Il faut un élément distinctif (par expl. ajouter un prénom mais ca peut ne pas passer).

III) Les droits de propriétés industrielles et commerciales

Droits donnant à leur titulaire un monopole.

A) Les brevets d'invention

Titres qui confèrent à celui qui a créé un produit nouveau ou un procédé de fabrication nouveau, un droit exclusif d'exploitation pendant une durée de 20 ans. Au delà le brevet est épuisé et tombe dans le domaine public (expl. médicaments génériques). Ces titres sont délivrés soit par l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI) ou par l'Office Européen des Brevets.

Le titulaire est le seul à pouvoir exploiter le brevet, mais il peut aussi le vendre, l'apporter à une société ou il peut autoriser quelqu'un à exploiter moyennant une redevance (= fabrication de jouissance)

1) Protection

Le titulaire du brevet peut intenter une action en justice (action en contre façon) pour celui qui utilise le brevet sans autorisation (le contre facteur).

2) Les risques encourus

- poursuite pénal : devant le tribunal correctionnel. 2 ans de prison + 150 000€ d'amende.
- poursuite civil : dommages intérêts et destruction des objets contre faits.

B) Les marques de fabrique

Ce sont tous les signes matériels qui servent à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux des concurrents :

- le nom apposé sur le produit
- la marque, peut être un emblème, un dessin (le logo)
- la forme même du produit, son conditionnement, la forme de l'emballage
- une musique (jungle)

1. Protection

Ces marques pour être protégées peuvent être enregistrées à l'INPI. Cette protection est valable 10 ans. Renouvelable indéfiniment.

Le titulaire de la marque est le seul à pouvoir l'utiliser, sinon il peut intenter une action en justice pour contre façon de marque ou imitation frauduleuse de la marque.

La protection vise :

- le cas de la similitude totale (même nom, même logo...)
- les grandes ressemblances qui provoquent une confusion pour le public. La ressemblance peut être visuelle (même forme, même couleur...), phonétique ou bien un rapprochement purement intellectuel.

La protection est limitée par le principe de spécialité : elle est limitée aux même type de produits (on peut avoir 2 marques de produits identiques si les produits ne sont pas industriellement identiques. expl. la marque Mont Blanc pour les stylos et les desserts).

Cependant ce principe de spécialité est écarté lorsqu'il s'agit d'une marque de très grande notoriété.

2) Les sanctions encourues

➤ pénales : 2 ans de prisons et amende de 150 000€.

➤ civiles : ressort du TGI (le législateur en a décidé ainsi). La victime va invoquer une perte de marché. Elle peut aussi faire valoir une atteinte à son image. Elle peut demander des dommages et intérêts, la suppression de la marque imitatrice et la publication de la condamnation dans la presse.

C) Les dessins et modèles

La législation permet de protéger les créations de l'industrie lorsqu'elles présentent une originalité de forme ou de décoration.

Pour qu'il y ait protection, il faut faire l'objet d'une demande d'enregistrement à l'INPI.

L'enregistrement confère un droit de propriété sur le modèle pour 5 ans. Période qui peut être prolongée par durée de 5 ans à chaque fois mais pas + de 25 ans.

➤ Protection

➤ Pénale (si le contrefacteur a agit sciemment) 2 ans de prison + 150 000€ d'amende. Le tribunal peut ordonner la fermeture de l'établissement ayant servi à la contre façon.

➤ civile : la victime demande dommages intérêt, suppression des modèles et objet contrefaits et publication dans la presse.

IV) Le droit au bail

Droit du locataire commerçant à l'égard du propriétaire de l'immeuble où le commerçant exploite son fonds.

Ce droit n'existe que si le commerçant n'est pas en même temps propriétaire des locaux (il ne peut pas se faire un bail à lui-même).

Ce droit au bail a pour le commerçant une importance considérable : la clientèle est largement attachée à l'endroit où se trouve le fonds de commerce.

Les règles :

- la durée minimum d'un bail commerçant, 9 ans.
- le locataire commerçant bénéficie à l'expiration du bail à un droit de renouvellement ou à défaut de renouvellement, une très forte indemnité.
- le locataire peut céder son bail à la personne qui lui rachète son fonds de commerce.

Section2 : les éléments corporels

I)Le matériel et l'outillage

Tous les biens corporels qui servent à l'exploitation du fonds. Ces biens peuvent avoir des valeurs importantes.

II)Les marchandises

Tous les objets mobiliers destinés à être vendus sans ou avec transformation. (Les stocks)

Si le commerçant est propriétaire des immeubles, ils ne font jamais partis du fonds de commerce.

Chapitre II : Les opérations juridiques

Section1 : les nantissements

LES NANTISSEMENTS du fond de commerce : Il s'agit de donner en gage un fond de commerce. Le locataire peut louer le fonds de commerce = location gérance. Le commerçant qui a besoin d'un crédit peut donner son fonds en gage.

2sortes de nantissements (selon la façon dont naît le nantissement)

I)Le nantissement amiable

Il naît à la suite d'un accord entre le débiteur et le garanti.

A)L'établissement du nantissement

Il doit donner lieu d'abord à un acte écrit qui peut être authentique (acte notarié) ou acte sein privé (signature).

Ensuite, inscription du nantissement dans les 15 jours qui suivent sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce.

C'est la date de cette inscription qui détermine le rang du créancier nanti.

B)La portée du nantissement

Tous les éléments qui composent le fonds de commerce ne sont pas compris dans le nantissement. 3 catégories :

➤ certains éléments en font obligatoirement partie

- la clientèle
- le nom commercial et l'enseigne
- le droit au bail

➤ certains éléments peuvent faire partis du nantissement mais seulement en vertu expresse de l'acte du nantissement (écrit dans l'acte)

- les droits de propriété industrielle
- le matériel et l'outillage

➤ ne fait jamais parti du nantissement : les marchandises (elles ne font pas parties de nos garanties)

C)Les effets du nantissement

Le débiteur conserve le droit de l'administrer et même éventuellement de le vendre.

Il doit également maintenir le fond en activité et ne pas en diminuer la valeur.

Le créancier bénéficie du droit de préférence et du droit de suite.

1)Le droit de préférence

Le droit pour le créancier nanti d'être payer avant les créanciers chirographaires (ceux qui n'ont pas de garanties) sur le prix de vente éventuelle du fond.

S'il ya plusieurs créanciers inscrits, ils sont payer dans l'ordre d'inscription.

Exemple : vente du fond de commerce = 90 000 euros
- éléments incorporels = 55 000
- matériels et outillages (inclus dans le contrat) = 5000
- marchandises = 30 000

	Remboursements :
A Créancier Nanti = 70 000	60 000
B créancier chirographaire = 30 000	
C créancier chirographaire = 20 000	

A la fin du nantissement, le créancier Nanti devient chirographaire. Ils sont remboursés suivant le système d'OMAR LE FRANC. Il reste 30 000 euros pour rembourser 60 000 euros de dettes, donc $30\,000/60\,000 = \frac{1}{2}$ (on rembourse donc 50 % des dettes de tout le monde)

	Remboursement :
A = 10 000	5000
B = 30 000	15 000
C = 20 000	10 000

2)Le droit de suite

Droit pour le créancier nanti de faire vendre le fond s'il n'est pas payé de sa créance, même si le fond n'est plus le propriétaire du débiteur.

L'acquéreur du fond de commerce doit respecter un certain nombre de précautions :

- il doit se renseigner au greffe du tribunal sur l'existence éventuelle d'un nantissement
- il fera l'offre du prix au créancier nanti : si le créancier est satisfait, il effacera le nantissement, si le créancier n'est pas satisfait il peut faire une surenchère de 1/10 sur le prix de vente des éléments incorporels.

Le fond est alors mis en ventes aux enchères avec comme mise à prix, le prix initial + 1/10
C'est celui qui fait la plus forte enchère qui est déclaré acquéreur. Si personne ne se porte acquéreur, le local appartiendra aux créanciers. Le nantissement est donc effacé.

II)Le nantissement judiciaire

Il peut être pris sans l'accord du propriétaire du fond de commerce mais avec l'accord du tribunal.

Le créancier s'aperçoit que la situation du débiteur est irrégulière. Avant, d'attendre la fin pour être remboursé, il va demander au tribunal un nantissement sur le fond de commerce. Le banquier doit prouver du prêt, et doit expliquer que la créance sera difficile à récupérer.

A) Les effets du nantissement

Les mêmes que précédemment SAUF que le nantissement judiciaire peut être annulé dans certaines hypothèses : Quand il y a liquidation judiciaire, le tribunal vérifiera la date dans laquelle le commerçant est en cessation d'activité (période suspecte dans laquelle tous les actes seront annulés)

Section 2 : La location gérance ou gérance libre

Contrat par lequel le propriétaire d'un fond de commerce le donne en location à quelqu'un. Le gérant exploite le fond de commerce à son nom propre, et à ces risques et périls, contre le versement d'une redevance au propriétaire.

Il y a donc une séparation entre le fond de commerce et l'exploitation du fond.

D) Condition de validation des conditions de gérance

A) Condition de délai

Le propriétaire doit avoir lui-même exploité pendant 2 ans pour pouvoir le donner en location. Pour éviter que le fond de commerce ne soit un placement de spéculation.

Elle peut être réduite par ordonnance du président du tribunal, si le propriétaire bénéficie d'une impossibilité.

Cette condition est écartée par la loi elle-même dans certains cas :

- au bénéfice des héritiers
- au bénéfice des sociétés pétrolières

B) Condition de publicité

La location gérance doit faire l'objet d'une double publicité :

- inscription au RCS dans les 15 jours du contrat
- dans un journal d'annonce légale (journaux ordinaire, quotidien, hebdomadaire qui sont habilités à publier les annonces légales).

II) Les effets du contrat de gérance

A) Les effets vis-à-vis du locataire

Le locataire gérant à la qualité de commerçant, et par conséquent il doit se faire inscrire au RCS.

Il doit maintenir la clientèle (c'est un des éléments qui compose le fond- le propriétaire loue le fond et donc la clientèle, il se doit de la garder) et garder la destination du fond (on ne peut changer un restaurant en café).

Il doit payer la redevance (loyer), acheter la marchandise en stocks, continuer les contrats de travail conclus par le propriétaire, et verser un cautionnement au propriétaire.

B) Les effets vis-à-vis du proprio

Le propriétaire n'a plus la qualité de commerçants puisqu'il a donné son fond en gérance, et donc il n'est plus immatriculé au RCS

Il ne doit pas gêner le gérant dans l'exercice de son commerce, il ne doit pas lui faire de concurrence.

Le propriétaire du fond est solidairement responsable des dettes contractées par le gérant. Celui qui doit payer les dettes c'est le gérant locataire, mais s'il n'arrive pas à payer un fournisseur c'est le propriétaire qui doit payer.

Cette règle suit 2 limitations :

- il faut qu'il s'agisse de dettes contractées par le gérant dans un certains délai. Ce délai commence avec la location gérance et se termine 6 mois après la publication de la location gérance.

- il faut qu'il s'agisse de dettes contractées à l'occasion de l'exploitation du fond :

- La responsabilité du propriétaire est exclue des dettes personnelles du locataire
- Pour que le propriétaire soit responsable mais si la dette répond à une nécessité de l'exploitation.

III) La fin de la location gérance

Le contrat de location de gérance est conclu pour une durée brève (1 an) cependant la location peut être renouvelée.

Si le propriétaire ne veut pas renouveler le contrat, le locataire n'a droit à aucune indemnité par exemple sous prétexte qu'il a augmenté la clientèle.

La location prend fin en cas de décès du locataire car c'est un contrat intuitu personae (en fonction de la personne)

La fin de la location gérance doit faire l'objet de publicité au RCS et dans les journaux.

Le propriétaire doit reprendre les marchandises en stocks et redonner le montant de la caution (sous retenu d'une somme si besoin)

Le locataire gérant peut en principe se rétablir dans un commerce identique, SAUF si une clause de non concurrence avait été prévu dans le contrat.

Chapitre III : La vente du fond de commerce

Section1 : La vente du fond de commerce

Elle obéit à des règles qui s'expliquent par le souci de protéger :

- l'acheteur contre le vendeur sur la valeur du fond de commerce
- les créanciers du vendeur pour éviter qu'il parte avec l'argent sans rembourser les créanciers.

I)Règles générale de la vente du fond

A)Les modalités de la vente

1)La forme et le contenu

- Conditions de la forme : le contrat de vente doit être fait par écrit et peut être un acte authentique ou sous sein privé enregistré
- Cette acte doit contenir un certains nombre de mentions obligatoires :
 - L'origine de la propriété (le nom du précédent vendeur, la date de l'acte d'acquisition, et le prix qu'il a lui-même acheté)
 - L'état des privilèges et des nantissements inscrit sur le fond de commerce
 - Le chiffre d'affaire réalisé au cours des 3 dernières années
 - Les bénéfices des 3 dernières années
 - Le bail et les caractéristiques du bail
- Sanction : - si une des mentions manque, le tribunal peut déclarer la vente nulle (si cela a entraîné une erreur)
 - Si une mention était inexacte, l'acheteur peut demander soit l'annulation de la vente soit une réduction du prix.
- Condition relative au prix : - le prix doit être sérieux, réel et sincère. Au cas où il y aurait une dissimulation partielle du prix pour des raisons fiscale
 - prix global pour l'ensemble du fond de commerce, mais il doit y avoir des prix distinct pour les éléments in corporels, les outillages, et les marchandises (raison fiscale et pour le mécanisme des nantissements qui suppose de séparer les prix de chacun des éléments)
 - l'acte de vente doit être enregistré dans le mois de sa date de vente à l'administration de l'enregistrement.

Si le prix déclaré est insuffisant : - le fisc peut faire comparaitre les parties devant une commission départementale qui peut ordonner une expertise

- l'administration dispose d'un droit de présomption, droit pour l'administration de se substituer à l'acquéreur (= acheter à sa place). Elle doit offrir 1/10 en plus du prix déclaré.

- elle peut essayer de prouver qu'il ya eu dissimulation du prix : les parties au contrat peuvent être condamnées à une amende.

➤ La publicité de la vente du fond : elle vise à protéger les créanciers du vendeur (les créanciers chirographaires) pour éviter que le commerçant vende son fond et s'en aille en oubliant de payer ses créanciers.

C'est l'acheteur du fond de commerce qui doit procéder à une double publication avant de payer le prix, dans un journal d'annonces légales et au BODACC (bulletin officiel des annonces civiles et commerciales).

C'est l'acheteur qui doit faire la publicité car il s'agit d'éviter un vendeur malhonnête.

B) Les effets de la vente

La vente fait naître un certain nombre d'obligations

1) Les obligations du vendeur

- délivrer le fond de commerce qu'il vend (clientèle, nom, stocks...)
- éviter tous actes de nature à concurrencer l'acquéreur. Pour éviter ça, le contrat prévoit toujours une clause de non concurrence (le vendeur s'interdit de se rétablir dans une activité identique et dans un certain périmètre)

En cas de non respect, l'acquéreur peut saisir le tribunal et demander des dommages et intérêts ou la fin de cette concurrence illicite. Condamnation du vendeur à un paiement d'astreinte (paiement d'une certaine somme par jour d'ouverture en plus).

2) Les obligations de l'acheteur

- payer le prix convenu dans l'acte
- payer les frais accessoires (taxes = droits de mutation, intermédiaires = frais d'agence.)
- continuer les contrats de travail du personnel
- il doit faire publier dans un journal d'annonce l'égalité de la vente du commerce afin que les éventuels créanciers leur réclament la somme due.

II) La vente à crédit du fond de commerce

Très souvent, les fonds ne vont pas être payés comptant par l'acquéreur. Il contractera un emprunt. Mais va-t-il payer ?

Les privilèges du vendeur peuvent être bénéfiques pour 2 personnes :

- le vendeur lui-même fait crédit à son acquéreur
- les privilèges sont donnés au banquier

Privilèges = le titulaire du privilège sera payé avant les autres créanciers.

A) Le privilège du vendeur proprement dit

1) Condition d'existence du privilège

Il faut que le vendeur ait inscrit son privilège sur un registre public tenu par le greffe du tribunal de commerce, prise dans la quinzaine de l'acte de vente. Cette inscription est rétroactive (elle prend effet à la date de l'acte de vente).

Le premier créancier remboursé est le créancier du privilège car l'inscription est rétroactive elle est censé avoir été prise le 28-03

Le deuxième créancier remboursé sera donc le nanti

2) Les effets et conséquences du privilège

➤ **Le droit de préférence** : droit d'être payé en cas de revente du fond de commerce avant les autres créanciers chirographaires. Ce droit de préférence ne s'exerce pas globalement sur l'ensemble du prix.

Il s'exerce séparément sur les prix respectifs de chacun des éléments du fond (éléments incorporels, marchandises et outillages)

Le prix qui est obtenu de la revente de chaque élément sert à payer ce qui reste dû au vendeur sur l'élément correspondant.

Exemple : Vente à crédit. Fond = 80 000 euros

Marchandises = 15 000

Matériel et outillage = 5 000

Éléments incorporels = 60 000

Le paiement comptant est de 20 000 euros (le créancier peut le mettre sur ce qu'il veut) :

- marchandise = 15 000

- matériel et outillage = 5 000

Le débiteur n'arrive pas à payer les 60 000 euros de dette. On revend le fond pour payer les créanciers.

Prix de revente : Fond = 40 000

- marchandise = 15 000

- matériel et outillage = 5 000

- éléments incorporels = 20 000

De plus il y a des créanciers chirographaires pour 20 000 euros.

Le privilège fonctionne éléments par élément. La revente d'un élément va servir à rembourser le créancier sur cet élément.

Vendeur (créancier) : marchandise = 0

Matériel et outillage = 20 000
Éléments incorporels = 0

Il reste 40 000 euros à rembourser pour le créancier qui a le privilège. Comme il a usé de son privilège, il devient créancier chirographaire.

Il reste 20 000 de la revente à répartir entre : - le créancier chirographaire = 20 000
- le créancier privilège = 40 000

Ils seront rembourser $20\,000 * \frac{1}{3} = 6666$ euros
 $40\,000 * \frac{1}{3} = 13\,333$ euros

La fraction du prix payer comptant peut être imputé librement par le vendeur sur n'importe quels éléments.

Le paiement à crédit eux sont imputés dans l'ordre suivant :

- marchandises
- matériel et outillage
- éléments incorporels

Pour se garantir, le vendeur à crédit peut en plus de son privilège inscrire un nantissement sur le fond de commerce.

➤Le droit de suite : droit d'exercer le privilège même si le fond a été transmis à un autre propriétaire. Cette situation ne se rencontre que très rarement, car l'acheteur va faire en sorte d'effacer les privilèges.

Avant d'acheter, l'acheteur vérifiera au greffe du tribunal s'il y a un nantissement ou un privilège.

Si c'est le cas, l'acheteur fera l'offre du prix directement au créancier inscrit. Le créancier peut se contenter du prix et le privilège sera effacé, mais il peut également faire une surenchère de 1/10, calculé sur les éléments incorporels, puis il y vente aux enchères.

B)L'action résolutoire du vendeur de fond de commerce

On peut demander la résolution de la vente, c'est-à-dire l'anéantissement rétroactif de la vente.

1)Les conditions d'existence de l'action résolutoire

Il faut que le vendeur est mentionné expressément l'action résolutoire au moment où il a inscrit le privilège.

2)Les effets

- si le vendeur n'arrive pas à se faire payer, le vendeur à crédit peut demander l'anéantissement rétroactif du contrat.
- il faut tenir compte des paiements partiels (il faudra restituer les sommes)