

manuel

Jean-Bernard Blaise
Richard Desgorges

DROIT DES AFFAIRES

COMMERÇANTS
CONCURRENCE
DISTRIBUTION

8^e édition

L G D J

lextenso éditions

Jean-Bernard Blaise
Professeur émérite
de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Richard Desgorces
Professeur à l'Université de Rennes 1

DROIT DES AFFAIRES

Commerçants
Concurrence
Distribution

8^e édition

Sommaire

[Abréviations et citations](#)

[Bibliographie](#)

[Présentation du droit des affaires](#)

[Section 1 L'évolution historique](#)

[1 La période du droit commercial coutumier](#)

[2 Le droit commercial codifié](#)

[3 Le droit commercial dépassé](#)

[Section 2 Les sources du droit des affaires](#)

[1 Les textes](#)

[2 Les usages commerciaux](#)

[3 La jurisprudence et les autorités](#)

[Section 3 Définition et domaine du droit des affaires](#)

[1 Droit des affaires et droit civil](#)

[2 Droit des affaires et droit commercial](#)

[Première partie Droit commercial et entreprises commerciales](#)

[Titre I Détermination des entreprises commerciales](#)

[Chapitre 1 Les commerçants en raison de la forme de leur entreprise](#)

[Section 1 Origine et notion de la commercialité par la forme](#)

[Section 2 Les différentes sociétés commerciales par la forme](#)

1 Les sociétés de capitaux

2 Les sociétés de personnes

3 Les personnes morales du secteur public

Section 3 Les conséquences de la commercialité par la forme

1 Le principe

2 Limites concernant les sociétés à objet civil

Chapitre 2 Les commerçants en raison de l'objet de leur entreprise

Section 1 L'activité commerciale

1 Les activités de distribution

2 Les activités industrielles

3 Les activités de services

4 Les activités financières

Section 2 L'exercice dans un cadre d'entreprise

1 La profession habituelle

2 L'exercice à titre personnel et indépendant

3 Les différentes entreprises commerciales par leur objet

Chapitre 3 Les professionnels non commerçants

Section 1 Les professions agricoles

Section 2 Les professions artisanales

1 Les deux statuts de l'artisan

2 Les rapports entre les statuts d'artisan et de commerçant

Section 3 Les professions libérales

Titre II Les actes de commerce

Chapitre 1 La détermination des actes de commerce

Section 1 Recherche d'un critère de l'acte de commerce

1 La théorie objective de l'acte de commerce et son déclin

2 La théorie subjective de l'acte de commerce

Section 2 Classification des actes de commerce

1 Les actes des entreprises commerciales

2 Les actes de commerce par la forme

3 Actes de commerce par nature accomplis par des non-commerçants

Chapitre 2 Le régime des actes de commerce

Section 1 L'affirmation du particularisme

1 La preuve des actes de commerce

2 Les règles spéciales aux obligations commerciales

Section 2 L'affaiblissement du particularisme des actes de commerce

1 L'unification de certaines règles

2 Un régime éclaté

Titre III La juridiction commerciale

Chapitre 1 Le tribunal de commerce

Section 1 L'organisation des tribunaux de commerce

1 Constitution du tribunal de commerce

2 Critiques et propositions de réforme

3 Le ministère public

Section 2 La compétence du tribunal de commerce

1 La compétence d'attribution du tribunal de commerce

2 La compétence territoriale du tribunal de commerce

Section 3 La procédure devant le tribunal de commerce

1 La procédure ordinaire

2 Les procédures spéciales

Chapitre 2 L'arbitrage commercial

Section 1 La convention d'arbitrage

1 Clause compromissoire et compromis d'arbitrage

2 Régime de la convention d'arbitrage

Section 2 Le tribunal arbitral et l'instance

1 Le tribunal arbitral

2 L'instance arbitrale

Titre IV L'entreprise commerciale

I La notion d'entreprise

Section 1 L'entreprise, réalité du monde économique

1 La notion économique de l'entreprise

2 Les éléments de l'entreprise

Section 2 La reconnaissance de l'entreprise par le droit

1 La consécration de l'entreprise par les textes

2 L'entreprise, notion fonctionnelle

Section 3 Le problème de la personnalité de l'entreprise

1 Le débat en doctrine

2 Complémentarité des notions d'entreprise et de personne juridique

3 Les différents types d'entreprises

II Les relations externes de l'entreprise commerciale

Chapitre 1 Les règles communes à toutes les entreprises commerciales

Section 1 La publicité au Registre du commerce et des sociétés

1 L'obligation de publier

2 Les modalités de la publication

3 Les effets de la publicité au Registre du commerce et des sociétés

Section 2 L'obligation de tenir une comptabilité

1 Analyse de l'obligation légale

2 La comptabilité

3 Valeur probante de la comptabilité commerciale

Section 3 Le statut des dirigeants

1 Les incompatibilités, incapacités et interdictions

2 La responsabilité du dirigeant d'entreprise

Chapitre 2 L'entreprise commerciale individuelle

Section 1 Le statut du commerçant personne physique

1 La capacité commerciale

2 Preuve de la qualité de commerçant

3 Gestion de l'entreprise individuelle

Section 2 Le statut du commerçant étranger personne physique

Section 3 Le choix de la forme juridique de l'entreprise

1 Les conséquences juridiques du passage en société

2 Les conséquences économiques du passage en société

3 Les conséquences sociales et fiscales du passage en société

III Les biens affectés à l'entreprise commerciale

Chapitre 1 Le fonds de commerce

Section 1 La notion de fonds de commerce

1 Le fonds considéré comme ensemble de biens : la composition du fonds de commerce

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

3 La nature juridique du fonds de commerce : une universalité de fait

Section 2 La vente du fonds de commerce

1 Les conditions de formation du contrat de vente

2 Les effets de la vente du fonds de commerce

3 La protection spéciale des créanciers du vendeur

Section 3 La location-gérance du fonds de commerce

1 La formation du contrat de location-gérance

2 Les effets de la location-gérance

Section 4 Les sûretés grevant le fonds de commerce

1 Les différentes sûretés pouvant grever le fonds de commerce

2 L'efficacité des sûretés

3 Le crédit-bail portant sur le fonds de commerce

Chapitre 2 Le bail commercial

Section 1 Le domaine d'application du statut des baux commerciaux

1 La nature des locaux

2 L'exploitation d'un fonds de commerce dans les lieux loués

3 La nature du contrat

Section 2 Les droits et les obligations des parties pendant le bail

1 La durée du bail

2 Détermination du loyer

3 Les droits et obligations des parties relatifs à l'utilisation des locaux loués

Section 3 Les droits et les obligations des parties à l'expiration du bail

1 La situation des parties au terme du contrat de bail

2 Le renouvellement

3 Le refus de renouvellement et l'indemnité d'éviction

Deuxième partie La concurrence

Titre I Le principe de la liberté d'entreprendre

Section 1 La liberté d'entreprendre en droit interne

1 Le fondement de la liberté d'entreprendre

2 La portée de la liberté d'entreprendre

Section 2 La liberté d'établissement dans l'Union européenne

1 L'harmonisation des législations nationales

2 L'effet direct des dispositions du traité

Titre II La protection de l'entreprise contre la concurrence

Chapitre 1 Les conventions de non-concurrence

Section 1 Les conditions générales de validité des clauses de non-concurrence

1 L'obligation de non-concurrence doit être limitée

2 L'obligation de non-concurrence doit être justifiée et proportionnée

Section 2 Les applications particulières

1 La clause de non-concurrence accessoire à la vente d'un fonds de commerce

2 La clause de non-concurrence accessoire à un contrat de bail ou à un règlement de copropriété

3 La clause de non-concurrence accessoire à un contrat de distribution

4 La clause de non-concurrence accessoire à un contrat de travail

Section 3 La sanction des clauses de non-concurrence

1 Le tribunal compétent pour constater l'inexécution de l'engagement de non-concurrence

2 Les mesures décidées par le tribunal

Chapitre 2 L'interdiction de la concurrence déloyale

Section 1 Les actes de concurrence déloyale

1 Les procédés de dénigrement

2 Les actes engendrant la confusion

3 La désorganisation de l'entreprise d'un concurrent

4 La désorganisation du marché

5 Le parasitisme commercial

Section 2 L'action en concurrence déloyale

1 La nature de l'action en concurrence déloyale

2 Les conditions de l'action en concurrence déloyale

3 Domaine de l'action en concurrence déloyale

4 L'exercice de l'action en concurrence déloyale

Chapitre 3 Les droits de propriété industrielle

Section 1 Les droits sur les créations

1 Les brevets d'invention

2 Les dessins et modèles

Section 2 Les droits sur les signes

1 Les marques de fabrique, de commerce ou de service

2 Le nom commercial

Titre III La protection des marchés contre les restrictions de concurrence

I Histoire, sources et domaine des règles de concurrence

Section 1 Histoire des règles de concurrence

1 Les origines

2 De 1950 à 1986

3 De 1986 à nos jours

Section 2 Les sources du droit de la concurrence

1 Les sources formelles du droit de la concurrence

2 L'influence de la doctrine économique

Section 3 Le domaine des règles de concurrence

1 Le domaine matériel des règles de concurrence

2 Le champ d'application territoriale des règles de concurrence

3 L'affectation du commerce entre États membres, condition particulière de l'application du droit européen de la concurrence

II L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles

Chapitre 1 Les conditions de fond de l'interdiction

Section 1 L'interdiction des ententes

1 La concertation

2 Les parties à l'entente

3 La restriction de la concurrence

4 La justification des ententes

Section 2 L'interdiction des abus de puissance économique

1 L'interdiction de l'abus de position dominante

2 L'interdiction de l'abus de dépendance économique

3 L'interdiction des prix abusivement bas

Chapitre 2 La mise en œuvre procédurale de l'interdiction

Section 1 La mise en œuvre des règles internes de concurrence

1 La mise en œuvre par les autorités spécialisées

2 La mise en œuvre par les juridictions ordinaires

Section 2 La mise en œuvre des règles européennes de concurrence

1 La répression des ententes et des abus de position dominante

2 L'exemption des ententes compatibles avec le marché intérieur

III Le contrôle des concentrations d'entreprises

Chapitre 1 Le contrôle des concentrations en droit interne

Section 1 Les concentrations soumises au contrôle

1 Définition de l'opération de concentration

2 L'importance économique de la concentration

Section 2 L'organisation du contrôle

1 Le déclenchement du contrôle

2 L'exercice du contrôle

3 Les sanctions du contrôle

Chapitre 2 Le contrôle des concentrations en droit de l'Union européenne

Section 1 Le champ d'application du contrôle

Section 2 L'exercice du contrôle

Troisième partie La distribution

Titre I L'encadrement légal de la distribution

Chapitre 1 La recherche de l'égalité de traitement des distributeurs

Section 1 La suppression de la condamnation *per se* des pratiques discriminatoires

Section 2 La transparence du marché : un moyen indirect de lutter contre les discriminations

1 L'obligation de communiquer les conditions générales de vente

2 L'obligation de délivrer une facture

3 La convention globale et la coopération commerciale

Section 3 L'interdiction de la revente à perte

1 Raison d'être de l'interdiction

2 Conditions de l'interdiction

3 Les sanctions

Chapitre 2 La recherche de rapports équilibrés entre fournisseurs et distributeurs

Section 1 L'interdiction de la revente à prix imposé

Section 2 Les pratiques restrictives condamnées par l'article L. 442-6 du Code de commerce

1 Les comportements sanctionnés

2 Sanction des pratiques visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce

Titre II L'organisation de la distribution

Chapitre 1 Les intermédiaires du commerce

Section 1 Les intermédiaires salariés

1 Les conditions d'application du statut des VRP

2 Le contenu du statut

Section 2 Les intermédiaires mandataires : les agents commerciaux

1 Définition de l'agent commercial

2 Le contrat d'agence

Section 3 Les intermédiaires commerçants

1 Les commissionnaires

2 Les courtiers

Chapitre 2 Les revendeurs indépendants

Section 1 La réglementation des magasins de grande surface

1 Champ d'application du dispositif légal

2 La procédure d'autorisation d'exploitation commerciale

3 Les sanctions

Section 2 Les groupements de commerçants indépendants

Chapitre 3 Les réseaux de distribution

Section 1 Les différents contrats de distribution

1 Les réseaux de distribution exclusive

2 L'exclusivité d'approvisionnement

3 La distribution sélective

4 La distribution en franchise

Section 2 Les contraintes du droit de la concurrence

1 L'application du droit interne de la concurrence aux contrats de distribution

2 L'application du droit de l'Union européenne de la concurrence aux contrats de distribution

Abréviations et citations

ADLC	Autorité de la concurrence
aff.	affaire
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
AN	Assemblée nationale
art.	article
<i>BODACC</i>	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
<i>BOCCRF</i>	Bulletin officiel concurrence, Consommation, Répression des fraudes
<i>BRDA</i>	Bulletin rapide de droit des affaires
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation chambres civiles
Cass.	Cour de cassation
CA	cour d'appel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Cons. d'Ét.	Conseil d'État
CE	Communauté européenne
Civ. 1 ^{re}	première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^e	deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^e	troisième chambre civile de la Cour de cassation
CGI	Code général des impôts
CGV	Conditions générales de vente
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
Com.	chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Contrats, conc. consom.</i>	Revue Contrats, Concurrence, Consommation
<i>Comm. com. électr.</i>	Revue Communication, Commerce électronique
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
CPC	Code de procédure civile

C. propr. intell.	Code de la propriété intellectuelle
Crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz (IR, partie des informations rapides ; som. com., partie des sommaires commentés)
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
<i>DH</i>	Dalloz (hebdomadaire)
<i>DP</i>	Dalloz (périodique)
<i>DS</i>	Dalloz et Sirey
EIRL	Entrepreneur à responsabilité limitée
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
INPI	Institut national de la propriété industrielle
INSEE	Institut national de la statistique et des économiques
<i>JCP G</i>	La Semaine juridique, Édition générale
<i>JCP E</i>	La Semaine juridique, Édition entreprise et affaires
<i>JO</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
LME	Loi de modernisation de l'économie
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
NRE	Nouvelles régulations économiques
PME	Petites et moyennes entreprises
RCS	Registre du commerce et des sociétés
<i>Rec.</i>	Recueil des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes
<i>RD banc. fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RDP</i>	Revue de droit public
Req.	chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
<i>S.</i>	Recueil Sirey
SE	Société européenne
Soc.	chambre sociale de la Cour de cassation
TFUE	Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne
TPE	Très petite entreprise

TPI	Tribunal de première instance de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
VRP	voyageur représentant placier

Bibliographie

Ouvrages généraux de droit des affaires, de droit commercial, de droit de la concurrence et de la distribution.

1. Traités

DIDIER Paul et DIDIER Philippe, *Droit commercial*, t. 1, *Introduction générale, L'entreprise commerciale*, Economica, 2005.

RIPERT René et ROBLOT Georges, *Traité de droit des affaires*, sous la direction de Michel GERMAIN, t. 1, *Du droit commercial au droit économique*, par Louis VOGEL, LGDJ, 19^e éd., 2010.

2. Ouvrages, manuels et précis

BLASSELLE Richard, *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, 3 t., 2002, 2005 et 2008.

BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, MICHEL-AMSELLEN Valérie et VIALENS Jérémie, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.

BRAULT Dominique, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004.

BUSSY Jack, *Droit des affaires*, Dalloz, coll. « Amphi », 2^e éd., 2004, préf. Y. CHAPUT.

CANIVET Guy et BRUNET François (sous la dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008.

CANIVET Guy et FRISON-ROCHE Marie-Anne (sous la dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006.

COMBE Emmanuel, *Économie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, 2005.

DECOCQ Georges et BALLOT-LENA Aurélie, *Droit commercial*, Dalloz, coll. « Hypercours », 6^e éd., 2013.

DECOCQ André et DECOCQ Georges, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 6^e éd., 2014.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise et BLARY-CLÉMENT Édith, *Droit commercial, Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Montchrestien, Domat, 10^e éd., 2010.

- DIDIER Paul, *Le droit commercial*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2^e éd., 2001.
- FASQUELLE Daniel, « Introduction au droit et au droit commercial », in *Droit de l'entreprise*, Lamy, 15^e éd., 2010.
- FERRIER Didier et FERRIER Nicolas, *Droit de la distribution*, Litec, 7^e éd., 2014.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne et PAYET Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2007.
- GAVALDA Christian, PARLÉANI Gilbert et LECOURT Benoît, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 7^e éd. 2015.
- GUEVEL Daniel, *Droit du commerce et des affaires*, LGDJ, coll. « Systèmes », 4^e éd., 2012.
- GUYON Yves, *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 12^e éd., 2003.
- HOUTCIEFF Dimitri, *Droit commercial. Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, Instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 3^e éd., 2011.
- IDOT Laurence, *Droit communautaire de la concurrence, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004.
- LECOURT Arnaud, *Droit des affaires*, Ellipses, coll. « Tout le droit », 2006.
- LE GALL Jean-Pierre, *Droit commercial : Notions générales*, avec la collaboration de RUELLAN Caroline, Dalloz, coll. « Mémentos », 16^e éd., 2014.
- LEGEAIS Dominique, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 21^e éd., 2014.
- LUCAS François-Xavier, *Droit commercial*, Montchrestien, coll. « Focus », 2^e éd., 2000.
- LUCAS DE LEYSSAC Claude et PARLÉANI Gilbert, *Droit du marché*, PUF, 2002.
- MALAUURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey 6^e éd., 2014.
- MALAUURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la distribution*, Dalloz, 3^e éd., 2015.
- MENJUCQ Michel, *Droit commercial et des affaires*, Gualino, coll. « Mémentos LMD », 8^e éd., 2013.
- MERCADAL Barthélemy et MACQUERON Patrice, *Le droit des affaires en France*, Francis Lefebvre, 2005.
- MESTRE Jacques, PANCRAZI Marie-Ève, ARNAUD-GROSSI Isabelle, MERLAND Laure et TAGLIARINO-VIGNAL Nancy, *Droit commercial : droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, coll. « Manuels », 29^e éd., 2012.
- NOURISSAT Cyril et BONNAMOUR Blandine, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Dalloz, coll. « Hypercours », 4^e éd., 2013.
- PEDAMON Michel, KENFACK Hugues, *Droit commercial (Commerçants et entreprises commerciales, Concurrence et contrats du commerce)*, Dalloz, 3^e éd., 2011.
- PETIT Bruno, *Droit commercial*, Litec, coll. « Objectif droit, Cours », 5^e éd., 2012.
- PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit commercial. Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*,

Dalloz, 10^e éd., 2015.

REINHARD Yves, THOMASSET-PIERRE Sylvie et NOURISSAT Cyril, *Droit commercial (Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, Concurrence, Consommation)*, Litec, coll. « Manuels », 8^e éd., 2012.

Université Panthéon-Assas, *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007.

VOGEL Louis, *Code de la concurrence*, LawLex, 2015.

VOGEL Louis, *Traité de droit économique*, t. 1, *Droit de la concurrence*, t. 2, *Droit de la distribution*, t. 3, *Droit européen des affaires*, LawLex, 2015.

3. Encyclopédies

Dictionnaire permanent de droit des affaires, 3 vol., Éditions Législatives.

Juris-Classeur commercial, sous la direction de D. LEGEAIS ; *Juris-Classeur Entreprise individuelle*, sous la direction de Ph. REIGNE ; *Juris-Classeur concurrence-consommation*, sous la direction de L. VOGEL et L. LEVENEUR ; *Juris-Classeur contrats distribution*, sous la direction de L. LEVENEUR.

Lamy, *Droit économique (Concurrence, Distribution, Consommation)*, sous la direction de R. BOUT, M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETO, 2015 ; *Droit commercial*, sous la direction de A. LEVI, A. SAYAG, P. GARBIT, J. AZEMA et J.-F. MARTIN, 2015.

Encyclopédie juridique Dalloz, *Répertoire de droit commercial*, sous la direction de L. VOGEL.

4. Revues

La plupart des revues de droit privé général s'intéressent au droit commercial et au droit des affaires. Parmi les revues spécialisées, il convient de citer :

Bulletin Rapide de Droit des Affaires, Francis Lefebvre.

Concurrences, revue des droits de la concurrence, Thomson Transactive.

Contrats, concurrence, consommation, LexisNexis Jurisclasseur.

La lettre des juristes d'affaires, Lamy.

La Semaine juridique, Entreprise et affaires, LexisNexis Jurisclasseur.

Revue de jurisprudence commerciale, LGDJ.

Revue de jurisprudence de droit des affaires, Francis Lefebvre.

Revue Lamy de droit de la concurrence, Lamy Wolters Kluwer.

Revue Lamy de droit des affaires, Lamy.

Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, Dalloz.

5. Sites internet

Les principaux éditeurs juridiques proposent leurs propres sites. Il est difficile de citer de façon exhaustive tous les sites spécialisés car le secteur évolue très rapidement.

Autorité de la concurrence : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>

Cour de justice de l'Union européenne : <http://curia.europa.eu>

DGCCRF : <http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/boccrf/>

Journal officiel de la RF : <http://www.journal-officiel.gouv.fr>

Legifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr>

Lextenso : <http://www.lextenso.fr>

Ministère de l'Économie et des Finances : <http://www.finances.gouv.fr>

Union européenne : [http : //europa. eu](http://europa.eu)

Présentation du droit des affaires

1. L'expression de *droit des affaires* est apparue au milieu du siècle dernier ¹. Le droit des affaires recouvre, dans une large mesure, une matière qui, traditionnellement, est enseignée sous le nom de *droit commercial*. De nombreux ouvrages, dont les contenus sont à peu près identiques, s'intitulent tantôt droit commercial, tantôt droit des affaires, sans que l'on puisse toujours expliquer la différence, sinon par le poids de la tradition ou au contraire par le désir d'innover.

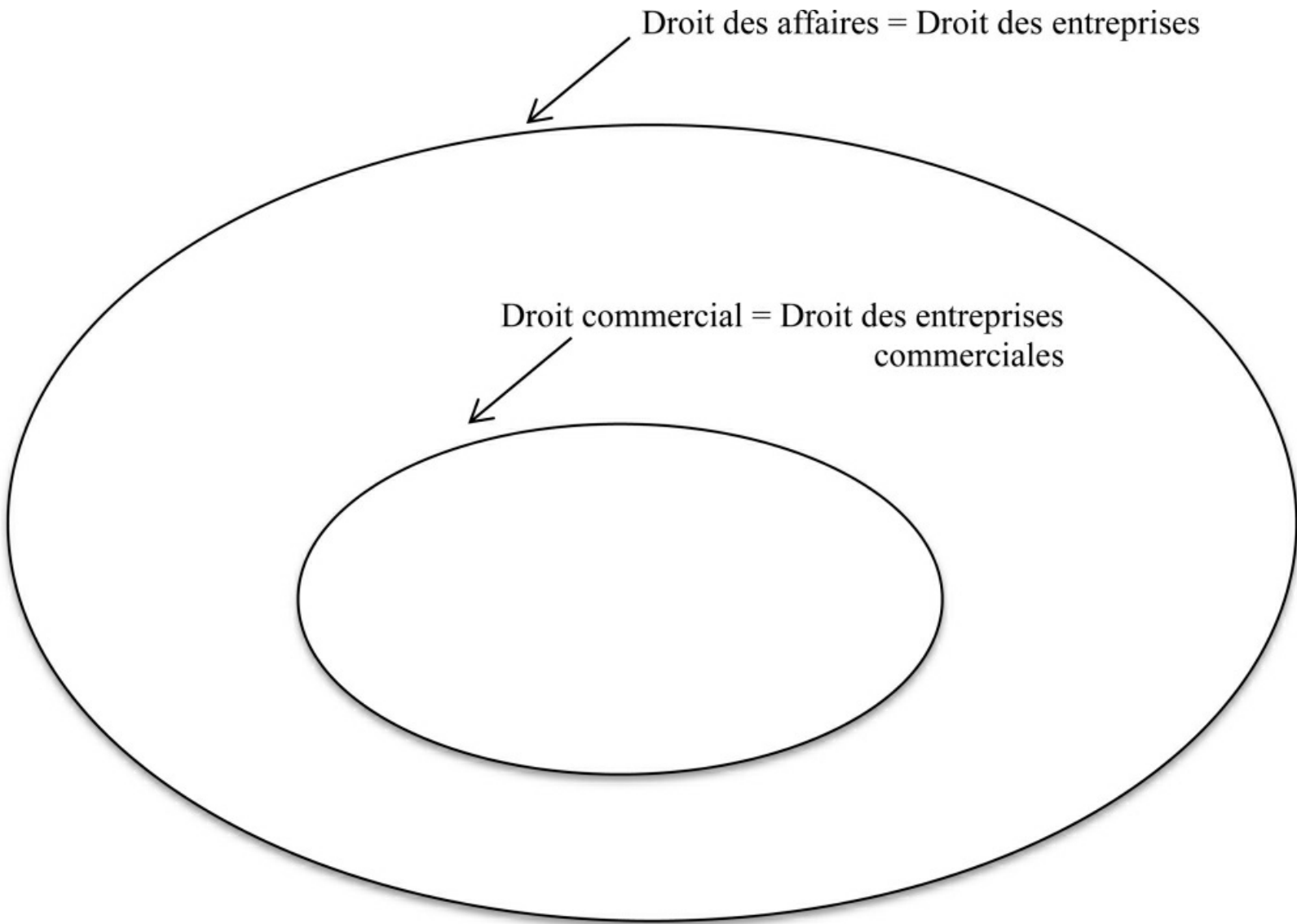
2. Est-ce à dire que les deux expressions sont synonymes et que l'on peut employer indifféremment l'une pour l'autre ? Nous ne le pensons pas. Il importe qu'une branche du droit soit clairement définie et que son champ d'application puisse être déterminé avec précision. Le droit commercial et le droit des affaires ont des domaines d'application distincts, commandés par des critères d'application différents.

Le droit commercial peut être défini comme l'ensemble des règles de droit ***applicables aux commerçants dans l'exercice de leur activité professionnelle***. Les commerçants sont eux-mêmes définis de façon précise : ce sont les sociétés commerciales et les personnes physiques accomplissant de façon habituelle les actes de commerce énumérés aux articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce.

Le droit des affaires peut être défini comme l'ensemble des règles de droit ***applicables aux entreprises en général***. Est une entreprise toute entité organisée ayant une activité économique de production, de distribution ou de prestation de services. La notion d'entreprise est plus large que celle de commerçant. Certaines entreprises, comme les entreprises agricoles ou les entreprises de promotion immobilière, ne sont pas des entreprises commerciales.

Ainsi, à l'intérieur du droit des affaires, qui s'applique à toutes les entreprises, le droit commercial constitue un sous-ensemble, qui s'applique de façon plus spécifique aux entreprises des commerçants. Le **droit des affaires englobe et prolonge le droit commercial**. Les deux branches se complètent et s'ordonnent, mais sans se confondre.

En résumé, le droit commercial, droit applicable aux entreprises commerciales, est un sous-ensemble du droit des affaires, droit applicable aux entreprises.



3. Pour comprendre comment s'est opérée cette prolongation du droit commercial par le droit des affaires, il est indispensable d'étudier leur évolution historique (Section 1) et de dresser l'état des sources (Section 2). C'est seulement ensuite que l'on pourra approfondir le problème de la définition et du contenu du droit des affaires (Section 3).

Section 1

L'évolution historique

4. L'on peut distinguer trois grandes périodes, dont les durées sont du reste très inégales. La première s'étend sur près de sept siècles (§ 1), la deuxième sur deux siècles et demi (§ 2) et la troisième sur quelques dizaines d'années à peine (§ 3) ².

§ 1. La période du droit commercial coutumier

A Les origines du droit commercial

5. Le droit du commerce a des origines lointaines, qui se situent dans l'Antiquité. La Syrie, la

Grèce antique ont connu des usages propres au commerce, spécialement au commerce maritime. Mais l'on ne trouve pas de filiation visible entre ces très anciennes institutions et notre droit des affaires. Le droit romain lui-même, bien que l'on puisse en repérer quelques traces, a eu peu d'influence sur le droit du commerce. Celui-ci s'est constitué à partir des usages et non des règles écrites.

6. Le véritable point de départ de l'évolution se situe au XII^e siècle. Le terme de commerce n'existe pas encore ³ ; il n'apparaîtra qu'à la fin du XVII^e siècle. Jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, on dira *faire la marchandise* à la place de faire le commerce. L'expression « droit commercial » n'apparaît qu'au début du XIX^e.

Après une longue période de stagnation économique, le XII^e siècle connaît un regain de prospérité, une plus grande production, un développement des échanges. Particulièrement actives, les villes marchandes de l'Italie du Nord, Gènes, Milan, Venise, acquièrent leur indépendance politique. Les marchands se constituent en corporations et se dotent de *statuts*. C'est là qu'apparaissent les institutions typiques du droit commercial : la comptabilité, la banque, la société et la faillite. Elles sont encore à la base de nos institutions modernes.

7. Puis ce sont les grandes villes maritimes du Nord, les villes de la Hanse, Hambourg, Brême, Lübeck, qui prennent le relais. Des courants d'échange s'établissent à travers l'Europe. Aux grands carrefours, les négociants se retrouvent périodiquement à l'occasion des foires. Les plus fréquentées sont les foires de Champagne, comme celles de Troyes et de Provins, les foires de Lyon et les foires d'Europe centrale : Francfort, Erfurt, Leipzig.

Le développement des relations maritimes ⁴ et terrestres a deux conséquences.

En premier lieu, l'internationalisation des usages. Il se forme un droit international des marchands. Dès l'origine, le droit commercial est un droit international.

En second lieu, le développement d'instruments spécifiques, à partir du modèle italien.

Exemple 1. La *lettre de change*, qui va permettre les paiements sans transport d'espèces monétaires. Un négociant parisien, que nous appellerons A, doit se rendre à Gènes pour y acheter des marchandises. Il dépose à Paris une somme d'argent, la « valeur fournie », chez son banquier parisien. En contrepartie celui-ci lui remet une lettre de change tirée sur son correspondant à Gènes : « contre cette lettre de change, veuillez payer à A... la somme de... ». Lorsqu'il arrive à Gènes, le négociant A remet la lettre au banquier Génois qui lui fournit la somme correspondante en monnaie locale. Avec cette somme, A pourra payer ses fournisseurs. Il a ainsi évité un transfert matériel d'espèces, toujours dangereux à l'époque. Il a réalisé en même temps une opération de change entre monnaie parisienne et monnaie génoise. Et comme il y a aussi des commerçants génois qui vont acheter des marchandises à Paris, le banquier génois tirera des lettres de change sur son correspondant parisien. Les deux banquiers procéderont entre eux à une compensation des créances.

Exemple 2. Les commerçants cherchent à résoudre leurs litiges à l'intérieur du milieu professionnel. Des *tribunaux spéciaux* sont institués, composés de négociants élus. À l'origine ils sont institués à l'occasion des foires et durent le temps de celles-ci. Puis ils prennent un caractère permanent et ils reçoivent l'investiture du souverain du lieu. Dans certaines villes, les juges prennent le nom de consuls. L'expression demeurera et l'on parle encore aujourd'hui des « juges consulaires » pour désigner les juges des tribunaux de commerce. À Paris, la juridiction consulaire est officiellement reconnue par un édit du roi Charles IX, en 1563.

B L'encadrement institutionnel du droit commercial

8. L'activité commerciale n'a jamais été totalement libre. Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, avec une intensité variable, elle reste triplement encadrée par le pouvoir politique, l'Église catholique et les corporations ⁵.

9. **L'encadrement politique** apparaît dès le Moyen Âge. Le Roi de France, les souverains locaux s'intéressent au commerce pour des raisons fiscales. Comme ils perçoivent des impôts spécifiques sur les commerçants, ils sont évidemment intéressés par le développement du commerce. Mais à

l'inverse, les souverains se méfient des communautés de marchands qu'ils jugent trop puissantes. La plupart du temps un équilibre finit par s'instaurer : les négociants obtiennent des franchises, mais en échange ils reconnaissent la suprématie du pouvoir royal ou seigneurial.

10. L'encadrement religieux consiste essentiellement, mais ce n'est pas rien, dans la condamnation du jeu, c'est-à-dire du contrat aléatoire et du prêt à intérêt. Les commerçants, pour tourner la prohibition du prêt à intérêt vont inventer des procédés habiles. Les deux plus importants sont la lettre de change et la commandite.

Un perfectionnement de la lettre de change va consister à inclure les intérêts dans le montant de la somme indiquée. Vous me prêtez 1 000 écus. En contrepartie, je vous autorise à tirer sur moi une lettre de change de 1 050 écus, payable dans un an.

La société en commandite comprend des associés appelés *commanditaires*, qui n'ont pas la qualité de commerçant mais qui apportent des fonds à la société. Au lieu de percevoir un intérêt, ils reçoivent une part des bénéfices de la société. L'institution a d'ailleurs un autre avantage, elle permet aux gens de condition noble de participer aux affaires bien qu'il leur soit interdit de faire le commerce.

Ces institutions survivront à l'Ancien Régime, alors qu'aura disparu l'interdiction qui les avait fait naître. Elles rempliront alors d'autres fonctions.

11. L'encadrement professionnel se manifeste sous la forme du corporatisme. Les artisans et les négociants sont réunis en corporations. Il y a autant de corporations que de métiers et ceux-ci sont définis avec une grande précision. Chaque métier a le monopole d'une activité, qui est interdite aux autres. À l'intérieur de la corporation, la concurrence est soigneusement limitée. Chaque maître-artisan ou négociant n'a droit qu'à un établissement et à un nombre déterminé de compagnons et d'apprentis.

Le système des corporations ne va pas sans présenter certains avantages. La corporation assure la représentation de la profession auprès du souverain, elle prend en charge la formation professionnelle, elle aide ses membres lorsqu'ils sont dans le besoin, elle garantit un certain volume d'emploi. Mais le système présente aussi des inconvénients, car il freine l'initiative individuelle et le progrès technique. Il est source d'inégalités sociales. À partir du ^{xvii}^e siècle, les maîtrises deviennent héréditaires et vénales de sorte que les compagnons accèdent difficilement à la maîtrise.

§ 2. Le droit commercial codifié

A La mise en forme du droit commercial

12. L'édit de 1563 avait organisé la justice commerciale à Paris. Un siècle plus tard, sous le règne de Louis XIV, les usages du commerce sont codifiés dans deux ordonnances, dont l'importance est capitale pour l'évolution du droit des affaires.

La première ordonnance, sur le commerce de terre, date de 1673. Elle est préparée par Colbert avec l'aide de Savary, un négociant parisien. Avec l'ordonnance, le droit commercial devient en grande partie, un droit écrit. L'ordonnance comporte 122 articles. Savary en fait le commentaire dans un ouvrage, *Le parfait négociant*, qui aura un grand succès. Des commentaires savants, faisant état de la jurisprudence, sont publiés au ^{xviii}^e siècle. Il faut signaler plus particulièrement celui de Jousse, de

1761. La seconde ordonnance, d'une grande qualité, est l'ordonnance de 1681 sur le commerce de mer. Les deux ordonnances resteront en vigueur jusqu'au Code de commerce de 1807, sur lequel elles exerceront une influence évidente.

B La Révolution et l'Empire

13. Deux événements majeurs interviennent. Le premier est la libération du commerce et de l'industrie. Le second, la promulgation du Code de commerce en 1807.

1 - La liberté du commerce et de l'industrie

14. En apparence, la Révolution ne touche guère au droit commercial, car elle laisse intacts les textes antérieurs. Mais elle bouleverse en profondeur les données de l'activité économique en proclamant la fin des corporations et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

À la fin du XVIII^e siècle, le régime des corporations était de plus en plus mal accepté par les commerçants. Sous l'influence des idées nouvelles, ceux-ci aspiraient à la liberté économique. Une première tentative, due à Turgot, ministre de Louis XVI, devait échouer devant la résistance des conservateurs. Mais avec la Révolution, la bourgeoisie entreprenante accède au pouvoir. Deux textes célèbres marquent la période :

— la loi des 2-17 mars 1791, appelée le décret d'Allarde, du nom de son promoteur, proclame la liberté du commerce et de l'industrie. Il est désormais libre à toute personne de faire le commerce de son choix ⁶ ;

— la loi des 14-17 juin 1791, dite loi Le Chapelier, abolit les corporations et la réglementation des métiers.

15. L'on se trouve alors dans une situation curieuse. D'une part, la Révolution consacre les principes de l'égalité civile et de la liberté du commerce, qui condamnent toute idée d'un droit professionnel. Mais, d'autre part, le droit commercial subsiste, qui est le droit des commerçants. La doctrine va résoudre habilement la contradiction en disant que le droit commercial est le droit des actes de commerce, abstraction faite de la personne qui les accomplit.

2 - Le Code de commerce

16. L'idée de la codification du droit avait connu un nouvel essor au XVIII^e siècle, sous l'influence de l'École du droit naturel. Celle-ci soutenait que les règles de droit ne sont pas des créations arbitraires, mais qu'elles sont inhérentes à la nature de l'homme. Il est possible de les dégager par la force de la raison et selon une méthode déductive. L'ensemble des règles de droit peut alors être présenté de façon rationnelle et systématique dans un code accessible à tous. L'idée de codification était par ailleurs en harmonie avec les idées révolutionnaires. Le code remplit en effet une triple fonction. Il assure l'uniformité du droit sur toute l'étendue du territoire national, en mettant fin aux coutumes et aux particularités locales. Il est accessible aux citoyens, grâce à la simplicité et à la clarté de ses dispositions. Enfin, il assure la sécurité en présentant la totalité des règles propres à une matière. Il est unique et se suffit à lui-même.

17. La confection d'un Code de commerce fut entreprise, parallèlement à celle du Code civil. Mais les hommes de la Révolution n'eurent ni le temps ni la volonté de faire aboutir le projet. En

1801, à l'aube de l'Empire, une commission de sept membres fut désignée, qui comprenait des magistrats et des commerçants. Le projet fit l'objet d'une vaste consultation, qui permit de recueillir l'avis des tribunaux de commerce, des cours d'appel et du Conseil d'État. Les travaux cependant s'enlisèrent. En 1806, à la suite de plusieurs scandales retentissants, liés aux pratiques de certains fournisseurs aux armées, l'empereur Napoléon I^{er} intervint personnellement pour que soient durcies les sanctions de la faillite. Comme la faillite était traditionnellement réservée aux commerçants, elle devait être organisée dans le Code de commerce et il devenait urgent d'accélérer la confection de ce dernier. Les travaux préparatoires furent rapidement menés. Le Code de commerce fut adopté en 1807, pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1808.

18. Tout le monde s'accorde à dire que le Code de commerce était d'une facture médiocre. Trois reproches lui ont été surtout adressés.

Le plan en était défectueux. Le Code comportait quatre livres. Le premier était intitulé « Du commerce en général ». C'était un fourre-tout, où se trouvaient pêle-mêle les dispositions propres aux lettres de change, aux sociétés commerciales, aux intermédiaires du commerce, à la vente... Le deuxième livre traitait du commerce maritime. Le troisième était consacré aux faillites et il contenait les sanctions sévères voulues par l'Empereur. Le quatrième livre enfin traitait de la juridiction commerciale.

Le Code comportait peu d'innovations. Les rédacteurs, pressés et peu imaginatifs, avaient repris pour l'essentiel le contenu des deux ordonnances de Louis XIV, en procédant à quelques mises à jour. Certaines matières étaient traitées de façon très sommaire, par exemple le droit des sociétés et le contrat de transport.

Enfin les rédacteurs du Code n'avaient pas arrêté une définition claire du droit commercial. Les règles du Code devaient-elles s'appliquer à des *personnes*, (les commerçants), ou à des *opérations*, (les actes de commerce) ? La question n'était pas purement théorique. Elle présentait un aspect politique : fallait-il étendre le régime de la faillite à tous ceux qui, sans être commerçants par profession, s'étaient lancés dans des opérations spéculatives malheureuses ? De même, fallait-il déclarer le tribunal de commerce compétent pour juger des personnes qui, sans être commerçants, avaient occasionnellement participé au commerce ? Après avoir hésité, les rédacteurs du Code adoptèrent une solution mixte. La faillite fut réservée aux commerçants, mais ceux-ci étaient définis par leur activité, l'exercice habituel d'actes de commerce, et non par leur appartenance à une corporation. Il fut admis de même que la compétence du tribunal de commerce serait à la fois personnelle – les litiges entre commerçants – et réelle – les litiges relatifs aux actes de commerce.

C L'évolution du droit commercial au XIX^e siècle

19. La période intéressée est plus précisément celle qui va de 1810 à la veille de la Première Guerre mondiale.

Avec le XIX^e siècle, commence la grande mutation économique, due aux nouvelles techniques de production. Elle s'accélère dans la deuxième moitié du siècle. L'entreprise industrielle, lorsqu'elle remplace l'entreprise artisanale, nécessite des capitaux, des investissements, du personnel salarié dans une mesure jusqu'alors inconnue. De nouveaux instruments juridiques doivent être créés. Pour faciliter le rassemblement des capitaux, il faut assouplir le cadre de la société par actions et faciliter le développement des valeurs mobilières, c'est-à-dire des titres représentatifs des actions et des obligations des sociétés par actions. Il faut libérer les opérations de bourse. Il est également

nécessaire de protéger les inventions. Il faut faciliter les paiements.

Des lois nouvelles organisent, en 1844 le brevet d'invention, en 1857 les marques de fabrique, en 1865 le chèque et en 1867 la société par actions. En 1909 la reconnaissance du fonds de commerce va faciliter le crédit aux petites entreprises. Mais ces textes ne sont pas incorporés dans le Code de commerce et celui-ci subit peu de changements, à l'exception de deux réformes du droit des faillites.

§ 3. Le droit commercial dépassé

A La période 1914-1958

20. La période 1914-1958, qui recouvre les deux conflits mondiaux et leurs suites, est caractérisée par l'intervention croissante de l'État dans l'économie.

Au début, le mouvement est encore timide. Il se traduit surtout par des lois de moralisation du commerce. Une loi de 1905 déjà avait réprimé les fraudes sur la qualité des marchandises. Après la crise de 1929, des textes tendent à protéger les épargnants et les porteurs de valeurs mobilières. Des lois protègent les contractants les plus faibles dans le cas du contrat d'assurance ou du contrat de transport.

L'intervention de l'État est beaucoup plus directe en période de guerre, en raison de l'inflation et de la pénurie. Les pouvoirs publics se trouvent contraints de rationner la population et les entreprises, ainsi que de taxer les prix. Les mesures prises pendant la Première Guerre ne furent que temporaires. Avec la Seconde Guerre mondiale, l'intervention de l'État sera à la fois plus profonde et plus durable. On entre en période *d'économie dirigée*. Dans les années qui suivent la guerre, la politique économique, sous l'influence des idées socialistes, conserve la même orientation et même la renforce par une série de nationalisations.

21. L'État intervient de deux façons. En premier lieu, la puissance publique *contrôle* l'économie et réglemente les termes des échanges. Les prix et les salaires sont taxés de manière autoritaire. Des secteurs-clés, comme le secteur bancaire, sont soumis à la tutelle contraignante de l'administration, spécialement de la direction du trésor du ministère des Finances. Les opérations de change avec l'étranger sont soumises à une procédure d'autorisation. La direction de l'économie se manifeste aussi par l'existence du Plan. Celui-ci fixe des objectifs, à l'échelle nationale, et décrit les moyens d'y parvenir. En réalité, le Plan ne lie pas juridiquement les entreprises, mais il oriente l'action de l'administration et induit les interventions de l'État, sous forme d'incitations fiscales, d'aides à certains secteurs, de sélection des crédits bancaires et de choix des grands investissements publics.

En second lieu, l'État devient lui-même *entrepreneur*. Il crée des entreprises publiques et il nationalise. Il se fait banquier, assureur, industriel et transporteur.

Une première vague de nationalisations a lieu en 1945. La seconde, d'une grande ampleur, aura lieu en 1981. Elle sera à la fois tardive et surprenante, en raison du contexte économique mondial. Celui-ci poussait en effet plutôt à la flexibilité des grandes entreprises et à l'utilisation des financements internationaux. Cette deuxième vague de nationalisations fut d'ailleurs suivie, assez rapidement, en 1986 et 1993, de mesures de privatisation.

22. Durant la période 1914-1958, le droit commercial s'est publicisé. Alors que le droit des commerçants était un droit de liberté, laissant place pour l'essentiel à l'autonomie de la volonté, le

droit commercial a dû intégrer de nombreuses dispositions d'ordre public.

Il est devenu une branche du droit économique. D'ailleurs la plupart des lois nouvelles ne concernaient plus les commerçants, comme c'était encore le cas au XIX^e siècle, mais plutôt les *entreprises*, conçues comme unités économiques.

B La période postérieure à 1958

23. Depuis 1958, l'évolution du droit des affaires a été influencée par quatre ordres de facteurs.

1 - Le néolibéralisme économique

24. La doctrine néolibérale entend restaurer l'initiative individuelle et le rôle fondamental des entreprises privées dans le fonctionnement de l'économie. Elle considère que le jeu concurrentiel du marché constitue le meilleur régulateur de l'économie. Mais le postulat comporte deux réserves. D'abord, la concurrence doit être protégée par des règles rigoureuses interdisant les ententes et les abus de domination et limitant les concentrations d'entreprises. Ensuite, il n'est pas question de supprimer toute intervention des pouvoirs publics. Non seulement l'État doit pouvoir prendre des mesures en matière sociale, mais il peut encore intervenir dans le domaine économique, de façon souple, en respectant le mécanisme du marché.

En 1953 et 1958, une première tentative d'assouplissement du régime des prix se double de l'apparition de nouvelles règles de concurrence. Il s'agit essentiellement de lutter contre les ententes conclues entre entreprises dans le dessein de limiter la concurrence, surtout les ententes qui contribuent à maintenir le niveau des prix ⁷.

En 1966 intervient la réforme du droit des sociétés commerciales. La loi du 24 juillet 1966 était, sans que cela ait été vraiment remarqué, d'inspiration profondément libérale. C'était une réforme plutôt technique, qui codifiait la jurisprudence mais qui ne remettait pas en cause la conception de la société admise au XIX^e siècle. Au contraire, l'Allemagne, à la même époque, introduisait la cogestion dans les grandes sociétés. La France prévoyait bien un système de participation aux profits de l'entreprise, mais personne n'osait avancer l'idée de la participation directe des salariés à la gestion des sociétés.

25. À partir de 1970, l'avancée des idées libérales est plus visible. Elle s'exprime d'abord dans la libéralisation du secteur bancaire, avec la fin de la spécialisation des banques et l'abandon de l'encadrement du crédit, remplacé par les interventions de la Banque de France sur le marché monétaire. Puis intervient la libération du secteur de l'audiovisuel, à partir de 1982, et du secteur des télécommunications en 1996. Surtout l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, met fin au contrôle des prix et affirme la liberté de la concurrence ⁸.

26. Il faut apporter deux autres précisions importantes. En premier lieu, le retour aux idées libérales n'obéit pas à une progression rectiligne. Le changement politique de 1981 s'est traduit par un retour momentané aux nationalisations, au dirigisme et à la planification. Après 1986, la politique économique a connu des changements d'orientations mais de moindre amplitude. Un accord semble se faire pour considérer que le recours à la concurrence et à l'économie de marché reste, au prix de certaines corrections et selon les sensibilités politiques, un objectif souhaitable ou en tout cas inévitable. La crise profonde des années 2008 et 2009, principalement financière, mais qui pourrait

avoir aussi son origine dans l'économie « réelle », n'a pas remis en cause l'adhésion à l'économie de marché. Mais elle a attiré l'attention sur l'importance de l'encadrement juridique et de la régulation des activités financières. Elle sera sans doute à l'origine de nouveaux développements du droit économique et du droit des affaires.

En second lieu, il faut insister sur la montée des idées consuméristes. Le droit des affaires doit compter avec le droit de la consommation, qui déroge largement au droit civil et au droit commercial des contrats. C'est tout le droit de la distribution qui en est affecté.

2 - L'internationalisation du droit des affaires

27. La période postérieure à 1958 est profondément marquée par l'ouverture de la France au commerce mondial et, corrélativement, par la place prise par le droit international dans les rapports juridiques privés. Cette ouverture se traduit de plusieurs façons. Par la participation de la France aux grands accords internationaux, notamment à l'accord général sur les tarifs douaniers (GATT), puis à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ; par l'intervention des groupes internationaux de sociétés dans la vie des affaires ; par la place des usages internationaux et le recours à l'arbitrage international ; par l'importation de modèles étrangers comme le crédit-bail, l'affacturage ou la réserve de propriété.

L'ouverture sur l'Europe reste cependant le phénomène majeur. La France fait partie des États fondateurs de la Communauté économique européenne, devenue l'Union européenne. Le droit issu des traités et de l'activité normative des organes de l'Union influence et pénètre le droit français interne, spécialement dans le domaine du droit des affaires⁹. Le droit européen de la concurrence se superpose au droit interne de la concurrence et l'influence fortement. Il existe une société européenne, une marque européenne et un brevet européen unitaire. De nombreuses directives orientent le droit des sociétés, le droit boursier, le droit de la banque, des assurances et des transports. Les directives sur la protection des consommateurs encadrent les méthodes de vente et de prestation de services.

Un autre aspect de l'internationalisation est la mondialisation. Ce terme désigne l'interdépendance des économies et des activités humaines, provoquée par le développement des échanges, des flux monétaires et des communications à l'échelle planétaire.

3 - L'influence du droit fiscal

28. Le droit fiscal des affaires, a pris une telle importance qu'il commande la plupart des choix des entreprises. Le recours à un mode de financement, le choix d'une forme de société, les stipulations d'un contrat, la décision d'investir, dépendent de considérations fiscales, qui souvent passent avant les considérations purement juridiques. Les juristes d'affaires en sont parfaitement conscients et nul ne songerait à se lancer dans le droit des affaires sans avoir un minimum de formation en droit fiscal.

29. Le droit commercial, conçu comme un droit de l'activité des commerçants, existe et il continue d'occuper une place majeure au sein du droit des affaires. Cependant la plupart des lois nouvelles ignorent le concept de commerçant et s'adressent aux entreprises ou aux professionnels en général. Le droit commercial, au sens strict du terme, ne constitue plus que la partie spéciale du droit des affaires.

4 - La protection de l'environnement

30. La protection de l'environnement transcende toutes les disciplines juridiques ¹⁰, et s'impose donc en droit des affaires. Il est acquis depuis un certain temps que les industries qui causent un dommage à l'environnement engagent leur responsabilité civile, soit en application du droit commun, soit en application d'un texte spécial, généralement élaboré à un niveau européen et international ¹¹. Plusieurs affaires retentissantes, par exemple le procès de l'Erika ¹², montrent l'importance pour les entreprises, quelle que soit leur taille, d'inclure dans leur « logiciel » la dimension écologique ¹³. Le législateur souhaite d'ailleurs accélérer la prise en considération du respect de la nature dans les activités commerciales ¹⁴. Ainsi, une loi n° 2014-1393 du 24 novembre 2014 impose aux grandes entreprises de réaliser un bilan énergétique tous les quatre ans ¹⁵. Parallèlement, l'article L. 225-102-1 C. com. impose aux sociétés anonymes d'intégrer dans le rapport annuel du conseil d'administration « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que ses engagements sociétaux en faveur du développement durable » ¹⁶. Dans le même esprit, l'exploitant d'une installation présentant des risques importants de pollution ou d'accident doit remettre le site dans un état tel qu'il ne s'y manifeste aucun danger ou inconvénient ¹⁷.

Section 2

Les sources du droit des affaires

31. On appelle sources formelles du droit, les institutions qui donnent naissance aux règles de droit et leur attribuent leur autorité. Par exemple, la loi, votée par le Parlement, est une source du droit. Elle donne naissance à une règle de droit et lui confère la valeur de norme législative dont l'autorité est supérieure à celle d'un décret d'application.

Les sources, en droit des affaires, présentent certaines particularités qu'il convient de relever en abordant successivement les textes (§ 1), les usages commerciaux (§ 2), la jurisprudence et les autorités (§ 3).

§ 1. Les textes

32. Ce sont les sources écrites du droit. L'on dit aussi « la loi », au sens large ou matériel, par opposition à la loi au sens formel. La loi, au sens matériel, provient elle-même de plusieurs sources. Il faut distinguer la loi interne (A), les traités internationaux (B) et les règles européennes (C).

A La loi interne

1 - La Constitution

33. Au sommet de la hiérarchie des textes, se trouve la Constitution. Celle-ci comporte très peu de règles propres au droit des affaires. Remarquons toutefois que l'article 34 inclut dans le domaine de la loi, au sens formel, les principes du droit des obligations civiles et *commerciales*. Remarquons encore que, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les articles 1 et 2 de la Déclaration des

Droits, qui est partie intégrante de la Constitution, fondent le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre ¹⁸.

Si, traditionnellement, le contentieux constitutionnel du droit des affaires revêtait un caractère plutôt exceptionnel, il devrait en aller différemment à l'avenir. La nouvelle procédure des « questions prioritaires de constitutionnalité » ¹⁹ (QPC) a ouvert un champ, jusqu'alors ignoré, au contrôle constitutionnel des nombreuses lois qui composent le droit des affaires. On en connaît déjà plusieurs exemples.

2 - La loi au sens formel

34. La loi au sens formel est la loi votée par le Parlement et promulguée par le président de la République. Les lois qui composent le droit des affaires sont rassemblées dans le Code de commerce. Quelques lois, peu nombreuses, ne sont pas codifiées. Mais les dispositions du Code et les lois non codifiées ont la même autorité. Elles ont valeur de lois ordinaires.

Si l'on s'en tenait strictement aux prévisions de l'article 34 de la Constitution, la loi ordinaire devrait uniquement intervenir pour fixer « les principes fondamentaux des obligations commerciales ». Les lois commerciales seraient peu alors nombreuses et peu détaillées. La pratique législative n'a cependant pas suivi cette voie. La législation des affaires est tombée dans tous les travers des textes modernes : préparées dans les bureaux des ministères, les lois sont prolixes, compliquées et instables. Elles sont trop souvent mal rédigées et parfois même obscures ²⁰.

a) Le Code de commerce

35. Le Code de commerce de 1807, l'un des cinq grands codes napoléoniens ²¹, était entré en vigueur le 1^{er} janvier 1808. Il était divisé, on l'a vu, en quatre livres ²² et comportait, à l'origine, 648 articles. Mais, au fil des années, il était devenu un cadre à peu près vide. En effet, la plupart des lois postérieures ne furent pas incorporées dans le Code de commerce, alors que les articles correspondants de celui-ci étaient abrogés.

À la veille de son abrogation, le Code de commerce comportait moins de 150 articles, dont un certain nombre était d'ailleurs dépourvu de portée pratique. Un auteur a pu parler de la « survie symbolique du Code de commerce » ²³.

36. Fallait-il entreprendre une nouvelle codification du droit commercial ?

En 1947, avait été constituée une Commission de réforme du Code de commerce. Ses travaux ont été publiés en sept volumes. Mais les membres de la Commission de réforme n'ont pu s'accorder sur la définition du droit commercial et ils ont travaillé sans vue d'ensemble. Les travaux ont finalement été interrompus. Cela montre l'extrême difficulté que présenterait la rénovation du droit commercial ou du droit des affaires, sous une forme rationnelle et claire, en accord avec les réalités modernes de la vie des affaires.

En 1989 fut créée la Commission supérieure de codification, chargée de préparer un certain nombre de codes, dans diverses matières, selon la méthode dite « à droit constant » ²⁴. Afin d'accélérer l'adoption des nouveaux codes, la loi du 16 décembre 1999 a habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances.

Les travaux de la Commission de réforme ont trouvé leur aboutissement dans **l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000**, relative à la partie législative du Code de commerce ²⁵. L'ordonnance abroge le Code de commerce de 1807. Simultanément, elle crée un Code de commerce

nouveau, qui réunit en un seul ouvrage, d'une part, les quelques dispositions de l'ancien Code encore en vigueur au moment de son abrogation, et, d'autre part, un grand nombre de lois jusqu'alors éparses. Le nouveau code ne modifie pas la substance du droit antérieur, dont les dispositions demeurent, au fond, inchangées ²⁶. Il se contente de réunir l'ensemble des textes existants, censés se rapporter plus ou moins directement au droit commercial ²⁷ et de leur faire subir une nouvelle numérotation.

La partie législative du nouveau Code de commerce est divisée en neuf livres.

Livre I^{er}. Du commerce en général.

Livre II. Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique.

Livre III. De certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité.

Livre IV. De la liberté des prix et de la concurrence.

Livre V. Des effets de commerce et des garanties.

Livre VI. Des difficultés des entreprises.

Livre VII. Des juridictions commerciales et de l'organisation du commerce.

Livre VIII. De quelques professions réglementées.

Livre IX. Dispositions relatives à l'outre-mer.

37. La doctrine, à peu près unanime, s'est montrée plutôt réservée à l'égard du nouveau Code de commerce ²⁸. Le code atteint une dimension démesurée. Était-il utile de juxtaposer dans un même ouvrage des textes aussi longs que la loi sur les sociétés commerciales ou la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires, alors que ces textes avaient déjà leur propre cohérence ? Mais il y a plus, car c'est le choix des textes figurant dans le code qui est parfois critiquable. Il est tout à fait contestable, par exemple, d'introduire le droit de la concurrence dans un Code de commerce. Le droit de la concurrence n'intéresse pas seulement les commerçants, mais toutes les entreprises, y compris les entreprises publiques. Et pourquoi la loi des 2-17 mars 1791, qui proclame la liberté du commerce, n'a-t-elle pas été incorporée dans le nouveau code ? Parfois même, les codificateurs sont allés au-delà de leur habilitation et l'on a pu parler d'un véritable « abus de pouvoir » ²⁹. Il aurait fallu se mettre d'accord sur une définition claire du droit commercial et sur un critère de rattachement à cette branche du droit. Mais cela aurait supposé une réflexion au fond, dépassant la simple codification formelle.

L'ordonnance du 18 septembre 2000 a été ratifiée par la loi du 3 janvier 2003 ³⁰. Par là, l'ensemble de la partie législative du nouveau Code de commerce a acquis force de loi ordinaire. Le Code a d'ailleurs déjà subi plusieurs modifications majeures. Notamment, le Livre II sur les sociétés commerciales, le Livre IV sur la concurrence et le Livre VI sur les difficultés des entreprises.

En 2007, a été codifiée la partie réglementaire du Code de commerce. Puis en 2009 la partie « Arrêtés ».

b) Les lois non codifiées

38. Avant la confection du nouveau Code de commerce, elles étaient nombreuses et importantes. Ces lois ont été incorporées dans le nouveau code et formellement abrogées. Aujourd'hui, les lois non codifiées sont très peu nombreuses.

3 - Les règlements administratifs

39. Ce sont les décrets et les arrêtés. Ils sont de deux sortes : les règlements autonomes et les règlements d'application.

Les *règlements autonomes*, qui prennent la forme de décrets, sont édictés par le pouvoir exécutif sur la base de l'article 37 de la Constitution. Ils se suffisent à eux-mêmes et régissent entièrement une matière particulière du droit des affaires. Par exemple, tout ce qui concerne le registre du commerce et des sociétés est considéré comme étant de nature réglementaire et fait l'objet de décrets qui sont eux-mêmes complétés par des arrêtés ministériels. Il en va de même de la procédure devant le tribunal de commerce.

Les *règlements d'application* ou *d'exécution* interviennent au contraire pour préciser les dispositions d'une loi. Ainsi toutes les grandes lois commerciales ou de droit des affaires étaient accompagnées d'un décret d'application. Ainsi, les lois relatives aux sociétés commerciales, à la vente du fonds de commerce, à la sauvegarde des entreprises ou encore à la liberté des prix et de la concurrence. Aucun principe ne semble d'ailleurs présider au partage entre les dispositions qui relèvent de la loi et celles qui relèvent du règlement, sinon le caprice des bureaux des ministères chargés de l'élaboration des projets de lois.

Les textes réglementaires relatifs au commerce ont été codifiés par le décret 2007-431 du 25 mars 2007, pour former la *partie réglementaire du Code de commerce*. Les articles reprenant les décrets pris en Conseil d'État sont précédés de la lettre R. Ceux qui reprennent les décrets simples, sont précédés de la lettre D ³¹. Ont été abrogés les textes devenus inutiles, comme les mesures transitoires, et les dispositions faisant double emploi avec un texte de loi. La partie « Arrêtés » du Code de commerce a été l'œuvre de l'arrêté du 14 janvier 2009.

B Les traités internationaux

40. On les classe généralement en trois grandes catégories.

La première catégorie comprend les traités qui respectent la diversité des droits nationaux et qui se contentent de les coordonner. Ces traités sont eux-mêmes de deux sortes. Les *traités d'établissement* prévoient le traitement qui sera accordé sur le sol national aux entreprises des autres États contractants. Le traité peut prévoir une règle d'assimilation aux nationaux – les étrangers sont alors juridiquement traités comme les nationaux – ou une règle de réciprocité – les étrangers sont alors traités sur le sol national comme le sont nos nationaux dans l'État contractant. Les *traités portant règlement des conflits de lois*, visent à désigner l'État dont la loi sera compétente en cas de litige international. Par exemple, lorsqu'un produit fabriqué dans un État cause un dommage à une personne établie dans un autre État, la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 dit quelle est la loi nationale qui devra être appliquée.

Les traités de la deuxième catégorie visent à dépasser la diversité des systèmes nationaux en posant des règles matérielles unifiées. Souvent les règles unifiées ne s'appliquent que dans les rapports internationaux. Par exemple, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 pose des règles matérielles applicables aux ventes de marchandises, mais seulement lorsque ces ventes ont un caractère international. Elle ne s'applique pas aux ventes internes. Parfois, le traité va jusqu'à poser des règles *uniformes*, applicables aussi bien dans les rapports internationaux que dans les rapports internes. Le cas le plus fameux est celui de la Convention de Genève du 7 juin 1930, portant loi uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre.

La troisième catégorie comprend les traités les plus ambitieux, ceux qui mettent en place des organes permanents qui, à leur tour, génèrent des règles de droit international ou préparent de futures conventions internationales. Par exemple la Convention de Stockholm du 14 juillet 1967 créant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ou surtout les traités instituant l'Union

C Le droit de l'Union européenne

41. Le droit de l'Union européenne revêt pour le droit des affaires une importance considérable ³². Son influence est double. En premier lieu, le droit européen *oriente* l'évolution du droit français interne. En effet il comporte, parmi ses objectifs, l'harmonisation et le rapprochement des droits des États membres. À ce titre, les États membres sont obligés de modifier leurs législations internes, afin de les rendre conformes aux directives européennes, qui servent ainsi de modèle commun. En second lieu, le droit européen *modifie* directement le droit français et le *complète*. Les articles du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les règlements pris par l'Union s'intègrent directement dans le droit national, avec une autorité supérieure à celle des lois nationales. À l'intérieur du droit français il existe donc un bloc législatif proprement européen.

1 - Les traités européens

42. Le premier des traités européens fut signé à Paris le 18 avril 1951. Il instituait la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), qui réunissait les six États membres originaires : la France, l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg. Puis le 25 mars 1957 étaient signés, entre les mêmes États, les deux traités de Rome instituant respectivement la Communauté économique européenne (CEE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEA).

Le 7 février 1992, était signé à Maastricht le *traité sur l'Union européenne*. L'Union européenne a englobé les Communautés européennes dans un ensemble plus vaste, comportant deux autres « piliers », une politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et une coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. Surtout, le traité de Maastricht a modifié le traité CE en y incluant une union économique et monétaire conduisant à l'adoption d'une monnaie unique. En 1998, le Conseil européen a adopté l'euro qui, à partir du 1^{er} janvier 2002, s'est entièrement substitué aux monnaies nationales des États participants ³³.

Un projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe ³⁴ fut rejeté par la France par le référendum du 29 mai 2005. En 2007, le gouvernement français lançait alors l'idée d'un « traité simplifié » constituant une alternative au projet de Constitution. Sur cette base a été signé le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

Depuis le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, la Communauté européenne est devenue l'Union européenne. Celle-ci est fondée sur deux traités : le *traité sur l'Union européenne (TUE)* et le *traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)*, qui a remplacé le traité instituant la Communauté européenne ³⁵.

Quant au traité instituant la CECA, il est parvenu à son terme le 23 juillet 2002 et n'a pas été renouvelé. Les secteurs du charbon et de l'acier sont maintenant régis par les dispositions des traités européens.

43. Aux six États membres originaires sont venus se joindre le Danemark, l'Irlande et le Royaume Uni en 1973, la Grèce en 1981, l'Espagne et le Portugal en 1986 puis l'Autriche, la Finlande et la Suède en 1995. Les derniers élargissements de 2003, 2005 et 2007 ont porté le nombre des États membres à vingt-cinq par l'adhésion des républiques de Tchéquie, Estonie, Chypre, Lettonie,

Lituanie, Hongrie, Malte, Pologne, Slovaquie puis à vingt-huit par l'adhésion de la Bulgarie, de la Roumanie en 2007 et de la Croatie en 2013.

2 - Les objectifs de l'Union européenne

44. L'Union a deux grands objectifs.

Le premier est la création d'un *marché intérieur*, intégrant les économies des vingt-huit États membres et conçu comme un espace intérieur sans frontières. La réalisation du marché intérieur résulte de l'exercice de quatre libertés :

— la liberté de circulation des marchandises, grâce à l'abolition de tous les droits de douanes et contingents à l'intérieur de la Communauté (ce qui est acquis depuis 1970), à la disparition des frontières intérieures (effective depuis 1993) et à la suppression des obstacles non tarifaires aux échanges ;

— la libre circulation des capitaux, comportant la suppression du contrôle des changes, qui est effective depuis 1990 ;

— la libre circulation des personnes et des entreprises à l'intérieur de la Communauté, ainsi que la libre prestation des services ;

— la libre concurrence ³⁶.

Le second objectif est la mise en place de politiques communes : citons spécialement la politique commerciale commune, qui concerne le commerce avec les pays tiers, la politique agricole commune, la politique de protection des consommateurs, la politique de l'environnement et surtout la politique économique et monétaire liée à l'adoption de la monnaie unique.

3 - Les caractères du droit de l'Union

45. Le droit de l'Union comprend plusieurs types de dispositions. À côté des dispositions des traités, il existe un *droit dérivé*, issu de l'activité des organes de l'Union, notamment du Conseil, droit foisonnant, souvent technique et complexe. Le droit dérivé comporte lui-même les règlements, qui sont directement applicables dans les États membres, les directives, qui lient les États membres quant au résultat à atteindre mais qui leur laissent le choix des formes et des moyens, et les décisions individuelles qui s'imposent à leurs destinataires. Il existe aussi des textes sans effet obligatoire : recommandations, communications, « livres blancs », « lignes directrices », etc.

46. L'effectivité du droit de l'Union est assurée par la combinaison de l'effet direct et de la supériorité des normes européennes.

L'effet direct signifie que les règles européennes, dès lors qu'elles sont suffisamment précises et inconditionnelles, engendrent des droits et des obligations qui entrent dans le patrimoine des particuliers.

La supériorité de la norme européenne permet au juge national de faire prévaloir toute norme européenne obligatoire sur n'importe quelle règle de droit interne. Ainsi, dans un procès, le juge écartera l'application d'une règle de droit interne qui est contraire au droit de l'Union.

47. Enfin la Cour de justice de l'Union européenne est en mesure d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union, grâce à la procédure du renvoi préjudiciel en interprétation. Toute juridiction d'un État membre peut demander à la Cour d'interpréter une disposition du droit de l'Union, lorsque

cette juridiction estime que cela est nécessaire pour rendre son jugement. Lorsque la question d'interprétation est soulevée devant la Cour de cassation ou devant le Conseil d'État, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice. Dans tous les cas, l'arrêt en interprétation s'impose à la juridiction saisissante (art. 267 du TFUE).

§ 2. Les usages commerciaux

48. Les usages sont les règles non écrites du droit des affaires ³⁷. Ils naissent de la pratique répétée des professionnels ³⁸. L'usage constitue une véritable règle de droit, il a un caractère général et obligatoire ³⁹. Encore faut-il qu'il présente certains caractères qui le distinguent de la simple pratique professionnelle et là est toute la difficulté. À quel moment une pratique accède-t-elle à la dignité de la règle de droit ?

49. Les usages jouent un rôle important en droit des affaires, essentiellement dans le domaine des contrats d'affaires. On les rencontre dans les ventes de marchandises, les contrats de transport, les opérations de crédit, l'affacturage, la franchise. Ils peuvent être particuliers à un secteur professionnel, par exemple le commerce des grains ou le monde de la banque.

Ils sont particulièrement développés dans le commerce international. Il y a à cela une double raison : le manque de règles écrites comportant des dispositions de droit matériel et l'incertitude des règles de conflit de lois. Les opérateurs du commerce international tendent à délaisser les règles écrites et à forger leur propre droit, plus souple, mieux adapté à la pratique. Il se forme un droit des marchands, non écrit, une *lex mercatoria* ⁴⁰. Parfois les usages du commerce international sont rédigés. Ils se traduisent dans des contrats-types ou dans des recueils de définitions des termes techniques, les *incoterms*. Certains organismes privés, comme la Chambre de commerce internationale de Paris, jouent un rôle très actif dans la rédaction des usages. Cependant le fait qu'il soit rédigé ne modifie pas la nature juridique de l'usage, qui peut continuer à évoluer en fonction des nécessités. Enfin la pratique de l'arbitrage, qui est très développée dans les rapports internationaux, conforte les usages. L'arbitre international fait largement appel aux usages. Il contribue à leur formation et à la reconnaissance de leur autorité ⁴¹.

A La nature de l'usage commercial

50. Ce qui fait la difficulté, c'est que les usages ne forment pas une catégorie homogène. D'abord, ils ont une portée variable. Ils peuvent concerner l'ensemble des professionnels ou au contraire une profession déterminée. Ils peuvent s'appliquer sur l'ensemble du territoire ou au contraire dans un lieu précis, comme une ville ou un port. Et surtout, l'usage est une réalité dynamique : il évolue entre le contrat et la règle objective.

Les auteurs ont souvent décrit la formation de l'usage. À l'origine il y a le contrat, la clause expresse. Si la clause donne satisfaction, elle devient pratique contractuelle. Elle s'inscrit dans les conditions générales d'affaires. Elle devient « clause de style ». On la recopie sans y songer. Puis la clause est tellement habituelle qu'elle devient sous-entendue dans les rapports contractuels. Elle est censée être connue de tous les membres de la profession. L'usage finit par s'imposer à eux, comme une règle d'habitude. Enfin il est consacré comme règle coutumière par les tribunaux et les arbitres. Parfois la loi écrite renvoie expressément à l'application des « usages du commerce » ⁴². À la limite il

est recueilli par la loi écrite.

51. L'usage se trouve à un stade intermédiaire, au-delà de la clause de style, mais en deçà de la loi écrite. C'est ce qui conduit à reconnaître l'existence de deux sortes d'usage : l'usage conventionnel et l'usage de droit.

L'*usage conventionnel*, appelé parfois usage de fait, tire sa force de la volonté présumée des parties à un contrat. Dans le silence du contrat, les parties sont censées avoir accepté l'usage et s'y être référées ⁴³. Il est obligatoire en ce sens que, dans le silence de la convention, le juge devra l'appliquer.

L'*usage de droit*, appelé parfois usage impératif, tire sa force du fait que les professionnels de la branche sont convaincus de son autorité. Ce n'est plus une clause sous-entendue, c'est une règle objective. Au fond l'usage de droit a la même nature que la coutume ⁴⁴. Ainsi, par exemple, la règle coutumière selon laquelle la solidarité passive se présume entre commerçants ou encore celle qui admet la réfaction du contrat en cas d'inexécution partielle de la vente.

En pratique la différence consiste en ce que l'usage conventionnel ne s'impose qu'aux personnes qui sont censées l'avoir connu. Si l'on peut prouver que l'on ignorait l'usage, il ne s'appliquera pas. À l'inverse, l'usage de droit s'applique même lorsque les parties ignoraient son existence.

Mais il faut prendre garde, obligatoire ne signifie pas impératif et il est douteux qu'il existe des usages impératifs. Les parties peuvent toujours déroger à l'usage, qu'il soit conventionnel ou de droit, à condition de l'écarter par une clause expresse de leur contrat.

B L'autorité des usages

52. L'usage conventionnel et l'usage de droit n'ont pas la même autorité. La différence se manifeste à propos de quatre questions.

Première question : La partie qui revendique l'application d'un usage doit-elle rapporter la preuve de son existence ? L'usage conventionnel, comme n'importe quelle stipulation contractuelle, doit être prouvé. Il peut l'être par tous moyens de preuve, car en droit commercial la preuve est libre. Au contraire, l'usage de droit n'a pas à être prouvé, le juge est censé le connaître. Dans les deux cas cependant l'on peut recourir aux *parères*, qui sont des attestations délivrées par les chambres de commerce et d'industrie ou par les organisations professionnelles et qui permettent d'établir l'existence de l'usage.

Deuxième question : Peut-on écarter l'usage en montrant que l'on ignorait ou que l'on était censé ignorer son existence ? Comme on l'a vu, l'usage conventionnel peut être écarté si l'une des parties démontre qu'elle l'ignorait. Au contraire, l'usage de droit s'impose même à ceux qui l'ignoraient. Mais il faut nuancer ce principe en rappelant qu'un usage, qu'il soit conventionnel ou de droit, n'a d'autorité que dans certaines limites tenant à la profession ou au lieu ⁴⁵. Il est donc indispensable de commencer par fixer, de façon objective, le domaine de l'usage. Il y a des usages communs à tous les commerçants, ainsi l'usage selon lequel, entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes ⁴⁶. Il y a des usages particuliers à une profession. Si les deux parties n'appartiennent pas au même milieu professionnel ou ne résident pas dans le lieu où l'usage a cours, il n'est pas possible de leur appliquer cet usage, qu'il soit conventionnel ou de droit, qu'elles l'aient connu ou non ⁴⁷.

Troisième question : L'usage peut-il prévaloir contre la loi écrite ? L'usage conventionnel a une autorité inférieure à celle de la loi impérative. En revanche, il prévaut sur la loi simplement supplétive de volonté, puisqu'il est censé exprimer la volonté des parties. Au contraire l'usage de

droit a même valeur que la loi impérative (l'on parle alors d'usage *contra legem*). Comme le plus souvent l'usage de droit a un domaine d'application plus étroit que celui de la loi écrite, on le fera prévaloir en invoquant la règle d'interprétation selon laquelle la loi spéciale déroge à la loi générale. En somme, l'usage *contra legem* n'a pas une autorité supérieure à celle de la loi ; il a simplement un domaine d'application différent.

Quatrième question : Le non-respect d'un usage par un tribunal est-il sanctionné par la cassation ? L'interprétation de l'usage conventionnel relève de la souveraine appréciation des juges du fond et la Cour de cassation refuse d'en connaître et d'en contrôler l'application ⁴⁸. Au contraire la Cour de cassation contrôle l'application des usages de droit. La violation de l'usage de droit est un cas de violation de la loi ⁴⁹.

Exemple (tiré de Com., 27 avril 1982, n° 81-11.766). Une société X confie, par contrat, à une agence Y la gestion exclusive de la publicité de la revue qu'elle publie. Au terme du contrat, la société X décide de ne pas poursuivre son partenariat avec l'agence Y. Celle-ci se défend en réclamant à la société X une indemnité. Au soutien de sa prétention, l'agence Y invoque l'usage commercial en matière de publicité selon lequel une agence de publicité a droit à une indemnité lorsqu'elle a contribué au développement de la clientèle de celui qui a fait appel à ses services. De son côté, la société estime que cet usage ne lui est pas opposable. L'argument de la société X est mal fondé. En effet, en tant que professionnel du secteur (la publicité) couvert par l'usage, la société X était censée le connaître et l'avoir accepté. Elle aurait certes pu l'écarter dans une clause du contrat passé avec l'agence Y, mais ce ne fut pas le cas. En conséquence, l'usage était bien applicable en l'espèce.

§ 3. La jurisprudence et les autorités

A La jurisprudence commerciale

53. Selon une définition classique, la jurisprudence résulte d'un ensemble de décisions concordantes, rendues par les tribunaux à propos d'un même problème de droit. La doctrine dominante considère aujourd'hui que la jurisprudence est une véritable source du droit. Mais il faut que la jurisprudence remplisse certaines conditions.

1) Elle doit émaner de juridictions supérieures. En principe, la jurisprudence est celle de la Cour de cassation. En l'absence d'arrêts rendus par celle-ci, l'on peut prendre en considération la jurisprudence des cours d'appel, mais avec prudence.

2) Il faut plusieurs décisions concordantes, un arrêt isolé ne suffit pas.

3) La règle déduite des arrêts doit avoir une certaine constance.

Il ne faut pas oublier que la jurisprudence évolue. Le droit français ignore le système du « précédent ». Les tribunaux inférieurs ne sont pas liés par la jurisprudence de la Cour de cassation, même si elle est clairement établie. Ils peuvent statuer en sens contraire et une résistance des cours d'appel n'est pas rare. La Cour de cassation peut alors être amenée à revenir sur sa jurisprudence. Le juriste doit donc utiliser la jurisprudence avec la plus grande précaution.

54. La jurisprudence commerciale ne présente pas de traits véritablement spécifiques. Il est vrai qu'à la base, les jugements sont rendus par les tribunaux de commerce, qui sont proches de la réalité des affaires et qui sont tentés de donner satisfaction aux aspirations de la pratique. Mais à partir de l'instance d'appel, les affaires sont jugées par des magistrats professionnels. Les arrêts des cours d'appel et de la Cour de cassation atténuent les divergences d'interprétation qui pourraient survenir entre les décisions des juridictions civiles et les décisions des tribunaux de commerce. La chambre commerciale de la Cour de cassation hésite elle-même à se mettre en opposition avec les autres chambres. Il faut un puissant mouvement des tribunaux de commerce, répondant à une nécessité

pratique particulièrement pressante, pour que la chambre commerciale s'en fasse l'écho. Mais il est vrai aussi que la chambre commerciale n'hésite pas, dans certaines occasions, à prendre des positions fortement novatrices, qui contribuent à l'autonomie du droit des affaires.

B Les institutions administratives et professionnelles du commerce

55. Il existe traditionnellement en France de nombreuses institutions publiques ou privées, qui sont chargées d'encadrer et d'orienter la vie économique. Ces institutions relèvent soit de l'administration, qui a en charge l'intérêt général, soit d'organisations professionnelles, davantage axées sur la défense des entreprises. La matière relève d'une branche spéciale du droit, le *droit public économique* ⁵⁰. Nous nous contenterons de quelques indications très générales.

Il faut souligner le rôle joué depuis une quarantaine d'années par les *autorités administratives indépendantes*, qui présentent un nouveau visage de l'administration. Composées de personnes qui ne relèvent pas du pouvoir hiérarchique de l'administration mais qui ont une expérience reconnue dans une branche de l'économie, elles ont pour mission de veiller au respect de la liberté économique et de la concurrence tout en assurant un certain pouvoir de contrôle au nom de l'intérêt public. Dans les secteurs économiques spéciaux, comme les télécommunications ou l'énergie, elles garantissent la mise en œuvre d'une réglementation spécifique en accord avec la libéralisation du secteur ⁵¹. Ainsi, l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), l'Autorité de la concurrence, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

1 - L'intervention administrative

56. L'administration intervient de trois manières : par son pouvoir normatif, par son pouvoir de décision et par son rôle consultatif.

57. Pouvoir normatif de l'administration. Nous avons déjà parlé du pouvoir réglementaire du président de la République et du Premier ministre. Les ministres, et même le ministre chargé de l'économie, ne disposent pas, en matière économique, de la compétence réglementaire autonome. Ils ne peuvent pas de leur propre chef édicter des mesures générales qui s'imposeraient aux entreprises. Les ministres peuvent seulement prendre des arrêtés pour l'application des lois et des décrets, lorsqu'ils en sont chargés. Les préfets et les maires peuvent prendre des mesures réglementaires, mais en principe dans le cadre de leurs pouvoirs de police uniquement.

Le pouvoir réglementaire peut être cependant délégué à des autorités administratives indépendantes, comme l'Autorité des marchés financiers ou l'Autorité de contrôle prudentiel. Les règlements émanant de ces instances ont en fait une importance plus grande que celle de la plupart des arrêtés ministériels. Ils jouent un rôle déterminant dans les secteurs de la banque et des activités financières.

À côté des textes réglementaires, il existe des textes qui n'ont pas de force juridiquement contraignante, mais qui font connaître la pratique administrative. Tel est le cas des circulaires administratives et des réponses ministérielles aux questions des parlementaires. Ces normes, quoique dénuées d'effet contraignant, influencent la pratique du droit. Le juriste ne peut les ignorer.

58. Pouvoir de décision de l'administration. L'action administrative s'exprime le plus souvent

sous la forme de décisions individuelles, qui appliquent les lois et règlements à des cas concrets. À la faveur de ces applications concrètes, il se crée une pratique administrative.

De même, certaines autorités administratives indépendantes prennent des décisions individuelles, qui sont publiées. C'est le cas notamment de l'Autorité de contrôle prudentiel ainsi que de l'Autorité de la concurrence. Leurs décisions ne donnent pas naissance à une jurisprudence, au sens strict du terme. Mais elles sont étudiées par les praticiens, qui en tiennent le plus grand compte.

Tout cela accentue la diversité des sources et rend difficile la connaissance du droit des affaires. Celui-ci devient de plus en plus une discipline de spécialistes et d'initiés, seuls capables de saisir, dans leurs moindres détails, les pratiques changeantes des autorités administratives. Comme l'administration procède au coup par coup, au gré de politiques soumises à des changements incessants, le droit perd de sa constance, de sa cohérence et de sa clarté. Il devient trop souvent obscur et bureaucratique, sans inspiration d'ensemble.

59. Fonction consultative des autorités administratives. La fonction consultative, qui s'exprime sous forme d'avis, de rapports et de recommandations, est normalement destinée à éclairer les autorités publiques. Cependant, il est fréquent que le contenu en soit officiellement publié. De cette façon, les instances consultatives exercent une certaine influence sur les milieux économiques.

À l'échelle nationale, deux institutions occupent à cet égard une place importante. Le Conseil économique, social et environnemental (CESE), dont l'existence est prévue par la Constitution, a une vocation consultative générale. C'est une assemblée, composée de représentants de tous les secteurs socio-économiques, désignés par les organisations professionnelles. L'autre institution est le Commissariat général à la stratégie et à la prospective (CGSP). Créé par le décret du 22 avril 2013, il se substitue au Centre d'analyse stratégique, qui avait lui-même remplacé l'ancien Commissariat général au plan.

60. Élaboré en concertation avec les divers représentants du monde économique et social, le *Plan* fixait les grands objectifs de la nation pour les quatre ou cinq années à venir, ainsi que les moyens nécessaires d'exécution. Depuis 1947, onze plans se sont succédé sans interruption.

À l'origine, sans aller jusqu'à ressembler aux plans des pays socialistes, le Plan s'inscrivait délibérément dans un climat d'interventionnisme de l'État dans l'économie. D'où la relance vigoureuse mais éphémère de la planification en 1981. Bien qu'il fût adopté par une loi, le Plan n'a jamais comporté de règles juridiques contraignantes pour les entreprises. Il était purement indicatif ; désignant des objectifs de nature économique, il orientait les interventions de l'administration. Ces interventions consistaient traditionnellement en investissements publics, en avantages fiscaux, en subventions et en aides financières diverses.

En réalité, le Plan avait changé de caractère au fil des années. Ayant perdu sa fonction d'organe de direction de l'économie, le Commissariat au Plan était devenu un simple observatoire de la vie économique.

Lieu d'échanges et de concertation, le CGSP apportera son concours au Gouvernement pour déterminer les grandes orientations de l'avenir de la nation et des objectifs à moyen et long termes de son développement économique, social, culturel et environnemental. Il contribue, par ailleurs, à la préparation des réformes décidées par les pouvoirs publics.

61. La fonction consultative est également exercée par les autorités spécialisées. Le Conseil consultatif du secteur financier, l'Autorité de la concurrence, le Conseil national de la consommation, la Commission des clauses abusives, la Commission d'examen des pratiques commerciales sont appelés à donner des avis au gouvernement ou aux commissions parlementaires.

2 - L'organisation professionnelle

62. En supprimant les corporations, la Révolution avait mis fin à l'organisation professionnelle du commerce. Il fallut attendre la loi du 9 avril 1898 pour que naissent les premières chambres de commerce et d'industrie. Elles sont aujourd'hui régies par le titre 1^{er} du livre VII du Code de commerce (art. L. 710-1 à L. 713-18). Il existe au moins une chambre de commerce et d'industrie par département. Ce sont des établissements publics, composés de commerçants et de chefs d'entreprises, élus en même temps que les juges du tribunal de commerce. Les missions des chambres de commerce et d'industrie sont nombreuses : elles sont consultées par le gouvernement, notamment sur les projets de modification de la législation commerciale ; elles gèrent un certain nombre d'établissements comme les magasins généraux ou des entrepôts ; elles peuvent être concessionnaires de travaux publics et à ce titre gérer un port ou un aéroport ; elles peuvent mettre en place des établissements de formation professionnelle.

La loi du 23 juillet 2010 a cherché à rationaliser le réseau des chambres de commerce. Les pouvoirs des chambres de région ont été renforcés. Les chambres territoriales (CCIT) assurent principalement les services de proximité aux entreprises. Elles sont regroupées en chambres de commerce et d'industrie de région (CCIR) et il existe une Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie.

La liberté syndicale, recouvrée grâce à la loi du 21 mars 1884, avait ouvert la voie à la constitution des chambres syndicales. Les chambres syndicales sont des associations privées, ayant la forme du syndicat professionnel. Elles regroupent les entreprises d'un même secteur économique et sont chargées de la représentation et de la défense des intérêts professionnels de leurs membres. Elles sont ensuite regroupées en fédérations. Les fédérations se retrouvent à leur tour au sein de deux confédérations nationales, le Mouvement des entreprises françaises (MEDEF) et la Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME).

C La doctrine

63. En face des sources nombreuses et diverses du droit des affaires, il revient à la doctrine de faire œuvre de réflexion et de synthèse. La doctrine commercialiste s'est affirmée de façon brillante à la fin du XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e. Les travaux de grands juristes tels que Thaller, Lyon-Caen, Escarra, Ripert, Roubier, Hamel, Rodière, ont puissamment contribué à la formation du droit commercial et à l'affirmation de son autonomie. Leur tradition se perpétue aujourd'hui grâce à de nombreux ouvrages scientifiques, traités, articles de doctrine et thèses de doctorat de valeur, qui font le lien entre la pratique des affaires et la théorie du droit. Une réflexion critique, doublée d'un effort de conceptualisation constitue le seul rempart valable contre le dépérissement du droit.

Quelques grands noms de la doctrine commercialiste (1800-1950) ⁵²

– Jean-Guillaume LOCRE, 1758-1840. Il fut d'abord avocat au Parlement de Paris de 1787 à 1789. Après la Révolution, il occupa, de 1800 à 1815, le poste de secrétaire général du Conseil d'État, ce qui en fait un observateur privilégié des codifications napoléoniennes. Il publia de 1826 à 1832 les travaux préparatoires des codes. L'ouvrage comprend 31 volumes réunis sous le titre *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*. De même, en 1829, il fit paraître *L'esprit du Code de commerce* dans lequel il commente les articles de la nouvelle législation.

– Jean-Marie PARDESSUS, 1772-1853, fut le premier professeur de droit commercial de la Faculté de droit de Paris. Il est d'ailleurs considéré comme le fondateur de cette discipline à laquelle il a consacré plusieurs ouvrages parmi lesquels un *Traité du contrat et des lettres de change* (1809), des *Éléments de jurisprudence commerciale* (1814) et surtout un *Cours de droit commercial* (1814). Son œuvre est plus vaste. Ainsi, son *Traité des servitudes* (1806) constitue toujours une référence. En 1821, il est nommé conseiller à la Cour de cassation, qu'il quittera à sa demande après la Révolution de 1830.

– Claude-Étienne DELVINCOURT, 1762-1831. Docteur agrégé à la Faculté de droit de Paris en 1790, Delvincourt est nommé doyen en 1809. Il devra abandonner ses fonctions en 1830 au moment de la Révolution, du fait de ses idées royalistes. Il est l'auteur d'un

Cours de Code Napoléon (1813) et des *Institutes de droit commercial* (1810).

– Charles LYON-CAEN, 1843-1935, et Louis RENAULT, 1843-1918, ont collaboré à la rédaction d'un *Précis de droit commercial* (1879) devenu un *Manuel* destiné aux étudiants (1887) puis un *Traité* qui comprendra 9 volumes et fera l'objet de 4 éditions (1889-1899). Charles Lyon-Caen fut doyen de la Faculté de droit de Paris. Il a également présidé le comité juridique de la Banque de France. Louis Renault a obtenu le Prix Nobel de la paix en 1907 pour son implication dans le développement d'un droit international humanitaire.

– Edmond-Eugène THALLER, 1851-1918, fut un professeur reconnu de droit commercial. Agrégé en 1877, il est d'abord professeur à Dijon puis à Paris à partir de 1893. En 1886, il fonde les *Annales de droit commercial*. Son œuvre majeure est la direction du *Traité général et pratique de droit commercial* en 8 volumes auquel vont notamment collaborer Josserand, Ripert, Pic, Percerou, Hamel et Roblot. Les analyses de Thaller sur le compte courant ou sur les rapports du droit civil et du droit commercial (*Livre du centenaire* du Code civil) restent d'actualité. On lui doit également un livre intitulé *La vie juridique du Français* sous-titré *Introduction à l'étude philosophique et pratique du droit* (1808).

– Jean ESCARRA, 1885-1955, a écrit en collaboration avec son frère Édouard ESCARRA, président du Crédit Lyonnais, et Jean RAULT, professeur à la Faculté de droit de Lille, un *Traité théorique et pratique de droit commercial* publié à partir de 1950. Les quatre premiers volumes sont consacrés aux sociétés commerciales. Deux autres volumes traitent des contrats commerciaux. Jean Escarra fut par ailleurs conseiller du gouvernement chinois, avant la prise du pouvoir par Mao Zedong. Il a contribué à la loi de 1957 sur la propriété intellectuelle.

– Georges RIPERT, 1880-1958, est l'auteur d'une œuvre juridique importante qui comprend plusieurs essais (*Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946), des articles (« L'ordre économique et la liberté contractuelle » aux *Mélanges F. Gény* en 1935, « Ébauche d'un droit civil professionnel » aux *Mélanges H. Capitant*, 1939) et des ouvrages d'enseignement. En droit civil, Ripert a repris le *Traité* de Marcel Planiol. En droit commercial, outre la rédaction de la partie sur le droit maritime du *Traité* de Thaller (*cf. supra*), Ripert est l'auteur d'un *Traité de droit commercial* en 3 volumes aux éditions LGDJ, qui sera continué par René Roblot et, aujourd'hui, par M. Michel Germain.

– Joseph HAMEL, 1889-1962, et Gaston LAGARDE, 1899-1992, sont les auteurs d'un *Traité de droit commercial* aux éditions Dalloz en 1954. Joseph Hamel fut professeur à la Faculté de droit de Paris. Il est également l'auteur du volume sur la vente et l'échange dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert. En 1933 et 1943 paraît son ouvrage sur les *Banques et les opérations de banque*, fruit de ses réflexions d'enseignant et de consultant. Joseph Hamel s'est également intéressé au droit comparé et a présidé le comité chargé de l'adaptation du droit français au Marché commun. Gaston Lagarde fut appelé à la Faculté de droit de Paris après avoir enseigné à la Faculté de droit de Rennes. Il a contribué au *Cours de droit civil* de Charles Beudant et dirigé l'Institut de droit des affaires.

En rappelant les principes qui sous-tendent les règles particulières, en découvrant les cohérences logiques qui justifient les systèmes et en soulignant les objectifs de justice et de sécurité, la doctrine contribue à la réalisation pratique du droit. Mais l'interprète et le praticien doivent l'utiliser avec prudence. Seule l'opinion concordante d'un nombre suffisant d'auteurs peut faire autorité. L'on ne peut du reste attendre de la doctrine un catalogue de solutions toutes faites. Elle est plutôt une invitation et une aide au raisonnement juridique.

Section 3

Définition et domaine du droit des affaires

64. Il n'y a guère de discussion sur le contenu du droit des affaires. Aujourd'hui, tout le monde est à peu près d'accord pour penser, avec la tradition universitaire, qu'il recouvre les matières suivantes.

Grands chapitres du droit des affaires

I. Les structures commerciales

- Statut des entreprises commerciales
- Sociétés commerciales

II. L'activité commerciale

- Droit de la concurrence et de la propriété industrielle
- Contrats commerciaux et distribution

– Opérations financières : effets de commerce et opérations de banque

III. Les sanctions

– Juridiction commerciale et arbitrage

– Procédures collectives de sauvetage, de redressement et de liquidation des entreprises

Le problème de frontière avec les branches voisines est plus aigu. Il faut dégager le critère rationnel qui permet de déterminer avec précision le domaine du droit des affaires. Pour cela il convient de le situer d'abord par rapport au droit civil (§ 1) puis par rapport au droit commercial (§ 2).

§ 1. Droit des affaires et droit civil

65. Le droit des affaires affirme sa spécificité par rapport au droit civil (A). S'il entretient avec lui des rapports de complémentarité (B), il exerce parfois sa domination (C).

A La spécificité du droit des affaires

66. Quelles sont les raisons de cette spécificité ? Ce sont les exigences propres à la vie et au développement des affaires.

— Une exigence de rapidité et de simplicité des opérations d'affaires. Les hommes d'affaires sont amenés à prendre des décisions rapides lorsque des opportunités se présentent, par exemple l'achat d'un lot de marchandises à un cours intéressant. Par ailleurs, la gestion courante d'une entreprise ne doit pas être compliquée par un formalisme contraignant. En pratique, les contrats sont conclus par un simple échange de lettres et même par communication téléphonique ou message électronique. Les transferts de créances ou de valeurs mobilières cotées en bourse, se font selon des procédures informatiques très simplifiées. Il n'empêche que les grands contrats, par exemple pour la construction d'ensembles industriels, sont conclus par écrit, à la suite de négociations, parfois très longues.

— Une exigence de sécurité. Les obligations doivent être exécutées ponctuellement, car un retard de livraison ou de paiement produit des effets en cascade, tout au long de la chaîne de production ou de distribution. Ce n'est pas seulement l'intérêt du créancier qui est en jeu, mais le dynamisme d'un secteur économique. D'où l'importance des règles d'exécution.

— Une exigence de technicité. Les praticiens des affaires mettent au point des montages contractuels complexes, par exemple des combinaisons de sociétés, des prêts bancaires accordés par des consortiums de banques, des réseaux de magasins en franchise. Ces mécanismes requièrent l'intervention de juristes spécialisés, connaissant parfaitement la pratique des contrats et des sociétés, sans oublier le droit fiscal.

— Une exigence de confiance mutuelle. Au-delà des rivalités et des égoïsmes, il existe une certaine forme de solidarité entre professionnels. Cette confiance résulte de l'appartenance à un milieu d'affaires plus ou moins clos et de la connaissance des usages qui le gouvernent. Cette confiance se traduit dans le rôle de la bonne foi dans la conclusion et l'exécution des contrats et dans le recours spontané aux procédures de transaction et d'arbitrage.

67. Ces exigences propres à la vie des affaires sont à l'origine de règles spéciales, qui dérogent au droit commun. Le droit commercial a toujours été conçu comme un *droit d'exception* et le droit des affaires se démarque des règles du droit civil.

Exemples. Le régime de la preuve. En droit civil, la règle est celle de la preuve préconstituée, tout acte dont l'objet a une valeur supérieure à 1 500 euros devant être passé par écrit. Au contraire, le droit commercial affirme le principe de la liberté de la preuve. Un contrat peut être prouvé par tous moyens.

La solidarité. En droit civil, la solidarité entre les débiteurs d'une même dette ne peut résulter que d'une stipulation expresse. À défaut, la dette est *conjointe*, ce qui signifie qu'elle se divise. Au contraire, la solidarité entre les codébiteurs ayant la qualité de commerçants se présume.

Les litiges entre commerçants sont portés devant une juridiction spéciale, le tribunal de commerce, composé de commerçants élus.

Cependant, malgré ses traits spécifiques, le droit des affaires n'est pas totalement indépendant du droit civil. Il entretient avec lui une relation de complémentarité.

68. La spécificité du droit des affaires soulève la question générale de son interprétation. D'un côté, le droit des affaires étant un droit d'exception par rapport au droit civil, qui est le droit commun, il devrait être soumis à une interprétation restrictive. Dès lors que le droit des affaires ne donnerait pas la solution d'un problème juridique, il faudrait se tourner vers le droit civil, dont l'application est résiduelle, pour trouver la réponse. Mais d'un autre côté, la spécificité du droit des affaires pousse à la reconnaissance de son *autonomie*. Le droit des affaires devrait se suffire à lui-même et se libérer de toute attache avec le droit civil.

La thèse de l'autonomie du droit des affaires ne l'a pas emporté. Certes, le droit des affaires n'est plus aujourd'hui conçu comme un droit d'exception. Il reste cependant pour partie tributaire du droit civil. L'on reconnaît plutôt que droit civil et droit des affaires sont complémentaires.

B Complémentarité du droit civil et du droit des affaires

69. Le droit des affaires présente des traits spécifiques, mais il ne se suffit pas à lui-même. Il ne constitue pas une branche absolument autonome du droit. Il a besoin des autres disciplines et principalement du droit civil.

Exemple 1. Le droit des sociétés. Le Code civil comporte, dans les articles 1832 et suivants, des dispositions générales concernant toutes les sociétés. Le livre II du Code de commerce ne concerne que les sociétés commerciales. Si un problème d'interprétation se pose à propos d'une société commerciale, l'on cherchera tout d'abord à le résoudre dans le cadre du Code de commerce. Si celui-ci ne permet pas de résoudre la difficulté, l'on se tournera vers les dispositions des articles 1832 et suivants du Code civil. Celui-ci est d'application subsidiaire : 1) Il comble les lacunes du Code de commerce et 2) Il éclaire les dispositions du Code de commerce.

Exemple 2. Le droit de la vente. La vente de marchandises relève en principe du droit des affaires. Mais cela ne veut pas dire qu'elle échappe à l'application du droit civil, bien au contraire. Le régime juridique de la vente commerciale est en effet régi, dans une très large mesure, par les textes du droit civil. Ainsi, pour tout ce qui concerne le consentement, l'exécution et les dommages et intérêts, l'on applique les règles du Code civil. Il en est de même pour la garantie des vices cachés, qui est régie par les articles 1641 et suivants du Code civil.

Toutefois, sur ce dernier point, il est intéressant de remarquer que la jurisprudence a posé une règle particulière à propos de la garantie due par le vendeur professionnel. Selon l'article 1646 du Code civil, le vendeur de bonne foi, qui au moment de la vente ignorait le vice de la chose vendue, est simplement tenu de restituer le prix à l'acheteur et ne peut être condamné à des dommages et intérêts. Mais la Cour de cassation a créé une présomption selon laquelle le vendeur professionnel est censé connaître les vices de la chose vendue ⁵³. Et cette présomption de mauvaise foi est irréfragable. Le vendeur professionnel sera donc, dans tous les cas, condamné à verser des dommages et intérêts à l'acheteur. Ainsi la jurisprudence a créé une règle spéciale aux *professionnels*, qui déroge à la règle civile.

C Influence du droit des affaires sur le droit civil

70. Le droit des affaires est expansionniste. Les institutions du droit des affaires qui ont fait la

preuve de leur efficacité sont volontiers reprises, au bout d'un certain temps, par la législation civile. On peut dire que le droit des affaires sert de laboratoire pour l'expérimentation de certaines règles nouvelles, qui sont ensuite adoptées et généralisées par le droit civil.

L'expansionnisme du droit des affaires s'est spécialement manifesté, par exemple, dans l'évolution, ces dernières années, du droit des procédures collectives de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises. Traditionnellement, la procédure de la faillite, avec son cortège de sanctions, était réservée aux commerçants. En 1967 elle a été étendue à toutes les personnes morales de droit privé. En 1985, les nouvelles procédures de redressement et de liquidation ont été déclarées également applicables aux artisans. En 1988 elles ont été étendues aux agriculteurs, puis en 2005 aux personnes physiques exerçant une profession indépendante, y compris une profession libérale ⁵⁴. C'est donc toute une institution du droit commercial qui a ainsi été étendue en dehors du droit commercial. Aujourd'hui, les procédures collectives de sauvegarde, de redressement et de liquidation s'appliquent à toutes les entreprises. Elles font partie du droit des entreprises.

71. Il est plus fréquent que, sans adopter purement et simplement une institution originale du droit commercial, le droit civil copie ou imite certaines règles de celui-ci. Ainsi lorsque la loi du 4 janvier 1978 a réformé la société civile, elle a emprunté au droit commercial la règle selon laquelle la personnalité morale s'acquiert par l'immatriculation au registre du commerce. Cette règle, qui jusqu'alors était spéciale aux sociétés commerciales, a été étendue à toutes les sociétés, aussi bien civiles que commerciales, et elle figure aujourd'hui à l'article 1842 du Code civil. Corrélativement il a fallu modifier le nom du registre du commerce qui est devenu le « Registre du commerce et des sociétés ». De même, en 1989, le législateur s'est inspiré du droit des procédures collectives pour créer à destination des particuliers surendettés un régime de prévention et règlement de leurs situations ⁵⁵.

Le droit commercial tend ainsi à déborder hors de son domaine traditionnel. Mais c'est évidemment au détriment de son identité.

§ 2. Droit des affaires et droit commercial

72. Les rapports entre le droit des affaires et le droit commercial sont paradoxaux. D'un côté les deux branches entretiennent un rapport de rivalité. Chacune prétend régir à elle seule l'ensemble de la matière, c'est-à-dire l'ensemble des relations professionnelles privées ayant un objet économique. Mais d'un autre côté, le droit des affaires et le droit commercial sont condamnés à vivre ensemble. Ils forment un tout inséparable.

Historiquement, le droit commercial est apparu le premier et il a un long passé. Il s'est affirmé comme discipline indépendante. Mais à partir de la Seconde Guerre mondiale, il a commencé à subir la concurrence de nouvelles branches du droit.

A Les insuffisances du droit commercial classique

73. Le droit commercial, en tant que discipline scientifique, a été la cible de deux sortes de critiques doctrinales. Les unes visent son caractère et son esprit. Le droit commercial serait dogmatique et trop éloigné de la réalité. Les autres concernent davantage sa définition et son

1 - Caractère et esprit du droit commercial

74. Selon une partie de la doctrine, le droit commercial traditionnel serait trop dogmatique. On lui reproche de privilégier l'étude des règles, plutôt que de s'intéresser aux situations concrètes, que sont les situations d'affaires. Dans la vie quotidienne des affaires, le juriste est confronté à des situations qui ignorent les divisions du droit et dont le traitement commande de combiner des règles tirées non seulement du droit commercial, mais encore du droit civil, du droit fiscal ou du droit du travail. Il est même souhaitable que le juriste d'affaires connaisse les techniques de gestion et de financement des entreprises.

Par exemple, le juriste qui doit mettre en place une cession d'entreprise, ne peut se contenter d'étudier les règles commerciales qui régissent la matière. Il doit aussi considérer les règles civiles de la vente, les règles du droit du travail concernant les droits des salariés, les règles de droit fiscal, etc., afin de trouver la forme juridique la plus appropriée à la cession envisagée. En combinant les différentes possibilités offertes et les différentes contraintes imposées par le droit, il pourra proposer aux parties une solution convenable ou un choix entre plusieurs formules. Bref, le travail du juriste d'affaires requiert, outre de l'imagination, la capacité de sortir de sa discipline propre. Comme l'a dit le professeur Champaud, *la vie des affaires ne se prête pas aux découpages disciplinaires* ⁵⁷.

75. Il y a beaucoup de vrai dans cette critique du droit commercial, conçu comme discipline. Il est exact qu'il a donné trop d'importance aux règles contraignantes, imposées par le législateur moderne, spécialement en période de dirigisme économique, et qu'il ne laisse pas assez la place aux problèmes de la pratique. La proposition d'inverser la démarche intellectuelle et de partir des situations concrètes d'affaires plutôt que des règles abstraites a quelque chose d'exaltant. Mais si la proposition vaut pour les praticiens du droit et pour l'enseignement de fin d'études, notamment en troisième cycle des Universités ou en année terminale des Écoles de commerce, il faut convenir que la méthode proposée ne convient pas à la formation de base des juristes. À moins de bouleverser totalement l'enseignement universitaire, ce qui n'est pas réaliste, il faut bien commencer par enseigner les différentes branches du droit, afin d'inculquer aux étudiants les principes, les notions et les divisions fondamentales propres à chaque branche. C'est en effet à ce prix que le juriste est à même de trouver la règle applicable à un cas d'espèce. C'est seulement ensuite que l'on peut, à notre avis, parler de pluridisciplinarité. L'étude du droit ne saurait se ramener, dans les conditions actuelles du travail universitaire, à une série d'études de cas.

2 - Définition et domaine du droit commercial

76. La définition du droit commercial est incertaine et, surtout, son domaine correspond à une conception de la vie économique qui est dépassée, car elle n'a plus de justification.

a) Une définition incertaine

77. La définition du droit commercial reste incertaine, car les rédacteurs du Code de commerce n'ont pas su choisir entre deux conceptions possibles du droit commercial, la conception subjective et la conception objective.

— Selon la théorie subjective, le droit commercial se définit comme le droit des commerçants,

c'est-à-dire l'ensemble des règles applicables aux commerçants et à leurs rapports entre eux ou avec les tiers. Le critère d'application est celui de la personne : le commerçant agissant à des fins professionnelles.

— Selon la théorie objective, le droit commercial est le droit des actes de commerce, c'est-à-dire des opérations commerciales, même lorsqu'elles sont le fait de non-professionnels. Le critère d'application est alors une opération, qualifiée a priori de commerciale par nature.

Or l'ancien Code de commerce était sur cette question très ambigu. D'un côté, le Code débutait par une définition du commerçant qui figurait à l'article 1^{er}. Il semblait donc se rallier à la conception subjective du droit commercial. Mais, d'un autre côté, il donnait dans ses articles 632 et 633 une liste des actes de commerce, ce qui n'a de sens que dans la théorie objective. De plus, l'article 631 du code cumulait les deux critères. S'agissant de la compétence du tribunal de commerce, il disposait que celui-ci connaîtra des litiges entre commerçants (conception subjective) et des litiges relatifs « aux actes de commerce entre toutes personnes » (conception objective). Cette présentation défectueuse a semé le trouble chez les juristes pendant un siècle et demi. Le nouveau Code de commerce ne pouvait pas mettre fin à cette ambiguïté puisqu'il reprenait les textes anciens sans les modifier. Les rédacteurs ont cependant cru bon de faire figurer la liste des actes de commerce en tête du nouveau code (art. L. 110-1), dans un titre 1^{er} intitulé « De l'acte de commerce ». Cette nouvelle présentation tend, au prix d'un anachronisme, à privilégier la théorie objective du droit commercial.

Remarque : Au contraire, le Code allemand du commerce ⁵⁸ a clairement opté pour la conception subjective. Le commerçant est défini par son cadre d'activité, l'entreprise, et par son immatriculation au registre du commerce.

78. En France, les commercialistes du XIX^e siècle, se sont généralement ralliés à la théorie objective. Au XX^e, Ripert a remis en honneur la théorie subjective du droit commercial ⁵⁹. Aujourd'hui beaucoup d'auteurs considèrent que la querelle est stérile et que le droit commercial est à la fois le droit des commerçants et le droit des actes de commerce. Mais il reste que l'absence, en doctrine, d'un critère ferme a sans doute nui au développement du droit commercial.

En réalité, la jurisprudence et les lois postérieures au Code de commerce, ont, sans le dire, consacré la conception subjective. Le concept de commerçant est aujourd'hui le critère à peu près exclusif de l'application du droit commercial. Les actes de commerce ne sont plus que des survivances historiques.

b) Une conception dépassée du domaine du droit commercial

79. L'article L. 121-1 du Code de commerce définit le commerçant comme celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. Or la liste des actes de commerce, qui est donnée par les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code, est une liste *close*, qui correspond à l'idée que l'on se faisait du commerce en 1807.

C'est ainsi que les opérations immobilières, l'agriculture et les services faisant appel à une activité intellectuelle restaient en dehors du commerce et constituaient des activités civiles par nature. Il n'était pas possible, en l'absence d'une intervention législative, d'ajouter de nouvelles rubriques à celles de l'article L. 110-1 (ex-art. 632). Certes, la jurisprudence a interprété de manière extensive certaines des activités visées par l'ancien article 632, mais pas au point de tenir compte de tous les développements de l'activité économique professionnelle. De nombreuses entreprises sont apparues, qui sont restées en dehors du droit commercial. Un secteur d'activité économique s'est développé en marge du droit commercial classique. Le fait que ces activités pouvaient prendre la forme de la société civile n'a fait que conforter cet état de chose. Comme la frontière entre les

activités commerciales et les activités civiles a été fixée essentiellement par la jurisprudence, au fil des espèces, elle est actuellement le fruit d'une casuistique compliquée et souvent artificielle.

80. Le monde de l'entreprise est aujourd'hui partagé, sans justification réelle, entre les entreprises commerciales et les entreprises civiles, alors que rien ne les sépare du point de vue des techniques de gestion, de leur financement et leur but lucratif.

Le domaine du droit commercial est donc prisonnier d'une conception étroite, artificielle et dépassée des activités qu'il recouvre. Incapable de s'élargir pour tenir compte des réalités économiques, le droit commercial s'est vu concurrencer par de nouvelles branches du droit.

B L'apparition de disciplines nouvelles

81. Afin de répondre aux insuffisances du droit commercial classique, la doctrine a proposé, après la Seconde Guerre mondiale, de nouvelles branches du droit, correspondant mieux aux tendances politiques et économiques. Les recherches se sont faites dans trois directions.

82. Un large mouvement s'est dessiné en faveur de la reconnaissance d'un *droit économique* ⁶⁰. Mais il s'est heurté à une difficulté de définition.

Pour les uns, le droit économique devait rassembler la totalité des règles juridiques concernant l'activité économique. Mais cette conception ne pouvait triompher car elle remettait en cause tout l'édifice juridique, en niant la distinction entre les branches du droit, fortement tributaire d'une tradition séculaire.

Pour les autres, le droit économique devait être le droit des interventions de l'État dans le domaine économique. Cette conception, qui correspondait, dans les années 1950-1970, à une réalité incontestable a été favorablement accueillie par la doctrine du droit public. Effectivement, elle a abouti à la formation et à la reconnaissance d'une branche spéciale du droit, *le droit public économique*, qui a acquis droit de cité dans les enseignements universitaires. En droit privé, elle n'est pas arrivée à véritablement s'imposer, car la renaissance du libéralisme, à partir des années 1970, a relégué au second plan les interventions de l'État dans la vie économique.

La proposition du professeur Farjat, de voir dans le droit économique le droit de la *concentration économique*, aussi bien dans le secteur privé que dans le secteur public, était novatrice et riche d'enseignements ⁶¹. Mais, ici encore, elle se heurtait par trop aux divisions traditionnelles du droit, spécialement à la distinction, toujours très forte en France, entre les disciplines de droit public et celles du droit privé. Elle n'a pas dépassé le stade doctrinal.

83. Une tendance, d'origine plus privatiste, a préconisé la reconnaissance du *droit de l'entreprise*. Selon la doctrine du droit de l'entreprise, le droit commercial doit se reconstruire autour du concept d'entreprise, qui correspond à la réalité de l'économie contemporaine et à la vie des affaires. L'idée, par son caractère novateur et réaliste, s'est imposée avec force. Elle est à l'origine de travaux doctrinaux et d'un enseignement fructueux. Reconnu aujourd'hui par l'ensemble de la communauté des juristes de droit privé, le droit de l'entreprise tend véritablement à s'imposer comme nouvelle branche du droit.

Le droit de l'entreprise doit aussi son succès au fait que le droit positif contemporain fait de plus en plus de place à la notion d'entreprise. Depuis une trentaine d'années, les lois qui interviennent en matière économique prennent pour destinataire l'entreprise (ou le professionnel) et non le

commerçant. Le droit européen est venu puissamment renforcer ce mouvement. En effet, il ignore la notion de droit commercial, pour la bonne raison que, parmi les États membres de l'Union européenne, il en est plusieurs qui ignorent la séparation entre le droit civil et le droit commercial. Au contraire l'entreprise est un concept commun à tous les États de l'Union. La notion d'entreprise, nous le verrons plus tard, est au centre du droit européen des affaires.

Cependant, si l'on considère le droit positif et la jurisprudence, l'on constate que le concept d'entreprise, aussi novateur soit-il, n'a pas encore remplacé totalement le concept juridique de commerçant.

84. Puis est apparu le *droit des affaires* ⁶². L'expression s'est imposée d'emblée en raison de sa connotation moderne, dynamique et ouverte. Elle correspond à la vision contemporaine d'une activité professionnelle et technique, exercée par les entreprises privées. Elle est suffisamment nouvelle pour ne pas être liée à la définition traditionnelle du droit commercial, tout en étant assez compréhensive pour l'englober. Le droit des affaires ne nie pas l'existence du droit commercial, mais il vise à le dépasser.

Le droit des affaires présente d'ailleurs deux faces. Dans la conception de ses inventeurs ⁶³, il est par essence pluridisciplinaire et instrumental, au point d'englober les techniques de gestion et de financement. Il est moins une technique juridique d'encadrement qu'une technique d'organisation, *au service de l'entreprise*. La formule est sans doute excessive, car le droit a d'autres finalités que la performance de l'entreprise privée, même si celle-ci ne lui est pas étrangère. Le droit privé vise aussi des objectifs de justice sociale et de régulation des conflits.

Dans la conception qui a de plus en plus cours, le caractère pluridisciplinaire et fonctionnel du droit des affaires ne joue pas un rôle aussi déterminant. Le droit des affaires apparaît plutôt comme **l'ensemble des règles de droit applicables aux entreprises et à leurs relations de droit privé**. Le droit fiscal des affaires, le droit pénal des affaires et le droit public de l'économie en sont détachés et font l'objet de branches spéciales.

Des travaux récents ont mis l'accent sur l'étroite relation qui unit les activités commerciales au fonctionnement des marchés ⁶⁴. Le professeur Vogel a proposé de définir le droit commercial comme le droit du marché ⁶⁵. L'idée est très juste : le marché constitue aujourd'hui le cadre économique et juridique de l'activité des entreprises. Cadre économique, car il est le lieu de la rencontre d'une offre et d'une demande de produits ou de services ; un lieu d'échanges, de compétition et d'alliances. Cadre juridique, car la concurrence n'est pas l'anarchie ; le marché a besoin de règles et d'autorités de régulation. Cependant, le concept de marché n'est pas suffisamment précis pour déterminer la compétence matérielle du droit des affaires, c'est-à-dire son aptitude à s'appliquer à une situation juridique concrète, notamment à un litige particulier. Le critère de l'entreprise semble mieux à même de remplir ce rôle.

C Le domaine du droit des affaires

85. Le droit des affaires reconnaît la spécificité du droit commercial, qui constitue encore aujourd'hui une réalité du droit positif. L'on ne peut en effet ignorer l'existence de nombreuses règles dont l'application est réservée aux seuls *commerçants*, au sens précis et traditionnel du terme. Mais il dépasse le droit commercial, car il comporte aussi les règles applicables à toutes les *entreprises* en général, du moins à celles qui ont une activité relevant du droit privé.

Le droit positif connaît une évolution, qui n'est pas encore achevée. Il se trouve à mi-chemin. Il est

encore tributaire, pour une large part, de la conception traditionnelle du droit commercial. Dans cette mesure, il est encore le droit des commerçants. Mais le droit positif est déjà, pour une autre part, le droit de l'entreprise. Il est vraisemblable que, dans les prochaines décennies, l'évolution se poursuivra et que peu à peu le critère de l'entreprise se substituera entièrement au critère du commerçant. Ce n'est pas encore le cas aujourd'hui. L'on ne saurait nier cette réalité. Il faut tenir compte de l'existence des deux critères d'application.

86. Le présent ouvrage est divisé en trois parties.

— Dans une première partie, qui correspond au droit commercial stricto sensu, l'on s'attachera à l'étude de l'entreprise commerciale et de ses activités. Cette première partie a pour objet l'étude des règles applicables aux commerçants, et à eux seuls, dans l'exercice de leur activité professionnelle.

— Dans une deuxième partie, l'on étudiera les règles applicables à l'activité privée des entreprises, en général. Dans un contexte d'économie libérale, ces règles sont celles de la concurrence. Le critère de l'entreprise dépasse ici celui du commerçant.

— Enfin dans une troisième partie, l'on s'attachera à ce qui constitue l'une des activités essentielles des entreprises, la distribution des biens et des services. Il s'agit en définitive de la vieille notion de l'achat pour revendre, qui est au cœur du droit commercial, mais que l'on situera dans le contexte rénové de l'entreprise. Le droit de la distribution opère ainsi la synthèse du droit commercial et du droit de l'entreprise. Le droit commercial y apparaît sous une forme rénovée.

Les trois parties de l'ouvrage seront ainsi consacrées respectivement à *l'entreprise commerciale*, à la *concurrence* et à la *distribution*.

Première partie

Droit commercial et entreprises commerciales

87. Le droit commercial peut être défini comme la branche du droit privé applicable aux *entreprises commerciales* ⁶⁶.

Historiquement, le droit commercial a été créé *par* et *pour* les commerçants. Il est l'œuvre des commerçants, puisqu'il s'est formé à partir des usages pratiqués par eux. Il est aussi le droit destiné aux commerçants. C'est pour eux que s'est forgée cette branche particulière du droit, appelée droit commercial.

La notion d'entreprise commerciale est le critère d'application des règles qui forment le droit commercial. Observons tout de suite deux choses.

D'abord que toutes les entreprises ne sont pas commerciales. Il y a aussi des entreprises civiles et des entreprises publiques. Ensuite, que les entreprises commerciales comprennent non seulement celles qui exercent le commerce au sens courant du terme, mais aussi celles qui ont une activité industrielle et celles qui fournissent des services.

L'exposé du droit commercial commence donc nécessairement par la détermination des *entreprises commerciales* (Titre I). Les actes de commerce sont les actes accomplis par les entreprises commerciales. Le droit commercial comporte des règles spéciales relatives aux *actes de commerce* (Titre II), qui justifient la compétence de la *juridiction commerciale* (Titre III), et des règles régissant *l'organisation et la gestion de l'entreprise commerciale* (Titre IV).

Titre I

Détermination des entreprises commerciales

88. L'article L. 121-1 du Code de commerce définit les commerçants comme ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Dans le Code de commerce, le commerçant est essentiellement défini par son activité professionnelle.

Exemple 1. Est commerçant celui dont l'activité professionnelle consiste à acheter et à revendre des produits ou des marchandises. Est également commerçant, l'industriel qui transforme des matières premières pour en faire des produits finis.

Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, l'activité commerciale a constitué le critère unique de la qualité de commerçant. Mais en 1893 le législateur a décidé qu'à l'avenir les sociétés anonymes seraient toujours commerciales, en raison de leur forme et quelle que soit leur activité.

Exemple 2. La société anonyme A a été constituée pour l'exploitation d'une carrière. Bien que l'exploitation des carrières soit une activité civile, la société A, en raison de sa forme juridique, se voit reconnaître la qualité de commerçant.

Depuis cette époque, le droit français connaît ainsi deux sortes d'entreprises commerciales : les entreprises commerciales en raison de leur activité, qui répondent à la définition de l'article L. 121-1 du Code de commerce, et les sociétés commerciales par la forme.

89. Au fil des années, la catégorie des sociétés commerciales par la forme a pris de plus en plus d'importance. Elle a été élargie pour englober, en 1925, les sociétés à responsabilité limitée et, en 1966, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite. Aujourd'hui, toutes les entreprises d'une certaine importance, adoptent en pratique la forme de la société commerciale.

Les entreprises commerciales en raison de leur activité sont principalement les entreprises des commerçants personnes physiques, propriétaires de leur entreprise. La catégorie des entreprises commerciales en raison de leur activité est devenue une catégorie résiduelle, qui accueille les entreprises commerciales autres que les sociétés commerciales par la forme.

C'est pourquoi l'on présentera d'abord les *sociétés commerciales par la forme* (Chapitre 1), avant d'étudier la catégorie des *commerçants en raison de l'objet de leur entreprise* (Chapitre 2). Enfin il conviendra de situer les commerçants par rapport aux *professionnels non commerçants* (Chapitre 3).

Chapitre 1

Les commerçants en raison de la forme de leur entreprise

Art. L. 210-1 C. com. Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.

Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions.

90. Sont commerciales en raison de leur forme, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. Après avoir rappelé l'origine et la notion de la commercialité par la forme (Section 1), l'on verra quels sont les traits distinctifs des différentes sociétés commerciales par la forme (Section 2), puis les conséquences juridiques de la commercialité par la forme (Section 3).

Section 1

Origine et notion de la commercialité par la forme

91. La commercialité par la forme est apparue en droit français à la fin du XIX^e siècle à l'occasion d'une affaire célèbre, la déconfiture de la société du Canal de Panama. Cette société, qui était une société par actions, avait été constituée pour le creusement du canal de Panama. Les travaux de terrassement étaient considérés à l'époque comme une activité civile ⁶⁷. La société du Canal de Panama avait par conséquent la qualité de société civile, en raison de son objet. Les travaux se révélèrent beaucoup plus onéreux que prévus car les études géologiques avaient été insuffisantes. La société se trouva dans une situation financière désespérée et fut dans l'incapacité de rembourser ses créanciers, parmi lesquels de très nombreux petits épargnants qui avaient souscrit à ses emprunts. Mais comme la société était une société civile, il n'était pas possible de lui appliquer le régime de la faillite qui, à l'époque, était réservée aux seuls commerçants. Les créanciers étaient privés de la procédure collective, qui aurait permis leur représentation par un syndic et le respect de l'égalité de leurs droits.

Les milliers de créanciers obligataires auraient dû, soit agir individuellement contre la société, soit renoncer à faire valoir leur créance. Le scandale fut tel que le législateur dut prendre une mesure d'urgence, en déclarant la faillite applicable à la société ⁶⁸.

Peu après, intervint la loi du 1^{er} août 1893, modifiant l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867, qui disposait : « Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ⁶⁹ ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales

et soumises aux lois et usages du commerce ».

92. Lorsque la loi du 7 mars 1925 créa un nouveau type de société, la société à responsabilité limitée, elle reprit, dans son article 3, la formule de la loi de 1893 : « quel que soit leur objet, les sociétés à responsabilité limitée sont commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ». La même règle fut retenue pour les sociétés professionnelles instituées par la loi du 17 novembre 1943. Enfin la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, à l'article 1^{er} (devenu art. L. 210-1 C. com.), a étendu la solution aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite simple.

93. Le critère de la qualité de commerçant, qui est attribuée à la société, est donc ici celui de la *forme*. Il faut entendre par là le type d'organisation sociale, choisi par les associés parmi ceux qu'offre la loi. Le critère formel prévaut sur le critère de l'objet, c'est-à-dire sur le critère de l'activité de la société.

Le critère formel présente un intérêt pratique certain. Il s'agit d'un critère simple qui ne prête guère à discussion. Il satisfait beaucoup mieux l'impératif de sécurité juridique que le critère de l'activité, qui soulève d'assez nombreuses contestations. Il est en pratique facile de savoir quelle est la forme de société que les associés ont entendu adopter, car elle figure obligatoirement dans les statuts. Elle doit aussi précéder ou suivre la dénomination de la société ²⁰, et de ce fait elle apparaît dans les papiers d'affaires de la société.

Exemples. Les Éditions Universitaires Associées, SA au capital de 1 000 000 euros ; la société à responsabilité limitée Louis Gilet au capital de 8 000 euros.

94. Curieusement, la raison qui avait motivé à l'origine le recours à la technique de la commercialité par la forme a aujourd'hui disparu. Depuis la loi du 13 juillet 1967, toutes les personnes morales de droit privé, en particulier toutes les sociétés, aussi bien civiles que commerciales, sont soumises à la procédure de la « faillite » lorsqu'elles se trouvent en cessation des paiements ²¹. Les procédures collectives ne sont plus réservées aux seuls commerçants et il est indifférent, de ce point de vue, que la société soit commerciale ou civile ²². Cependant le critère de la forme conserve tout son intérêt en raison de sa simplicité.

Section 2

Les différentes sociétés commerciales par la forme

95. On classe traditionnellement les sociétés commerciales ²³ par la forme en deux catégories : les sociétés de capitaux (1 §) et les sociétés de personnes (2 §). On étudiera à part le cas des sociétés commerciales du secteur public (3 §).

§ 1. Les sociétés de capitaux

96. Les sociétés de capitaux se constituent en considération du capital social, c'est-à-dire de la somme d'argent qui est mise à la disposition de la société. La personnalité des associés joue un rôle secondaire. Certaines sont pluripersonnelles (A) ; d'autres sont unipersonnelles (B).

A Les sociétés de capitaux pluripersonnelles

97. Les sociétés de capitaux pluripersonnelles sont, d'une part, la société à responsabilité limitée (SARL) et, d'autre part, les sociétés par actions.

1 - La société à responsabilité limitée (ou SARL)

98. Selon l'article L. 223-1 du Code de commerce, « la société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports ». Les associés de la SARL ne sont pas tenus personnellement du passif social et ils ne s'obligent qu'à libérer leur apport. C'est pourquoi ils n'ont pas nécessairement la qualité de commerçant. La loi n'exige aujourd'hui aucun capital minimum⁷⁴. Il est donc très facile de constituer une SARL. Un autre avantage réside dans la souplesse de son organisation, la loi comportant assez peu de dispositions contraignantes. Toutefois, le gérant est nécessairement une personne physique. Enfin, tout associé peut sortir de la société s'il le désire. La cession des parts sociales est libre entre les associés. La cession à un tiers est soumise à l'approbation de la majorité des autres associés, mais, en cas de refus, les autres associés ou la société elle-même doivent acquérir les parts du sortant. La limitation de l'engagement des associés et la souplesse de l'organisation expliquent le très grand succès de cette forme de société, qui convient bien aux petites et moyennes entreprises. En France, leur nombre est de 1 330 000 environ.

2 - Les sociétés par actions

99. Dans les sociétés par actions, le capital est divisé en actions et les associés s'appellent les actionnaires. L'action représente la participation de chaque actionnaire au capital de la société.

Exemple. A est propriétaire de 100 actions de la société Y constituée avec un capital de 150 000 euros, divisé en 1 000 actions au nominal de 150 euros chacune. La participation de A au capital social est de 1/10^e. Cette proportion déterminera, notamment, sa part dans les dividendes et son droit de vote dans les assemblées générales.

L'action est en principe librement cessible et la cession se réalise selon un mode simplifié de transmission⁷⁵. L'actionnaire peut à tout moment sortir de la société, à condition de trouver un acquéreur.

En raison de l'importance que revêt le capital social dans les sociétés par actions, la loi exige un capital d'un montant minimum. Il est aujourd'hui, sauf exceptions, de 37 000 euros⁷⁶.

Il existe quatre formes de société par actions : la société anonyme, la société européenne, la société en commandite par actions et la société par actions simplifiée.

100. La société anonyme (SA) est le type même de la société de capitaux. L'article L. 225-1 du Code de commerce la définit comme « la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports ». Le nombre des associés – ajoute l'article L. 225-1 – ne peut être inférieur à sept. Les formalités de constitution de la SA diffèrent selon que cette constitution comporte ou non une offre au public. La société est gérée selon l'un des deux modèles d'organisation offerts par la loi. Dans le modèle traditionnel, la gestion est confiée au président du conseil d'administration ou au directeur général, assisté par un conseil d'administration. Dans le modèle nouveau, imité du droit allemand, la société est gérée par un directoire lui-même contrôlé par un conseil de surveillance. L'assemblée générale des actionnaires désigne les membres du conseil d'administration ou les membres du conseil de

surveillance.

La forme de la société anonyme convient aux grandes entreprises, spécialement à celles qui doivent rassembler des capitaux considérables et qui s'accommodent d'une organisation complexe des pouvoirs. Le mécanisme de la société anonyme est trop lourd pour les PME, à qui la forme de la SARL devrait mieux convenir. Bien que leur nombre aille en décroissant, il y a encore en France environ 50 000 SA.

101. La société européenne. L'idée de proposer aux entreprises une forme nouvelle de société par actions, qui ne serait pas rattachée à l'ordre juridique d'un État membre particulier, mais qui serait véritablement « de droit européen », remonte à 1959. Par la suite le projet a été amplement discuté et modifié. Il a finalement abouti au règlement n° 2157/2001 du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne ²⁷. Le règlement est accompagné d'une directive visant à impliquer les salariés dans les décisions affectant la vie sociale ²⁸. La société européenne est aujourd'hui régie par les articles L. 229-1 et suivants du Code de commerce. Les articles R. 229-1 et suivants du même code précisent les modalités de constitution et de transfert de siège de la SE.

102. La société en commandite par actions. Il s'agit d'une société hybride. Selon l'article L. 226-1 du Code de commerce, « la société en commandite, dont le capital est divisé en actions, est constituée entre un ou plusieurs commandités, qui ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, et des commanditaires, qui ont la qualité d'actionnaires et ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports ».

La société en commandite par actions combine les avantages de la société anonyme et de la société de personnes : elle confère une grande stabilité aux commandités, car les parts des commandités ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les autres commandités et, en principe, de tous les commanditaires. Cependant, cette forme de société se rencontre assez rarement en pratique, puisque l'on en compte environ 350. Sans doute à cause de l'engagement personnel et illimité des commandités.

103. La société par actions simplifiée (SAS). C'est une société qui s'apparente à la société anonyme : le capital est divisé en actions et les associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Mais l'organisation des pouvoirs est aménagée très librement par les statuts, alors que l'administration et la direction de la SA traditionnelle sont réglées de façon minutieuse par le livre II du Code de commerce. Depuis plusieurs années, les milieux d'affaires souhaitent que soit reconnue une forme de société par actions moins lourde que la SA et laissant une plus grande place à la volonté des associés. À cette fin, la loi du 3 janvier 1994 a institué la SAS, dont les règles figurent aujourd'hui dans les articles L. 227-1 à L. 227-20 du Code de commerce.

Dans l'esprit du législateur de 1994, la SAS n'avait pas pour vocation de se substituer à la SA. Elle avait seulement pour but de fournir un cadre commode à la coopération entre grandes entreprises. C'était une société dont les actionnaires étaient uniquement des personnes morales et qui réunissait des entreprises d'une certaine importance. Mais la loi du 12 juillet 1999 a profondément changé l'esprit de l'institution. En effet, la SAS peut désormais être instituée par toute personne, physique ou morale. Elle peut même être constituée par une seule personne (*infra*, n° 114). La loi LME du 4 août 2008 a encore allégé le régime de la SAS, en supprimant l'exigence d'un capital minimum, en permettant les apports en industrie et en ne rendant obligatoire la nomination d'un commissaire aux comptes que dans les sociétés dépassant certains seuils.

La SAS est ainsi devenue une forme concurrente de la SA et il est facile d'imaginer qu'en raison de sa très grande souplesse, elle a tendance à se substituer à elle. On en compte près de 140 000.

La SAS obéit aux conditions de constitution des sociétés anonymes ordinaires ; l'organisation des pouvoirs est très libre. Selon l'article L. 227-5 du Code de commerce, « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ». La loi exige seulement que la société soit représentée à l'égard des tiers par un président ou un directeur général ⁷⁹. La SAS demeure cependant *une société fermée* : elle ne peut pas procéder à une offre au public de titres financiers, elle n'est pas cotée en bourse et les statuts peuvent prévoir que les actions seront inaliénables pendant une durée de dix ans. Si les statuts de la société le prévoient, les dirigeants de la SAS peuvent donc jouir d'une réelle stabilité.

104. Les sociétés coopératives. Ce sont des sociétés dont les associés ont une double qualité : ils sont membres de la société, d'une part, et clients ou salariés de la société, d'autre part. La société coopérative de consommation vend des produits de consommation à ses adhérents. La société coopérative ouvrière de production (SCOP) réunit des salariés de la société. La coopérative de commerçants détaillants fournit des marchandises et rend des services à ses membres. La coopérative peut adopter la forme d'une société de capitaux ⁸⁰ ou d'une SARL (v. *infra*). Elle est alors commerciale par la forme. Afin de faciliter l'adhésion de nouveaux membres ou leur sortie de la société, le capital de la société est variable.

Le règlement communautaire n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 a créé la *société coopérative européenne (SEC)*. Une directive du même jour prévoit la participation des salariés à la gestion ⁸¹. Plusieurs lois de 2008 ont introduit dans le droit français le statut de la SEC ⁸². Dans la mesure où le règlement communautaire renvoie au droit national des sociétés anonymes, il est permis de penser que la SEC est, comme cette dernière, une société commerciale par la forme.

B Les sociétés de capitaux unipersonnelles

105. La société de capitaux unipersonnelle comporte la particularité d'être créée par une seule personne. Celle-ci est l'associé unique. La société unipersonnelle n'a pas sa source dans un contrat de société, mais dans un acte de volonté unilatérale. L'article 1832, al. 2, du Code civil dispose en ce sens : « Elle [la société] peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne ».

1 - Origine de la société unipersonnelle

106. Jusqu'en 2010, le commerçant personne physique, propriétaire de son entreprise, répondait personnellement, sur son patrimoine personnel, de toutes les dettes nées de l'activité de son entreprise. La règle était absolue. En raison du principe de l'unité du patrimoine, consacré par le droit français, (une personne, un patrimoine), il n'était pas possible de séparer le patrimoine de l'entreprise du patrimoine personnel. Les créanciers, dont la dette était née à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise, pouvaient saisir ses biens personnels. Et les créanciers, dont la dette était née de son activité extraprofessionnelle, pouvaient saisir les biens de l'entreprise. Sur le patrimoine du commerçant, qui constituait le gage général de ses créanciers, ceux-ci, quelle que soit la cause de leur créance, venaient avec des droits égaux (*infra*, n° 423).

Il a fallu attendre l'année 2010 pour que le législateur consacre la possibilité de séparer le patrimoine personnel du patrimoine de l'entreprise. Le commerçant personne physique peut aujourd'hui constituer une « entreprise individuelle à responsabilité limitée » (EIRL) (*infra*, n° 427).

En 1985 le législateur n'avait pas encore osé s'engager dans la voie de la reconnaissance de l'EIRL. Il préféra aménager la notion de société en reconnaissant la validité de la société créée par

une seule personne.

L'innovation de la loi du 11 juillet 1985 a consisté à autoriser la constitution d'une société par une seule personne qui, dès l'origine, a la qualité d'associé unique. La loi a modifié l'article 1832 du Code civil qui dispose désormais que la société « peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne ». La société unipersonnelle est reconnue sous deux formes : l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ⁸³ et la société par action simplifiée avec associé unique.

2 - Les deux formes de société unipersonnelle

a) *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)*

107. C'est une variété de société à responsabilité limitée. Cela ressort de l'article L. 223-1 du Code de commerce dont le premier alinéa dispose : « La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports ». Elle est donc toujours une société commerciale par la forme. Selon l'alinéa 2 du même article : « Lorsque la société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée associé unique. L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés par les dispositions du présent chapitre ».

L'EURL est soumise à toutes les dispositions qui régissent les SARL, seules sont spécifiques les dispositions dues à la présence d'un associé unique.

L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés ⁸⁴. Par exemple, c'est l'associé unique qui approuve les comptes annuels, après rapport des commissaires aux comptes lorsqu'il en existe ⁸⁵. Les décisions de l'associé unique, prises à la place de l'assemblée, sont répertoriées dans un registre ⁸⁶. L'associé unique peut d'ailleurs être une personne physique ou une personne morale ⁸⁷.

L'EURL est gérée par un gérant qui peut être l'associé unique lui-même ou un tiers non associé. Mais comme le gérant est nécessairement une personne physique ⁸⁸, il est toujours un tiers lorsque l'associé unique est une personne morale.

b) *La société par actions simplifiée avec associé unique*

108. La loi du 12 juillet 1999, qui a considérablement modifié le régime de la SAS, a prévu que celle-ci pourrait être l'œuvre d'une seule personne.

Art. L. 227-1 C. com., al. 1 et 2. Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport.

Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée « associé unique ». L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque la présente section prévoit une prise de décision collective.

Nous avons déjà relevé, à propos de la SAS (*supra*, n° 106), que ce sont les statuts qui fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. L'acte constitutif peut ainsi prévoir que l'associé unique assurera les fonctions de président de la société. Mais la présidence peut aussi être confiée à une personne autre que l'associé unique. L'article L. 227-7 du Code de commerce prévoit, contrairement à la règle qui prévaut dans la SA traditionnelle, que le président peut être une personne morale.

La SAS dont l'associé unique est une personne physique qui assume personnellement la présidence bénéficie de formalités de publicité allégée

3 - Utilité pratique de la société unipersonnelle

109. En pratique, la société unipersonnelle, qu'il s'agisse de l'EURL ou de la SAS, est utile dans trois cas.

D'abord lorsqu'un commerçant personne physique désire créer une société de capitaux dont il sera l'associé unique et à laquelle il apporte les biens affectés à son entreprise. Il réalise ainsi la séparation entre son patrimoine personnel et le patrimoine de l'entreprise tout en conservant à celle-ci le caractère d'une entreprise individuelle.

Ensuite, la société unipersonnelle peut être utilisée pour faciliter l'organisation d'un groupe de sociétés. Les filiales peuvent prendre la forme d'une EURL ou d'une SAS avec associé unique, dont la société-mère est l'associé unique. Les filiales d'une société sont alors des personnes morales juridiquement indépendantes mais elles sont économiquement dominées par la société-mère, qui, en qualité d'associé unique, détient la totalité de leur capital.

Enfin, une association peut créer une société unipersonnelle à qui elle confie la partie économique de son activité. Cette technique présente l'avantage de bien séparer l'activité de l'association, qui a un but non lucratif, de ses activités à but lucratif tout en lui garantissant la totale maîtrise de celles-ci.

§ 2. Les sociétés de personnes

110. Dans les sociétés de personnes, les associés se réunissent en considération de la personnalité de chacun des associés. Ce sont toutes de sociétés pluripersonnelles. Il n'y a pas de société de personnes unipersonnelle ; cela n'aurait guère de sens. *L'intuitu personae* est à la base de la société. Les sociétés de personnes commerciales par la forme sont la société en nom collectif (A) et la société en commandite simple (B).

A La société en nom collectif

111. L'article L. 221-1 du Code de commerce définit la société en nom collectif de la façon suivante : « Les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ». La société en nom collectif se caractérise par deux traits essentiels.

Elle est une société de commerçants. Tous les associés ont ou acquièrent par leur adhésion à la société la qualité de commerçant. Ils sont tenus, à côté de la société elle-même, indéfiniment et solidairement du passif de la société, c'est-à-dire des dettes que la société personne morale contracte au cours de son activité. C'est ce qui assure son crédit.

C'est une société de personnes. Les associés sont unis par des liens étroits. En principe, le décès ou l'incapacité de l'un des associés met fin à la société. Les parts sociales ne peuvent être cédées. L'entrée d'un nouvel associé dans la société requiert l'unanimité des autres. Les associés en nom jouissent donc d'une grande stabilité. Enfin, les pouvoirs peuvent être organisés de façon très souple, car la loi est peu contraignante et laisse une grande liberté dans la rédaction des statuts.

En pratique, les sociétés en nom collectif sont très souvent des sociétés de famille. Mais la forme de la société en nom collectif peut aussi être adoptée pour constituer une société de sociétés, les associés étant d'autres personnes morales commerçantes. Le gérant

peut être lui-même une société commerciale. Il existe en France environ 30 000 sociétés en nom collectif.

B La société en commandite simple

112. Cette société se caractérise par la présence de deux sortes d'associés, les commandités et les commanditaires. Selon l'article L. 222-1 du Code de commerce, « les associés commandités ont le statut des associés en nom collectif. Les associés commanditaires répondent des dettes sociales seulement à concurrence du montant de leur apport ». Les commanditaires ne sont donc pas nécessairement des commerçants. Ils n'engagent pas leur patrimoine personnel et ils ne s'obligent qu'à libérer leur apport. Ce sont des bailleurs de fonds et ils ne peuvent faire aucun acte de gestion externe, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas traiter avec les tiers. Mais la société en commandite simple reste une société de personnes et les parts de commandite ne sont pas en principe cessibles, sauf avec le consentement de tous les associés.

En dépit de l'avantage que présente leur grande souplesse d'organisation, les sociétés en commandite simple sont peu nombreuses. Elles sont au nombre d'environ 1 000.

§ 3. Les personnes morales du secteur public

113. Il existe en France un secteur public important et complexe, qui comporte de nombreuses entités ayant une activité économique. L'étude du secteur public n'a pas sa place dans un ouvrage de droit des affaires ⁸⁹. Elle relève d'une branche spéciale du droit, le droit public économique ⁹⁰. Il importe cependant de voir quelles sont les entreprises du secteur public qui ont la qualité de commerçant.

114. Il faut écarter tout d'abord une série de services et d'entreprises qui n'ont certainement pas la qualité de commerçant.

Ce sont, en premier lieu et malgré leur nom, les services publics à caractère commercial, appelés plus précisément *services publics industriels et commerciaux*. Ils sont exploités *en régie*, c'est-à-dire directement par l'État, et ils n'ont pas de personnalité morale propre. Par exemple la Documentation française. Comme, en vertu d'une règle traditionnelle, l'État ne peut pas être commerçant, ses services ne sauraient pas non plus être qualifiés de commerçants. En revanche ce sont des entreprises, car ils ont une activité économique qui ne nécessite pas le recours à des prérogatives de puissance publique. Dans cette mesure, le droit de la concurrence leur est applicable ⁹¹.

Ce sont ensuite les *établissements publics à caractère industriel et commercial* (EPIC). À l'inverse des précédents, ce sont des personnes morales, jouissant d'une autonomie certaine. Ainsi, les chambres de commerce et d'industrie, la SNCF ou la RATP. Leur situation est plus complexe. Leurs rapports avec les usagers sont en principe régis par le droit privé. Ils sont astreints au respect de certaines règles de droit commercial. Par exemple, ils doivent être immatriculés au registre du commerce et des sociétés, ils doivent tenir une comptabilité commerciale et relèvent, en ce qui concerne les litiges avec les usagers, de la juridiction du tribunal de commerce. Cependant comme ils sont soumis pour partie à des règles de droit public, la doctrine considère généralement qu'ils n'ont pas la qualité de commerçant ⁹².

115. En revanche sont des commerçants les *sociétés nationalisées*.

La France a connu deux vagues de nationalisations, d'abord en 1945 (la Banque de France, les grandes banques de dépôt, comme le Crédit Lyonnais, et les sociétés d'assurance), puis massivement en 1982 (5 sociétés industrielles, 39 banques de dépôt et 2 compagnies financières). Les sociétés nationalisées ont généralement conservé leur statut de sociétés anonymes, l'État ayant seulement acquis la totalité de leurs actions ⁹³. Elles restent soumises, du point de vue de leur gestion, au livre II du Code de commerce ⁹⁴. Elles ont donc gardé leur qualification de *sociétés commerciales par la forme* et sont des commerçants. Théoriquement, elles pourraient être soumises aux procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaires.

Quelques années plus tard, les sociétés nationalisées ont été progressivement rendues au secteur privé, notamment par le placement en bourse de leurs actions. Par exemple la direction des Télécommunications a été successivement transformée en établissement public, puis en société anonyme, avant d'être privatisée par la vente en bourse d'une partie des actions de cette dernière. Contrairement à ce qu'avaient déclaré les promoteurs des nationalisations de 1982 et dont l'exposé des motifs de la loi de nationalisation du 11 février 1982 se faisait l'écho, la capacité d'investissement des grandes entreprises privées est supérieure à celle des entreprises publiques. La loi de nationalisation sous-estimait des facteurs tels que l'appartenance aux groupes internationaux de sociétés et la possibilité de recourir aux marchés boursiers, ainsi qu'aux financements internationaux.

De même, *a fortiori*, sont des sociétés commerciales les *sociétés d'économie mixte*. Ce sont des sociétés anonymes, associant des capitaux publics, par l'intermédiaire de participations majoritaires de l'État, des collectivités et des établissements publics, à des capitaux privés. Les sociétés d'économie mixte sont incontestablement des commerçants.

Section 3

Les conséquences de la commercialité par la forme

§ 1. Le principe

116. La société commerciale par la forme est une personne morale qui a la qualité de *commerçant*. Elle a tous les droits et elle est tenue de toutes les obligations propres aux commerçants. Par exemple, elle est soumise au régime de la preuve commerciale, elle doit tenir une comptabilité commerciale et elle peut être assignée devant le tribunal de commerce.

La société commerciale par la forme doit être immatriculée au Registre du commerce et des sociétés. Cependant l'immatriculation des personnes morales revêt un caractère particulier : elle ne sert pas seulement à prouver la qualité de commerçant de la personne morale, comme dans le cas des personnes physiques. Elle donne aussi naissance à la personnalité morale. En tant que personne morale, la société n'existe qu'à compter de son immatriculation au Registre du commerce et des sociétés. En effet, selon l'article 1842 du Code civil, « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ». L'immatriculation n'a pas seulement une fonction probatoire, elle est une condition de l'existence de la personnalité de la société.

Application. Le commerçant personne physique a la qualité de commerçant avant son immatriculation. Il est déjà tenu de toutes les obligations propres aux commerçants. En revanche, avant son immatriculation la société commerciale n'a pas d'existence en tant que personne. Elle n'est pas liée par les engagements pris par ses fondateurs, à moins qu'après son immatriculation elle ne décide, par un acte

exprès, de les reprendre rétroactivement à son compte. L'activité de la société commerciale par la forme est une activité commerciale. Les actes qu'elle passe sont des actes de commerce *par accessoire* ⁹⁵.

Exemple. Deux sociétés d'expertise comptable se constituent sous la forme de sociétés anonymes. Bien qu'elles aient un objet civil (l'expertise comptable est une activité civile), elles sont commerciales par la forme. Survient un litige entre les deux sociétés à propos d'une rétrocession de clientèle. Le litige relève de la compétence du tribunal de commerce ⁹⁶.

§ 2. Limites concernant les sociétés à objet civil

117. La logique imposerait de tirer toutes les conséquences de la commercialité par la forme. La société ayant la qualité de commerçant, tous ses actes devraient être considérés comme des actes de commerce. Cependant le droit positif refuse de tirer toutes les conséquences du principe et réserve trois exceptions dans le cas des sociétés commerciales par la forme ayant un objet civil.

118. La première exception résulte de la jurisprudence relative au bail commercial. La Cour de cassation refuse en effet aux sociétés qui ont la forme commerciale mais dont l'objet est civil, le bénéfice du statut des baux commerciaux prévu par les articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce ⁹⁷. La troisième chambre civile relève que les dispositions relatives au bail commercial s'appliquent aux baux des immeubles dans lesquels un fonds de commerce est exploité. Or elle estime qu'une société dont l'objet est civil n'a pas d'activité commerciale et ne peut être titulaire d'un fonds de commerce.

Exemple. La société anonyme A, spécialisée dans le conseil en informatique, a loué un local dans lequel elle exerce son activité. Au terme du contrat, elle demande le renouvellement prévu à l'article L. 145-8 du Code de commerce. Ce texte dispose : « Le droit au renouvellement du bail ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux ». L'activité de conseil est une activité civile. Bien qu'elle soit commerçante, la société A, société commerciale par la forme, se verra refuser le bénéfice du renouvellement car, ayant une activité civile, elle n'est pas censée exploiter un fonds de commerce ⁹⁸.

Cette jurisprudence est déroutante. Les actes accomplis par un commerçant sont normalement considérés comme des actes de commerce ⁹⁹. L'activité de la société commerciale par la forme est donc une activité commerciale et les biens qui sont affectés à cette activité devraient nécessairement constituer un fonds de commerce ¹⁰⁰. La Cour de cassation ne chercherait-elle pas plutôt à limiter le champ d'application du statut des baux commerciaux, dont les dispositions sont exorbitantes du droit commun ?

119. La deuxième exception provient du droit des procédures collectives. Le tribunal compétent pour ouvrir la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est le tribunal de commerce si le débiteur exerce « une activité commerciale ou artisanale ». C'est le rôle du tribunal de grande instance dans les autres cas ¹⁰¹. Il en résulte que le tribunal de commerce n'est pas compétent pour ouvrir la procédure collective à l'encontre d'une personne morale de droit privé qui est commerciale par la forme, mais qui exerce une activité civile ¹⁰².

120. La troisième exception résulte de la loi du 31 décembre 1990 ¹⁰³ qui permet aux membres des professions libérales de s'associer au sein d'une société appelée *société d'exercice libéral* (SEL). Les sociétés d'exercice libéral peuvent être des sociétés commerciales, par exemple des SARL ou des SA, régies par le livre II du Code de commerce ¹⁰⁴.

Exemple. Plusieurs avocats décident de constituer ensemble une société d'exercice libéral par actions simplifiée (SELAS).

Lorsque les sociétés d'exercice libéral sont des sociétés commerciales par la forme, elles ont la qualité de commerçant. Cependant le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de son idée. Il n'a pas osé les soumettre à toutes les dispositions du droit commercial. En particulier, il n'a pas voulu qu'elles

fussent soumises à la compétence de la juridiction commerciale. L'article L. 721-5 du Code de commerce prévoit que nonobstant toute disposition contraire, les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions en justice dans lesquelles l'une des parties est une société constituée conformément à la loi du 31 décembre 1990, ainsi que les contestations survenant entre associés d'une telle société. Après avoir hésité ¹⁰⁵, la Cour de cassation limite l'application du texte aux seules sociétés d'exercice libéral ¹⁰⁶.

Toutes ces exceptions montrent que le législateur tend à faire prévaloir l'objet de l'activité de la société sur sa forme. Mais les solutions ainsi retenues sont une source de complexité regrettable. Une société est commerciale ou civile. Si elle est commerciale, elle devrait l'être pour le tout ¹⁰⁷.

Chapitre 2

Les commerçants en raison de l'objet de leur entreprise

Art. L. 121-1 C. com. – Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

121. La définition de l'article L. 121-1 constitue en droit français la définition de base, à laquelle il faut revenir, chaque fois que la qualification de commerçant ne résulte pas d'une disposition spéciale de la loi. En pratique, la définition de l'article L. 121-1 s'applique aujourd'hui aux personnes physiques, aux sociétés autres que les sociétés commerciales par la forme et aux autres groupements, comme le groupement d'intérêt économique.

122. L'article L. 121-1 reprend la disposition de l'ancien article 1^{er} du Code de commerce de 1807, qui était resté inchangé depuis cette date. Il a conservé sa rédaction originale qui correspondait aux conceptions du début du XIX^e siècle. Il faut cependant interpréter le texte selon les réalités économiques d'aujourd'hui. Il est admis en doctrine que l'expression d'acte de commerce ne doit pas être pris dans son sens strict, mais plutôt dans le sens d'*activité économique*. De même, lorsque l'article L. 121-1 du Code précise que les commerçants font de l'exercice d'actes de commerce leur profession habituelle, l'on doit comprendre que les commerçants exercent leur activité dans le cadre d'une *entreprise*.

La définition du commerçant, selon l'article L. 121-1 du Code de commerce, suppose donc la réunion de deux conditions : une activité commerciale, d'une part (Section 1), et l'exercice de cette activité dans un cadre d'entreprise, d'autre part (Section 2).

Section 1

L'activité commerciale

123. L'article L. 121-1 du Code de commerce définit d'abord le commerçant par son activité : le commerçant est celui qui *exerce des actes de commerce*.

Quels sont ces actes ? Il faut se reporter à l'article L. 110-1 du Code de commerce pour en trouver la liste.

Art. L. 110-1 C. com. La loi répute actes de commerce :

- 1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ;
- 2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ;

- 3° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ;
- 4° Toute entreprise de location de meubles ;
- 5° Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ;
- 6° Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics ;
- 7° Toute opération de change, banque, courtage et tout service de paiement ;
- 8° Toutes les opérations de banques publiques ;
- ...

124. Le texte appelle trois remarques.

1° Le mot « acte » ne doit pas être pris dans son sens étroit : il ne s'agit pas d'actes juridiques, c'est-à-dire de manifestations de volonté destinées à créer des effets de droit, mais d'activités, au sens économique, qui sont qualifiées de commerciales par la loi. C'est ainsi que la doctrine interprète aujourd'hui l'article L. 110-1 : celui-ci donne une liste d'activités commerciales. Il s'agit d'ailleurs uniquement des activités commerciales terrestres ¹⁰⁸.

2° L'article L. 110-1 ne fait que reprendre la disposition de l'ancien article 632 du Code de 1807. L'article 632 avait d'ailleurs conservé en partie sa rédaction originale. Les termes de manufacture et de vente à l'encan sont aujourd'hui désuets et ils le paraissent d'autant plus qu'ils figurent dans un code promulgué en l'an 2000. Telle est la conséquence de la codification « à droit constant ». En revanche, les rédacteurs du nouveau code ont fait preuve de désinvolture en plaçant en tête de celui-ci un texte qui figurait dans les ultimes dispositions de l'ancien code, à propos de la compétence du tribunal de commerce. Cette interversion de place confère à la disposition de l'ancien article 632 une importance qu'elle n'a sans doute pas.

3° On peut s'étonner que ce soit la loi qui définisse ce qu'est une activité commerciale. N'aurait-il pas été plus réaliste de renvoyer simplement à l'usage, en renonçant à établir une liste légale qui a toujours quelque chose d'artificiel ? C'est pour des raisons de sécurité juridique, afin d'éviter des contestations inutiles à propos de la notion de commerce, que le législateur est intervenu. C'est pourquoi, selon les termes de l'article L. 110-2, la loi *répute* certains actes, actes de commerce. La loi ne prétend pas donner une image exacte de la réalité économique, mais poser une présomption irréfragable, en vue d'assurer la sécurité juridique. Cela se conçoit tout particulièrement lorsque l'on sait que les activités commerciales servent à définir la compétence d'attribution du tribunal de commerce.

125. Depuis longtemps, la doctrine s'est attachée à rechercher un *critère général de l'acte de commerce*. Un tel critère présenterait en effet un grand intérêt car il permettrait à la jurisprudence, en l'absence de réforme législative d'ensemble, de compléter la liste de l'ancien article 632 du Code de commerce. Au XIX^e siècle, les auteurs ont insisté sur l'idée de *spéculation*, c'est-à-dire de la recherche du profit, qui caractériserait l'acte de commerce. Selon Lyon-Caen et Renault : « le commerce est l'ensemble des opérations ayant pour but de réaliser des bénéfices en spéculant sur la transformation des matières premières ou des produits manufacturés, sur leur transport ou leur échange. Ce qui caractérise des actes [de commerce], c'est qu'ils sont des actes de spéculation, c'est-à-dire des actes ayant pour but la réalisation d'un bénéfice en argent » ¹⁰⁹. Au XX^e, la doctrine s'est plutôt tournée vers l'idée de circulation. Par exemple, pour Thaller : « le commerce consiste dans la circulation des produits, de l'argent, des titres fiduciaires. Chez le producteur, le produit n'est pas encore dans le commerce. Chez le consommateur, il n'y est plus. Entre ces deux hommes s'établit toute une filière d'actes. Ces actes constituent le commerce » ¹¹⁰. Le professeur Paul Didier a

brillamment renouvelé cette idée de circulation en montrant que l'activité commerciale correspondait à un cycle monétaire, le cycle « argent-marchandise-argent » ¹¹¹. M. Didier part de l'archétype des activités commerciales, à savoir l'achat pour revendre. Il y a d'abord un achat de marchandise, c'est-à-dire une sortie d'argent, puis une vente de cette marchandise, autrement dit une rentrée d'argent, « le tout réalisé de telle manière que la rentrée soit supérieure à la sortie ». Ce que M. Didier résume dans le schéma : $A \rightarrow M \rightarrow A + a$ (A pour argent et M pour marchandise). M. Didier reprend ensuite les autres activités qualifiées de commerciales pour vérifier si elles correspondent bien toutes à ce schéma. Et, effectivement, c'est le cas. Par exemple, pour les activités industrielles : « L'industriel part d'un certain capital (A). Il l'investit en un certain outil de production (M¹), grâce auquel il fabrique des produits (M²). La revente de ses produits lui assure des rentrées qui, sur la durée, doivent soit permettre le remboursement de ses investissements, autrement dit la récupération de son capital initial (A) et la réalisation d'un certain profit (a) » ¹¹². D'autres auteurs avaient vu dans l'*entreprise* le critère de la commercialité. L'acte de commerce serait caractérisé par le fait qu'il est accompli dans le cadre d'une entreprise.

Toutes ces théories ont une part de vérité. Elles mettent bien en lumière les caractères de l'activité commerciale, *en tant qu'activité économique*. Cependant les caractères mis en lumière par la doctrine sont beaucoup trop imprécis pour constituer les critères de l'activité commerciale.

Finalement, il faut avouer qu'il n'y a pas de critère général de l'activité commerciale *stricto sensu*. La frontière entre l'activité commerciale et l'activité civile est trop arbitraire pour obéir à un critère logique et rigoureux. L'activité commerciale ne peut pas être définie, elle ne peut être que *décrite* au moyen d'une énumération.

Une réforme du domaine du droit commercial consisterait à remplacer la notion d'activité commerciale par celle d'activité économique et d'illustrer celle-ci par une liste d'exemples, de caractère ouvert.

Il est possible de regrouper les activités commerciales sous quatre grandes rubriques : les activités de distribution (§ 1), les activités industrielles (§ 2), les activités de services (§ 3) et les activités financières (§ 4).

§ 1. Les activités de distribution

126. Les activités de distribution recouvrent toutes les opérations qui s'insèrent entre la production et la consommation. Ce sont les opérations commerciales par excellence. L'on distingue les activités d'achat pour revendre, d'une part, et les activités d'intermédiaire, d'autre part.

A L'achat pour revendre

Art. L. 110-1 C. com. La loi répute actes de commerce :

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

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

127. L'activité qui consiste à acheter des biens pour les revendre, correspond au *commerce*, au sens restreint, tel qu'on l'entend dans la langue courante.

1 - Analyse théorique de l'opération d'achat pour revendre

128. Il existe une exégèse classique de l'achat pour revendre, qui part des deux éléments essentiels de l'opération : l'achat et l'intention de revendre ¹¹³.

— L'achat. Il faut entendre par là tout mode d'acquisition à titre onéreux. Ainsi, un contrat d'achat, au sens strict, ou un échange. Mais pas une acquisition par donation.

Il n'est pas nécessaire que l'acheteur acquière immédiatement la propriété de la chose. Il suffit que le contrat passé par l'acheteur conduise normalement à l'acquisition de la propriété. Il est fréquent, par exemple, qu'un commerçant achète des marchandises dont le vendeur conserve la propriété jusqu'au complet paiement du prix en vertu d'une clause dite « de réserve de propriété ». L'achat de ces marchandises pour les revendre n'en est pas moins une activité commerciale. Peu importe du reste l'ordre des opérations : la vente peut suivre ou précéder l'achat. Ainsi, le commerçant peut saisir une occasion de vendre des marchandises qu'il ne possède pas encore mais qu'il sait pouvoir se procurer sur le marché.

— L'intention de revendre est déterminante, car c'est elle qui confère le caractère commercial à l'ensemble de l'opération. L'intention de revendre est suffisante. L'achat reste commercial, même si en fait la revente n'a finalement pas lieu.

129. Normalement, c'est à celui qui prétend qu'une activité est commerciale qu'il incombe de faire la preuve de l'intention de revendre. Or la preuve d'une intention, qui peut rester cachée, est souvent difficile à faire. En fait, les tribunaux prennent en considération le caractère habituel et professionnel de l'opération. Constatant l'existence d'opérations d'achat et de vente effectuées de façon habituelle dans le cadre d'une entreprise, les juges présument, en raison des usages, l'intention de revendre.

2 - La réalité économique de l'achat pour revendre

130. Les activités d'achat pour revendre sont toujours le fait de vendeurs professionnels, agissant dans un cadre d'entreprise. On distingue le commerce de gros et le commerce de détail ; le commerce spécialisé et le commerce généraliste. La production et la consommation de masse ont suscité l'apparition de la grande distribution en supermarchés et hypermarchés. Les grands distributeurs, ainsi que les chaînes de distributeurs moyens ou petits, ont constitué des centrales d'achat afin de rationaliser leurs approvisionnements.

Pour distribuer les appareils de haute technicité et les produits de luxe, les fabricants ont mis en place des réseaux de revendeurs indépendants. Le revendeur est alors lié au fabricant par un contrat-cadre de distribution exclusive, de distribution sélective ou de franchise.

La distribution ainsi que les rapports entre commerce et industrie sont étudiés dans la troisième partie de cet ouvrage.

3 - Exclusion des activités de production

131. Il résulte de l'article L. 110-1 du Code de commerce, *a contrario*, que n'est pas commerciale, l'activité de celui qui vend sa propre production, même s'il l'a transformée. En effet il vend des produits qui n'ont pas été achetés.

132. La règle concerne en tout premier lieu les activités agricoles. La production agricole, l'élevage, la pêche et l'exploitation des forêts, ainsi que la vente des produits qui en sont issus, sont des activités civiles ¹¹⁴.

Le caractère civil des activités agricoles est confirmé par la loi du 30 décembre 1988. Le texte donne une définition de l'activité agricole qui peut paraître déroutante mais qui a sans doute le mérite de la précision : « la maîtrise d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal... » ¹¹⁵.

De même l'extraction et la vente des produits d'une carrière sont des activités civiles. Cependant,

par une étrange anomalie, la loi du 9 septembre 1919 fait de l'exploitation des mines une activité commerciale. La distinction qui est ainsi faite entre les carrières et les mines est totalement arbitraire.

Enfin, la production intellectuelle est toujours une activité civile : les auteurs et les artistes qui tirent un profit de leurs créations en concluant des contrats d'exploitation à titre onéreux ne font pas acte de commerce ¹¹⁶. C'est aussi l'une des raisons pour lesquelles les membres des professions libérales n'ont pas non plus une activité commerciale ¹¹⁷.

4 - Extension aux achats d'immeubles à fin de les revendre

133. Dans sa rédaction initiale, l'article 632, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code de commerce ne visait que « l'achat de *denrées et marchandises* pour les revendre... ». On admettait, par généralisation, que tout achat de *meubles* pour les revendre avait un caractère commercial. En revanche, les opérations portant sur des *immeubles* avaient toujours, par nature, un caractère civil. Il a fallu attendre la loi du 13 juillet 1967, modifiant l'article 632, pour que l'achat d'immeuble en vue de la revente soit intégré à la liste des activités commerciales.

134. Historiquement, la distinction fondamentale entre les opérations mobilières, qui avaient un caractère commercial, et les opérations immobilières, qui conservaient un caractère civil, respectait une longue tradition. Sous l'ancien droit, le négoce ne portait que sur des marchandises ou des objets mobiliers corporels. La profession de négociant s'est formée uniquement à partir de l'achat et de la revente de marchandises, permettant un profit rapide mais risqué. En revanche, les immeubles étaient exclus du négoce. La raison en était sociale et politique. L'exploitation des terres était la source habituelle des revenus et assurait la stabilité des familles de possédants. En particulier, le pouvoir politique des familles nobles reposait sur la propriété foncière. La vente d'immeuble était donc une opération grave, entourée de formalités lourdes et protectrices qui n'étaient pas compatibles avec la rapidité nécessaire au commerce.

À partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, avec la croissance des villes et l'urbanisation, le secteur de la construction s'est considérablement développé. Après la Seconde Guerre mondiale, l'accès à la propriété du logement individuel s'est popularisé. Ainsi est né un véritable marché de l'immobilier. La jurisprudence a retenu la qualité de commerçant de certains intermédiaires, spécialisés dans les opérations immobilières. Il s'agissait de moraliser la profession en soumettant ses membres aux procédures collectives qui, à l'époque, étaient réservées aux seuls commerçants. Cependant, la vente de logements et la promotion immobilière, c'est-à-dire le fait d'acheter un terrain, de bâtir et de revendre par appartements ou par parcelles, restaient, sans exception, des opérations civiles. La solution devenait choquante, car les professionnels de l'immobilier emploient les mêmes méthodes de gestion et de vente que les entreprises commerciales.

Intervint alors la loi du 13 juillet 1967 qui réformait profondément le droit de la faillite et dont les rédacteurs désiraient étendre l'application à tous les professionnels opérant sur le marché de l'immobilier. Pour cela il fallait leur reconnaître la qualité de commerçants. L'article 151 de la loi nouvelle modifiait en ce sens l'article 632 de l'ancien Code de commerce, en ajoutant à la liste des activités commerciales *tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre*.

135. Mais trois ans plus tard, la loi du 9 juillet 1970 introduisait une exception au principe nouvellement acquis en retirant la promotion immobilière des activités commerciales. Actuellement, l'article L. 110-1, 2^e comporte donc un principe et une exception.

— Le principe : l'achat d'immeubles aux fins de les revendre est une activité commerciale. Ainsi, est commercial le fait d'acheter un terrain nu en vue de le revendre en l'état ou le fait d'acheter un immeuble bâti en vue de le revendre, soit en l'état, soit après l'avoir rénové ou transformé.

— L'exception : elle concerne le cas où l'acquéreur a acheté en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux. Il s'agit en pratique de la promotion immobilière,

dont le caractère civil se trouve ainsi expressément affirmé par l'article L. 110-1, 2° du Code de commerce.

136. La loi du 9 juillet 1970, qui a introduit cette exception, était une loi de circonstance, votée dans l'intérêt des sociétés civiles de promotion. Si l'on avait maintenu le caractère commercial de la promotion immobilière, tel que l'avait reconnu la loi du 13 juillet 1967, les sociétés de promotion auraient dû changer de forme et se transformer en sociétés commerciales, dont le régime, notamment le régime fiscal, leur était moins favorable. Le législateur a donc accepté de leur rendre leur nature civile. De plus, il a conféré à la loi du 9 juillet 1970 un caractère interprétatif. Une loi interprétative a généralement pour but d'éclairer une loi antérieure obscure ou ambiguë. Tel n'était pas le cas, car la disposition de la loi du 13 juillet 1967 qui déclarait commercial tout achat d'immeubles aux fins de les revendre était d'une parfaite clarté. En réalité, la loi du 9 juillet 1970 était purement et simplement une loi rétroactive déguisée.

Quoi qu'il en soit, la distinction ainsi faite entre les activités d'achat d'immeubles pour les revendre, d'une part, et les activités de promotion immobilière, d'autre part, est profondément illogique. Elle ne répond à aucune justification. Il est donc tout à fait légitime d'interpréter l'exception légale de façon restrictive et de ne l'appliquer qu'aux activités de promotion proprement dites. Ainsi, l'activité du promoteur-constructeur, qui construit lui-même, en qualité d'entreprise de construction, sur le terrain qu'il a acheté et qu'il revend, est considérée comme commerciale.

L'on remarquera que les sociétés civiles de promotion n'échappent plus aux procédures collectives de redressement et de liquidation. En effet, les procédures collectives sont applicables aujourd'hui non seulement aux commerçants, mais aussi à toutes les personnes morales de droit privé, même non commerçantes (art. L. 620-2 C. com. et *infra*, n° 331).

B Les activités des intermédiaires du commerce

Art. L. 110-1 C. com. La loi répute actes de commerce :

.....

5° Toute entreprise... de commission...

7° Toute opération de... courtage

137. Dans le langage courant, le mot d'*intermédiaire* a un sens très large : il englobe tous ceux qui concourent à la distribution, soit comme revendeurs, soit comme auxiliaires des fournisseurs. La langue juridique est plus précise. Elle réserve le terme d'intermédiaire à ceux qui, contre rémunération, aident les vendeurs et les acheteurs dans la conclusion de leurs opérations. On distingue, traditionnellement, trois catégories d'intermédiaires.

138. Les commissionnaires. Le commissionnaire est celui qui passe un acte juridique en son nom propre mais pour le compte d'autrui (art. L. 132-1 C. com.). Il ne révèle pas à celui avec qui il traite l'identité de son commettant et l'on dit qu'il fait écran entre le commettant et le tiers. Par exemple, le commissionnaire-vendeur vend des marchandises en son nom personnel – il conclut le contrat de vente en qualité de vendeur – mais il agit pour le compte de son commettant, qui est le vrai propriétaire des marchandises et qui supporte le risque économique de l'opération ¹¹⁸.

L'activité du commissionnaire est toujours commerciale par nature. L'article L. 110-1 du Code de commerce vise en effet, parmi les activités commerciales, « ... toute entreprise de commission ».

139. Les courtiers. Le courtier a pour fonction de mettre en rapport des personnes qui ne se connaissent pas et qui désirent contracter ¹¹⁹. Contrairement au mandataire et au commissionnaire, il

n'intervient pas dans l'opération juridique elle-même, qui reste l'œuvre des parties. Il n'est pas un représentant, au sens juridique du terme. Les courtiers sont généralement spécialisés par types d'opérations : il y a des courtiers en marchandises, des courtiers d'assurance, des courtiers en publicité ¹²⁰.

L'article L. 110-1 répute acte de commerce « ... toute opération de courtage ». L'activité du courtier est toujours commerciale, même si les actes en vue desquels le courtier intervient ont un caractère civil.

140. Les mandataires ou agents commerciaux. Le mandataire est celui qui passe un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui (art. 1984 C. civ.). Il représente son mandant, dont il ne dissimule pas l'identité à celui avec lequel il traite. Il ne fait donc pas écran entre le mandant et son cocontractant. Lorsque le mandataire est un professionnel indépendant, qui a pour fonction habituelle de représenter les commerçants dans leurs affaires, on l'appelle agent commercial ¹²¹.

L'activité de l'agent commercial est-elle une activité commerciale ? La question peut surprendre. La façon dont on le désigne et la fonction qu'il exerce dans la conclusion des opérations commerciales conduisent tout naturellement à penser que son activité est, par définition, commerciale. C'est d'ailleurs l'avis de la majorité de la doctrine. Le fait que l'article L. 110-1 ne cite pas nommément les agences commerciales parmi les activités commerciales n'est pas un argument suffisant. Il est permis de raisonner par analogie. Cependant, la jurisprudence retient la solution inverse. Sous prétexte que le mandat est en toutes circonstances un contrat civil, elle décide que l'agent commercial n'est pas un commerçant. L'on verra par la suite en quoi cette solution est anachronique (*infra*, n° 997).

141. L'article L. 110-1, 6° vise encore les *établissements de vente à l'encan*. Cette terminologie ancienne désigne aujourd'hui la vente volontaire de marchandises aux enchères publiques, dont les règles ont été profondément remaniées par la loi du 20 juillet 2011 (art. L. 321-1 et s. C. com.). En fait, il s'agit de la vente de marchandises en gros, qui est annexée à la gestion des magasins généraux. Il s'agit aussi des ventes aux enchères réalisées à distance par voie électronique.

Art. L. 110-1, 3°, C. com. La loi répute actes de commerce :

.....

Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières.

142. Depuis la réforme du 13 juillet 1967, sont commerciales, toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières. La formule est très large. Elle s'applique à toutes les activités des intermédiaires professionnels, qu'ils agissent en qualité de mandataires, de courtiers ou de commissionnaires, voire d'entreprises de conseil ¹²². La loi du 2 janvier 1970 ¹²³ détermine les conditions dans lesquelles sont exercées les activités des intermédiaires dans les opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce. On ne s'explique pas pourquoi cette loi n'a pas été intégrée dans le Code de commerce.

§ 2. Les activités industrielles

Art. L. 110-1, 5° C. com. La loi répute actes de commerce :

.....

Toute entreprise de manufactures...

143. La langue courante, comme du reste celle des économistes, distingue le commerce de l'industrie. Au contraire l'industrie fait partie du commerce, au sens juridique du terme. L'activité industrielle est commerciale par nature.

L'article L. 110-1, 5° répute en effet acte de commerce « toute entreprise de manufactures ». Sous cette expression quelque peu désuète, il faut comprendre aujourd'hui toutes les entreprises industrielles, c'est-à-dire les entreprises qui transforment des matières premières et vendent les produits finis qui en sont issus.

144. Mais doctrine et jurisprudence sont d'accord pour entendre le terme manufacture de la façon la plus large. Ainsi sont commerciales par nature non seulement les activités industrielles de transformation de matières premières, mais aussi les activités de construction, d'assemblage et de réparation. Les entreprises du bâtiment, comme les entreprises de construction ou d'aménagement d'immeubles, ainsi que les entreprises de travaux publics sont commerciales ¹²⁴.

145. Très souvent les entreprises industrielles achètent les matières premières qu'elles transforment ou les produits qu'elles assemblent et leur activité est également commerciale au titre de l'article L. 110-1, qui vise l'achat de biens meubles pour les revendre « après les avoir travaillés et mis en œuvre ». Mais ce n'est pas toujours le cas. Celui qui travaille à façon sur les matières premières fournies par le client ou celui qui répare le bien d'autrui n'achètent pas pour revendre et pourtant leur activité est incontestablement commerciale.

§ 3. Les activités de services

Art. L. 110-1 C. com. La loi répute actes de commerce :

- 4° Toute entreprise de location de meubles ;
- 5° Toute entreprise de transport par terre ou par eau ;
- 6° Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires...
de spectacles publics.

146. Les économistes distinguent, à côté des activités de production et de distribution, les activités de services. Elles forment ce que l'on appelle le secteur tertiaire. L'article L. 110-1 du Code de commerce n'emploie pas l'expression de service, parce qu'elle n'était pas usitée en 1807 dans l'acception que nous lui reconnaissons aujourd'hui. Il donne cependant une liste des principaux services qui étaient alors offerts. Lorsque de nouveaux types de services sont apparus, par exemple la publicité ou l'ingénierie, la jurisprudence a cherché à les ranger, par analogie, dans les catégories existantes d'activités commerciales. Aujourd'hui, l'on considère plutôt que les activités de services sont, *par principe*, des activités commerciales. Certains services cependant échappent à la commercialité, ce sont les services fournis par les professions libérales.

A Principe de la commercialité des activités de service

147. L'article L. 110-1 cite d'abord trois sortes d'entreprises, qui ont un objet bien précis et que l'on peut appeler les entreprises de services spécialisées. Mais il vise aussi des activités dont l'objet est plus imprécis et qui jouent le rôle de notions résiduelles.

1 - Les activités de services spécialisées

148. L'on remarquera que les activités des intermédiaires du commerce ¹²⁵ sont déjà des services. Mais l'article L. 110-1 cite encore trois autres activités de service : la *location de meubles*, le *transport* et les activités de *spectacles*. Ces catégories doivent être comprises dans leur sens le plus large.

Les entreprises de location de meubles sont, par exemple, les entreprises de location de véhicules automobiles ou de matériel informatique. Cependant, comme l'article L. 110-1 ne vise que la location de meubles, il faut décider *a contrario* que la location d'immeuble, même à titre professionnel, n'est pas une activité commerciale. Ainsi, celui qui loue des places de garage pour les automobiles exerce une activité civile. Mais l'exploitation d'un hôtel est commerciale, car la location d'espace n'a qu'une importance secondaire par rapport aux autres services fournis par l'hôtelier.

L'article L. 110-1 vise toute « entreprise de transport par terre ou par eau ». En réalité, tous les transports, qu'ils soient de personnes ou de marchandises, sont des activités commerciales. L'article L. 110-2 du Code de commerce le dit pour les transports maritimes et le Code de l'aviation civile et commerciale pour les transports aériens. Les auxiliaires de transport ont également une activité commerciale.

De même, la notion de « spectacles publics », visée par l'article 632, alinéa 6, est interprétée de façon très large. Elle recouvre les activités du théâtre et du cinéma, les concerts publics et, de façon générale, toutes les représentations offertes au public, soit en direct, soit par télédiffusion. Les chaînes de télévision ont une activité qui est donc incontestablement commerciale.

2 - Les catégories générales

149. L'article L. 110-1 retient des catégories aux contours moins définis : les « entreprises de fournitures, d'agence et bureaux d'affaires ». Elles jouent le rôle de catégories résiduelles, dans lesquelles la jurisprudence range des activités non expressément visées par le Code.

Le terme de *fourniture* est assez imprécis. Il vise toutes les livraisons de produits ou de services qui ont un caractère continu ou périodique. Les livraisons périodiques de marchandises constituent déjà des achats pour revendre et en ce qui les concerne le rattachement à la catégorie de l'entreprise de fourniture ne présente pas d'intérêt. Lorsque la livraison porte sur des objets comme le gaz, l'électricité ou le chauffage, dont la qualification de biens meubles au regard de l'article L. 110-1, 1° est incertaine, la qualification de fourniture est plus commode. Mais c'est surtout pour les services que la catégorie d'entreprise de fournitures est utile. On a pu ainsi déclarer que sont commerciales les agences de publicité, l'industrie hôtelière, la gestion des cliniques, la mise à disposition de personnel temporaire, les services d'ingénierie ou les télécommunications et plus récemment l'activité d'expertise immobilière ¹²⁶.

Les *agents d'affaires* ont pour profession de gérer les affaires d'autrui. Ici encore il s'agit d'une activité aux contours assez imprécis, qui constitue un cadre commode pour accueillir des services aussi variés que les entreprises de recouvrement de créances, les agents immobiliers, les gérants d'immeubles ou les généalogistes.

150. Finalement, en matière de services, les rubriques de l'article 632 du Code de commerce ne sont que les applications d'un principe général selon lequel toutes les activités de services sont, en principe, des activités commerciales. Les seules limites à ce principe résultent du caractère civil de la location d'immeuble, comme on l'a vu précédemment, et surtout des professions libérales.

B Exclusion des professions libérales

151. Il est traditionnellement admis que l'exercice des professions libérales n'a pas un caractère commercial ¹²⁷. Les médecins, les avocats, les experts-comptables, les architectes, par exemple, ne sont pas commerçants.

On a parfois cherché à justifier la règle par un argument de texte : l'activité des professions libérales n'entrerait pas dans les prévisions de l'article L. 110-1 du Code de commerce car elle ne consiste pas en achats pour revendre. Elle est une activité de production. Cet argument est cependant insuffisant. S'il est vrai que l'activité libérale ne s'analyse pas en un achat pour revendre, elle constitue en revanche une prestation de service et l'on admet aujourd'hui que les activités de service sont en principe commerciales. Une autre raison traditionnellement avancée en doctrine pour expliquer l'exclusion des professions libérales de l'activité commerciale, tient au caractère particulier de la relation qui s'établit entre le praticien et son client, marquée d'un certain désintéressement du côté du praticien et de confiance, du côté du client. Cela se traduirait en particulier dans le fait que la rémunération des actes ne consiste pas en un prix mais en *honoraires* dont le montant serait indépendant du coût de la prestation.

Ces divers arguments ont beaucoup perdu de leur force depuis que l'exercice de la profession nécessite l'emploi des techniques de gestion et de comptabilité modernes. L'exercice d'une profession libérale ressemble de plus en plus souvent à la gestion d'une entreprise ¹²⁸.

Quoi qu'il en soit, le principe a survécu et il s'impose par la force de la coutume : l'activité libérale est fondamentalement civile. C'est également la coutume qui permet de dresser la liste des professions libérales (*infra*, n° 193).

§ 4. Les activités financières

Art. L. 110-1 C. com. La loi répute actes de commerce :

- 7° Toute opération de change, banque, courtage et tout service de paiement ;
- 8° Toutes les opérations de banques publiques.

152. Les banquiers ont toujours été considérés comme étant des commerçants. Plus largement, l'on parle du commerce de l'argent pour désigner les activités financières. Il est donc normal que les dispositions de l'article L. 110-1, 7° qui visent les opérations de change et de banque aient été interprétées de façon extensive et aient été étendues par analogie à toutes les autres activités ayant pour objet la monnaie et le crédit. Cependant la jurisprudence ne retient la commercialité de ces activités que lorsqu'elles sont exercées avec une intention spéculative.

A Caractère commercial des activités financières

153. Les opérations de banque. Traditionnellement, la banque était définie comme le fait de recevoir des fonds du public et de les employer pour son propre compte en opérations de crédit. Cette définition est trop étroite, car les établissements de crédit travaillent aussi avec des fonds qui ne sont pas reçus du public, notamment des fonds propres ou des fonds empruntés. Et si l'octroi de crédits constitue bien leur activité principale, ils assurent aussi bien d'autres services, comme les encaissements ou les paiements pour le compte de leurs clients.

Il est donc préférable de se reporter à l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier qui, plutôt qu'une définition de l'opération de banque, donne une énumération : « les opérations de banque

comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement ».

154. Les opérations de bourse. Il existe deux sortes de bourses : les bourses de valeurs où se traitent les opérations sur les *valeurs mobilières*, et les bourses de marchandises où se traitent les opérations sur des produits de base et des matières premières. Les opérations de bourse, spécialement les opérations à terme, obéissent aux conditions du marché réglementé. Bien que les bourses de marchandises soient très anciennes, puisqu'elles ont été créées en France dès le XVI^e siècle, les rédacteurs de l'article 632 de l'ancien Code de commerce ne les ont pas mentionnées.

155. Les opérations d'assurance. L'article L. 110-2 du Code de commerce répute actes de commerce, « toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer ». En revanche, l'article L. 110-1 ne mentionne pas les assurances terrestres. Celles-ci étaient peu développées au début du XIX^e siècle. Par la suite, la jurisprudence, raisonnant par analogie avec l'assurance maritime, a déclaré commerciales les opérations d'assurance terrestre ¹²⁹. La solution est aujourd'hui unanimement admise.

B L'intention spéculative

156. Pour que les activités financières aient un caractère commercial, la jurisprudence exige souvent que celui qui les accomplit soit animé d'une intention lucrative ou spéculative.

Ainsi, à propos des opérations de banque, la jurisprudence a longtemps hésité à admettre le caractère commercial des activités des établissements à statut spécial, notamment les banques mutualistes comme les caisses de crédit agricole ou les caisses de crédit mutuel. Ces établissements ne recherchaient pas le profit en spéculant sur l'argent et certains arrêts ont nié leur caractère commercial ¹³⁰, alors que d'autres le reconnaissaient ¹³¹. La Cour de cassation a finalement tranché en faveur de leur commercialité ¹³². Il est cependant difficile de dire si la Haute juridiction a abandonné la condition du but lucratif ou si elle a considéré que les établissements mutualistes recherchaient un profit, tout comme les banques commerciales ordinaires.

De même, les opérations de bourse ont donné naissance à une jurisprudence spécifique, selon laquelle ces opérations ne sont commerciales que lorsqu'elles sont accompagnées d'une intention spéculative, c'est-à-dire de la volonté de réaliser un bénéfice en spéculant sur le mouvement des cours de la bourse. La preuve d'une telle intention peut résulter, selon la jurisprudence, de l'importance et de la multiplicité des ordres de bourses ¹³³.

157. En réalité, toute cette jurisprudence part d'une confusion entre l'activité et la qualité de celui qui l'exerce. Le but lucratif ne devrait pas être pris en considération lorsque l'on recherche si une activité a un caractère commercial. À ce stade, il faut s'attacher uniquement à l'objet économique de l'activité en cause. L'article L. 110-1 du Code de commerce donne en effet une liste d'opérations économiques, sans référence à l'intention spéculative de leur auteur. Le but de l'activité n'est utile que pour définir l'entreprise (*infra*, n° 324).

Section 2

L'exercice dans un cadre d'entreprise

158. L'article L. 121-1 du Code de commerce précise que le commerçant fait de l'exercice d'actes de commerce sa profession habituelle (§ 1). La doctrine et la jurisprudence ont analysé les deux notions d'habitude et de profession. Dans une perspective plus moderne, l'on constatera que ces deux conditions caractérisent en réalité une activité exercée dans le cadre d'une entreprise. La doctrine et

la jurisprudence exige encore une autre condition : l'exercice de l'activité doit être indépendant et personnel (§ 2). Enfin, il conviendra de voir quelles sont les différentes entreprises qui sont commerciales en raison de leur activité (§ 3).

§ 1. La profession habituelle

159. L'exercice habituel. Selon la conception traditionnelle, le commerçant accomplit des actes de commerce de façon habituelle. Il est certain que l'exercice d'un acte isolé ou de quelques actes épisodiques ne suffit donc pas à caractériser le commerçant ¹³⁴. Il faut un nombre indéterminé d'actes. Surtout, il faut interpréter la condition de l'habitude selon la finalité de l'article 121-1 du Code, qui est de définir la qualité de commerçant. La qualité de commerçant suppose nécessairement une certaine durée, une certaine stabilité de la profession dans le temps. La condition d'habitude de l'article 1^{er} s'identifie en réalité à la continuité de l'exploitation.

160. L'exercice professionnel. La jurisprudence traditionnelle caractérise la profession par son but lucratif. Elle définit la profession comme le fait de tirer ses ressources ordinaires de l'exercice d'une activité. Ainsi, elle admet que celui qui tire ses ressources ordinaires de la spéculation en bourse, en vendant et en achetant habituellement des valeurs mobilières en bourse, pour en tirer un revenu régulier, peut être qualifié de professionnel ¹³⁵. Cette jurisprudence est certainement critiquable. La spéculation en bourse ne constitue pas une profession. Cette extension de la notion de profession s'explique en réalité par le souci des tribunaux de soumettre les spéculateurs aux rigueurs de la faillite qui, dans le cas des personnes physiques, ne pouvait autrefois frapper que les commerçants.

La notion de profession devrait se définir plutôt par référence aux usages. Elle évoque l'appartenance à une catégorie sociale, répondant à une certaine fonction et reconnue comme telle par l'ensemble du corps social. L'épicier, l'entrepreneur de construction, le réparateur, le transporteur, sont considérés comme des professionnels.

Il faut encore remarquer deux choses. *En premier lieu*, la notion de profession est plus large que celle de commerçant. À côté des professions commerciales, il existe des professions civiles, des professions artisanales et des professions libérales. *En second lieu*, le législateur moderne, n'hésite pas à utiliser la notion de profession, dans un sens renouvelé, pour opposer les professionnels aux consommateurs. Deux textes sont particulièrement remarquables à cet égard. L'article L. 132-1 du Code de la consommation, déclare que sont abusives, dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, 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. Les articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier organisent la cession et les nantissements des « créances professionnelles ». La loi définit ces créances comme étant celles dont le créancier et le débiteur sont soit des personnes morales, soit des personnes physiques « dans l'exercice de leur activité professionnelle ».

161. Les conditions d'habitude, de profession et d'activité indépendante et personnelle, qui servent à définir le commerçant, se ramènent en réalité à l'exigence d'une activité exercée *en entreprise*. La notion d'exercice habituel implique, on l'a vu, une stabilité et une continuité dans l'activité, qui caractérisent l'existence d'une entreprise. Tous les commerçants exercent leur activité dans le cadre d'une entreprise, c'est-à-dire un ensemble organisé de moyens humains, matériels et financiers ¹³⁶, aussi réduits soient-ils.

§ 2. L'exercice à titre personnel et indépendant

162. Cette condition n'est pas prévue expressément par l'article L. 121-1 du Code de commerce. Elle a été ajoutée par la jurisprudence. En effet la qualité de commerçant est refusée aux personnes qui sont intégrées à l'entreprise d'autrui. Ces personnes forment trois catégories.

La catégorie des salariés, tout d'abord. Ils sont liés à leur employeur par un contrat de travail qui les place dans une position de subordination. Même lorsqu'ils disposent en fait d'une certaine autonomie dans l'accomplissement de leur fonction, ils n'ont pas l'indépendance juridique qui caractérise le commerçant. Ils sont liés par les directives que leur employeur a le pouvoir de leur adresser. Ainsi, ni les gérants salariés, ni les représentants de commerce salariés ¹³⁷ ne sont des commerçants.

La catégorie des mandataires, ensuite. Le mandataire est lié à son mandant par un contrat de mandat. Il agit au nom et pour le compte du mandant et, tant qu'il reste dans le cadre de sa mission, il ne s'engage jamais personnellement.

Les dirigeants des sociétés, enfin, car ils n'agissent pas en leur nom propre mais au nom de la société, personne morale, dont ils ne sont que les organes et les représentants légaux. Ainsi le gérant de la société à responsabilité limitée et le directeur général de la société anonyme ne sont pas des commerçants. Ils exercent des actes de commerce, de façon habituelle, mais ils agissent alors au nom de la société commerciale qui, seule, a la qualité de commerçant.

163. La notion d'exercice personnel et indépendant doit être précisée.

L'on dit parfois que le commerçant est celui qui accomplit des actes de commerce en son nom et pour son compte. C'est inexact. Le commissionnaire, par exemple, agit en son nom mais pour le compte d'autrui. Or l'article L. 110-1 du Code de commerce range l'entreprise de commission dans les activités commerciales et personne ne doute que les commissionnaires soient des commerçants indépendants. À l'inverse, certains revendeurs professionnels, comme les franchisés, ou certains constructeurs, comme les sous-traitants, tout en étant juridiquement indépendants, se trouvent dans une position de subordination économique qui leur laisse, en fait, peu d'indépendance. On les considère cependant comme des commerçants. Il faut donc chercher ailleurs le critère de l'indépendance.

En réalité, le critère est celui du *pouvoir de s'engager juridiquement sur son patrimoine personnel*. Le commerçant n'est pas nécessairement celui qui exerce en fait l'activité commerciale, mais celui qui répond sur son patrimoine des engagements juridiques qui résultent de cette activité. À l'inverse, le mandataire et le salarié, lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur mission, ne sont pas des commerçants car ils n'engagent pas leur patrimoine personnel.

Exemple 1. A, propriétaire d'une entreprise de confection, laisse à B, son directeur salarié, l'entière responsabilité de la gestion de son entreprise. Bien que l'activité commerciale soit le fait de B, c'est A qui a la qualité de commerçant, car c'est lui qui répond seul sur son patrimoine des dettes nées de la gestion de l'entreprise.

Exemple 2. C, propriétaire d'une entreprise de transport, donne son fonds de commerce en location-gérance à D. D aura la qualité de commerçant, car le locataire-gérant d'un fonds de commerce l'exploite pour son propre compte et « à ses risques et périls » (art. L. 144-1 C. com.). Lui seul est tenu des dettes qui naissent de l'exploitation du fonds de commerce.

Le droit des sociétés confirme la justesse de ce critère. Ainsi, dans la société en nom collectif les associés sont personnellement et indéfiniment tenus du passif social à côté de la société et ils ont la qualité de commerçants (*supra*, n° 98). Les dirigeants de la société en nom collectif, lorsqu'ils sont choisis parmi les associés, conservent d'ailleurs leur qualité de commerçant. Bien qu'ils soient les représentants légaux de la société et qu'ils agissent au nom de celle-ci, ils répondent aussi des dettes de la société en leur qualité d'associé.

§ 3. Les différentes entreprises commerciales par leur objet

164. Les entreprises qui ont une activité commerciale sont de deux sortes : les entreprises commerciales individuelles et les groupements commerciaux par l'objet.

A L'entreprise commerciale individuelle

165. C'est l'entreprise qui est gérée par un *commerçant personne physique qui s'engage sur son patrimoine*. Parmi les commerçants de l'article L. 121-1 du Code de commerce, les commerçants personnes physiques constituent la catégorie la plus nombreuse.

Le plus souvent, le commerçant personne physique est à la fois propriétaire des biens qui constituent l'entreprise et exploitant de celle-ci. Mais il arrive qu'il y ait dissociation entre la propriété et la gestion. Dans ce cas, qui est le commerçant ? Comme nous l'avons dit précédemment, il faut rechercher quelle est la personne qui supporte dans son patrimoine les conséquences de la gestion. Qui perçoit les profits et supporte les pertes. Ainsi, dans le cas où le fonds de commerce est donné en location-gérance, c'est le gérant et non le propriétaire qui aura la qualité de commerçant. Le locataire-gérant fait le commerce pour son profit et à ses risques, mais à l'aide d'une entreprise qui appartient à un autre. Au contraire lorsque l'entreprise est gérée par un mandataire salarié, c'est le propriétaire qui conserve la qualité de commerçant.

B Les groupements commerciaux par l'objet

1 - Les sociétés commerciales par leur objet

166. L'article L. 210-1 fait de la commercialité par l'objet, c'est-à-dire en raison de l'activité, le principe. En droit, la commercialité par la forme n'est que l'exception. La réalité est tout autre. La plupart des sociétés sont en effet commerciales en raison de leur forme. Elles constituent d'ailleurs les entreprises les plus importantes, d'un point de vue économique. En fait l'on ne rencontre que deux cas de sociétés qui sont commerciales par leur objet.

a) La société en participation

167. L'article 1871 du Code civil définit la société en participation comme celle dont les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au Registre du commerce et des sociétés. Elle n'a donc pas la personnalité morale ¹³⁸. Les associés affectent à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. La société en participation se constitue de façon très simple. Il n'est même pas nécessaire qu'elle soit constatée par écrit. Elle est régie par les articles 1871 à 1872-2 du Code civil.

La société en participation est commerciale si elle a pour objet une activité commerciale. Elle est civile si son objet est civil.

168. La société en participation peut être *occulte* ou *ostensible*.

La société est dite *occulte* lorsqu'elle ne se révèle pas aux tiers. Seul le gérant de la participation traite avec les tiers et est connu d'eux. Les autres associés, que l'on appelle les participants, restent dans l'ombre. Ils n'interviennent que dans les rapports internes à la société. Si la société en participation est commerciale, le gérant a la qualité de commerçant et rien en apparence ne le distingue d'un commerçant individuel, personne physique. Les tiers ne connaissent même pas

l'existence de la société.

La société est dite *ostensible*, lorsqu'elle se révèle aux tiers. Alors, si la société est commerciale par son objet, les participants qui, outre le gérant, agissent en qualité d'associés, au vu et au su des tiers, sont tenus personnellement et solidairement des dettes souscrites dans le cadre de l'activité de la société.

b) La société créée de fait

169. La loi ne la définit pas. Les associés de fait, sans avoir conclu un contrat de société, se comportent dans la réalité comme des associés. Ils mettent des biens en commun et ils partagent les bénéfices et les pertes. Par exemple (c'est l'hypothèse-type) des concubins exploitent ensemble un fonds de commerce, en partagent le profit et contribuent aux pertes. Une telle société n'est ni constatée par écrit, ni immatriculée. Elle n'a pas la personnalité morale. Elle est commerciale si son objet est commercial. Les associés sont alors personnellement et solidairement tenus des dettes afférentes à l'exploitation.

Ce qui distingue la société créée de fait de la société en participation, c'est que dans l'hypothèse de la société créée de fait les associés n'ont pas eu la volonté consciente de conclure un contrat de société. Ils se sont seulement comportés en fait comme des associés. Mais les deux hypothèses sont finalement assez proches. C'est pourquoi l'article 1873 du Code civil dispose que les règles de la société en participation sont applicables aux sociétés créées de fait.

2 - Le groupement d'intérêt économique (GIE)

170. Selon l'article L. 251-1 du Code de commerce, le GIE a pour but de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. En fait le GIE prolonge certaines activités de ses membres en instituant une collaboration entre eux. C'est pourquoi, normalement, le GIE n'est pas appelé à réaliser personnellement un bénéfice.

Exemple. Le GIE « Carte bancaire » a été créé entre les établissements bancaires français, afin de développer l'usage des cartes de paiement et des cartes de crédit, en organisant l'interopérabilité des cartes. Le porteur d'une carte bancaire délivrée par un établissement de crédit peut utiliser la carte dans les billetteries ouvertes par les autres établissements bancaires ou s'en servir pour payer des commerçants ayant un compte dans un autre établissement. Des commissions interbancaires rémunèrent les établissements pour les services qu'ils se rendent mutuellement à cette occasion. Elles sont fixées et gérées par le GIE.

Un autre exemple célèbre était celui du GIE Airbus-Industrie, qui réunissait plusieurs sociétés européennes de construction aéronautique et dont le siège était en France. Par la suite, le GIE s'est transformé en un groupe de sociétés par actions.

Le GIE doit être immatriculé au Registre du commerce et des sociétés et il jouit de la personnalité morale. Il est commercial si son activité est commerciale. Il est civil dans le cas contraire. Selon l'article L. 251-4 du Code de commerce le GIE peut faire habituellement et à titre principal tous actes de commerce pour son propre compte ¹³⁹. Il peut donc avoir la qualité de commerçant.

Le règlement européen du 25 juillet 1985 a créé le groupement européen d'intérêt économique (GEIE), calqué sur le modèle français du GIE. Ce groupement peut être constitué par des entreprises établies dans plusieurs États membres de l'Union européenne.

3 - Le cas des associations

171. L'association est « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun et d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de

partager des bénéfices ». Telle est la définition qu'en donne l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901. Lorsque l'association est déclarée, elle acquiert la personnalité morale. La formalité est très simple, elle consiste en une déclaration à la préfecture, accompagnée du dépôt des statuts et de la liste des dirigeants. L'association peut avoir des buts très divers. Elle peut avoir un but désintéressé, non lucratif, par exemple philanthropique, culturel ou scientifique. Mais elle peut aussi avoir une activité économique. Elle peut fournir des services à ses membres, en leur faisant réaliser une économie, par exemple en gérant un centre technique. Mais elle peut aussi réaliser un profit, tirer des bénéfices de son activité. Ainsi beaucoup d'associations à but désintéressé ajoutent à leurs activités traditionnelles une activité commerciale de restauration, d'hospitalisation ou d'agence de voyages. La seule chose qui leur soit interdite, c'est de partager les bénéfices qui en résultent.

On s'est alors demandé si une association ne pouvait pas se voir reconnaître la qualité de commerçant.

En théorie, la question peut se discuter. Si l'association effectue habituellement et à titre professionnel des actes de commerce, bref si elle a une activité commerciale, elle répond à la définition de l'article L. 121-1 du Code de commerce. Et comme elle jouit de la personnalité morale, pourquoi ne pas la considérer comme une personne morale commerçante ? À côté des sociétés commerciales proprement dites, il y aurait des associations commerciales. Il y aurait ainsi deux formes d'organisation des entreprises ¹⁴⁰.

Mais si le législateur a cru bon d'organiser deux sortes de groupements, la société et l'association, n'est-ce pas parce qu'il les destinait à des activités différentes ? L'on peut aussi s'interroger sur l'opportunité de permettre aux associations de cumuler les avantages de la forme associative et de la société commerciale et de faire aux entreprises commerciales une concurrence que l'on a pu parfois considérer comme déloyale ¹⁴¹. Il conviendrait donc de cantonner les associations dans les activités à but non lucratif. Exceptionnellement, il leur serait permis de compléter leurs ressources, en se livrant à quelques opérations commerciales isolées et accessoires. Mais elles ne devraient pas avoir à titre principal et habituel une activité d'entreprise ¹⁴².

172. La législation est parfois hésitante. Ainsi, la loi n° 85-698 du 11 juillet 1985 autorise certaines associations à émettre des valeurs mobilières, essentiellement des obligations. Il faut alors que l'association ait une activité économique depuis au moins deux ans et qu'elle se fasse immatriculer au Registre du commerce et des sociétés. Mais peut-on tirer une règle générale de ce qui paraît bien, au contraire, être une exception ?

Le législateur est intervenu à propos des clubs sportifs, qui traditionnellement prennent la forme de l'association. Faisant suite à une période d'hésitations, le Code du sport, aux articles L. 122-1 et suivants, prévoit que les associations sportives qui dépassent certains seuils financiers fixés par décret, doivent obligatoirement constituer, pour la gestion de leurs activités payantes, une société commerciale soumise au Code de commerce. En dessous de ces seuils, les associations peuvent constituer une *société sportive* ayant la forme de l'entreprise unipersonnelle sportive, de la société anonyme à objet sportif ou de la société anonyme sportive professionnelle, dont les statuts-types sont définis par décret. En prévoyant ainsi la création de sociétés commerciales adjointes aux associations sportives, la législation française ne va certainement pas dans le sens de la reconnaissance de la commercialité des associations. À l'origine, les sociétés anonymes sportives professionnelles ne pouvaient pas émettre des valeurs mobilières. Elles peuvent aujourd'hui procéder à une offre au public de leurs actions ou les faire admettre aux négociations sur un marché réglementé ¹⁴³.

Enfin l'article 442-7 du Code de commerce dispose : « Aucune association ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts ». Mais l'on ne peut pas en déduire *a contrario* que lorsque ces activités sont prévues dans les statuts, l'association a la qualité de commerçant. Le texte signifie seulement que l'activité de l'association est dans ce cas licite.

173. La *jurisprudence* refuse aux associations la qualité de commerçant, mais elle reconnaît

qu'elles ont parfois une activité commerciale.

Avant de considérer ces deux propositions, il faut commencer par écarter deux hypothèses qui ne soulèvent pas de difficulté. La première est celle de l'association qui, ouvertement ou de façon déguisée, partage un profit entre ses membres. Dans ce cas, l'association est nulle en tant qu'association et elle survit comme société de fait. Ses membres sont tenus personnellement, indéfiniment et solidairement des dettes souscrites par l'association. La seconde est celle de l'association qui se livre à des activités commerciales accessoires dont elle affecte le profit à la réalisation de son but statutaire. De telles opérations sont alors civiles par accessoire.

Cela dit, la jurisprudence refuse la qualité de commerçant aux associations qui se livrent habituellement et de façon professionnelle à une activité commerciale importante. Elle s'appuie sur le fait que les textes relatifs au registre du commerce et des sociétés ne prévoient pas l'immatriculation des associations. Selon la jurisprudence, la liste des personnes pouvant requérir leur immatriculation ne peut être étendue par analogie. Ne pouvant être immatriculée, l'association ne peut avoir la qualité de commerçant.

Ne pouvant se prévaloir de la qualité de commerçant, l'association ne peut prétendre à aucun des avantages qui profitent aux commerçants. Ainsi, elle n'a pas de fonds de commerce et ne peut pas le donner en location-gérance ¹⁴⁴. Elle ne peut pas se prévaloir du statut des baux commerciaux pour demander le renouvellement de son bail ¹⁴⁵.

Mais la jurisprudence reconnaît que l'association peut exercer une activité commerciale. Dans cette mesure, elle ne peut pas se soustraire aux obligations légales qui pèsent sur les commerçants. L'association pourra ainsi être assignée devant le tribunal de commerce ¹⁴⁶ et contre elle la preuve d'un contrat se fera par tous moyens ¹⁴⁷.

En somme, elle a tous les inconvénients mais ne peut prétendre à aucun des avantages qui s'attachent à la condition de commerçant. Elle est assimilée à un « commerçant de fait » ¹⁴⁸, non immatriculé au Registre du commerce et des sociétés.

Chapitre 3

Les professionnels non commerçants

174. Le classement des professions n'obéit pas à des considérations logiques. Il est plutôt le produit de l'histoire. Les distinctions qui subsistent entre les diverses professions gardent la trace des corporations de l'ancien droit. C'est ainsi qu'il existe trois catégories de professionnels qui traditionnellement n'appartiennent pas au monde du commerce : les agriculteurs (Section 1), les artisans (Section 2) et les membres des professions libérales (Section 3). Ils n'ont pas la qualité de commerçant. Pour les agriculteurs et les artisans, la règle découle de la coutume et de la loi. En ce qui concerne les membres des professions libérales, la règle est purement coutumière.

Cependant la frontière entre les professions commerciales et non commerciales tend en pratique à s'estomper, car les non commerçants hésitent de moins en moins à utiliser les techniques du droit commercial, en particulier la forme de la société commerciale. La distinction disparaîtrait sans doute si l'on devait un jour remplacer les notions de commerçant et de profession par celle d'entreprise.

Section 1

Les professions agricoles

175. La production agricole, l'élevage, la pêche et l'exploitation des forêts, ainsi que la vente des produits qui en sont issus, ne sont pas des activités commerciales, mais des activités fondamentalement civiles. La règle est traditionnelle. Sous l'ancien droit, le travail de la terre et le négoce correspondaient à des états différents. De plus, tout ce qui touchait à la terre, qui fondait la puissance des familles nobles, était exclu du commerce. Ces conceptions ont inspiré la rédaction de l'ancien Code de commerce. Aujourd'hui encore, l'article L. 110-1 en réputant acte de commerce l'achat pour revendre, exclut, *a contrario*, les actes de production des activités commerciales ¹⁴⁹ : n'est pas commerciale l'activité de celui qui tire les produits du sol et qui les vend ¹⁵⁰, même s'il les a transformés. Il manque l'opération d'achat. D'ailleurs, l'article L. 721-6 du Code de commerce ¹⁵¹ exclut de la compétence des tribunaux de commerce « les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru ».

Il est vrai que les techniques de l'agriculture ont beaucoup changé. Les agriculteurs achètent des engrais et des produits de traitement et ils transforment ou conditionnent leur production. Les éleveurs achètent les animaux et les aliments pour les nourrir. Les pépiniéristes achètent les plantes et les arbres qu'ils revendent. Les agriculteurs utilisent les méthodes commerciales de vente et de promotion. Ils font partie de filières de production. Ils sont liés par des contrats d'intégration. Ils se mettent en société ¹⁵².

Néanmoins le caractère civil des activités agricoles a été réaffirmé par la législation moderne. Depuis la loi du 30 décembre 1988, l'article L. 311-1 du Code rural, dispose :

« Sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle 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... Les activités agricoles ainsi définies ont un caractère civil ».

176. Avant que n'intervienne la loi du 30 décembre 1988, les tribunaux avaient été confrontés au problème des agriculteurs et des éleveurs qui effectuent des opérations commerciales en liaison avec la production agricole proprement dite. Ainsi, par exemple, lorsqu'un exploitant se livre à des achats pour revendre, il vend à la fois les produits de son sol et les produits qu'il a achetés ; ou encore un agriculteur adjoint à son exploitation une entreprise industrielle pour la transformation de ses produits.

La jurisprudence avait tranché ces difficultés en faisant appel à la théorie de l'*accessoire*. Tant que les actes de commerce restaient l'accessoire de l'activité agricole, ils étaient des actes civils par accessoire. À l'inverse, l'activité était commerciale et l'exploitant devenait commerçant lorsque les achats pour revendre ou l'activité de transformation prenaient une importance telle qu'ils constituaient l'activité principale de l'exploitant. Mais en raison de l'imprécision même de la notion d'accessoire, la jurisprudence était souvent incertaine. L'élevage industriel avait donné lieu à de nombreuses décisions ¹⁵³. Selon que l'éleveur utilisait en majeure partie les produits de son exploitation ou des aliments achetés à l'extérieur pour nourrir ses animaux, son activité était civile ou commerciale ¹⁵⁴. Cependant, un autre courant de jurisprudence prenait aussi en considération l'importance de l'entreprise de l'éleveur, par exemple le fait qu'il employait de nombreux salariés et était en relation avec de nombreux fournisseurs et clients ¹⁵⁵.

177. En définissant de façon précise l'activité agricole, la loi de 1988 a sensiblement simplifié la solution. Trois cas peuvent être distingués.

En premier lieu, celui de l'élevage industriel. L'article L. 311-1 du Code rural met fin aux distinctions de la jurisprudence antérieure. Désormais, l'élevage a toujours, en principe, un caractère civil. Il suffit pour cela que l'activité de l'éleveur constitue une étape nécessaire au déroulement du cycle biologique de l'animal. Peu importe que les animaux eux-mêmes ou leur alimentation aient été achetés à l'extérieur ¹⁵⁶. Peu importe également la taille et l'organisation de l'entreprise. Ce qui compte, c'est que les animaux passent dans l'exploitation un temps minimum pour caractériser une étape de leur développement.

En deuxième lieu, le cas des activités de transformation des produits agricoles. Ici encore la théorie de l'accessoire est écartée. Selon l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime, les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ont un caractère civil. Cela s'applique certainement à la transformation, quelle que soit sa complexité. Il convient cependant de conserver la distinction fondée sur l'origine des produits transformés : si ceux-ci sont en majorité acquis à l'extérieur, l'activité sera industrielle et l'exploitant aura la qualité de commerçant ¹⁵⁷.

En troisième lieu, le cas de l'agriculteur ou de l'horticulteur qui vend non seulement les produits de son exploitation mais aussi des produits achetés auprès de tiers. La règle de l'accessoire s'applique lorsque l'une des deux activités est marginale par rapport à l'autre. Mais le Code rural n'exclut pas que l'exploitant se voie reconnaître la double qualité d'agriculteur et de commerçant lorsque les deux activités sont relativement importantes. L'article L. 311-2 prévoit en effet la possibilité d'une double immatriculation au Registre de l'agriculture, d'une part, et au Registre du commerce et des sociétés, d'autre part.

178. Le législateur moderne tend d'ailleurs à soumettre les professions agricoles à un statut semblable ou même identique à celui des commerçants ¹⁵⁸. C'est ainsi que l'article L. 311-2 du Code rural prévoit leur immatriculation obligatoire à un registre de l'agriculture, dont l'organisation rappelle celle du Registre du commerce, et que l'article L. 311-3 reconnaît l'existence du « fonds agricole », semblable au fonds de commerce des commerçants ¹⁵⁹. Les articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce étendent aux agriculteurs le régime de la sauvegarde, du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises, qui était autrefois réservé aux commerçants.

Section 2

Les professions artisanales

179. Trois traits caractérisent l'artisan : il est un professionnel juridiquement indépendant, son activité est principalement manuelle, il emploie un nombre réduit de personnes. Ainsi, le plombier, le menuisier, le boulanger, le maçon, le garagiste ou le chauffeur de taxi indépendant. En fait les artisans sont extrêmement diversifiés, puisque la nomenclature officielle recense plus de deux cent cinquante professions artisanales.

Le secteur de l'artisanat est économiquement important. Il existe environ 1 000 000 d'entreprises artisanales ¹⁶¹ représentant au total le tiers de l'ensemble des entreprises du commerce et de l'industrie. En 2012, les TPE du secteur de l'artisanat réalisaient un chiffre d'affaires de près de 200 milliards d'euros.

180. Quel est le statut de l'artisan ? La difficulté vient de ce que très souvent l'artisan exerce de façon habituelle et professionnelle une activité commerciale, au sens de l'article L. 110-1 du Code de commerce. Le boulanger et le menuisier achètent de la matière première qu'ils transforment et revendent. Le chauffeur de taxi exploite une entreprise de transport, même s'il s'agit d'une très petite ou micro-entreprise. Il faudrait donc, en principe, les considérer comme des commerçants selon l'article L. 121-1 du Code de commerce. Mais il existe aussi des artisans qui n'exercent aucune activité commerciale. Tel le cas du coiffeur, car les soins donnés au corps humain, s'ils sont des services au sens économique, n'ont pas de caractère commercial. Tel est encore le cas de l'exploitant d'une auto-école, car l'enseignement n'est pas une activité commerciale.

Si le Code civil ne les ignore pas (art. 570, art. 1384, al. 6, C. civ.), le Code de commerce n'y fait aucune allusion. Tout au long du XIX^e siècle, les tribunaux, par une interprétation littérale du code, les considéraient comme des commerçants et les soumettaient intégralement au droit commercial, spécialement aux rigueurs de la faillite. Ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle que les tribunaux ont commencé à décider que les artisans n'avaient pas la qualité de commerçants et qu'ils étaient soustraits à l'application du droit commercial ¹⁶². Le *statut civil* de l'artisan est donc une création de la jurisprudence.

Un peu plus tard, à partir de 1925, le législateur est intervenu pour organiser la profession et la représentation de ses intérêts. De nombreux textes législatifs et réglementaires ont peu à peu façonné le secteur des *métiers*. Le dernier en date est la loi 2014-626 du 18 juin 2014 (dite loi Pinel). Certains d'entre eux ont été regroupés dans un Code de l'artisanat. Ces textes n'ont pas pour but de créer des droits individuels au profit des artisans, mais d'organiser les conditions d'exercice de la profession et sa représentation collective. Il s'agit d'un *statut administratif* des artisans. Parallèlement se sont succédé divers textes reconnaissant aux artisans certains avantages

économiques, fiscaux ou sociaux.

Il existe plusieurs statuts qui ne s'appliquent pas toujours aux mêmes personnes. Il en résulte que la notion d'artisan est relative. Cependant, l'on assiste à une tendance à revenir à une définition plus unitaire de l'artisan.

§ 1. Les deux statuts de l'artisan

181. La notion d'artisan est différente selon que l'on considère le statut de droit privé ou le statut administratif. Certaines personnes relèvent du statut administratif et ont la qualité d'artisan au sens de ce statut tout en n'ayant pas la qualité d'artisan au sens du droit privé, et inversement.

Le statut fiscal ¹⁶³ et le statut social des artisans ont beaucoup perdu de leur spécificité. De ce point de vue, la notion de micro-entreprise tend à remplacer celle d'artisan.

A Le statut de droit privé

182. C'est celui que la jurisprudence a élaboré en décidant que les artisans, même lorsqu'ils exercent des actes de commerce de façon habituelle, n'ont pas la qualité de commerçant.

Cette jurisprudence a son origine dans un arrêt fortement motivé de la Cour de cassation du 22 avril 1909 ¹⁶⁴.

En l'espèce, elle refusait la qualité de commerçant à un cordonnier en relevant que celui-ci n'employait aucun ouvrier, ne possédait pas de vitrine et travaillait sur commande, que ses achats à crédit de matière première étaient modiques, qu'il n'avait pas de stock et que son gain résultait de son travail manuel. La Cour poursuivait : « ... attendu que ces faits, exclusifs de toute spéculation sur l'achat et la vente des marchandises, sont caractéristiques de la profession d'artisan et non de celle de commerçant... ».

Par la suite, la Cour de cassation a élargi sa jurisprudence en subordonnant la qualité d'artisan à des conditions moins draconiennes. Ainsi, elle a admis que l'artisan est celui qui exerce un métier manuel et qui vend *principalement* le produit de son travail ¹⁶⁵. Enfin, elle a reconnu la qualité d'artisan à une modiste, alors que celle-ci employait quatre salariés ou apprentis, en relevant qu'elle ne spéculait ni sur les marchandises, ni sur le travail d'autrui ¹⁶⁶.

La Cour de cassation a réaffirmé sa jurisprudence en refusant la compétence du tribunal de commerce pour connaître d'une action en concurrence déloyale intentée contre un artisan, défini par l'objet de son activité ¹⁶⁷.

Quel est le fondement de la distinction entre le commerçant et l'artisan ? La jurisprudence insiste sur le fait que l'artisan ne spéculé ni sur les marchandises, ni sur les investissements, ni sur le travail d'autrui. En somme, il ne demande que le juste prix de son travail. Le critère de la distinction est celui de la *spéculation* qui caractérise par nature l'activité commerciale ¹⁶⁸. On peut d'ailleurs se demander si cette vision de l'artisanat n'est pas quelque peu dépassée. Il est douteux que l'artisan ne soit pas lui aussi tenté par la maximisation de son profit. C'est ce qui explique sans doute que le statut de l'artisanat se rapproche du statut de la petite entreprise commerciale ¹⁶⁹.

183. La jurisprudence retient une définition étroite de l'artisan. Deux conditions sont nécessaires :
— l'artisan effectue personnellement un travail manuel dont il tire ses moyens d'existence. Il ne doit pas se contenter d'acheter et de revendre. Comme le dit la Cour de cassation, il ne spéculé pas sur les marchandises. La part du travail manuel doit rester prépondérante par rapport à l'utilisation des machines ¹⁷⁰ ;

— l'artisan ne doit employer qu'un petit nombre de personnes : les membres de sa famille, quelques apprentis, quelques salariés. Bien que l'appréciation dépende de chaque cas d'espèce, le chiffre de cinq salariés paraît être un maximum ¹⁷¹.

En tout cas, la jurisprudence civile n'est pas liée par les critères que retient la loi pour l'application du statut administratif de l'artisan. L'immatriculation au répertoire des métiers, en

particulier, ne suffit pas à conférer la qualité d'artisan au point de vue du statut civil.

184. Le statut de l'artisan consiste alors en ce que l'activité artisanale, exercée dans les conditions que l'on vient de préciser, est considérée comme une activité purement civile et que l'artisan n'a pas la qualité de commerçant. Les règles du droit commercial, comme celles qui concernent la capacité commerciale, la preuve des actes ou la compétence du tribunal de commerce, ne lui sont pas applicables. Il échappe aux obligations qui pèsent sur les commerçants : tenue d'une comptabilité, immatriculation au RCS.

B Le statut administratif

185. La profession d'artisan – on dit plus volontiers aujourd'hui le secteur des métiers – est une profession réglementée et organisée. L'accès est soumis à des conditions légales et réglementaires précises. Le titre d'artisan est protégé. Il existe des assemblées professionnelles, les chambres des métiers ¹⁷² et un registre public, le répertoire des métiers ¹⁷³.

Les textes réglementaires relatifs à la matière sont nombreux et désordonnés. La codification réalisée en 1958 n'a pas été poursuivie. Le Code de l'artisanat, récemment modifié par la loi du 23 juillet 2010, est demeuré inachevé. Il est essentiellement consacré aux chambres des métiers. Un nouveau Code des métiers et de l'artisanat devrait voir le jour ¹⁷⁴.

1 - Immatriculation au répertoire des métiers

186. L'article 19 de la loi du 5 juillet 1996 définit les personnes qui font partie du *secteur des métiers* et qui doivent être obligatoirement immatriculées au répertoire des métiers.

— Ce sont des personnes physiques ou des personnes morales.

— Elles exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante. Cette activité est nécessairement l'une de celles qui figurent sur la liste des activités artisanales, établie par décret.

— Elles n'emploient pas plus de dix salariés. Les membres de la famille de l'artisan ne sont pas compris au nombre des salariés. Il en est de même des associés qui participent à la gestion (lorsque l'entreprise est une personne morale), des apprentis et des personnes handicapées.

L'on constate que la définition est à la fois plus large et plus précise que celle de la jurisprudence civile. Plus large, puisque l'entreprise artisanale, au sens administratif, comporte jusqu'à dix salariés et parfois davantage ; plus précise puisque la liste des activités artisanales figure sur une liste officielle, établie par décret, qui comporte plus de 250 rubriques ¹⁷⁵. Alors que la notion civile est incertaine, la définition administrative procure une grande sécurité juridique. D'autant plus que l'immatriculation au répertoire des métiers est obligatoire ¹⁷⁶.

187. L'immatriculation ne constitue pas seulement une formalité administrative à des fins statistiques et informatives. Elle est aussi constitutive de droit en ce qu'elle entraîne l'affiliation aux régimes sociaux propres aux artisans et conditionne certains avantages, par exemple en matière d'aides et de crédit. Bien que la loi ne le dise pas, elle emporte une présomption simple d'appartenance à la profession.

2 - Condition d'accès à la profession

188. Jusqu'à une époque récente, l'accès à la profession artisanale était libre, en ce sens qu'aucune condition de qualification ou de diplôme n'était requise. Il n'y avait que de rares exceptions, comme par exemple pour la profession de coiffeur.

La loi du 5 juillet 1996 a apporté à cet égard un changement considérable ¹⁷⁷. Désormais, certaines activités ne peuvent être exercées que par une personne *qualifiée professionnellement* ou sous le contrôle effectif et permanent de celle-ci. Ces activités, énumérées par l'article 16 de la loi ¹⁷⁸, sont essentiellement les activités liées à la santé et à la sécurité des personnes et elles couvrent en pratique un champ très large. Il s'agit par exemple de la réparation des véhicules, de la mise en place des installations électriques, de la fabrication des produits frais de la boulangerie et de la boucherie. Pour chacune de ces activités, un décret en Conseil d'État détermine les diplômes, les titres homologués et l'expérience professionnelle nécessaires à la qualification.

3 - Les titres d'artisan, de maître artisan et d'artisan d'art

189. Pour pouvoir se dire artisan, il faut, précise la loi 2014-626 du 18 juin 2014 ¹⁷⁹ : 1° justifier d'un diplôme, d'un titre ou d'une expérience professionnelle dans le métier ; 2° exercer effectivement le métier ¹⁸⁰.

Les dirigeants sociaux des personnes morales relevant du secteur de l'artisanat peuvent se prévaloir de la qualité d'artisan dès lors qu'ils justifient d'un diplôme, d'un titre ou d'une expérience professionnelle dans le métier qu'ils exercent.

L'usurpation de la qualité d'artisan est pénalement sanctionnée d'une amende de 75 000 euros, voire d'une peine complémentaire consistant en la fermeture de l'établissement pour une durée de 5 ans ¹⁸¹.

Le titre de *maître artisan* est délivré aux artisans qui ont obtenu un brevet de maîtrise ou un diplôme équivalent et qui justifient de deux ans de pratique professionnelle.

Le titre d'artisan d'art peut être accordé aux artisans qui exercent une activité caractérisée par la maîtrise de gestes et de techniques en vue du travail de la matière et nécessitant un apport artistique.

190. Les artisans, dès lors qu'ils sont immatriculés au répertoire des métiers, jouissent de certains avantages économiques. Ils peuvent en particulier prétendre à des prêts bonifiés, d'une durée maximum de quinze ans, destinés à leur installation et à leur équipement. Ils peuvent également recevoir des primes de reconversion et des primes d'installation en milieu rural ou en zone urbaine rénovée. Enfin, les artisans bénéficient d'un régime particulier de formation professionnelle, créé par la loi du 23 décembre 1982.

§ 2. Les rapports entre les statuts d'artisan et de commerçant

191. Certaines personnes relèvent du statut administratif de l'artisanat mais ne bénéficient pas du statut civil. C'est par exemple le cas de l'exploitant qui emploie jusqu'à dix salariés et qui exerce une activité commerciale relevant du secteur des métiers. Il doit se faire immatriculer au répertoire des métiers et il a droit au titre d'artisan. Mais il est également commerçant personne physique, car il ne remplit pas les conditions posées par la jurisprudence pour être considéré comme artisan au sens du droit privé. Il cumule les deux qualités. Il peut invoquer les droits et il est soumis aux obligations qui découlent des deux statuts. L'article 19, II, de la loi du 5 juillet 1996 précise d'ailleurs que

« l'immatriculation au répertoire des métiers ne dispense pas, le cas échéant, de l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés ».

Une situation identique se présente lorsque l'entreprise artisanale prend la forme d'une société commerciale. La société commerciale, par exemple une SARL ou une SAS, ne peut exister que par son immatriculation au Registre du commerce et des sociétés. Étant une société commerciale par la forme, elle a nécessairement la qualité de personne morale commerçante. Mais conformément à l'article 19, I, de la loi du 5 juillet 1996, elle doit requérir son immatriculation au répertoire des métiers et son dirigeant pourra avoir le titre d'artisan ou de maître artisan.

Les hypothèses de double appartenance ne sont pas rares. De plus en plus d'entreprises immatriculées au répertoire des métiers prennent la forme de la SARL, au point qu'en 2008 elles représentaient 44,3 % de l'ensemble des entreprises artisanales ¹⁸². Il en résulte un écartèlement de l'artisan entre le droit civil et le droit commercial.

Exemple. En 2005, X a ouvert une petite boutique, après avoir obtenu la qualification d'artisan cordonnier. Son activité a toujours été prospère, grâce à la qualité de son travail. En 2010, X a bénéficié de l'ouverture d'une station de métro à proximité. De plus, il a investi le montant d'un héritage dans l'achat du local où il exerce. Il a également pu s'agrandir pour installer des machines-outils et rénové le magasin. Il fabrique désormais des chaussures en cuir grâce à un procédé technique nouveau qu'il a fait breveter. X est en conflit avec la SARL Y qui lui réclame la somme de 5 000 euros. Au début, X est artisan. Il en a la qualification. Et, il correspond aux critères des artisans : travail manuel, absence de spéculation sur les marchandises, pas d'employés (*cf.* Cass. civ., 22 avril 1909). Puis, il devient en plus commerçant : activité industrielle (fabrication de chaussures), exercée à titre professionnel et de façon indépendante. La SARL Y est commerçant par la forme. Le litige oppose donc deux commerçants. Le tribunal de commerce est compétent.

192. De toute manière, le statut de l'artisanat se rapproche du statut commercial. Les artisans se sont vus reconnaître peu à peu la plupart des avantages dont profitaient traditionnellement les commerçants : ils peuvent prétendre au régime des baux commerciaux, qu'ils accomplissent ou non des actes de commerce, précise l'article L. 145-1 du Code de commerce (*infra*, n° 531) ; ils peuvent donner leur fonds en location-gérance ; ils peuvent constituer un nantissement sur leur outillage et sur leur fonds artisanal ¹⁸³.

Les artisans comme les commerçants bénéficient des procédures collectives de sauvegarde, de redressement et de liquidation des entreprises, organisées par les articles L. 620-1 et suivants du Code de commerce ¹⁸⁴. Plus remarquable encore est la règle selon laquelle le tribunal de commerce est toujours compétent pour déclarer ouverte la procédure de redressement lorsque le débiteur est artisan, alors que l'on pourrait imaginer que le tribunal de grande instance soit compétent lorsque l'artisan n'a pas la qualité de commerçant.

L'évolution du statut de l'artisanat va dans le sens de la reconnaissance de la petite entreprise employant moins de dix salariés. En pratique, le critère de la taille devient prédominant. Le caractère civil ou commercial de l'exploitation, sans être totalement négligeable, ne présente plus qu'un intérêt secondaire.

Section 3

Les professions libérales

193. Comme on l'a vu précédemment, l'activité libérale est fondamentalement civile. Les membres des professions libérales ne sont pas commerçants ¹⁸⁵. Il s'agit d'une règle coutumière.

La loi de simplification du droit du 22 mars 2012 ¹⁸⁶ donne une définition de la profession libérale, qui n'est pas un modèle de concision : « personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante

et sous leur responsabilité, une activité de nature généralement civile ayant pour objet d'assurer, dans l'intérêt du client ou du public, des prestations principalement intellectuelles, techniques ou de soins, mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées et dans le respect de principes éthiques ou d'une déontologie professionnelle, sans préjudice des dispositions législatives applicables aux autres formes de travail indépendant ».

La doctrine répartit généralement les professions libérales en quatre groupes. 1) Les professions juridiques, qui comprennent notamment les avocats, les officiers ministériels, les auxiliaires de justice et les commissaires aux comptes. 2) Les conseils et experts en matière technique comme les architectes, les géomètres, les experts-comptables, les conseils en propriété industrielle ¹⁸⁷. 3) Les professions médicales, notamment les médecins, les chirurgiens-dentistes, les vétérinaires. 4) Les établissements d'enseignement : écoles, pensionnats, auto-écoles.

En revanche, les pharmaciens sont commerçants car leur activité principale consiste essentiellement en achats suivis de reventes.

194. Aujourd'hui, les professions libérales n'hésitent plus à faire appel aux techniques de *l'entreprise*. Procédant à des investissements importants, notamment en matériel informatique, et employant des collaborateurs salariés, elles sont confrontées à des exigences d'organisation et de rentabilité. Plusieurs membres d'une profession libérale (SEL) ou de professions voisines peuvent d'ailleurs se grouper avec des apporteurs de capitaux dans une société d'exercice libéral à forme commerciale ¹⁸⁸, afin d'exercer la profession en commun. La forme l'emporte sur le fond et la société a la qualité de commerçant. Les associés, personnes physiques, qui exercent la profession libérale ne deviennent pas commerçants. La loi n'a pas prévu que les sociétés d'exercice libéral puissent prendre la forme d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple, car dans ces sociétés, les associés ou certains d'entre eux prennent automatiquement la qualité de commerçants. La société d'exercice libéral ne peut être qu'une SARL ou une société par actions ¹⁸⁹.

195. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent l'existence du *cabinet libéral*, tout au moins lorsqu'il présente un certain degré d'organisation.

Jusqu'à une époque récente, la jurisprudence maintenait la solution traditionnelle selon laquelle était déclarée nulle toute cession de clientèle civile ¹⁹⁰. Mais par un important arrêt du 7 novembre 2000, la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence, en déclarant que « si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient » ¹⁹¹. Il n'y a donc plus d'obstacle à la reconnaissance du *fonds d'exercice libéral*, analogue au fonds de commerce, dont l'élément essentiel sera la clientèle ¹⁹². De même, devrait être confirmée, la validité de la transmission d'une clause de non-concurrence, à l'occasion de la cession du fonds d'exercice libéral à des acquéreurs successifs ¹⁹³. La reconnaissance de l'entreprise libérale paraît donc certaine ¹⁹⁴.

L'article 46 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 vise à donner un statut, à l'image du conjoint collaborateur d'un commerçant, au conjoint d'un professionnel libéral qui collabore à l'activité de son époux. Le conjoint ne peut pas recevoir de rémunération à ce titre et doit être déclaré à l'URSSAF. Il peut recevoir un mandat du chef d'entreprise pour accomplir les actes relatifs à la gestion et au fonctionnement courant de l'entreprise. Il pourra prétendre aux prestations complémentaires du régime d'assurance dont relève son époux.

196. Enfin, la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises applique les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation « à toute autre personne physique exerçant une activité

professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé » [195](#).

Titre II

Les actes de commerce

197. Dans la conception objective du droit commercial, qui a régné au XIX^e siècle et durant la première moitié du XX^e, la théorie de l'acte de commerce occupait une place centrale. Mais cette façon de considérer le droit commercial a perdu beaucoup de son audience. D'abord parce que l'attention se porte aujourd'hui sur l'entreprise, beaucoup plus que sur les actes considérés en eux-mêmes. Ensuite parce que les règles propres aux actes de commerce tendent à se raréfier. Ainsi, d'une part, c'est l'entreprise commerciale qui s'affirme comme le *déterminant* des actes de commerce (Chapitre 1) et, d'autre part, c'est le *régime* même des actes de commerce qui est remis en cause (Chapitre 2).

Chapitre 1

La détermination des actes de commerce

198. Après avoir montré que le concept d'entreprise constitue aujourd'hui le critère principal de l'acte de commerce (Section 1), il conviendra de présenter une classification des actes de commerce (Section 2).

Section 1

Recherche d'un critère de l'acte de commerce

199. Dans les années qui suivirent la promulgation du Code de commerce de 1807, la doctrine française consacra la théorie objective du droit commercial, dans laquelle l'acte de commerce était défini *a priori*, indépendamment de la personne qui l'effectue (§ 1). Cette théorie a dominé la doctrine jusqu'au milieu du ^{xx}^e siècle. Mais la conception subjective (§ 2), qui place l'entreprise commerciale au centre des préoccupations et en fait le critère de l'acte de commerce, s'est peu à peu imposée en jurisprudence. Reconnue aujourd'hui par une grande partie de la doctrine, la théorie subjective tend à prendre la première place. Elle n'a cependant pas totalement évincé la conception objective traditionnelle, de sorte que le droit positif consacre en réalité une théorie mixte ou dualiste, qui n'est pas rationnellement satisfaisante.

§ 1. La théorie objective de l'acte de commerce et son déclin

A La notion objective de l'acte de commerce

200. La théorie objective détermine les actes de commerce, *a priori*, sans considération de la personne qui les effectue. Pour cela elle retient l'objet de l'acte, l'opération économique dont l'acte est la traduction juridique. La théorie, dans sa pureté originelle, constate ainsi l'existence d'**actes de commerce par nature**, en raison de leur *objet*. Par exemple, l'achat de marchandises pour les revendre, les opérations de banque ou les opérations de transport sont des actes de commerce par nature.

Cela conduit à deux observations.

1) Juridiquement, la théorie objective s'est appuyée sur l'ancien article 632 du Code de commerce (art. L. 110-1 du nouveau code), qui était censé donner une liste des actes de commerce par nature. Nous avons décrit précédemment le contenu de cet article (*supra*, n° 123 et s.) et il n'est pas

nécessaire d'y revenir. Mais l'on sait que l'énumération de l'article 632 s'est vite révélée insuffisante et qu'il a fallu la compléter. La doctrine s'est efforcée de trouver, par induction, un critère général de l'acte de commerce, qui permettrait d'étendre l'article 632 à de nouveaux types d'opérations. On ne peut pas dire que ces efforts ont véritablement abouti. Certes, les auteurs ont proposé des explications qui ont une grande part de vérité : il est exact, notamment, que l'acte de commerce participe de la circulation des richesses ; il est vrai également que, la plupart du temps, l'acte de commerce est inspiré par la spéculation et la recherche du profit. Mais ces idées sont restées trop générales pour que la jurisprudence y trouve un critère sûr (*supra*, n° 125).

2) À la considération de la nature de l'acte, la théorie objective a dû ajouter celle de la *forme* de l'acte. On a en effet observé que certains actes sont commerciaux non en raison du type d'opération qu'ils recouvrent, mais en vertu du mécanisme juridique utilisé pour leur faire produire effet. Longtemps, la lettre de change a constitué l'exemple type de l'**acte de commerce par la forme**. Quelle que soit l'opération réalisée au moyen de la lettre de change (paiement, crédit, garantie, donation), quelle que soit la qualité des personnes intéressées, les engagements qui naissent de la signature de la lettre sont toujours des engagements commerciaux. Mais il a fallu attendre la loi du 7 juin 1894 pour que la solution, qui était jusqu'alors coutumière, entre dans l'article 632 de l'ancien Code de commerce (aujourd'hui art. L. 110-1, 10°, C. com.). Selon le texte, « La loi répute acte de commerce : ... Entre toutes personnes, les lettres de change ».

L'autre cas de commercialité par la forme est celui des principales sociétés commerciales. Cette catégorie d'actes de commerce a rencontré un succès extraordinaire. D'abord imposée par la loi du 1^{er} août 1893 aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions, la commercialité par la forme a été ensuite étendue aux SARL, en 1925, puis aux sociétés en nom collectif et en commandite simple en 1966 (*supra*, n° 91 et 92). Elle signifie que, dans ces cas-là, l'acte juridique qui fonde la société est un acte de commerce, quel que soit l'objet de la société ou son activité réelle.

B Les infléchissements de la théorie objective

201. Deux infléchissements majeurs ont été apportés à la théorie objective : l'application de la règle de l'accessoire et la reconnaissance des actes mixtes.

1 - Les actes de commerce par accessoire

202. La jurisprudence puis la doctrine ont ajouté aux actes de commerce par nature et aux actes de commerce par la forme une troisième catégorie d'actes : les **actes de commerce par accessoire**. Ce sont des actes qui sont civils par nature, mais qui deviennent commerciaux lorsqu'ils sont accomplis par un commerçant dans l'exercice de sa profession.

Exemple. Un commerçant achète du matériel de bureau ou un véhicule automobile pour les besoins de son entreprise. Ces actes d'acquisition ne sont pas des actes de commerce par nature puisque les objets achetés ne sont pas destinés à la revente (art. L. 110-1, 1°, *a contrario*). Cependant ils seront considérés comme commerciaux car ils sont l'accessoire de l'activité professionnelle d'un commerçant.

La théorie de l'accessoire trouve une base juridique certaine dans l'article L. 110-1, 9° du Code de commerce, qui répute acte de commerce « Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ». En apparence, la théorie de l'accessoire restait dans la ligne de la théorie objective, puisqu'elle ne faisait qu'ajouter une nouvelle catégorie d'actes aux catégories déjà connues. Mais en réalité, en faisant dépendre la commercialité de l'acte de la qualité de son auteur, elle contredisait le fondement de la théorie objective.

Logiquement, la jurisprudence a été conduite, par symétrie, à reconnaître l'existence *d'actes civils par accessoires*. Il s'agit d'actes de commerce par nature qui deviennent civils parce qu'ils sont accomplis par un non-commerçant, dans le cadre de sa profession civile. Par exemple, un coiffeur achète et revend des produits de parfumerie accessoirement à son activité principale.

2 - Les actes mixtes

203. Une nouvelle entorse à la théorie objective allait apparaître avec la reconnaissance des **actes mixtes**. Il ne s'agit pas d'une nouvelle catégorie d'actes de commerce mais d'une modalité qui affecte les actes de commerce par nature et les actes de commerce par accessoire. L'acte mixte est en effet un acte passé entre un commerçant et une personne non commerçante. L'acte mixte a un double visage : il est commercial du côté du commerçant et civil du côté du non-commerçant.

Exemple 1. Un établissement bancaire accorde un crédit à l'un de ses clients pour la construction de son habitation. L'opération de banque est un acte de commerce par nature et la banque accomplit un acte de commerce. Cependant le client n'est pas commerçant et, en tout cas, n'agit pas dans l'exercice d'une profession commerciale. À son égard l'acte sera considéré comme un acte civil.

Exemple 2. Une société commerciale commande du mobilier à un artisan menuisier, afin d'aménager un local de vente. La société accomplit un acte de commerce par accessoire, mais l'artisan effectue un acte civil.

Remarquons que l'acte est mixte non seulement lorsque l'une des deux parties n'a pas la qualité de commerçant, mais encore lorsque, les deux parties étant commerçantes, l'une d'elles n'agit pas dans l'exercice de sa profession commerciale.

C Critique de la théorie objective

204. La théorie objective encourt trois ordres de critiques.

En premier lieu, elle repose sur un fondement ambigu. L'article L. 110-1 du Code de commerce, qui lui sert de base textuelle, vise non seulement des actes et des opérations mais également des *entreprises*. C'est le signe que l'acte de commerce ne se définit pas uniquement par son objet mais aussi par son rattachement à une activité économique, durable et organisée. En réalité, comme on l'a exposé précédemment, l'article L. 110-1 donne une liste d'activités d'entreprises beaucoup plus que d'opérations isolées (*supra*, n° 124).

En deuxième lieu, elle manque de cohérence logique. La jurisprudence, sous le prétexte de compléter l'énumération de l'article 632, a inventé la catégorie des actes de commerce par accessoire. Mais elle est alors entrée dans un cercle vicieux : l'acte de commerce sert à définir le commerçant qui, à son tour, sert à définir l'acte de commerce. D'ailleurs l'idée qu'elle donne de l'accessoire est trompeuse. Loin d'être des accessoires, certaines activités jouent au contraire un rôle essentiel pour l'exploitation d'une entreprise, par exemple les investissements mobiliers.

Enfin, la théorie objective a été gravement dénaturée par la reconnaissance des actes mixtes. Si un acte est objectivement commercial, il doit l'être pour les deux parties. On ne saurait admettre qu'il soit à la fois commercial et civil. La même observation peut être faite à propos des actes civils par accessoire : comment un acte objectivement commercial peut-il devenir civil parce qu'il est l'accessoire d'une profession civile ? La théorie objective est incapable d'apporter une réponse à ces questions.

Il faut se rendre à l'évidence : les déformations que l'on a dû faire subir à la théorie objective sont d'une ampleur telle, qu'elles aboutissent à sa négation. En vérité, la jurisprudence a consacré dans une large mesure la théorie subjective.

§ 2. La théorie subjective de l'acte de commerce

A Fondements de la théorie subjective

205. Tout devient plus clair si l'on admet, avec la théorie subjective, que l'acte de commerce est tout simplement l'acte accompli par un commerçant dans l'exercice de sa profession. Dans une vision plus moderne, l'on dira que l'acte de commerce est *l'acte d'une entreprise commerciale*.

La théorie subjective trouve un appui dans l'histoire, dans le droit positif et dans la doctrine

moderne.

Historiquement, elle correspond à la tradition de notre ancien droit. Dans les années qui ont suivi la promulgation du Code de commerce, il a semblé que le principe de l'égalité civile, né de la Révolution, s'opposait à ce que l'on reconnaisse un statut particulier à une catégorie de citoyens. Le souvenir des corporations était encore trop vif. Mais aujourd'hui, alors que les entreprises les plus puissantes sont des sociétés commerciales, le corporatisme n'est plus qu'une ombre lointaine. Le risque se trouverait plutôt dans la dépersonnalisation des grands groupes.

En droit positif, la théorie subjective correspond à l'interprétation moderne de l'article L. 110-1 du Code de commerce. D'une part, l'on admet aujourd'hui que cet article ne donne pas une liste d'actes, mais plutôt une liste d'activités caractérisant les entreprises commerciales (*supra*, n° 124). D'autre part, l'article L. 110-1, dans son avant-dernier alinéa, consacre expressément la théorie subjective en réputant acte de commerce toutes obligations entre négociants. Quant à l'article L. 721-3 du Code de commerce, qui détermine la compétence d'attribution du tribunal de commerce, il est significatif qu'il cite en premier lieu les contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux et non les contestations relatives aux actes de commerce.

Mais c'est encore la jurisprudence qui fournit à la théorie subjective son meilleur soutien. Certes, elle retient volontiers l'existence d'actes de commerce par nature lorsqu'il s'agit de justifier l'application de telle ou telle règle du droit commercial. Mais, parallèlement, elle consacre l'existence des actes de commerce par accessoire et surtout légitime le régime de l'acte mixte, qui n'est acte de commerce qu'à l'égard de la partie commerçante. Il est permis de dire que, de façon implicite, la jurisprudence donne la primauté à la conception subjective de l'acte de commerce.

En doctrine, au milieu du siècle dernier, Ripert a montré de façon magistrale que l'acte de commerce est un acte professionnel, accompli dans l'exercice du commerce. Il a puissamment contribué à l'évolution des conceptions et, à sa suite, les auteurs contemporains soit se réclament de la théorie subjective, soit reconnaissent le caractère dualiste du droit français qui cherche à combiner les deux théories.

B Le critère de l'entreprise commerciale

206. Le critère de l'acte de commerce est donc le rattachement à une entreprise commerciale. L'acte de commerce est essentiellement un acte accompli pour les besoins d'une entreprise commerciale, que celle-ci soit définie par sa forme ou par son objet.

Pour les actes d'une société commerciale, dotée de la personnalité morale, la situation est simple : tous les actes accomplis par la société sont, en principe, actes de commerce.

Lorsque l'acte est le fait d'une entreprise commerciale individuelle, il y a davantage de difficulté, car il faut savoir si l'acte a été accompli pour les besoins de l'entreprise ou dans l'intérêt personnel du commerçant personne physique. Par exemple, le véhicule automobile acheté par le commerçant est-il destiné à l'entreprise, pour l'exercice du commerce, ou aux déplacements personnels de commerçant ? Pour résoudre la difficulté, la jurisprudence a créé une présomption, que l'on appelle la *présomption de commercialité*. Les tribunaux présumant 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 qu'il appartient d'en rapporter la preuve.

C Existence des actes de commerce isolés

207. Si, dans leur très grande majorité, les actes de commerce sont accomplis par des entreprises commerciales, il reste vrai que la jurisprudence reconnaît encore l'existence d'actes de commerce accomplis occasionnellement par des non-commerçants et qui sont actes de commerce. On les appelle aussi *actes de commerce isolés*.

C'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs estiment que le droit français connaît un système mixte. Le droit commercial serait à la fois un droit des actes et un droit des personnes. Mais c'est à notre avis donner trop de place aux actes de commerce *isolés*. D'une part, ces actes sont fort peu nombreux (*infra*, n° 217) et, d'autre part, toutes les règles du droit commercial ne leur sont pas applicables, loin de là. Ce sont des actes de commerce de seconde zone. On peut les considérer comme les vestiges d'une conception dépassée, comme les derniers représentants d'une espèce en

Section 2

Classification des actes de commerce

208. Les développements qui précèdent conduisent à classer les actes de commerce en trois catégories : les actes des entreprises commerciales (§ 1), les actes de commerce par la forme (§ 2) et les actes de commerce isolés (§ 3).

§ 1. Les actes des entreprises commerciales

209. Tous les actes d'une entreprise commerciale sont en principe des actes de commerce. Le mot acte doit être entendu dans un sens large. Il ne s'agit pas seulement des actes juridiques, au sens précis du terme, mais aussi des faits juridiques.

A Les contrats

210. 1) Principe. Tous les contrats conclus pour les besoins d'une entreprise commerciale sont actes de commerce : achats, ventes, emprunts, contrats de service.

S'agissant des achats et des ventes, il n'est pas nécessaire, comme l'exigerait la théorie objective, de démontrer que l'achat est fait en vue de la revente ou que la vente porte sur une chose qui a été achetée en vue de la revente. Il suffit que l'achat ou la vente soit le fait d'une entreprise commerciale.

2) Contrats commerciaux relevant d'un statut spécial. Certains contrats sont incontestablement des actes de commerce, mais leur régime comporte souvent des règles impératives, qui dérogent au droit commun des actes de commerce.

Les litiges qui les concernent échappent notamment à la compétence du tribunal de commerce. Ainsi le bail commercial est certainement un acte de commerce, mais la qualification d'acte de commerce ne joue qu'un rôle très subsidiaire par rapport au statut d'ordre public qui le régit. De même, le contrat de travail que passe un commerçant avec un salarié échappe largement au statut commercial (en observant en outre qu'il constitue nécessairement un acte mixte, toujours civil du côté du salarié).

3) Contrats qui conservent toujours leur nature civile. Il s'agit de l'achat et de la vente d'immeuble. Selon une jurisprudence constante, ces contrats restent soumis au statut civil, alors même qu'ils sont accomplis par un commerçant pour les besoins de son commerce.

On aboutit de la sorte à une distinction peu rationnelle : – l'activité d'achat d'immeubles en vue de la revente est une activité commerciale (*supra*, n° 135) et celui qui en fait profession est commerçant, – mais le contrat par lequel on achète ou on vend l'immeuble est un contrat civil. Il faut distinguer entre l'activité économique et l'acte juridique.

B Délits et quasi-délits

211. Après avoir hésité, la jurisprudence a fini par admettre qu'un délit ou un quasi-délit, engendrant la responsabilité de son auteur, pouvait tomber sous la qualification d'acte de commerce lorsqu'il se produisait à l'occasion de l'exploitation d'une entreprise commerciale.

La terminologie juridique habituelle rend difficilement compte de ce type d'actes. Fondamentalement ce sont des délits et des quasi-délits *civils* (par opposition aux infractions *pénales*) mais ils sont actes *de commerce*, notamment au point de vue de la compétence d'attribution du tribunal de commerce.

La solution a été reçue sans trop de difficulté pour les actes de *concurrence déloyale* commis par un commerçant, car leur rattachement à l'entreprise est alors évident. La jurisprudence a manifesté plus de réticence à l'égard des accidents causant un dommage

corporel à la victime. Pour qualifier d'acte de commerce le fait générateur de la responsabilité, les tribunaux ont souvent exigé que soit rapportée la preuve d'un lien avec l'exploitation commerciale. Puis ils ont fini par admettre, en cas de doute, le jeu de la présomption de commercialité.

Qualifier d'actes de commerce les délits et quasi-délits qui se rattachent à l'exploitation d'une entreprise commerciale, a surtout pour conséquence pratique de justifier, en cas de litige, la compétence du tribunal de commerce. Les autres règles propres aux actes de commerce, concernent essentiellement les actes de commerce dont l'origine est contractuelle. Il convient d'ailleurs de noter que certaines actions en responsabilité échappent, en toute hypothèse, à la compétence du tribunal de commerce : ainsi, les actions en contrefaçon (qui relèvent généralement de la compétence exclusive du tribunal de grande instance) et les actions en réparation des dommages causés soit par un accident du travail, soit par un accident de la circulation mettant en cause un véhicule terrestre.

C Obligations légales

212. Les dettes fiscales de l'entreprise sont considérées comme des dettes civiles. En revanche les dettes consistant en cotisations sociales sont des dettes commerciales.

§ 2. Les actes de commerce par la forme

213. Ces actes sont toujours actes de commerce, quel que soit leur objet et quelle que soit la personne qui accomplit l'acte. Il existe deux types d'actes de commerce par la forme : la lettre de change et la société commerciale par la forme.

A La lettre de change

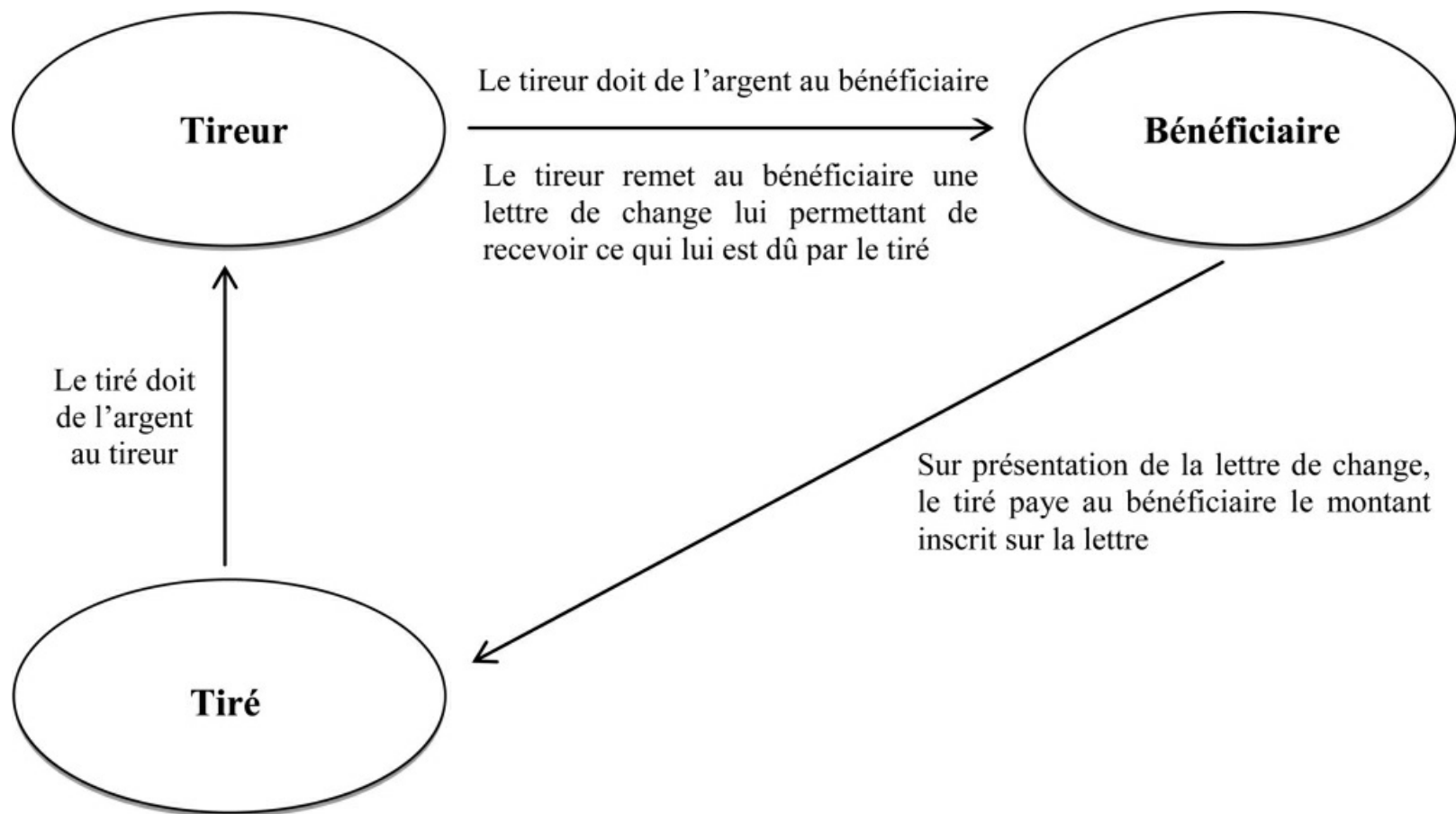
214. L'article L. 110-1, 10° du Code de commerce, répute acte de commerce « entre toutes personnes, les lettres de change ».

La lettre de change est un *titre* (un écrit) par lequel une personne, que l'on appelle le *tireur*, demande à une autre personne, le *tiré* (qui est généralement son débiteur), de payer une certaine somme d'argent, à une certaine date, à une troisième personne, le *bénéficiaire*.

La lettre de change permet d'effectuer un paiement simplifié, puisque, en payant la lettre à l'échéance, le tiré éteint deux dettes : sa propre dette à l'égard du tireur et la dette du tireur à l'égard du bénéficiaire. En même temps, la lettre de change permet de réaliser une opération de crédit.

Exemple. V a vendu à crédit des marchandises à A pour un prix de 1 000. V livre immédiatement les marchandises à A qui ne paiera le prix que dans trois mois). Comme, en attendant, V a besoin de liquidités, il obtient de sa banque B un crédit (également pour trois mois), d'un montant de 975 (équivalent au prix des marchandises, 1 000, diminué des frais et de la rémunération de la banque, 25). Pour concrétiser l'opération, V va tirer une lettre de change, pour une somme de 1 000, sur A qui, à l'échéance des trois mois, paiera sa dette à la banque B, bénéficiaire. Le paiement de la lettre de change par A permet d'éteindre sa propre dette à l'égard de V et de rembourser la banque B. De plus, la lettre réalise deux opérations de crédit : V a consenti un crédit à A (*crédit vendeur*) et la banque B a consenti un crédit à V (*crédit d'escompte*).

La lettre de change est toujours commerciale, et chacun des signataires souscrit un engagement commercial. Cette commercialité de la lettre de change s'explique par l'histoire (*supra*, n° 7) En effet l'opération de change a été longtemps réservée aux seuls commerçants. Par la suite, l'on a considéré que celui qui acceptait de signer une lettre de change (généralement en tant que tiré), bien qu'il n'ait pas la qualité de commerçant, se comportait comme un commerçant et se soumettait au droit commercial.



215. En fait, il est devenu très rare aujourd'hui qu'un non-commerçant s'engage par lettre de change. Il y a à cela deux raisons.

1) En pratique, les établissements de crédit ont renoncé à utiliser la lettre de change dans leurs relations avec leurs clients non commerçants. Ils préfèrent utiliser des procédés de recouvrement moins coûteux comme le prélèvement automatique sur compte.

2) Le droit de la consommation interdit, dans les opérations de crédit, de faire souscrire une lettre de change par un consommateur. L'article L. 313-13 du Code de la consommation sanctionne cette interdiction par la nullité de la lettre de change à l'égard du consommateur ¹⁹⁶.

B Les sociétés commerciales par la forme

216. On a vu précédemment que l'article L. 210-1 du Code de commerce déclare *commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet*, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions (*supra*, n° 95 et s.). Il en résulte : 1) Que la société acquiert automatiquement la qualité de commerçant ; 2) Que tous les actes relatifs à la création, au fonctionnement et à la dissolution de la société devraient être, en principe, des actes de commerce, justifiant la compétence du tribunal de commerce, alors même que les personnes qui participent à de tels actes n'ont pas elles-mêmes la qualité de commerçant.

§ 3. Actes de commerce par nature accomplis par des non-commerçants

217. On les appelle encore *actes de commerce isolés*. Ils sont exceptionnels. Cependant, leur qualification d'actes de commerce présente des intérêts pratiques.

A Caractère exceptionnel de ces actes

218. Dans la conception *subjective* de la commercialité, de tels actes ne devraient pas exister. Si l'on en rencontre cependant, c'est à cause de la tradition et parce qu'il subsiste encore en jurisprudence quelques vestiges de la conception objective.

Il faut ajouter à cela deux considérations.

— L'article 632 ancien du Code de commerce (devenu art. L. 110-1 C. com.), qui a, comme on le sait, servi de point de départ à la conception objective, limitait déjà le domaine des actes de commerce isolés. En effet, parmi les actes dont il donnait la liste, l'article 632 visait des entreprises, par exemple les entreprises de manufacture et les entreprises de transport. Si, pour être commercial, un acte doit être accompli en entreprise, il ne saurait conserver son caractère lorsqu'il est isolé, donc occasionnel. Et lorsque l'article L. 110-1 vise des opérations, comme les opérations de banque, sans les qualifier d'entreprises, l'on constate que dans la pratique ces opérations sont toujours le fait de professionnels. Évidemment, l'on peut toujours imaginer un achat pour revendre ou une opération d'intermédiaire pour la vente d'un fonds de commerce, qui serait accompli occasionnellement par un non-commerçant. Mais il s'agit d'hypothèses d'école qui n'ont plus rien à voir avec la réalité des affaires.

— Très souvent, l'acte isolé est accompli par un professionnel non-commerçant, par exemple par un membre d'une profession libérale ou par un agriculteur, pour les besoins de sa profession. Mais alors, l'acte est civil par accessoire.

Finalement, ne peuvent constituer des actes de commerce isolés que les actes qui ne requièrent pas la condition d'entreprise et qui sont passés entre deux personnes non professionnelles.

B Actes isolés consacrés par la jurisprudence

219. La jurisprudence reconnaît l'existence de trois catégories d'actes de commerce isolés, accomplis par des non-commerçants : la vente d'un fonds de commerce, le cautionnement et la cession de parts sociales entraînant le transfert du contrôle d'une société. Dans les trois cas, la commercialité s'explique par le fait que l'acte passé par le non-commerçant se trouve tout de même dans une certaine relation avec l'exploitation d'une entreprise commerciale.

La doctrine parle volontiers d'un rapport d'accessoire à principal : l'acte accompli par le non-commerçant serait l'accessoire d'un autre acte de commerce qui, lui, est passé par un commerçant. Il ne faut pas confondre cet accessoire, appelé *objectif*, avec l'accessoire *subjectif*, selon lequel sont actes de commerce tous les actes accomplis par un commerçant dans l'exercice de son commerce (*supra*, n° 202). Il y a certainement quelque chose de juste dans l'idée d'accessoire objectif, mais à condition de reconnaître que l'acte passé par le non-commerçant est l'accessoire d'une exploitation commerciale et non pas d'un acte de commerce.

1 - La vente d'un fonds de commerce

220. Il n'y a pas de difficulté lorsque la vente du fonds de commerce est consentie par le commerçant qui exploitait le fonds. La vente est un acte de commerce parce qu'elle est conclue par un commerçant et parce qu'elle se rattache à l'activité passée de celui-ci : elle constitue le dernier acte de l'exploitation du fonds. Par extension, on admet aussi que l'achat d'un fonds de commerce par celui qui n'est pas encore commerçant mais qui entend exploiter le fonds est un acte de commerce : c'est le

premier acte de l'exploitation de l'entreprise ¹⁹⁷. La chose est plus délicate lorsque la vente est consentie par un non-commerçant, par exemple par l'héritier du commerçant décédé. La doctrine dominante admet cependant que d'une façon générale, les actes portant sur un fonds de commerce sont des actes de commerce, quelle que soit la personne qui passe l'acte ¹⁹⁸.

2 - Le gage commercial et le cautionnement

221. Le gage est un contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière à son créancier afin de garantir l'exécution de sa dette. Le créancier gagiste peut conserver la détention de la chose jusqu'au complet paiement. À défaut, il peut la faire vendre et se payer sur le prix ¹⁹⁹.

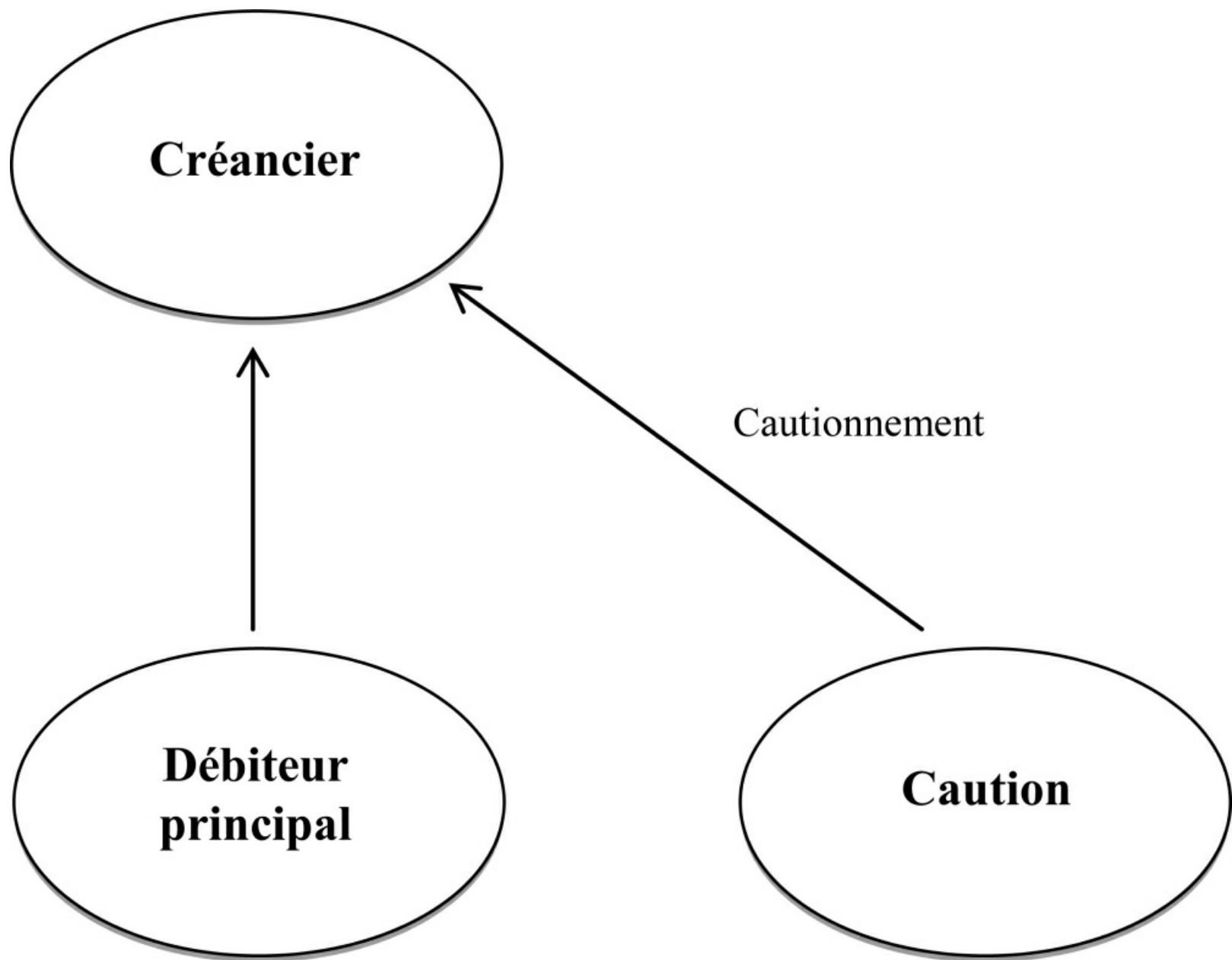
L'article L. 521-1 du Code de commerce dispose que le gage constitué soit par un commerçant, *soit par un individu non-commerçant*, pour un acte de commerce, se constate conformément aux dispositions de l'article L. 110-3 du Code de commerce, c'est-à-dire conformément au principe de la liberté de la preuve, principe qui est propre aux actes de commerce (*infra*, n° 227 et s.). La jurisprudence en conclut, en généralisant, que la nature civile ou commerciale de la constitution de gage s'apprécie selon la nature civile ou commerciale de la dette garantie, quelle que soit la qualité du constituant ²⁰⁰. La jurisprudence applique purement et simplement ici la règle de l'accessoire objectif.

222. Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, appelée caution, s'engage envers un créancier à payer à la place du débiteur principal, au cas où celui-ci n'exécuterait pas son obligation ²⁰¹. Le cautionnement donné pour garantir le paiement d'une dette commerciale n'a pas automatiquement un caractère commercial ²⁰². Il faut en effet distinguer.

— Si la caution a elle-même la qualité de commerçant, par exemple une société commerciale par la forme, et si le cautionnement est en relation avec son activité commerciale, le cautionnement est un acte de commerce.

— Si la caution n'est pas commerçante, il ne suffit pas, pour que le cautionnement soit un acte de commerce, que la dette garantie soit commerciale. La jurisprudence ajoute une condition supplémentaire : il faut que la caution ait un intérêt patrimonial personnel à la dette ²⁰³. Cette condition est d'ailleurs présumée lorsque la caution est le dirigeant de la société tenue de la dette principale ²⁰⁴. La question revêt une grande importance pratique, car il est extrêmement fréquent que les établissements de crédit exigent, avant de consentir un crédit à une société, l'engagement personnel de ses dirigeants en qualité de caution.

Exemple. G, gérant de la société à responsabilité limitée A, demande, au nom de cette société, un crédit de 300 000 euros à la banque B, pour acquérir un nouveau matériel. La banque B demande à G, qui accepte, de se porter caution pour garantir le remboursement du prêt, au cas où la société ne pourrait pas payer. À la date prévue pour le remboursement, la société A est insolvable et la banque B se tourne vers G, pris en sa qualité de caution. Un différend opposant G à la banque, celle-ci décide de l'assigner devant le tribunal de commerce. Le tribunal de commerce est-il compétent ? Oui, car les deux conditions sont remplies : 1) La société A est une société commerciale et sa dette est une dette commerciale. 2) G n'est pas lui-même commerçant, car il ne fait que représenter la société dont il est le gérant (art. L. 121-1 C. com., *a contrario*). L'on présume cependant qu'il avait, en tant que gérant, un intérêt personnel à ce que la société obtienne le crédit nécessaire. Le cautionnement qu'il a consenti constitue donc un acte de commerce. Le tribunal de commerce est compétent (art. L. 721-3 C. com.).



3 - La cession de parts sociales entraînant le transfert du contrôle de la société

223. Normalement la cession de parts sociales n'a pas de conséquence directe sur le fonctionnement de la société. Consentie entre associés, la cession opère une modification de la répartition du capital. Consentie au profit d'un tiers, elle a pour conséquence l'entrée d'un nouvel associé dans la société. Mais de telles modifications n'atteignent généralement pas la vie de la société elle-même. Et comme les associés n'ont pas ordinairement la qualité de commerçant, la cession est considérée comme un acte civil. Il en va différemment lorsque la cession porte sur un nombre de parts sociales tel, qu'il donne le contrôle de la société, notamment en assurant la majorité des voix dans les assemblées générales ²⁰⁵. Alors, la jurisprudence admet que la cession devient un acte de commerce, car elle est directement liée au fonctionnement de la société.

La Cour de cassation décide, sur le fondement de l'article L. 721-3, 2° du Code de commerce, que les litiges nés à l'occasion d'une cession de titres d'une société commerciale relèvent de la compétence du tribunal de commerce ²⁰⁶. Cette jurisprudence se limite à la question de la compétence juridictionnelle (*infra*, n° 287). Si le litige ne porte pas sur un bloc d'actions conférant le contrôle de la société, la cession conserve un caractère civil et échappe, sauf en ce qui concerne la compétence du tribunal de commerce, au régime dérogatoire des obligations commerciales ²⁰⁷.

Chapitre 2

Le régime des actes de commerce

224. Le régime des actes de commerce comprend un ensemble de règles spéciales, qui sont propres à ces actes et qui dérogent au droit civil des obligations et des contrats.

Le *particularisme* des actes de commerce s'explique par les exigences de la vie des affaires (Section 1) : la rapidité, la simplicité et la rigueur d'exécution des opérations commerciales ne s'accommodent pas des règles trop protectrices du droit civil. Mais ces exigences n'ont pas été assez fortes cependant pour que l'on ait pu fonder sur elles une construction d'ensemble, homogène et cohérente.

Le régime des actes de commerce n'a donc aucun caractère systématique. Il est composé de règles disparates, sans grand rapport les unes avec les autres, qui sont apparues au fil du temps, pour répondre à des nécessités pratiques. Un inventaire rapide montre qu'elles concernent principalement la preuve des actes de commerce, le délai de prescription, la solidarité et la compétence du tribunal de commerce. Pour le reste, elles laissent une large part à l'application résiduelle des règles du droit civil. C'est ainsi, par exemple, que tout ce qui touche à la formation des actes de commerce ou au régime de la garantie dans la vente commerciale relève intégralement du droit commun des contrats.

Le caractère hétérogène du régime des actes de commerce est encore plus marqué depuis que la conception objective est en recul (v. *supra*, n° 201 et s.). Les règles spéciales aux actes de commerce ne s'appliquent dans leur intégralité qu'aux actes passés entre commerçants. Elles ne s'appliquent que partiellement aux actes mixtes et aux actes de commerce isolés, passés par des non-commerçants.

Aujourd'hui le particularisme des actes de commerce tend à *s'affaiblir*, car les règles spéciales sont moins nombreuses qu'autrefois. Un certain nombre de règles qui traditionnellement étaient propres au droit commercial, ont été étendues à toutes les opérations, civiles ou commerciales, et ont perdu leur caractère dérogatoire (Section 2).

Section 1

L'affirmation du particularisme

225. Les règles spéciales aux actes de commerce sont relativement peu nombreuses. Elles n'en sont pas moins d'une grande importance pratique car elles s'écartent profondément des solutions du droit commun. Le régime des actes de commerce tranche de façon nette sur celui des actes civils. Ainsi, le particularisme des actes de commerce continue-t-il à s'affirmer en droit positif.

Le contentieux des actes de commerce ressortit à la compétence du tribunal de commerce. Il en sera traité plus loin (*infra*, n° 282 et s.). Les autres règles peuvent être regroupées sous deux

rubriques, selon qu'elles concernent la *preuve* (§ 1) ou le *régime* des obligations commerciales (§ 2).

§ 1. La preuve des actes de commerce

Art. L. 110-3 C. com. À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi.

226. La rédaction actuelle de l'article L. 110-3 date de la loi du 12 juillet 1980, qui a donné au texte sa formulation générale. L'ancien article 109 ne visait que les achats et les ventes et il admettait « la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croirait devoir l'admettre ». L'on reconnaissait cependant que le texte consacrait, d'une façon générale, le principe de liberté des preuves en matière commerciale, déjà connu dans l'ancien droit.

Alors que le droit civil exige pour les actes juridiques la preuve *écrite et préconstituée*, le droit commercial admet au contraire la preuve *par tous moyens*. On dit que la preuve est libre. Ce principe de la liberté de la preuve est traditionnel en droit commercial français.

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

227. Cette plus grande facilité dans la production de la preuve s'explique par des considérations pratiques. La rapidité des opérations commerciales commande que l'on ne s'encombre pas de formes trop lourdes. Il est d'usage que de nombreux contrats soient conclus par téléphone, par télécopie ou par Internet. On ajoute que le commerçant est un professionnel généralement averti et que, dans son cas, la fonction protectrice de la forme écrite, ne se justifie plus. D'ailleurs tout commerçant est obligé de tenir une comptabilité et de conserver une copie de sa correspondance, ce qui, dans une certaine mesure, supplée à l'absence d'acte écrit.

Le contraste entre la règle civile et la règle commerciale est ici particulièrement frappant.

Le Code civil, aux articles 1315 et suivants, retient le système de la *preuve légale* : c'est la loi qui fixe par avance les modes de preuve qui pourront être reçus par le juge (question de la recevabilité du mode de preuve) ; c'est la loi qui détermine de façon autoritaire la force probante de chaque mode de preuve (question de la hiérarchie des modes de preuves). L'article L. 110-3 du Code de commerce retient au contraire le système de la *preuve morale* : la preuve est libre, elle peut être faite par tous moyens ²⁰⁸. Ce qui importe, dans le procès commercial, c'est de gagner l'intime conviction du juge, à condition toutefois que la preuve ait été obtenue de façon loyale ²⁰⁹.

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 pas remis ces principes en cause ²¹⁰. Elle n'a fait que modifier la définition traditionnelle de la preuve écrite, afin d'y inclure « l'écrit sous forme électronique » ²¹¹, et introduire la notion nouvelle 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 continue de régir le droit civil, demeure intacte.

1 - Recevabilité de tous les modes de preuve

228. L'article 1341 du Code civil exige en principe la preuve par écrit, c'est-à-dire l'acte

authentique ou le sous seing privé, pour établir l'existence de tous les actes juridiques, notamment des contrats, dont l'objet excède une valeur fixée par décret. Cette somme est actuellement de 1 500 euros, en application du décret du 15 juillet 1980 ²¹².

L'article L. 110-3 du Code de commerce admet au contraire tous les modes de preuve et cela quelle que soit la valeur de l'acte. Ainsi peuvent être produits non seulement des actes en bonne et due forme, mais encore des écrits quelconques, des documents comptables, des témoignages, des indices ou des présomptions. De même, la preuve par l'écrit électronique est recevable, même si les conditions posées par la loi du 13 mars 2000 ne sont pas remplies. Celle-ci, rappelons-le, ne concerne que le régime de la preuve civile (*infra*, n° 231).

Certes, même au-dessus de 1 500 euros, le Code civil admet des dérogations à l'exigence de l'écrit. La preuve par tous moyens est recevable lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.) ou lorsqu'est reconnue l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit (art. 1348 C. civ.). Comme les notions de commencement de preuve par écrit et d'impossibilité sont souvent interprétées de façon extensive par la jurisprudence, l'on est tenté de conclure que, dans la pratique, il n'y aurait finalement guère de différence entre la preuve d'un acte civil et celle d'un acte de commerce.

En réalité, il reste une différence essentielle entre les deux systèmes. En droit civil, la liberté de la preuve, lorsqu'elle est admise par la loi dans les cas ci-dessus, est soumise à une *condition de recevabilité* : il faut présenter un commencement de preuve par écrit ²¹³ ou établir l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un sous seing privé. L'existence de cette condition préalable pourra être discutée devant le juge. Au contraire, en droit commercial, le problème de la recevabilité de la preuve par tous moyens ne se pose pas, il est écarté du débat.

2 - Absence de hiérarchie entre les modes de preuve

229. L'article 1341 du Code civil comporte une autre règle, qui s'applique quelle que soit la valeur de l'acte : *il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes*. À partir du moment où l'une des parties produit un acte écrit, authentique ou sous seing privé, son adversaire ne peut prouver par témoins ou par indices ni que l'acte renferme des inexactitudes (interdiction de prouver contre), ni qu'il comporte des omissions (interdiction de prouver outre). Au contraire, le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale conduit à ne reconnaître aucune hiérarchie entre les divers modes de preuve. Contre un acte sous-seing privé, l'on peut prouver par tous moyens.

Exemple 1. Preuve contre l'acte. Le bordereau, établi par le transporteur chargé de la livraison de sacs de ciment, fait état de la prise en charge de 200 sacs. Le destinataire constate que 160 sacs seulement lui ont été livrés. L'expéditeur réclame le paiement du prix des 200 sacs. Le destinataire pourra, grâce à des témoignages, démontrer contre le bordereau que, en fait, 160 sacs de ciment seulement avaient été chargés au départ ²¹⁴.

Exemple 2. Preuve outre l'acte. S'agissant de l'exécution d'un contrat de travail conclu entre un commerçant et un salarié, le salarié pourra prouver par témoins, contre son employeur commerçant, l'existence d'un accord verbal précisant la portée de l'acte écrit ²¹⁵.

Il en résulte une différence considérable au point de vue de la **qualification de la preuve**. Le droit civil oblige le juge à qualifier le moyen de preuve : placé en face d'un document écrit, il doit dire si cet écrit a la valeur d'un acte sous seing privé, d'un commencement de preuve par écrit ou d'un simple indice. Cela est indispensable pour le situer dans la hiérarchie des preuves. Au contraire, la question de qualification est indifférente en droit commercial, puisque celui-ci ne reconnaît aucune hiérarchie entre les modes de preuve : seule compte la force démonstrative du moyen produit.

C'est pourquoi l'*admissibilité* des modes de preuve modernes, liés à l'informatique ou aux

télécommunications, ne soulève guère de difficultés lorsqu'il s'agit de faire la preuve d'un acte de commerce. Ainsi, par exemple, peu importe de savoir si un télex ou une télécopie peut être assimilé à un écrit, à une copie ou à un commencement de preuve par écrit. Il n'est pas nécessaire non plus de savoir si un document informatique peut être assimilé à un écrit, dans les conditions prévues par la loi du 13 mars 2000 ou à un commencement de preuve par écrit, rendant admissible la preuve par simple présomption. Ces questions-là ne se posent pas en droit commercial. En revanche elles ont une grande importance en droit civil, en particulier lorsqu'un commerçant doit faire la preuve contre un consommateur non commerçant.

3 - Force probante des différents modes de preuve

230. Même si en théorie le droit commercial ignore la hiérarchie des preuves, il n'en reste pas moins que les différents modes de preuve ne procurent pas, en fait, la même sécurité juridique. Il faut, dans la pratique, en apprécier la force probante en fonction, notamment, des risques de fraude ou de falsification. Au cours du procès, la valeur de la preuve donnera lieu le cas échéant à un débat contradictoire, mais sans que le juge soit tenu par les dispositions du Code civil.

a) *Les écrits*

231. Même s'il n'est pas exigé par la loi en matière commerciale, l'écrit conserve en fait une valeur probatoire éminente. Dans un litige il donne une position très favorable à celui qui le détient. Il est donc prudent, chaque fois que l'affaire est d'importance, d'établir un sous seing privé, même entre commerçants.

La loi n'exige aucune technique d'écriture pour la rédaction d'un sous seing privé, qui peut être manuscrit, tapé à la machine ou imprimé. Sa force probante résulte essentiellement de la signature manuscrite. L'acte doit normalement comporter la signature de toutes les parties. Mais la preuve résultera très souvent de la correspondance commerciale. La jurisprudence admet, dans le cas d'un acte civil, qu'une lettre constitue un sous seing privé lorsque deux conditions sont réunies : que la lettre comporte la signature de la partie à qui on l'oppose et qu'elle soit invoquée par la partie à qui elle a été remise ²¹⁶. La règle vaut *a fortiori* dans les rapports entre commerçants.

La loi du 13 mars 2000 a modifié l'article 1316 du Code civil, qui définit désormais la *preuve littérale* : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. » Selon l'article 1316-1, *nouveau*, « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans les conditions de nature à en garantir l'intégrité ». L'article 1316-3 *nouveau* répète que « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

b) *Les témoignages*

232. L'article 199 CPC prévoit que les témoignages sont recueillis soit par *enquête*, c'est-à-dire à l'audience du tribunal, soit par *attestation*, c'est-à-dire par écrit, sans déplacement physique du témoin. En pratique, en matière commerciale, c'est toujours la forme de l'attestation qui est retenue. L'article 202 CPC dispose, notamment, que « l'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur » et que « celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature ». L'article 203 précise que « le juge peut toujours procéder par voie d'enquête à l'audition de l'auteur d'une attestation ».

c) *Les copies*

233. Quelle est la valeur des copies ? La question concerne surtout les photocopies, microfilms et

messages électroniques. Le message e-mail, rapide et peu coûteux, est devenu sans doute, avec le téléphone, l'expression la plus courante des relations commerciales. Très souvent, la partie adverse (le défendeur à la preuve) ne contestera pas la preuve résultant de la copie. Dans ce cas, il n'y a pas de difficulté. Le droit de la preuve, il faut le rappeler, n'est pas d'ordre public et 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 (art. 1334 C. civ.) 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 la réforme de 1980, l'article 1348, alinéa 2, C. civ. admet, en matière civile, la production d'une copie, 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* dans les rapports entre 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

234. L'ordinateur, en combinaison avec les moyens modernes de télécommunication, a bouleversé les échanges traditionnels d'informations. Des opérations juridiques de plus en plus nombreuses sont aujourd'hui traitées par informatique (conclusion de contrats par correspondance, échange de documents commerciaux, transfert de fonds et de créances, retrait d'espèces, paiement à distance ²¹⁷), qui ne laissent pas nécessairement de traces écrites sur papier et qui, au mieux, figurent dans des mémoires d'ordinateurs ou sur des supports magnétiques du type CD-ROM. Il est devenu usuel d'englober ces opérations sous le terme d'*échange de données informatisées* et, plus précisément, de *commerce électronique*.

La loi du 13 mars 2000, qui a réformé le droit civil de la preuve (*supra*, n° 227), 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 en 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 ²¹⁸. Elle a à cet effet introduit dans le Code civil un chapitre consacré aux contrats sous forme électronique (art. 1369-1 à 1369-11, nouveaux) ²¹⁹. Elle a également créé un article 1108-1 *nouveau*, 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 ²²⁰.

Transposant en droit français la directive européenne n° 1999/93 du 13 décembre 1999 sur la reconnaissance des signatures électronique ²²¹, l'article 1316-4 *nouveau* du Code civil ²²² dispose, dans son deuxième alinéa : « 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 s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État » ²²³. La première chambre civile de la Cour de cassation applique de façon stricte les conditions posées par les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil ²²⁴.

B Le domaine d'application du principe

235. Le principe de la liberté de la preuve reçoit deux sortes de limitations. D'une part, il ne

s'applique qu'à l'égard des commerçants et, d'autre part, il est lui-même écarté par une série de lois qui sont spéciales à certains actes.

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

236. L'article L. 110-3, depuis la rédaction que lui a donnée la loi du 12 juillet 1980, précise en effet que c'est à l'égard des commerçants que les actes de commerce se prouvent par tous moyens. Pour que la preuve soit libre il faut donc que deux conditions soient remplies :

- que le défendeur à la preuve soit un commerçant
- que la preuve ait pour objet un acte accompli par ce commerçant dans l'exercice de son commerce.

a) *Le défendeur à la preuve doit avoir la qualité de commerçant*

237. Si l'acte a été passé **entre deux commerçants**, le principe de la liberté de la preuve s'applique intégralement, chacune des parties pouvant l'opposer à l'autre.

Dans le cas d'un **acte mixte**, passé entre un commerçant et un non-commerçant, le non-commerçant peut faire la preuve par tous moyens contre le commerçant. À l'inverse, le commerçant doit, contre le non-commerçant, rapporter la preuve selon les règles du droit civil.

Avant la loi du 12 juillet 1980, la solution avait été admise en jurisprudence, mais après des hésitations. Elle résulte aujourd'hui de l'article L. 110-3 du Code de commerce ²²⁵.

L'on observera que très souvent les actes mixtes sont des actes courants, passés avec les consommateurs pour des sommes inférieures à 1 500 euros et dont la preuve est de toute manière libre à l'égard des deux parties. Ce système est raisonnable : c'est uniquement en ce qui concerne les actes les plus importants, que les commerçants, lorsqu'ils traitent avec des non-commerçants, doivent se ménager une preuve par écrit.

Enfin le principe de la liberté de la preuve ne s'applique pas aux **actes de commerce isolés**, accomplis occasionnellement par des non-commerçants. L'acte est intégralement soumis au régime civil de la preuve. Mais, on le sait, de tels actes sont rares. La question ne concerne guère aujourd'hui que la preuve du contrat de gage ²²⁶ et du cautionnement.

b) *L'objet de la preuve doit être un acte accompli par le commerçant dans l'exercice de sa profession*

238. L'article L. 110-3 ne s'applique pas à tous les actes d'un commerçant mais seulement aux actes de commerce. Cependant, en raison de la présomption de commercialité, tous les actes accomplis par le commerçant sont réputés faits pour les besoins de son entreprise ²²⁷ (*supra*, n° 206). C'est donc au commerçant désireux d'écarter la preuve par tous moyens, qu'il appartient d'établir le caractère non commercial de l'acte.

Exemple. Un commerçant consent à l'un des membres de sa famille un prêt sans intérêt, en prélevant les fonds sur ses deniers personnels. L'emprunteur signe une reconnaissance de dette. Lorsque le prêteur lui réclame le remboursement de la somme prêtée, l'emprunteur prétend que les fonds ne lui ont jamais été versés et il offre d'en rapporter la preuve par témoins. Sa prétention est irrecevable. Le prêt a bien été consenti par un commerçant, mais pas dans l'exercice de son commerce. Il s'agit d'un acte civil et non d'un acte de commerce et, en droit civil, la preuve par témoins n'est pas admise contre l'écrit ²²⁸.

2 - Le principe est parfois écarté par des lois spéciales

239. En dépit du principe de liberté des preuves, le droit des affaires accorde une place de plus en plus grande au respect de certaines formes particulières, afin de renforcer la sécurité juridique dans certaines transactions commerciales. La doctrine n'a pas manqué de relever cette renaissance du

formalisme dans le droit contemporain. Mais, la liberté de la preuve constituant le principe, les exceptions qui lui sont apportées ne peuvent résulter que de la loi.

De nombreuses opérations juridiques, même passées entre commerçants, doivent être, en vertu de lois spéciales, constatées par écrit, la plupart du temps pour la preuve de l'acte (forme *ad probationem*). Il est impossible de les recenser toutes et il faut se contenter de donner quelques exemples, parmi les plus importants : la vente et le nantissement de fonds de commerce (art. L. 141-1 C. com. ; art. L. 142-3 C. com.), le contrat de transport terrestre de marchandises (art. L. 132-8 C. com.), le contrat de société (art. 1835 C. civ.). Dans certains cas, l'écrit est exigé pour la validité de l'acte, (forme *ad validitatem*). Ainsi la lettre de change doit comporter les mentions prévues par l'article L. 511-1 du Code de commerce. À défaut, elle ne vaut pas comme lettre de change. Il en est de même du chèque et du bordereau de cession de créances. De même, les contrats de coopération commerciale conclus entre fournisseurs et distributeurs doivent être rédigés par écrit (art. L. 441-7 C. com., v. *infra*, n° 944). Dans d'autres cas enfin, la loi prévoit une formalité de publicité pour rendre l'opération opposable aux tiers et par là même elle impose de façon indirecte la rédaction d'un écrit. Ainsi, par exemple, dans le cas de la location-gérance du fonds de commerce (art. L. 144-7 C. com.). Quant aux sociétés commerciales, elles doivent être immatriculées pour obtenir la personnalité morale.

Enfin les actes mixtes, lorsqu'ils sont passés avec des consommateurs, sont soumis à des formes protectrices du consentement, souvent prescrites à peine de nullité. Ainsi, par exemple, la vente à domicile (art. L. 121-23 C. consom.), le crédit à la consommation (art. L. 311-11 C. consom.) ou le crédit immobilier (art. L. 312-7 C. consom.).

C Conséquences de la liberté de la preuve en matière commerciale

1 - La preuve de la date à l'égard des tiers

240. Les règles de preuve s'appliquent essentiellement dans les relations entre les parties au contrat. Mais il peut arriver que l'on ait besoin de faire la preuve d'une convention à l'égard d'un tiers. Dans ce cas, l'article 1328 du Code civil protège le tiers contre le risque d'antidate. La date figurant dans l'acte lui est en effet inopposable. L'acte sous seing privé n'acquiert *date certaine* à l'égard des tiers que par la survenance de l'un des événements prévus à l'article 1328 : l'enregistrement de l'acte, la mort de l'un des signataires, la mention de l'acte dans un acte authentique. Mais ici encore, le principe de la liberté de la preuve conduit, en matière commerciale, 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. Ainsi peu importe que l'acte n'ait pas été enregistré, la date indiquée dans l'acte fera foi à l'égard des tiers ²²⁹. Mais comme l'article L. 110-3 du Code de commerce précise que c'est *à l'égard des commerçants* que la preuve peut se faire par tous moyens, l'exclusion de l'article 1328 du Code civil ne joue que si le tiers a lui-même la qualité de commerçant ²³⁰.

Exemple. P est propriétaire d'un terrain. À quelques jours d'intervalle, il en concède l'usage, successivement, à deux commerçants concurrents, A et B, pour y implanter des panneaux publicitaires. Le commerçant A pourra opposer son contrat, antérieur en date mais non enregistré, à B (qui est un tiers par rapport au contrat entre P et A). Il obtiendra l'enlèvement du panneau publicitaire apposé par B ²³¹.

2 - Les formalités propres à certains actes

a) Contrats synallagmatiques

241. Lorsqu'il s'agit de prouver l'existence d'un contrat synallagmatique, hypothèse fréquente en pratique, l'article 1325 du Code civil exige que l'acte sous seing privé soit fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. La règle du double exemplaire est justifiée par le bon sens : il est prudent d'y recourir, afin que chaque partie dispose d'une preuve certaine.

En droit civil, la disposition de l'article 1325 est sanctionnée par la nullité de l'acte sous seing privé, qui ne peut plus, à lui seul, faire la preuve du contrat. L'article L. 110-3 du Code de commerce permet au contraire de négliger la formalité du double original. Conformément au principe de liberté

de la preuve, un contrat commercial synallagmatique, une vente commerciale par exemple, peut être prouvé par tous moyens. Mais si l'on a pris la précaution de rédiger un écrit, un seul exemplaire suffit ²³².

b) Actes unilatéraux

242. Les actes sous seing privé constatant une promesse unilatérale de payer une somme d'argent ou une certaine quantité d'un bien fongible, sont soumis, en droit civil, à une formalité particulière. Selon l'article 1326 du Code civil, l'acte doit comporter, « ... la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, *par lui-même* ²³³, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres ». En effet, comme l'acte constatant un engagement unilatéral est rédigé en un seul exemplaire, qui est détenu par le créancier, il y a un risque de voir celui-ci, s'il est malhonnête, modifier à son profit la teneur de l'acte. La formalité de l'article 1326 protège ainsi le débiteur contre une fraude éventuelle ²³⁴. La jurisprudence considère d'ailleurs que l'article 1326 du Code civil pose une règle de preuve, pour la protection du débiteur, et non une règle pour la validité de l'acte (*infra*, n° 244).

S'agissant de faire la preuve de l'acte, l'article L. 110-3 du Code de commerce déroge à l'article 1326 du Code civil ²³⁵. L'utilité de la règle se manifeste surtout, en pratique, à propos du cautionnement. En matière commerciale, la preuve du cautionnement se fait par tous moyens, nonobstant l'absence, totale ou partielle, des mentions requises par l'article 1326 du Code civil. Mais pour que l'article L. 110-3 du Code de commerce s'applique au cautionnement, il faut que deux conditions soient réunies : que la caution ait la qualité de commerçant ; que le cautionnement garantisse le paiement d'une dette commerciale.

Exemple. M^{me} D. a cédé son fonds de commerce ainsi que le bail commercial dont elle était titulaire. En même temps, elle s'est portée caution envers le bailleur du paiement des loyers par le nouveau locataire. Assignée en paiement par le bailleur, elle a prétendu que le cautionnement qu'elle avait souscrit était nul, faute de mention manuscrite indiquant l'étendue de son engagement. Elle sera cependant condamnée à payer les loyers. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel : « attendu... qu'il est constant que M^{me} D. était propriétaire et exploitante du fonds de commerce objet de la vente ; qu'il en résulte qu'en sa qualité de commerçante, les règles énoncées à l'article 1326 C. civ. n'étaient pas applicables à l'acte signé par elle et contenant la convention de cautionnement litigieuse » ²³⁶.

243. La jurisprudence relative à la preuve du cautionnement est plus complexe lorsque la caution *n'a pas la qualité de commerçant*. En effet, si le cautionnement a été donné pour garantir une dette commerciale est un acte de commerce lorsque la caution a un *intérêt patrimonial personnel* au paiement de la dette (*supra*, n° 221), la caution n'a pas pour autant la qualité de commerçant. Par exemple, le dirigeant de société qui se porte caution n'est pas commerçant, alors même que le cautionnement qu'il a conclu est un acte de commerce parce qu'il a un intérêt patrimonial personnel au paiement des dettes de la société.

L'article L. 110-3 du Code de commerce n'admet la liberté de la preuve des actes de commerce *qu'à l'égard des commerçants*. La preuve d'un cautionnement contre une caution non commerçante se fait donc selon les modes du droit civil. Et, le cautionnement étant un acte unilatéral, les formalités de l'article 1326 du Code civil doivent être respectées. Cependant la jurisprudence admet que l'acte de cautionnement qui ne contient pas les énonciations requises par l'article 1326 constitue un commencement de preuve par écrit qui peut être complété par d'autres éléments de preuve ²³⁷.

— Par ailleurs, si la caution est une personne physique non commerçante qui s'engage envers un créancier professionnel, l'article L. 341-2 du Code de la consommation exige, à peine de nullité, une mention manuscrite spéciale. La jurisprudence interprète de façon rigoureuse le respect de cette

244. Ce système trouve sa principale application dans le cas du cautionnement donné par un *dirigeant de société*. Il est fréquent, on le sait, qu'un établissement bancaire, avant d'accorder un crédit à une société, demande au dirigeant de cette société de se porter personnellement caution du remboursement ²³⁹. Bien que les dirigeants de sociétés, par exemple les gérants de SARL ou les présidents de SA, n'aient pas en général la qualité de commerçant, ils ne peuvent pas, la plupart du temps, selon la jurisprudence, se soustraire à leur engagement sous le prétexte que les formalités de l'article 1326 n'auraient pas été respectées. Il semble d'ailleurs que la jurisprudence ait évolué en ce qui concerne le motif qui fonde la solution. Selon un premier courant, l'article 1326 du Code civil ne s'applique pas lorsque la caution est en mesure de connaître la nature et l'étendue de son engagement. Les tribunaux présument qu'un dirigeant d'entreprise est suffisamment prévenu pour que l'on puisse se passer de la formalité de l'article 1326. En fait, la plupart du temps, il est intervenu, en sa qualité de représentant de la personne morale, pour souscrire la dette principale. Selon un second courant de jurisprudence, l'acte de cautionnement, dont les mentions sont incomplètes, vaut comme commencement de preuve par écrit. Ce commencement de preuve doit être complété par des éléments de preuve extrinsèques, mais ceux-ci peuvent être trouvés dans la fonction du dirigeant qui s'est porté caution. Selon la chambre commerciale : « le commencement de preuve par écrit que constitue la signature, donnée à la fois en qualité de représentant de la société et de caution, complété par l'élément extrinsèque résultant de la qualité de gérant, rend parfaite la preuve de l'acte de cautionnement » ²⁴⁰.

En revanche la simple qualité d'associé ou de conjoint d'un dirigeant ne constitue pas un élément de preuve extrinsèque suffisant ²⁴¹.

§ 2. Les règles spéciales aux obligations commerciales

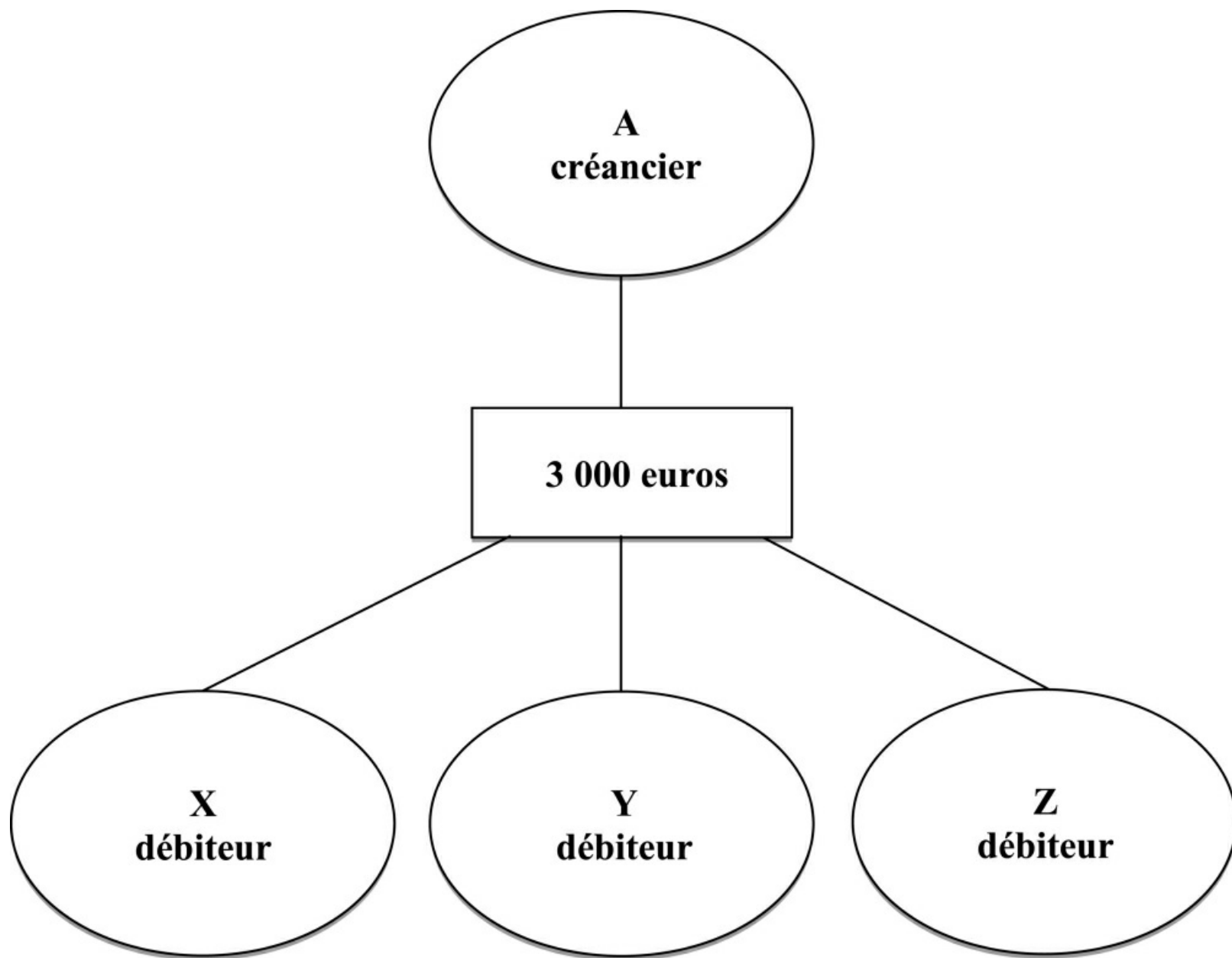
245. L'acte de commerce donne naissance à une obligation commerciale qui, à certains égards, diffère de l'obligation civile. Les règles spéciales au droit commercial intéressent la pluralité de débiteurs, l'exécution de l'obligation et son extinction.

A Pluralité de débiteurs : la solidarité passive

246. 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 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 ²⁴².

Exemple. A est créancier d'une obligation de 3 000 euros. Il y a trois débiteurs : X, Y et Z. Si l'obligation n'est pas solidaire (on dit que l'obligation est *conjointe*), le créancier A doit diviser ses poursuites entre les trois débiteurs ; il ne peut exiger que 1 000 de la part de X, 1 000 de la part de Y et 1 000 de la part de Z. Si l'obligation est *solidaire*, le créancier peut réclamer à l'un quelconque des débiteurs (X ou Y ou Z) le paiement intégral de la créance, soit 3 000 à X ou 3 000 à Y ou 3 000 à Z. Ensuite, dans les rapports des codébiteurs entre eux (on parle de « contribution à la dette » pour désigner les rapports entre les débiteurs), chacun n'est tenu de la charge définitive de la dette que « pour sa part et portion » (art. 1213 C. civ.), à moins que la convention n'ait prévu une répartition

inégale. Le poids des 3 000 euros est donc, en principe, divisé en trois, soit 1 000 chacun. Supposons que c'est le débiteur X qui a payé les 3 000 euros au créancier. X dispose d'un recours ²⁴³ contre les deux autres pour leur demander le remboursement des 2 000 euros qu'il a payés en plus de la part lui incombant.



1 - Principe : la solidarité se présume dans les affaires commerciales

247. La solidarité constitue une garantie très solide pour le créancier, puisqu'il peut exiger le paiement intégral de celui qui est le plus solvable. C'est une forme de sûreté personnelle. À l'inverse, elle représente une charge très lourde pour le débiteur, qui se trouve ainsi garantir l'insolvabilité de ses codébiteurs. C'est pourquoi le droit civil la considère comme une situation anormale. L'article 1202, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose : « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée ». Au contraire, la solidarité est normale entre commerçants lorsque, à l'occasion d'une affaire, ils s'engagent envers le même créancier. Une règle coutumière veut que la solidarité passive se présume en droit commercial. La jurisprudence a consacré la règle :

Cass. Req. 20 octobre 1920 ²⁴⁴. Attendu que selon un usage antérieur à la rédaction du Code de commerce et maintenu depuis,

les tribunaux de commerce sont conduits à considérer que la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt commun du créancier, qu'il incite à contracter, et des débiteurs, dont il augmente le crédit.

Remarque : La solidarité commerciale est parfois expressément consacrée par la loi. Ainsi, entre les associés en nom collectif pour les dettes de la société (art. L. 221-1 C. com.), entre le propriétaire du fonds de commerce et le locataire-gérant (art. L. 144-7 C. com., *infra*, n° 502), entre signataires d'une lettre de change (art. L. 511-44, al. 1^{er}, C. com.).

2 - Champ d'application de la présomption de solidarité

248. La présomption de solidarité s'applique d'abord lorsque plusieurs commerçants sont tenus de la même dette, née à l'occasion de leur commerce ²⁴⁵.

Exemple. Un commerçant a commandé des marchandises et un autre s'est engagé personnellement à les payer. Ils sont tenus solidairement du paiement du prix à l'égard du vendeur, car ils sont tenus l'un et l'autre de la même dette ²⁴⁶.

La présomption de solidarité s'applique également à des personnes non commerçantes lorsqu'elles se sont engagées à l'occasion d'un même acte de commerce. C'était le cas dans l'arrêt de référence de la chambre des requêtes de 1920 (v. *supra*, en encadré) où les débiteurs condamnés solidairement étaient deux administrateurs de société, autrement dit deux personnes n'ayant pas la qualité de commerçant.

Exemple. A et B ont vendu à C et D la totalité des parts sociales de la SARL Y, à la suite de quoi C a été nommé gérant de la société. Ni les vendeurs ni les acheteurs n'ont la qualité de commerçant. C et D n'ayant pas acquitté en totalité le prix de cession des parts, A et B les ont assignés en paiement et dommages et intérêts. C et D, malgré le silence du contrat de cession, seront condamnés solidairement. En effet, bien qu'ils ne soient pas commerçants, leur dette a son origine dans un même acte de commerce. La cession de parts sociales a un caractère commercial lorsqu'elle transfère le contrôle de la société ²⁴⁷.

Ainsi, la présomption de solidarité a un champ d'application large puisqu'elle couvre à la fois la commercialité subjective (la présomption s'applique lorsque les débiteurs sont commerçants) et la commercialité objective (la présomption s'applique aux débiteurs d'un acte de commerce) ²⁴⁸.

3 - Force de la présomption

249. Il ne suffit pas, pour renverser la présomption de solidarité, de prouver que les codébiteurs n'avaient pas en réalité l'intention de s'engager solidairement. Il faut aussi prouver que le créancier avait renoncé à invoquer la solidarité. L'apparence de la communauté d'intérêts joue contre les codébiteurs qui ont contribué à la créer.

Exemple. Plusieurs sociétés, représentées par un mandataire commun, font appel à une entreprise pour la préparation de programmes de construction. Bien que les sociétés aient eu l'intention de s'engager séparément, elles seront tenues solidairement du remboursement des frais avancés par l'entreprise. En effet, aux yeux de celle-ci, tout laissait penser que les sociétés s'étaient engagées ensemble dans la même opération et étaient tenues d'une dette commune de remboursement ²⁴⁹.

B Règles relatives à l'exécution des actes de commerce

250. Ces règles ne concernent pas l'ensemble des actes de commerce mais seulement certains d'entre eux. Elles sont doublement spéciales : d'une part, elles dérogent au droit civil des contrats et, d'autre part, elles sont particulières à certains types d'opérations commerciales, comme, par exemple, la vente de marchandises ou le compte-courant.

Il existait, jusqu'à une époque récente, des règles applicables à l'exécution des actes de commerce, pris en général, comme par exemple les règles concernant la mise en demeure ou le taux de l'intérêt légal. Mais en devenant communes aux actes civils et aux actes de commerce, ces règles ont perdu leur originalité (v. *infra*, n° 260 et 262).

L'existence d'une règle spéciale s'explique tantôt par le souci d'accentuer la rigueur d'exécution de l'obligation, tantôt, au contraire, par la volonté de sauver une opération en tolérant une plus grande

souplesse dans son exécution.

1 - Rigueur d'exécution de l'obligation cambiaire

251. On a parfois soutenu que les obligations commerciales devaient être exécutées avec plus de rigueur que les obligations civiles. Les débiteurs d'obligations commerciales seraient tenus d'un strict respect des échéances et ne devraient pas bénéficier d'un délai de grâce. En réalité, la rigueur d'exécution ne caractérise plus, en droit positif, que les obligations *cambiales*, c'est-à-dire les obligations qui naissent d'une lettre de change. Le débiteur cambiaire doit payer ponctuellement à l'échéance prévue. L'article L. 511-81 du Code de commerce, relatif au paiement de la lettre de change, dispose en effet qu'aucun jour de grâce ni légal ni judiciaire ne peut être admis, sauf cas de force majeure. La même règle s'applique au paiement des autres effets de commerce, billet à ordre ou chèque. La règle déroge à l'article 1244-1 du Code civil, qui autorise, d'une façon générale, l'octroi par le juge d'un délai de grâce au débiteur ²⁵⁰.

2 - Facilité d'exécution de la vente commerciale

252. De droit commun, en cas d'inexécution du contrat de vente, l'acheteur peut demander, par application des articles 1184 et 1610 du Code civil, soit l'exécution forcée, soit la résolution judiciaire de la vente. Dans les ventes de marchandises, le droit commercial tempère cette alternative trop rigide, grâce à deux règles particulières, fondées sur l'usage : la *faculté de remplacement* et la *réfaction de la vente*. Ces règles s'expliquent par le souci de ne pas bouleverser les prévisions de l'acheteur qui, très souvent, a l'intention de revendre les marchandises ou se trouve même déjà engagé dans une opération de revente.

L'acheteur qui n'obtient pas la délivrance des marchandises dispose de la *faculté de remplacement*. Elle consiste en ce que l'acheteur, au lieu de demander en justice l'exécution forcée, peut, après avoir mis le vendeur en demeure de livrer, acheter à un autre commerçant des marchandises de même qualité et quantité ²⁵¹. 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, obtenir la *réfaction de la vente*. Il conservera les marchandises livrées, mais le juge lui accordera une diminution du prix. Le montant de la réfaction est apprécié souverainement par le tribunal, au besoin en se référant aux usages ²⁵². Il y a là une 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 ²⁵³. La réfaction est d'ailleurs admise par les conventions internationales relatives aux ventes de marchandises, notamment par l'article 50 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 ²⁵⁴.

3 - Autres règles particulières

253. La capitalisation des intérêts dans le cadre du *compte-courant*. En droit civil, l'*anatocisme*, c'est-à-dire le fait d'ajouter au capital les intérêts échus afin qu'ils portent à leur tour intérêt, est soumis par l'article 1154 du Code civil à des conditions restrictives. Il ne peut s'agir que d'intérêts dus pour au moins une année entière et il faut que l'anatocisme résulte d'une convention spéciale ou soit réclamée dans une demande en justice. Ces conditions sont sanctionnées par une nullité d'ordre

public ²⁵⁵. Au contraire, en droit commercial, la capitalisation des intérêts est d'usage lorsqu'elle s'effectue dans le cadre d'un compte-courant. Les intérêts produisent intérêt sans condition de délai, à des échéances beaucoup plus brèves.

Le *gage commercial*, outre la simplicité de preuve (*supra*, n° 221), connaît traditionnellement une relative facilité d'exécution. Bien que l'ordonnance du 23 mars 2006 sur les sûretés ait considérablement assoupli les conditions d'exécutions du gage civil (art. 2347 et 2348 nouveaux C. civ.), il demeure quelques différences avec l'exécution du gage commercial (art. L. 521-3 C. com.).

C L'extinction de l'obligation commerciale : la prescription

254. Il s'agit de la prescription que l'on appelle *extinctive* ou *libératoire*. Lorsque le créancier n'exerce pas son droit, la prescription, à l'expiration d'un certain délai, éteint le droit et interdit d'agir en justice pour en obtenir l'exécution. L'ensemble de la matière a été refondu par la loi du 17 juin 2008 ²⁵⁶. La prescription extinctive fait l'objet des articles 2219 à 2254 du Code civil. Cependant le droit commercial institue des délais de prescription particuliers : l'un de cinq ans, pour la prescription ordinaire, l'autre de deux ans, dans le cas de la vente.

1 - Prescription quinquennale

Art. L. 110-4, I. C. com. Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes.

255. Le délai était auparavant de dix ans. La règle de la prescription décennale était d'ailleurs apparue assez tardivement en droit positif puisque c'est la loi du 18 août 1948 qui l'avait introduite dans l'ancien Code de commerce, à l'article 189 *bis*. La loi du 3 janvier 1977 avait ensuite modifié l'article 189 *bis* et celui-ci était passé sans changement dans l'article L. 110-4 du nouveau Code de commerce.

a) Fondement de la prescription quinquennale

256. La prescription *quinquennale* répond à un besoin de *sécurité juridique* par la consolidation des situations apparentes. Elle est fondée sur une idée d'ordre et non sur une présomption de paiement.

Jusqu'à la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008, le délai de prescription était différent en matière civile (le délai de droit commun était alors de trente ans, selon la règle traditionnelle posée par l'article 2262 du Code civil) et en matière commerciale (l'article L. 110-4 prévoyant un délai de dix ans). Pour expliquer cette différence, l'on faisait valoir les nécessités liées à la rapidité des opérations commerciales et la durée de l'obligation de conserver les documents comptables.

En fait, la prescription commerciale perd beaucoup de sa spécificité, puisque le nouveau délai de cinq ans est le même que celui de la prescription des actions civiles personnelles ou mobilières (art. 2224 du Code civil). De même, le calcul du délai se fait pareillement en droit civil et en droit commercial. Le délai de prescription commence à courir à partir du jour où le titulaire du droit a connu aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer (art. 2224 C. civ.) ²⁵⁷. Et, aucune action ne peut être engagée 20 ans après le jour de la naissance du droit (art. 2232 C. civ.). Enfin, les causes d'interruption (exemple : la citation du débiteur en justice) et de suspension (exemple : la force majeure) sont aussi identiques.

b) *Domaine d'application de la prescription quinquennale*

257. Le domaine d'application de l'article L. 110-4, I, est très large. Les conditions d'application du texte sont au nombre de quatre.

1) Il faut une *obligation*. Le terme doit être compris dans son sens technique : un lien de droit entre un créancier et un débiteur. Peu importe la source de l'obligation : contrat, responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle. Peu importe également la forme de l'acte constatant la créance : le fait que celle-ci soit constatée par un acte authentique ne modifie pas la durée de la prescription. En effet celle-ci est commandée par la nature de la créance et non par la forme du titre ²⁵⁸.

2) L'une des deux parties au moins doit avoir la qualité de commerçant. Il faut en effet que l'obligation soit née entre *commerçants* ou entre *un commerçant et un non-commerçant*. La prescription commerciale s'applique donc aux obligations issues d'un acte mixte ²⁵⁹.

Dans sa rédaction initiale, le texte ne visait que « les obligations nées entre commerçants à l'occasion de leur commerce », mais le législateur a ajouté en 1977 le membre de phrase : « ou entre commerçants et non-commerçants ».

3) Il faut que l'obligation soit née *à l'occasion du commerce*. Selon l'interprétation dominante, cette condition est entendue largement : il suffit que le lien d'obligation ait un rapport avec l'activité professionnelle de la partie commerçante. En cas de doute, la présomption de commercialité joue en faveur de la prescription commerciale.

L'article L. 110-4, I soulève une difficulté d'interprétation. Le texte visant les obligations nées « ... à l'occasion de *leur* commerce », on a parfois soutenu que, dans le cas d'un acte mixte, seule la dette du commerçant serait prescrite selon l'article L. 110-4 du Code de commerce. Comme la dette du non-commerçant ne peut pas, par définition, être née à l'occasion de son commerce, elle resterait soumise au délai du droit civil ²⁶⁰. Mais cette interprétation n'est pas retenue, car elle est manifestement contraire à l'intention du législateur qui était de soumettre à la prescription commerciale toutes les obligations nées d'un acte mixte, sans distinguer selon la personne du débiteur ²⁶¹.

4) Il ne faut pas que l'obligation soit atteinte par une prescription plus courte.

Exemples. En matière de transport, l'article L. 133-6 du Code de commerce soumet à une prescription d'un an les actions contre le transporteur pour avaries, pertes ou retard. L'article L. 145-60 du Code de commerce, relatif au bail commercial, dispose que « toutes les actions exercées en vertu du présent chapitre se prescrivent par deux ans ».

2 - Prescription de l'action en paiement contre un acheteur non-commerçant

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

258. Les ventes de biens ou les prestations de service aux particuliers sont souvent d'une importance minime et ne donnent pas lieu à l'établissement d'un écrit et d'une quittance. Pour éviter des procès difficiles parce que tardifs, la loi vient au secours du débiteur non professionnel et le libère au bout de deux années.

La loi du 17 juin 2008, réformant la prescription, a abrogé l'ancien article 2272, alinéa 4 du Code civil qui disposait : « les actions des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands, se prescrit pas deux ans ». Elle a élargi les conditions d'application du texte et l'a fait passer dans le Code de la consommation, à l'article 137-2. Elle a maintenu le court délai de deux ans. La disposition déroge par conséquent à l'article L. 110-4 du Code de commerce. Comme beaucoup de professionnels sont commerçants, la disposition de l'article L. 137-2 du Code de la consommation est importante en pratique.

L'affaiblissement du particularisme des actes de commerce

§ 1. L'unification de certaines règles

259. Les différences entre le régime des actes de commerce et celui des actes civils tendent aujourd'hui à s'estomper. Sur plusieurs points importants, des règles nouvelles ont unifié les solutions, mettant fin au particularisme qui avait longtemps caractérisé l'acte de commerce. Cette unification du droit commercial et du droit civil s'est réalisée dans trois domaines : le taux de l'intérêt légal, l'imputation des paiements et la mise en demeure du débiteur.

A Le taux de l'intérêt légal

260. Les intérêts que l'on appelle *moratoires* sont destinés à compenser le retard dans le paiement d'une somme d'argent. Les intérêts moratoires courent en principe à compter de la mise en demeure. Leur taux peut être fixé par avance dans la convention. Cependant, lorsque les parties ne l'ont pas envisagé, la loi vient à leur secours en prévoyant un *intérêt légal*, dont elle détermine le taux.

Traditionnellement, le taux de l'intérêt légal était différent en droit civil et en droit commercial. Ainsi, un décret-loi du 8 août 1935 le fixait à 4 % en matière civile et à 5 % en matière commerciale. La distinction reposait sur l'idée que le retard dans le paiement cause un préjudice plus grave aux commerçants, car ils sont tenus eux-mêmes à des échéances précises. Mais, depuis la loi du 11 juillet 1975, il n'y a plus de différence entre les dettes civiles et les dettes commerciales, le taux de l'intérêt légal étant le même dans les deux cas. Actuellement, l'article L. 313-2 du Code monétaire et financier prévoit que le taux est fixé une fois par semestre, et non plus une fois par an comme c'était le cas avant 2014, et ceci afin de mieux répercuter les fluctuations de l'économie (Ord. n° 2014-947 du 20 août 2014). Le taux est calculé en fonction du taux directeur de la Banque centrale européenne et des taux pratiqués par les établissements de crédit et les sociétés de financement (art. 313-2, al. 3). Par exemple, pour premier semestre de l'année 2015, le taux d'intérêt légal pour les sommes dues par un professionnel à un autre professionnel est de 0,93 %.

Curieusement, les lois modernes ont réintroduit pour le calcul des intérêts moratoires un taux obligatoire, spécial aux opérations commerciales, qui déroge au taux légal de droit commun. En effet, l'article L. 441-6 du Code de commerce dispose que les conditions générales de vente de tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur doivent obligatoirement préciser le taux d'intérêt des pénalités de retard et que, à défaut, ce taux est égal au taux d'intérêt « appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage ». Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

B L'imputation des paiements

261. Selon une jurisprudence ancienne, les règles des articles 1253 et suivants du Code civil, relatives à l'imputation des paiements, ne s'appliquaient pas en matière commerciale. Mais cette jurisprudence est aujourd'hui abandonnée depuis l'arrêt de la chambre commerciale du 22 juillet 1986 ²⁶².

262. Jusqu'en 1991, la mise en demeure d'un débiteur s'effectuait selon des formes différentes en droit civil et en droit commercial. Le débiteur d'une dette civile ne pouvait être mis en demeure que par une citation en justice ou un acte extrajudiciaire, ce qui requérait l'appel à un huissier. Au contraire la mise en demeure d'un débiteur commerçant pouvait se faire par tout moyen exprimant la volonté d'exiger le paiement, tel qu'une simple lettre recommandée. Mais cette différence a disparu depuis que la loi du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, a modifié les articles 1139 et 1146 du Code civil. Désormais, en matière civile, comme en matière commerciale, la mise en demeure peut résulter d'une « lettre missive, lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante ».

§ 2. Un régime éclaté

263. Le régime des actes de commerce n'est plus unitaire. Les actes mixtes et les actes isolés relèvent d'un régime, qui combine, de façon variable et sans véritable rationalité, des règles de droit commercial et des règles de droit civil.

A Le régime plénier

264. Il s'applique aux actes passés entre des personnes qui ont toutes la qualité de commerçant et qui agissent pour les besoins de leur entreprise. Ces actes, que l'on peut qualifier aussi de purement commerciaux, sont intégralement soumis aux règles du droit commercial ²⁶³. Par exemple, les règles commerciales relatives à la preuve, à la solidarité, à la prescription et à la compétence du tribunal de commerce s'appliquent sans réserve aux obligations nées de tels actes.

B Le régime des actes mixtes

265. C'est en revanche un régime hétérogène, à plusieurs points de vue.

L'acte mixte, généralement un contrat, est passé entre un commerçant qui agit pour les besoins de son entreprise, et un non-commerçant. C'est un acte qui a deux faces : il est acte de commerce pour le commerçant et acte civil pour le non-commerçant. En principe, on applique dans ce cas le système appelé *dualiste* ou *distributif* : le commerçant se voit appliquer les règles spéciales du droit commercial et le non-commerçant les règles du droit civil. C'est la solution qui est retenue dans les matières de la preuve (*supra*, n° 237) et de la compétence d'attribution du tribunal de commerce (*infra*, n° 284). Mais, en dehors de ces deux hypothèses, on ne trouve pas d'autres applications du système distributif.

Dans les autres cas, l'acte mixte retrouve un régime unitaire. Parfois c'est la règle commerciale qui s'applique aux deux parties. Ainsi en est-il de la prescription quinquennale (*supra*, n° 257) qui éteint de la même façon l'obligation du commerçant et celle du non-commerçant. Parfois, à l'inverse, c'est la règle civile qui s'applique à l'acte mixte. Tel était le cas de la nullité de la clause compromissaire, qui, selon la jurisprudence, était une nullité absolue et qui pouvait être invoquée par les deux parties (*infra*, n° 308).

266. Enfin, le caractère hétérogène du régime des actes mixtes est encore aggravé par le fait qu'il

interfère avec celui des *contrats de consommation* conclus entre un professionnel et un consommateur.

Le Code de la consommation édicte, pour la protection des consommateurs, des règles impératives, relatives à certaines formes de vente. Par exemple, dans le cas de la vente par démarchage – appelée aussi vente à domicile – l'article L. 121-23 du code soumet le contrat de vente à un formalisme rigoureux, en imposant, à peine de nullité, une série de mentions obligatoires. L'article L. 121-25 permet à l'acheteur de renoncer à sa commande et de se rétracter dans les sept jours. En cas de vente à distance (vente par correspondance et télé-achat), l'article L. 121-20 du Code de la consommation donne à l'acheteur un délai de sept jours à compter de la livraison, pour renoncer au contrat et faire retour au vendeur de la chose achetée. Il faut également évoquer l'interdiction des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

Dans les actes mixtes, les règles impératives du Code de la consommation, lorsqu'elles sont applicables, se substituent aux règles correspondantes du droit civil et du droit commercial. Mais si, en fait, beaucoup d'actes mixtes sont en même temps des contrats de consommation, ce n'est pas toujours vrai. La notion de non-commerçant est plus large que celle de consommateur ou de non-professionnel. Il existe de nombreux professionnels non-commerçants, ainsi les sociétés civiles, les agriculteurs et les artisans. Lorsqu'ils traitent avec des commerçants, ils concluent un acte mixte et celui-ci ne relève pas du droit de la consommation.

Toutes ces distinctions sont d'autant plus regrettables que la théorie de l'acte mixte et le droit de la consommation visent au fond un but identique : protéger le contractant inexpérimenté contre le professionnel rompu aux techniques commerciales et contractuelles. Le droit gagnerait non seulement en clarté et en cohérence mais encore en justification sociale si l'on repensait les notions fondamentales de commerçant et de consommateur par référence à l'entreprise.

C Le régime des actes de commerce isolés

267. Le régime des actes de commerce isolés passés par des personnes dont aucune n'a la qualité de commerçant, est encore différent. C'est le cas, on le sait, du cautionnement commercial, de la vente de fonds de commerce et des cessions de parts sociales entraînant transfert du contrôle. Le régime commercial de ces actes est à la fois plus affirmé, mais moins étendu dans son application.

Certaines règles du droit commercial sont applicables à l'acte isolé. Ainsi, le tribunal de commerce connaît des litiges relatifs à la conclusion et à l'exécution de l'acte (v. *infra*, n° 288). De même la présomption de solidarité doit jouer entre les codébiteurs. L'on constate que le droit commercial s'applique alors de façon particulièrement rigoureuse, puisque la partie non commerçante ne peut pas invoquer à son profit l'application de la règle civile, comme elle pourrait le faire normalement dans un acte mixte. La nature commerciale de l'acte est donc plus affirmée que dans l'acte mixte. Ainsi, la caution non commerçante qui a consenti un cautionnement commercial doit saisir le tribunal de commerce (*infra*, n° 289).

En revanche, ni la règle de l'article L. 110-3 du Code de commerce, relative à la preuve, ni celle de l'article L. 110-4, I, relative à la prescription, ne peuvent jouer, puisque leur application dépend de la qualité de commerçant de l'auteur de l'acte ²⁶⁴.

Le régime des actes de commerce est d'une complexité excessive, que rien ne justifie véritablement et qui signe le déclin inexorable de la notion de l'acte de commerce et de son utilité. Le régime des actes de commerce, qui ne présente plus aucune unité a-t-il encore une justification ? On peut en douter. Il serait souhaitable d'abandonner une fois pour toutes l'acte de commerce considéré comme critère d'application de la règle commerciale.

Titre III

La juridiction commerciale

268. L'existence d'une juridiction spéciale, le tribunal de commerce, chargée de trancher les litiges entre commerçants, a beaucoup fait pour que le droit commercial soit reconnu comme branche du droit distincte du droit civil. Il n'est pas certain en effet que le droit commercial aurait pu se maintenir en l'absence d'une juridiction chargée de l'appliquer.

Ce qui caractérise le tribunal de commerce, c'est qu'il est traditionnellement composé de commerçants et de représentants des entreprises élus par leurs pairs. Cela lui donne un caractère professionnel marqué.

En droit des affaires, les plaideurs recourent assez souvent à un autre mode de solution des litiges, qui est l'arbitrage. Ils demandent à un ou plusieurs arbitres, qu'ils choisissent librement, de trancher le différend qui les oppose. Là aussi le caractère professionnel de la juridiction est très marqué, car les arbitres sont généralement choisis parmi les juristes et les praticiens accoutumés aux affaires.

269. L'on étudiera successivement le tribunal de commerce (Chapitre 1) et l'arbitrage commercial (Chapitre 2).

Chapitre 1

Le tribunal de commerce

270. L'institution est ancienne. Les tribunaux de commerce ont été créés officiellement à Paris par un édit royal de 1563 ²⁶⁵. Mais dans certaines villes, leur existence était plus ancienne ²⁶⁶. Les magistrats du commerce portaient alors souvent le nom de *consuls*. C'est en souvenir de cette origine lointaine que l'on appelle, aujourd'hui encore, les juges du tribunal de commerce, les *juges consulaires*.

Les tribunaux de commerce ont traversé sans encombre la période révolutionnaire, sans doute parce que, étant composés de juges élus, leur existence s'accordait avec l'idéologie de l'époque. Les rédacteurs du Code de commerce de 1807 les ont maintenus et leur ont consacré les articles 631 et suivants du Code, composant le quatrième livre du Code de commerce.

Après avoir figuré dans le Code de l'organisation judiciaire, les textes qui régissent l'organisation du tribunal de commerce et sa compétence se trouvent à nouveau dans le Code de commerce au titre II du livre VII ²⁶⁷. Les règles de procédure restent exposées dans le Code de procédure civile. Par ailleurs, les droits fondamentaux du procès s'appliquent devant tribunaux de commerce. Les juridictions consulaires sont, comme n'importe quel autre tribunal, tenus de garantir aux justiciables un procès équitable ²⁶⁸. En ce sens, l'article L. 721-1, alinéa 2, du Code de commerce dispose que : « Les tribunaux de commerce sont soumis aux dispositions, communes à toutes les juridictions, du livre I^{er} du code de l'organisation judiciaire », c'est-à-dire essentiellement l'indépendance et l'impartialité du juge. L'article R. 721-1 C. com. renchérit : « Les tribunaux de commerce appliquent les principes directeurs du procès civil ».

Il conviendra d'examiner successivement l'organisation des tribunaux de commerce (Section 1), leur compétence (Section 2) puis la procédure qui a cours devant eux (Section 3).

Section 1

L'organisation des tribunaux de commerce

271. . Exclusivement composé de commerçants et de représentants d'entreprises élus par leurs pairs, le tribunal de commerce juge en principe tous les litiges en matière commerciale (§ 1). Ce caractère exclusivement professionnel lui est parfois reproché (§ 2). Les inconvénients qui peuvent en résulter n'ont pas été vraiment corrigés par la présence du ministère public auprès du tribunal de commerce (§ 3).

§ 1. Constitution du tribunal de commerce

Art. L. 721-1 C. com. Les tribunaux de commerce sont des juridictions du premier degré, composées de juges élus et d'un greffier. Leur compétence est déterminée par le présent code et les codes et lois particuliers.

Les tribunaux de commerce sont soumis aux dispositions, communes à toutes les juridictions, du livre 1^{er} du Code de l'organisation judiciaire.

272. La matière a été reprise par l'ordonnance du 8 juin 2006, qui en a introduit les dispositions dans le livre VII du Code de commerce. Les conditions pour être électeur et pour exercer les fonctions de juge au tribunal de commerce ont été renforcées, afin de prévenir toute suspicion qui pourrait peser sur la moralité des juges consulaires. Des conditions spéciales d'ancienneté sont exigées des juges chargés des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation des entreprises.

273. En principe, il devrait exister un tribunal de commerce par arrondissement. En réalité ce n'est pas le cas. Comme les tribunaux de commerce sont créés au cas par cas, par décret pris en Conseil d'État, leur répartition territoriale est très inégale. Avant la réforme intervenue en 1999, l'une des critiques adressées à l'institution portait justement sur le nombre des tribunaux de commerce, jugé excessif, et sur la trop petite taille du ressort territorial de certains d'entre eux ²⁶⁹. Le nombre total des tribunaux de commerce a été ramené à 132. Il subsiste néanmoins une très grande disparité entre le tribunal de commerce d'une grande ville comme Paris, qui comporte plus de cent soixante-dix juges, et le tribunal de commerce d'une petite localité, qui en comporte parfois moins de dix.

Dans les circonscriptions où il n'est pas prévu de tribunal de commerce, c'est le tribunal de grande instance qui connaît des matières attribuées aux tribunaux de commerce (art. L. 721-2 C. com.).

Dans les grands tribunaux, les juges sont répartis en chambres. La formation de jugement comporte en principe au moins trois juges. Elle est présidée par le président du tribunal de commerce ou par un juge ayant exercé ses fonctions pendant au moins trois ans.

274. Les juges du tribunal de commerce sont élus, selon des règles assez complexes. L'élection est à deux degrés.

Au premier degré, le corps électoral élit des *délégués consulaires* (art. L. 713-6 à L. 713-18 C. com.). L'élection a lieu tous les cinq ans.

Sont électeurs, – les commerçants personnes physiques, immatriculés au Registre du commerce et des sociétés – les dirigeants de sociétés commerciales – les dirigeants des entreprises publiques à caractère industriel et commercial – les cadres salariés exerçant des fonctions de direction dans les entreprises.

Au second degré, les délégués consulaires élus dans le ressort de la juridiction, les juges du tribunal de commerce, ainsi que les anciens membres du tribunal ayant demandé à être inscrits sur la liste électorale se réunissent pour élire des juges au tribunal de commerce (art. L. 723-1 C. com.).

L'élection a lieu tous les ans (art. L. 723-11 C. com.). Pour être éligible, il faut être électeur, être âgé de plus de trente ans et justifier de plus de cinq années d'exercice de la profession (art. L. 723-4 C. com.). Les juges sont élus une première fois pour deux ans (ils sont alors juges suppléants) puis pour quatre ans (ils deviennent juges titulaires). À leur tour les juges du tribunal élisent le président du tribunal de commerce.

Il faut encore remarquer, c'est important, 1) Qu'il n'est pas nécessaire pour être juge d'avoir une formation juridique et qu'aucun diplôme n'est exigé. 2) Que la fonction est honorifique. Les juges du tribunal de commerce ne sont pas rémunérés. C'est la force de l'institution.

§ 2. Critiques et propositions de réforme

275. Les tribunaux de commerce ont été l'objet de critiques plus ou moins sévères. Plusieurs reproches ont été adressés soit à l'institution, soit parfois au corps des magistrats consulaires.

276. La conformité du tribunal de commerce à la Constitution a parfois été mise en doute. On s'est demandé si les règles du Code de commerce régissant le statut des juges des tribunaux de commerce respectaient les principes d'indépendance et d'impartialité. Le 6 mars 2012, la Cour de cassation a considéré que la question était sérieuse et elle a transmis une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Par sa décision du 4 mai 2012, le Conseil a reconnu que les dispositions régissant les tribunaux de commerce étaient conformes aux principes constitutionnels d'impartialité et d'indépendance ²⁷⁰.

277. Le reproche le plus ancien concerne le manque de formation juridique des membres des tribunaux de commerce. À l'origine, la juridiction consulaire connaissait surtout de litiges relatifs à des contrats commerciaux et l'institution se justifiait parfaitement parce que les juges avaient une bonne connaissance des usages du commerce. Mais le droit commercial comprend aujourd'hui des matières souvent très techniques, comme le droit des sociétés, le droit des procédures collectives ou le droit financier. Il n'est pas sûr que dans les petits tribunaux l'on trouve toujours des juges familiers de ces affaires. Une solution consiste à réserver le contentieux de certaines matières à un nombre limité de tribunaux. C'est ainsi que le contentieux commercial de la concurrence est confié à huit tribunaux de commerce (v. *infra*, n° 866).

Une autre solution, prônée depuis longtemps, consisterait à généraliser le système de l'*échevinage*, qui existe en Alsace-Lorraine et qui donne de bons résultats : l'échevinage associe un magistrat professionnel, qui occupe la place de président, et deux commerçants élus, qui sont assesseurs. Une autre formule encore consisterait à laisser la présidence à un commerçant élu et à lui associer un ou deux magistrats professionnels. Le moins que l'on puisse dire est que ces propositions n'ont pas été accueillies avec enthousiasme par le monde des affaires. Les commerçants et chefs d'entreprises restent très attachés à la formule traditionnelle. Ils font d'ailleurs valoir, d'une part, qu'en appel les affaires vont devant la cour d'appel qui est exclusivement composée de magistrats professionnels et, d'autre part, que le taux de réformation en appel des jugements des tribunaux de commerce n'est pas supérieur à celui des jugements des tribunaux de grande instance.

278. Un autre reproche, d'ordre plus politique, a été adressé à la juridiction consulaire à l'occasion d'une réforme, en 1985, des procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises. Le but de la réforme était de s'efforcer de sauver l'entreprise et l'emploi. Certains ont alors fait valoir qu'il était injuste de laisser la décision entre les mains du tribunal de commerce, qui ne comprend que des chefs d'entreprises et, évidemment, aucun représentant des salariés. On a donc proposé de retirer aux tribunaux de commerce la compétence en matière de redressement des entreprises et de la confier à des juridictions spéciales, exclusivement composées de magistrats professionnels. Mais le projet a échoué. La loi du 16 juillet 1987 a conservé la compétence du tribunal de commerce en matière de procédures collectives. La seule mesure a consisté à confier les procédures de redressement des entreprises de plus de 50 salariés à certains grands tribunaux de commerce. Mais par la suite, la liste de ces tribunaux de commerce spécialisés a été allongée pour satisfaire des revendications locales.

Enfin des critiques plus graves sont apparues en 1998, à la suite du rapport d'une commission d'enquête de l'Assemblée nationale ²⁷¹. Cette fois c'est la moralité et l'impartialité de certains magistrats consulaires qui était mise en cause. Le ton polémique du rapport en affaiblissait le propos, mais, devant l'émotion causée par le rapport, le gouvernement entreprit une réforme de l'organisation des tribunaux de commerce.

279. Les réformes envisagées portaient essentiellement sur deux points.

En premier lieu, le nombre, jugé excessif, des petits tribunaux de commerce, dont le ressort territorial était parfois trop limité. Cette première partie de la réforme a abouti au décret du 30 juillet 1999 qui a supprimé 36 petits tribunaux de commerce et modifié le ressort territorial des autres. D'autres suppressions sont intervenues en 2005 et 2008, pour aboutir au nombre de 132.

En second lieu, le projet de réforme portait sur la composition des tribunaux de commerce. Cet aspect de la réforme était évidemment d'une tout autre ampleur, car il fallait compter avec la résistance des juges consulaires ²⁷². Un projet de loi ²⁷³ prévoyait la création de chambres mixtes, c'est-à-dire de formations de jugement comprenant un magistrat professionnel, président, à côté de deux commerçants élus. Le projet de loi, instituant les chambres mixtes, fut adopté par l'Assemblée nationale en mars 2001. Mais il se heurta en 2002 à l'opposition du Sénat. Le projet d'une réforme d'ensemble a été alors abandonné.

Il ne faut d'ailleurs jamais oublier que toute réforme en profondeur de la juridiction commerciale aurait des incidences budgétaires : les fonctions des juges consulaires sont honorifiques. Ceux-ci ne coûtent rien au budget de l'État. Il faudrait trouver des ressources supplémentaires si l'on voulait rémunérer des magistrats professionnels.

Un Conseil national des tribunaux de commerce a été créé par le décret du 23 septembre 2005. Présidé par le garde des Sceaux et composé de vingt membres, choisis parmi les membres des tribunaux de commerce et les personnalités du monde judiciaire, il donne des avis en matière de déontologie et de diffusion des « bonnes pratiques » de la magistrature consulaire.

§ 3. Le ministère public

280. Jusqu'en 1970, le ministère public n'était pas représenté devant le tribunal de commerce. Cela correspondait à la vieille idée selon laquelle les litiges commerciaux portaient essentiellement sur des relations contractuelles entre commerçants et n'intéressaient pas l'ordre public. Mais il est apparu que certains litiges en matière de sociétés commerciales, en matière de concurrence et surtout les procédures de faillites mettaient en jeu des règles d'ordre public. C'est pourquoi la loi du 10 juillet 1970 a prévu que le ministère public exerce ses attributions devant les juridictions commerciales qui fonctionnent dans le ressort du tribunal de grande instance ²⁷⁴. Le procureur de la République peut donc intervenir chaque fois qu'une affaire concerne l'ordre public. Le législateur de 1985 puis de 2005 a donné un rôle important au ministère public dans les procédures de redressement des entreprises. Il peut par exemple demander l'ouverture de la procédure ²⁷⁵ ou l'allongement des délais. Le ministère public devrait assurer une surveillance permanente de la procédure collective, afin de contrebalancer les pouvoirs étendus du tribunal de commerce ²⁷⁶. Malheureusement, les moyens du parquet sont insuffisants et l'attente du législateur a été largement déçue. Pour y remédier, la loi n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 a créé un procureur de la République financier, placé auprès du TGI de Paris. Il s'agit d'un procureur spécialisé qui est doté d'une compétence nationale sur des affaires fiscales, économiques et financières (art. L. 217-1 C. org. jud.).

Section 2

La compétence du tribunal de commerce

281. On distingue la compétence d'attribution (§ 1) et la compétence territoriale du tribunal de commerce (§ 2).

§ 1. La compétence d'attribution du tribunal de commerce

Art. L. 721-3 C. com. : Les tribunaux de commerce connaissent :

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

282. On appelle compétence d'attribution celle qui désigne l'ordre de juridiction devant lequel un litige sera porté. Par exemple le litige sera porté devant un tribunal de grande instance, un conseil de prud'hommes ou un tribunal de commerce.

Traditionnellement, c'était l'article 631 du Code de commerce de 1807 qui attribuait compétence au tribunal de commerce. Lors de la refonte du Code de commerce par l'ordonnance du 18 septembre 2000, l'on découvrit avec embarras que la loi du 17 décembre 1991 avait abrogé l'article 631 de l'ancien Code de commerce ²⁷⁷. L'article 127 de la loi du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, dut réparer l'erreur avec effet rétroactif ²⁷⁸.

L'article L. 721-3 du Code de commerce constitue le texte de base concernant la compétence d'attribution du tribunal de commerce. Celle-ci peut cependant résulter de textes particuliers.

A Les litiges entre commerçants

283. La compétence du tribunal de commerce est à la fois personnelle et réelle. La compétence du tribunal de commerce est d'abord *personnelle* : elle est déterminée par la qualité des parties au litige. Celles-ci doivent être commerçantes ²⁷⁹. Cependant le tribunal de commerce ne connaît pas de tous les litiges entre commerçants, uniquement de ceux qui sont relatifs à leur activité professionnelle ²⁸⁰. Dans cette mesure, la compétence est dite *réelle*, parce qu'elle concerne l'objet du litige.

Lorsque le litige porte sur un contrat, la qualité de commerçant des parties s'apprécie au jour de la conclusion de l'acte. Peu importe que l'une des parties ait perdu ensuite la qualité de commerçant et qu'elle ait été radiée du registre du commerce au moment où le tribunal a été saisi ²⁸¹.

La compétence du tribunal de commerce joue à l'égard de tous les commerçants, personnes physiques ou personnes morales et, en particulier à l'égard des sociétés commerciales par la forme. Mais l'article L. 721-5 du Code de commerce admet une exception concernant les *sociétés d'exercice libéral* ²⁸². Bien que ces sociétés soient des sociétés commerciales ²⁸³, les litiges auxquels elles sont parties sont obligatoirement portés devant les tribunaux civils. En somme, les sociétés d'exercice libéral sont des commerçants, mais que l'on ne soumet pas intégralement au droit commercial.

284. La difficulté concerne les litiges portant sur *les actes mixtes* (*supra*, n° 203). Il s'agit des litiges qui opposent un commerçant, qui a traité dans l'exercice de son commerce, à un non-commerçant. Situation très fréquente, mais qui n'est pas envisagée par le Code de commerce. C'est la jurisprudence qui, dans le cas particulier, a dû préciser les règles de compétence. D'une façon générale, la jurisprudence a retenu la solution la plus favorable au non-commerçant. Il faut distinguer selon que le demandeur au procès est le commerçant ou au contraire le non-commerçant.

Première situation : le *commerçant est le demandeur*, celui qui prend l'initiative du procès. En principe il ne peut saisir que la juridiction civile. Il ne peut pas en effet obliger son adversaire, qui n'est pas commerçant, à plaider devant une juridiction professionnelle, composée uniquement de commerçants ²⁸⁴. Mais la règle est une règle de protection, posée dans l'intérêt du non-commerçant. La compétence de la juridiction civile n'est donc pas, dans le cas particulier, d'ordre public. Le non-commerçant peut accepter la compétence du tribunal de commerce, s'il y trouve avantage. Cette acceptation peut être tacite, il lui suffit de comparaître ²⁸⁵ et de ne pas soulever l'exception d'incompétence de la juridiction commerciale.

Deuxième situation : c'est le *non-commerçant qui est demandeur*. Alors la jurisprudence lui reconnaît un choix, une option ²⁸⁶. Il peut porter le litige soit devant la juridiction civile, soit devant le tribunal de commerce.

285. La question rebondit lorsque les parties ont convenu d'avance, dans une clause du contrat ou dans les conditions générales de vente acceptées par le client, que seul le tribunal de commerce sera compétent pour connaître d'un éventuel litige. La *clause attributive de compétence* est-elle valable ?

Certains estiment que la clause est nulle parce qu'elle déroge à la compétence d'attribution qui, en principe, est d'ordre public.

D'autres admettent la validité de la clause. En effet entre le tribunal de commerce et la juridiction civile, l'attribution de compétence ne serait pas conçue de manière aussi rigoureuse qu'elle l'est à l'égard des autres ordres de juridiction, et l'on pourrait y déroger. Par exemple, le tribunal de commerce ne pourrait pas connaître d'un litige en matière de contrat de travail, qui est de la seule compétence du conseil de prud'hommes. Le tribunal de commerce serait radicalement incompétent.

On a proposé une troisième solution, plus nuancée. La clause ne serait pas nulle mais seulement inopposable au non-commerçant. Ainsi, le commerçant qui est demandeur et qui prend l'initiative du procès ne pourrait pas invoquer la clause pour contraindre son adversaire, non-commerçant, à comparaître devant le tribunal de commerce. Nonobstant la clause, il devrait assigner le non-commerçant devant la juridiction civile. En revanche, le non-commerçant qui est demandeur et qui prend l'initiative du procès serait lié par la clause. Il a renoncé à son option et il devrait assigner le commerçant devant le tribunal de commerce, exclusivement.

La jurisprudence, après des hésitations ²⁸⁷, a récemment consacré, en termes nets, cette troisième interprétation ²⁸⁸.

286. Certains litiges entre commerçants échappent exceptionnellement à la compétence du tribunal de commerce. Cela provient de l'existence de compétences exclusives reconnues à certaines juridictions. Ainsi, les actions relatives aux brevets d'invention et aux marques de fabrique sont de la compétence exclusive du tribunal de grande instance. Certains litiges en matière de bail commercial sont de la compétence du président du tribunal de grande instance. En matière de droit de la consommation, la compétence est souvent attribuée au tribunal d'instance ou au tribunal de grande instance. Les litiges relatifs aux sociétés coopératives agricoles relèvent de la compétence des juridictions civiles ²⁸⁹.

B Les litiges relatifs aux sociétés commerciales

287. L'article 631 de l'ancien Code de commerce attribuait compétence au tribunal de commerce pour connaître des contestations « entre associés, pour raison d'une société de commerce ». La formulation retenue par l'article L. 721-3 du nouveau Code de commerce est plus générale. Le tribunal de commerce est compétent non seulement pour connaître de tous les litiges qui opposent soit les associés entre eux, soit un ou plusieurs associés à la société, et qui ont pour objet l'existence, le fonctionnement ou la liquidation de la société, mais encore les litiges nés à l'occasion d'une cession des droits sociaux ²⁹⁰.

Exemple 1. L'un des associés d'une société en participation, dont l'objet est commercial, assigne l'autre en résolution et dissolution de la société. Cette action sera portée devant le tribunal de commerce.

Exemple 2. Est de la compétence du tribunal de commerce, l'action par laquelle la société réclame à un associé le paiement de la fraction de l'apport en numéraire qu'il a promis mais non encore versé.

Exemple 3. De même l'action en responsabilité intentée par un groupe d'actionnaires contre les dirigeants de la société qui ont commis des fautes de gestion. Il suffit que les faits constitutifs de la responsabilité aient un lien direct avec la gestion de la société ²⁹¹.

Exemple 4. Est de la compétence du tribunal de commerce un différend entre une société et le titulaire d'un droit d'option de souscription d'actions (*stock options*) devenu actionnaire ²⁹².

C Les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes

288. Cette disposition fameuse est à l'origine de la grande querelle entre la conception objective et la conception subjective du droit commercial (*supra*, n° 77).

L'idée des rédacteurs du Code de commerce était en réalité que les personnes qui n'avaient pas le statut de commerçant mais qui se lançaient dans des opérations spéculatives puissent être soumises à la compétence du tribunal de commerce et aux sanctions de la faillite.

En fait, comme nous l'avons déjà souligné (*supra*, n° 218), les actes de commerce accomplis à titre isolé par deux personnes non-commerçantes sont relativement rares et il est encore plus rare que ces personnes choisissent la compétence commerciale. En effet, les non-commerçants ne sont pas, sauf exception, obligés de comparaître devant le tribunal de commerce.

Exemple. Un étudiant achète à un retraité une automobile, avec l'intention de la réparer (pendant les vacances universitaires) et de la revendre. Survient un litige. Théoriquement, il s'agit d'un acte de commerce et le tribunal de commerce serait compétent. Mais il est plus vraisemblable que les parties choisiront d'aller devant le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance.

289. Il reste cependant quelques vestiges de la conception objective. Dans deux cas en effet, le litige est obligatoirement porté devant le tribunal de commerce.

Il s'agit en premier lieu des litiges, entre toutes personnes, portant sur les *lettres de change*. La lettre de change est commerciale par sa forme et elle relève de la compétence exclusive du tribunal de commerce. Mais, en pratique, il est de plus en plus rare qu'une personne non-commerçante souscrive une lettre de change. Il faut ajouter à cela que les textes modernes, relatifs à la protection des consommateurs, interdisent le plus souvent le recours à la lettre de change dans les opérations de crédit consenties aux consommateurs (*supra*, n° 215).

Il s'agit en second lieu des actes de commerce par accessoire, dans le cas de *l'accessoire objectif* (*supra*, n° 219). L'hypothèse concerne la vente de fonds de commerce et le cautionnement donné par le dirigeant d'une société commerciale. Les litiges qui naissent de ces opérations sont obligatoirement portés devant le tribunal de commerce. Il en est de même des cessions de parts sociales qui contribuent à donner au cessionnaire le contrôle de la société (*supra*, n° 223).

§ 2. La compétence territoriale du tribunal de commerce

Art. 42 CPC. La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur. S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux. Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger. Art. 43 CPC. Le lieu où demeure le défendeur s'entend : – s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où celle-ci a son domicile ou, à défaut, sa résidence, – s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie.

290. La compétence territoriale permet de désigner, parmi les tribunaux de commerce, celui devant qui le litige sera effectivement porté.

Exemple. Un litige survient entre deux commerçants, à propos d'une vente de matériel de bureau. L'acheteur prétend que le matériel

livré n'est pas conforme à la commande. Le litige relève incontestablement de la compétence du tribunal de commerce. Mais lequel ? Le vendeur est établi à Valenciennes. L'acheteur est une société dont le siège social est à Marseille, mais qui possède une succursale au Havre. Le tribunal de commerce compétent sera-t-il celui de Valenciennes, de Marseille ou du Havre ?

Les règles de compétence territoriale sont énoncées dans les articles 42 et suivants du Code de procédure civile ²⁹³. La question se pose également de savoir si l'on peut déroger aux règles légales par des conventions particulières prévoyant la compétence du tribunal de telle ou telle ville.

A Les règles légales de compétence territoriale

291. Il existe en matière de compétence territoriale un grand principe qui est celui de la compétence du *tribunal du défendeur*. Plus précisément, selon les articles 42 et 43 du Code de procédure civile, combinés, la juridiction compétente est celle du ressort dans lequel le défendeur a son domicile. Si le défendeur est une personne morale, le ressort dans lequel la société est établie, en principe le lieu de son siège social statutaire.

Cependant une jurisprudence traditionnelle admet que le défendeur, lorsqu'il entretient des succursales, peut être valablement assigné devant le tribunal du lieu de son établissement *secondaire* ²⁹⁴. Comme cette jurisprudence est née à l'occasion des litiges qui opposaient des usagers aux compagnies de chemin de fer, elle a pris le nom de « jurisprudence des gares principales ». Pour que le tribunal du lieu de l'établissement secondaire soit compétent, il faut que deux conditions soient remplies : 1) que le litige ait sa source dans une opération traitée par l'établissement secondaire ; 2) que l'établissement secondaire soit dirigé par une personne habilitée à représenter la société.

292. Le Code de procédure civile lui-même admet des exceptions au principe de la compétence du tribunal du domicile ou du siège social du défendeur. Selon l'article 46,

— Est également compétent, en matière contractuelle, le tribunal du lieu de la livraison de la chose vendue ou du lieu de l'exécution de la prestation de service.

— En matière délictuelle ou quasi-délictuelle, la compétence est reconnue au tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable ou à celui dans le ressort duquel le dommage a été subi ²⁹⁵.

293. Il faut encore souligner la tendance du législateur moderne à spécialiser un petit nombre de tribunaux de commerce, seuls habilités à connaître de certaines matières^{295a}. Ainsi, les actions en justice en matière de brevets d'invention sont de la compétence exclusive du tribunal de grande instance de Paris (art. D. 211-6 C. org. jud.). De même, seuls les tribunaux de grande instance et les tribunaux de commerce de Bordeaux, Fort de France, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris et Rennes (art. R. 420-4 C. com.) sont compétents pour statuer sur les litiges en matière d'entente, d'abus de position dominante et de pratiques de prix abusivement bas (art. L. 420-7 C. com.) ²⁹⁶.

B La clause attributive de compétence territoriale

Art. 48 CPC. Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.

294. Cette clause, qui désigne d'avance le tribunal de commerce qui sera territorialement compétent pour connaître de tout litige relatif au contrat dans lequel elle est insérée, est fréquente dans les contrats commerciaux et dans les conditions générales d'affaires. Elle avait par le passé soulevé de nombreux problèmes. Elle figurait souvent en petits caractères, dans des bons de commande ou même dans des factures. Pouvait-on admettre qu'elle avait été acceptée par l'autre partie ? Pouvait-on l'opposer à la partie non-commerçante ?

295. Pour mettre fin à ces incertitudes, l'article 48 du Code de procédure civile a posé une règle stricte. La clause n'est valable que si deux conditions sont réunies.

Tout d'abord une *condition de fond*. La clause doit être convenue ²⁹⁷ entre deux commerçants. Elle est nulle et réputée non écrite dans les actes mixtes ou dans les actes de commerce isolés ²⁹⁸. Par exemple elle est nulle dans un acte de cautionnement souscrit personnellement par un dirigeant de société qui n'a pas lui-même la qualité de commerçant, ainsi un gérant de SARL. Il semble que la nullité de la clause ne concerne que l'attribution de compétence territoriale. Elle ne porte pas atteinte à l'attribution de compétence à la juridiction commerciale, en général, dont on a vu qu'elle était opposable au commerçant par le non-commerçant.

Ensuite une *condition de forme*. La condition est double : elle doit être stipulée de façon apparente, ce qui paraît condamner non seulement les attributions tacites, mais encore celles qui sont rédigées en caractères peu visibles ²⁹⁹ ; elle doit figurer dans l'engagement de la personne à qui elle est opposée. La simple mention dans une facture ou un document non signé par celui qui accepte l'attribution de compétence territoriale, est sans valeur.

Cependant le tribunal saisi ne peut pas soulever d'office la nullité de la clause et par suite son incompétence. Si le défendeur ne soulève pas la nullité de la clause, le tribunal restera valablement saisi.

Section 3

La procédure devant le tribunal de commerce

296. D'une façon générale, la procédure suivie devant les tribunaux de commerce est plus simple et plus rapide qu'en matière civile (§ 1). De plus il existe des procédures spéciales, dans lesquelles ces caractères sont encore renforcés (§ 2).

§ 1. La procédure ordinaire

297. La procédure obéit aux principes fondamentaux de la procédure : elle est publique, et contradictoire. Traditionnellement, la procédure était uniquement orale. En fait, elle comportait une phase écrite, mais dont les conditions de validité étaient mal assurées. Le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010, modifiant les dispositions du Code de procédure civile, réaffirme que devant le tribunal de commerce la procédure est orale, tout en reconnaissant expressément la place de la procédure écrite ³⁰⁰.

L'assignation doit être délivrée par écrit et généralement les parties échangent des conclusions écrites afin de développer leurs moyens avant l'audience. Les conclusions doivent être communiquées aux parties et au tribunal. Après une première audience, les parties peuvent ne pas se présenter aux audiences suivantes et présenter leurs moyens uniquement par écrit si le juge l'accepte ³⁰¹.

298. La plus grande simplicité de la procédure se traduit de deux façons.

D'abord, *l'assignation* doit préciser – c'est l'apport essentiel de l'important décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 ³⁰² – les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ³⁰³, à moins qu'existe un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public (art. 56 CPC) ³⁰⁴. L'idée que l'on puisse terminer un litige à l'amiable vient des pays de *Common Law*, sous le nom d'*Alternative Dispute Resolution*,

traduit par l'expression de modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ³⁰⁵. La perspective de rapprocher des adversaires qui s'opposent, est aujourd'hui considérée comme « le degré de justice le plus élaboré car les deux parties s'estiment satisfaites » ³⁰⁶. L'enthousiasme actuel pour les règlements amiables ne doit pas être aveugle, la multiplication des offres de règlements amiables est aussi le symptôme d'une institution judiciaire en crise qui n'arrive pas à rendre la justice dans des délais raisonnables. De plus, les dénouements des procédures de règlement amiable ne sont pas toujours à la hauteur des espérances du législateur.

299. Ensuite, *devant le tribunal*, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. Les parties peuvent comparaître en personne ou se faire représenter par le mandataire de leur choix. Le débat peut avoir lieu devant un seul juge, appelé aujourd'hui le *juge chargé d'instruire l'affaire* (art. 857 CPC) ³⁰⁷. C'est une pratique ancienne des tribunaux de commerce consacrée par le CPC. Ce juge entend les explications des parties ou de leurs représentants. Il s'efforce de les concilier. L'article 21 du CPC dispose en ce sens : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». En cas de non-conciliation, il fait rapport au tribunal, qui rend son jugement sans entendre à nouveau les plaideurs. Mais il faut que cette procédure recueille le consentement des deux parties. Si l'une ne comparaît pas, elle peut faire opposition au rapport du juge chargé d'instruire l'affaire et l'instance reprend dans son intégralité devant le tribunal ³⁰⁸.

L'article 860-2 du Code de procédure civile prévoit que le tribunal peut aussi désigner un conciliateur de justice ³⁰⁹. Si la conciliation réussit, un constat est signé par les parties et par le conciliateur (art. 863 CPC). Le constat peut être homologué (art. 1541 CPC).

300. Dans tous les cas, le jugement, lorsqu'il a lieu, est rendu par au moins trois juges. Le jugement est rendu en premier et dernier ressort lorsque le montant de la demande n'excède pas 4 000 euros ³¹⁰. Dans ce cas il n'est pas susceptible d'appel. Seul le pourvoi en cassation est recevable. Au-dessus de 4 000 euros, le jugement est susceptible d'appel. Le décret du 28 décembre 2012 permet l'établissement des jugements sur support électronique. Les procédés utilisés devront garantir l'intégrité et la conservation du jugement ³¹¹.

§ 2. Les procédures spéciales

301. Nous laissons de côté la procédure relative à la sauvegarde des entreprises ³¹² qui a son régime propre. En dehors de cela, il existe deux procédures spéciales, qui sont fréquentes.

A La procédure simplifiée de recouvrement des créances

302. Appelée aussi procédure *d'injonction de payer*, elle est prévue par les articles 1405 et suivants du Code de procédure civile. Elle suppose des conditions strictes : il faut que le litige porte sur le paiement d'une créance qui a sa source dans un contrat et dont le montant est déterminé. La procédure est alors simplifiée. Le créancier n'est pas tenu de procéder à une assignation de son adversaire. Il adresse simplement une *requête* au président du tribunal, seul compétent, en joignant les pièces justificatives de sa créance. Le débiteur n'est pas appelé. Le président, s'il estime la demande fondée, rend immédiatement une ordonnance portant injonction de payer. L'ordonnance est signifiée au débiteur. Celui-ci a un délai d'un mois pour faire opposition. Si le débiteur garde le silence, l'ordonnance devient exécutoire et elle autorise une saisie. L'ordonnance n'est pas

susceptible d'appel. Si au contraire le débiteur fait opposition, l'on revient à la procédure ordinaire devant le tribunal.

Il existe aussi une procédure d'injonction de payer européenne ³¹³ et une procédure européenne de règlement des petits litiges ³¹⁴, régies respectivement par les articles 1424-1 et suivants et 1382 et suivants du Code de procédure civile.

B Le référé commercial

303. La procédure du référé est très utilisée en pratique, car elle est rapide ³¹⁵. Elle est prévue par les articles 872, 873 et 873-1 du CPC. Elle se déroule devant le président du tribunal de commerce. Elle est possible dans trois cas.

— En cas d'urgence. Le président peut alors prendre toute mesure utile, si l'affaire ne soulève pas une contestation sérieuse, par exemple la nomination d'un expert ou d'un administrateur provisoire (art. 872 CPC).

— Même en présence d'une contestation sérieuse, le président peut prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état, lorsqu'il s'agit de prévenir un dommage imminent ou de faire cesser un trouble manifestement illicite. On parle en pratique du référé-sauvegarde (art. 873, al. 1^{er} CPC).

— Le président peut aussi accorder une provision au créancier, l'on parle alors du référé-provision, ou ordonner provisoirement l'exécution de l'obligation dont l'existence n'est pas contestée (art. 873, al. 2 CPC).

Chapitre 2

L'arbitrage commercial

304. L'arbitrage est un mode de résolution des litiges qui consiste à porter un différend devant une ou plusieurs personnes que les parties choisissent librement comme juges.

L'arbitrage présente une double nature. D'un côté, il a une nature conventionnelle. L'arbitre tire sa compétence et son pouvoir d'un contrat conclu entre les parties en litige, qui s'appelle la *convention d'arbitrage* (Section 1). D'un autre côté, il est de nature juridictionnelle, car l'arbitre est investi de la fonction de juger. Il constate et qualifie les faits. Il dit le droit. Il rend une *sentence* qui met fin au litige et qui a l'autorité de la chose jugée (Section 2).

Le droit de l'arbitrage a été remanié et modernisée par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, qui a modifié les articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile ³¹⁶.

305. Le recours à l'arbitrage est fréquent en droit des affaires, spécialement en droit international ³¹⁷. Quels sont ses avantages ? On dit parfois que la procédure d'arbitrage est plus rapide que la procédure devant les tribunaux étatiques. C'est partiellement inexact. Les procédures sont parfois aussi longues. On dit aussi que la procédure arbitrale serait moins coûteuse. C'est encore inexact, car il faut rétribuer les arbitres. En revanche la supériorité de l'arbitrage s'affirme, d'une part, dans la possibilité de choisir les arbitres parmi des personnes spécialement au courant des usages de la branche et ayant une bonne connaissance des questions techniques, spécifiques au litige, et, d'autre part, dans le caractère confidentiel de la procédure. La procédure n'est pas publique et la sentence n'est pas publiée. Le recours à l'arbitrage permet de préserver le secret des affaires.

Section 1

La convention d'arbitrage

306. C'est la convention qui oblige les parties à recourir à l'arbitrage et qui organise la procédure d'arbitrage. Traditionnellement, le droit français a toujours fait une distinction fondamentale entre deux conventions : le *compromis d'arbitrage* et la *clause compromissoire* (§ 1). Le décret du 13 janvier 2011 a conservé la distinction, mais en unifiant leur régime (§ 2).

§ 1. Clause compromissoire et compromis d'arbitrage

Art. 1442 CPC. La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

307. Le compromis d'arbitrage est la convention par laquelle les parties à un litige déjà né conviennent de le porter devant un ou plusieurs arbitres qui seront chargés de le trancher.

Le mot « compromis » doit être entendu dans son sens juridique strict. Il ne se confond pas avec la transaction, qui est le contrat par lequel les parties mettent fin elles-mêmes au litige, grâce à des concessions réciproques, sans le porter devant une instance étatique ou arbitrale. Il faut également distinguer le compromis d'arbitrage du compromis de vente, qui est un sous seing privé précédant la rédaction d'un acte de vente notarié.

308. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat décident par avance que seront portés à l'arbitrage les litiges futurs, *non encore nés*, qui seraient relatifs à un contrat.

Traditionnellement, le droit civil se montrait méfiant à l'égard de la clause compromissoire en raison des dangers qu'elle présente pour les signataires. En effet, en acceptant la clause, les parties s'engagent par avance dans la voie de l'arbitrage alors qu'elles ne connaissent pas l'objet précis du litige qui pourra les opposer.

C'est pourquoi l'article 2061 du Code civil disposait de façon catégorique : « La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi ». La nullité de principe de la clause ne pouvait être écartée que par un texte spécial. Tel était le cas de l'article 631 de l'ancien Code de commerce qui, après avoir fixé la compétence du tribunal de commerce ajoutait : « les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire ».

Ainsi, nulle en matière civile, la clause compromissoire était au contraire valable en droit commercial. La jurisprudence avait été amenée à préciser la portée exacte de l'article 2061 du Code civil. Elle avait ainsi décidé que la clause était nulle dans les actes mixtes ³¹⁸. La rigueur du droit français était l'objet de fréquentes critiques. On lui reprochait d'être nuisible aux entreprises françaises et de freiner le développement de la place de la France dans l'arbitrage international.

Répondant à l'attente de la pratique, la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (loi NRE) a modifié l'article 2061 du Code civil. Désormais celui-ci dispose : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

Le principe de la validité de la clause compromissoire est confirmé par les articles 1442 et suivants du Code de procédure civile, qui unifient le régime de la clause compromissoire et du compromis à travers la convention d'arbitrage. Cependant, l'article 2061 du Code civil continue de réserver la clause compromissoire aux seuls rapports entre professionnels. Il en résulte que la clause est nulle lorsqu'elle est stipulée entre un professionnel et un non-professionnel ³¹⁹. Cette nullité devrait être relative et ne devrait pouvoir être invoquée que par celui qui n'a pas agi dans le cadre de son activité professionnelle ³²⁰.

Lorsque le contrat a un caractère *international*, la jurisprudence a toujours été plus souple. Elle déclarait que la clause compromissoire était valable, et cela même dans les actes mixtes ³²¹. La même solution vaut sans doute aujourd'hui dans les contrats opposant un professionnel à un non-professionnel.

§ 2. Régime de la convention d'arbitrage

309. La convention d'arbitrage est soumise à des conditions de validité.

— Lorsque l'arbitrage est interne, la convention doit être rédigée par écrit. Mais, lorsque l'arbitrage est international, la convention n'est soumise à aucune condition de forme ³²².

— Elle doit désigner, le cas échéant, par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. À défaut de désignation, la convention n'est pas nulle.

Les articles 1451 à 1454 organisent la désignation du tribunal arbitral par un tiers, notamment par le « juge d'appui ». Le juge d'appui est en principe le président du tribunal de grande instance ³²³.

— Le compromis détermine, à peine de nullité, l'objet du litige.

— La convention d'arbitrage ne peut pas porter sur des matières qui intéressent l'ordre public. Cette disposition est prévue par l'article 2060 du Code civil et elle est sanctionnée par une nullité absolue, d'ordre public. La jurisprudence a été conduite à faire une distinction. Certaines matières sont dans leur totalité considérées comme d'ordre public. Ainsi les procédures de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises, le statut des baux commerciaux ou le contentieux de la validité des droits de propriété industrielle. D'autres matières, les plus nombreuses, contiennent certaines dispositions d'ordre public. Dans ce cas, le recours à l'arbitrage est permis, mais l'arbitre ne doit pas enfreindre les dispositions d'ordre public. Tel est le cas du droit des contrats et de la responsabilité.

310. Une difficulté particulière apparaît lorsqu'une clause compromissoire figure dans un contrat dont la validité est contestée. Avant la réforme de 2011, par faveur pour l'arbitrage, la jurisprudence avait posé deux règles. D'une part, la clause compromissoire échappait en principe à la nullité frappant le contrat dans lequel elle était incluse ³²⁴. La clause compromissoire avait un caractère « autonome » ³²⁵. D'autre part on admettait que l'arbitre était compétent pour statuer sur sa propre compétence ³²⁶ (règle dite de « compétence-compétence »). Aujourd'hui, la loi a consacré ces solutions. Le nouvel article 1447 du Code de procédure civile dispose aujourd'hui, sans ambiguïté, que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci » ³²⁷. Quant à l'article 1465, il pose en principe que « le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ».

311. La convention d'arbitrage rend les tribunaux étatiques radicalement incompétents. L'article 1448 du Code de procédure civile énonce en effet que « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente » ³²⁸. Cependant la juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence. L'une des parties au moins doit soulever l'exception d'incompétence.

Lorsque la clause compromissoire est souscrite par une société, la jurisprudence admet assez facilement l'opposabilité de la clause au dirigeant et principal associé de cette société, même s'il n'a pas lui-même signé la clause ³²⁹.

Section 2

Le tribunal arbitral et l'instance

§ 1. Le tribunal arbitral

312. Seule une personne physique peut être arbitre. Les personnes morales peuvent seulement être chargées par les parties d'organiser l'arbitrage, de désigner le ou les arbitres et de fixer les règles de procédure. On parle alors d'un *arbitrage institutionnel*. Il existe des associations privées qui sont spécialisées dans cette tâche, par exemple la Chambre de commerce internationale. Le recours à l'arbitrage institutionnel facilite la rédaction de la clause compromissoire. Il suffit, par exemple de stipuler dans le contrat que « tout litige survenant à propos du présent contrat sera tranché par voie

d'arbitrage, selon les règles de la chambre X... ».

Sinon l'arbitrage est dit arbitrage *ad hoc*. Les parties désignent elles-mêmes les arbitres et fixent leur nombre, qui doit être impair. Elles peuvent désigner un arbitre unique. Suivant une pratique fréquente, les parties désignent chacune un arbitre, les deux arbitres ainsi nommés désignant ensuite un troisième arbitre.

Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée ³³⁰. Parce que le tribunal arbitral n'est pas une juridiction étatique, la Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique pas à l'arbitrage ³³¹. Toutefois si, formellement, la Convention européenne ne concerne pas l'arbitrage, matériellement, les principes du procès équitable qu'elle contient s'imposent aux arbitres. Ainsi, dans un arrêt du 20 février 2001, la Cour de cassation a commencé par exclure l'application de la Convention EDH, puis a, dans le même attendu, relevé qu'en l'espèce les parties n'avaient pas été privées des garanties d'un procès équitable ³³².

313. Parmi les garanties d'un arbitrage équitable, il y a notamment l'indépendance et l'impartialité des arbitres. D'ailleurs, l'article 1456 du Code de procédure civile, issu du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, fait aujourd'hui expressément référence à l'indépendance et l'impartialité des arbitres ³³³. Par exemple, « l'arbitre qui a été désigné dans 51 affaires pour le groupe auquel appartient une des parties » manque d'indépendance, car « la fréquence et la régularité de ces désignations [ont] créé les conditions d'un courant d'affaires entre lui et cette partie » ³³⁴. Pour éviter ce genre de problème, l'arbitre doit, avant d'accepter sa mission, révéler toute circonstance de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur son indépendance et son impartialité ³³⁵. Il est également fait obligation aux arbitres de relever sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ³³⁶.

§ 2. L'instance arbitrale

A Le droit applicable

314. Les arbitres sont tenus de respecter les principes généraux de la procédure, en particulier le principe du contradictoire et l'exigence de motivation de la sentence. Pour le reste, les parties aménagent librement la procédure. À défaut, l'article 1460 CPC dispose que les arbitres la règlent eux-mêmes, tout en respectant les principes directeurs du procès (énumérés dans les art. 4 à 11 et 13 à 21 du CPC).

Au fond, les arbitres doivent appliquer le droit en vigueur. Si l'arbitrage est interne, ils appliquent le droit positif français.

Si l'arbitrage est international, ils appliquent les règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, les règles qu'ils estiment appropriées. Ils tiennent compte dans tous les cas des usages du commerce. L'article 1504 du Code de procédure civile consacre la formule admise depuis longtemps par la jurisprudence : « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

La convention d'arbitrage peut stipuler que les arbitres statueront en *amiables compositeurs* (art. 1478 CPC). L'arbitre est alors habilité à statuer en équité, en écartant les règles du droit, mais sans cependant méconnaître les dispositions d'ordre public. Il est tenu de faire ressortir dans sa sentence qu'il a pris en compte l'équité ³³⁷.

Le décret du 13 janvier 2011 a renforcé les pouvoirs du tribunal arbitral (art. 1467 et 1468 CPC). Celui-ci procède aux actes d'instruction nécessaires. Il peut entendre toute personne. Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte.

Le tribunal arbitral peut également ordonner aux parties, au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune.

B La sentence arbitrale

315. Elle a la nature d'un jugement. Elle est obligatoire pour les parties. Elle met fin au litige et elle est pourvue de l'autorité de la chose jugée (art. 1476 CPC). Il n'est plus possible d'intenter une action en justice qui porterait sur le même litige. Cependant, puisque les arbitres sont des personnes privées, la sentence est dépourvue de la force exécutoire. En cas de difficulté d'exécution, il faudra obtenir du tribunal de grande instance, statuant à juge unique, une ordonnance d'*exequatur* de la sentence, permettant l'exécution forcée par le recours à la force publique (art. 1477 à 1479 CPC). L'*exequatur* ne peut être accordé si la sentence est « manifestement contraire à l'ordre public ».

C Les voies de recours

316. Jusqu'à la réforme de janvier 2011, la sentence arbitrale pouvait être attaquée devant la cour d'appel, mais les parties pouvaient y renoncer à l'avance. Cette renonciation était même présumée, sauf clause contraire, en cas d'amiable composition. Le décret du 13 janvier a inversé la règle : désormais, la sentence n'est plus susceptible d'appel, sauf volonté contraire des parties.

Mais, lorsque la voie de l'appel n'a pas été prévue par les parties, un *recours en annulation* est ouvert devant la cour d'appel contre la sentence. L'article 1492 du Code de procédure civile énumère les cas d'annulation. Ils sont au nombre de six dont l'incompétence et la contrariété à l'ordre public.

Si l'arbitrage est international, la sentence rendue en France ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation. Il est même admis par l'article 1522 que les parties peuvent à tout moment renoncer au recours en annulation, à condition que la renonciation soit expresse.

Titre IV

L'entreprise commerciale

317. L'entreprise est la notion clé du droit des affaires. Il faut commencer par rechercher ce que recouvre exactement la notion (Sous-titre I). Il conviendra ensuite d'étudier les règles qui régissent les *relations externes* de l'entreprise commerciale (Sous-titre II), puis le *statut des biens* qui sont affectés à l'activité de l'entreprise (Sous-titre III). Il ne sera pas traité des *relations internes* de l'entreprise, qui ressortissent au droit des sociétés et au droit du travail.

Sous-titre I

La notion d'entreprise

318. L'entreprise est une notion centrale du droit des affaires. Pourtant ni le Code de commerce ni aucune loi particulière n'en donnent la définition. Après avoir constaté que la notion d'entreprise se définit essentiellement par ses caractères économiques (Section 1), l'on verra que le droit positif reconnaît son existence et lui attache des effets de droit (Section 2), mais sans pour autant lui reconnaître la personnalité juridique (Section 3).

Section 1

L'entreprise, réalité du monde économique

§ 1. La notion économique de l'entreprise

319. L'entreprise est d'abord une réalité du monde économique. Une réalité qui se présente sous les formes les plus diverses : entreprise artisanale, commerce de détail, PME, grande entreprise industrielle, entreprise publique, groupe international de sociétés, mais aussi entreprise agricole, profession libérale, coopérative ou association. L'article 51 de la loi 2008-779 du 4 août 2008, intitulée loi de modernisation de l'économie, prévoit que « pour les besoins de l'analyse statistique et économique, les entreprises peuvent être distinguées selon les quatre catégories suivantes : les micro-entreprises ; les petites et moyennes entreprises ; les entreprises de taille intermédiaire ; les grandes entreprises ».

Pour les économistes, l'entreprise constitue, en dépit de cette extraordinaire variété de formes et de moyens, une notion essentielle de la science économique. Ils l'étudient plus spécialement sous deux angles. En premier lieu comme *unité de production*, c'est-à-dire unité de production de biens ou de services. L'entreprise est alors considérée comme un agent économique, qui intervient sur un marché et entretient des échanges avec d'autres entreprises ou avec des consommateurs. En second lieu, l'entreprise est considérée comme une *organisation*, un système social complexe ³³⁸.

320. Lorsqu'à leur tour les juristes se sont intéressés à l'entreprise, surtout à partir des années 1950, ils ont intuitivement retenu ces deux aspects ³³⁹. Ils ont noté que l'entreprise se caractérise par une *activité* économique de production ou de prestation de services et par une *organisation* de moyens matériels et humains, ce que M. Mousseron et M. Teyssié expriment sous une forme condensée : « une organisation au service d'une action » ³⁴⁰.

On notera que l'article 1^{er} du décret 2008-1354 du 18 décembre 2008, pris en application de l'article 51 de la loi du 4 août 2008 (précité), c'est-à-dire « pour les besoins de l'analyse statistique et économique », retient également l'autonomie de gestion parmi les critères distinctifs. Le texte dispose que l'entreprise est « une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes ».

§ 2. Les éléments de l'entreprise

321. De ce qui précède, il ressort que l'entreprise comporte nécessairement deux éléments : un ensemble organisé de moyens de production et une activité économique.

322. L'entreprise requiert un *ensemble organisé de moyens de production*. Ce sont tout d'abord des moyens humains. L'entreprise rassemble une collectivité de personnes qui œuvrent à l'exploitation : salariés, dirigeants, représentants non salariés. Ensuite des moyens matériels, immeubles, machines, moyens de transport, mais aussi immatériels, c'est-à-dire des biens incorporels, comme des créances, un fonds de commerce ou des droits de propriété industrielle. Enfin des capitaux. Ces capitaux sont soit des fonds propres, apportés par le chef d'entreprise ou par les actionnaires de la société qui gère l'entreprise, soit des concours financiers apportés par des établissements bancaires ou des intermédiaires financiers. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il n'est nullement nécessaire que l'entreprise réunisse tous les moyens que l'on vient de citer. Il existe des entreprises sans salariés et dont le personnel consiste dans le seul chef d'entreprise. Il existe aussi des entreprises qui fonctionnent avec des moyens matériels extrêmement réduits. À l'inverse, les grandes entreprises industrielles rassemblent des moyens considérables et un nombreux personnel. Les situations sont donc très variables.

323. L'entreprise est une *organisation hiérarchique*. L'entreprise comporte une direction qui décide de ses orientations, qui répartit les tâches entre des unités opérationnelles et qui coordonne l'ensemble. Toute entreprise constitue un pôle de décision autonome.

Généralement, le pouvoir de direction appartient aux propriétaires des moyens de production. Cela apparaît très clairement dans le cas de l'entreprise individuelle, appartenant à une personne physique. La même personne physique est à la fois propriétaire des moyens de production et chef de l'entreprise. Mais cela est vrai, également, dans le cas d'une entreprise appartenant à une personne morale, par exemple une société. Les associés apportent les capitaux nécessaires à l'acquisition des moyens de production et, en assemblée générale, ils nomment les dirigeants.

Cependant, dans la pratique, le principe reçoit des tempéraments. Tel est le cas, notamment, lorsque les salariés sont associés à la gestion de l'entreprise. Tel est le cas encore lorsque, en raison du très grand nombre des associés, quelques dirigeants constituent une technocratie qui dispose en fait d'un pouvoir autonome de décision.

324. Le deuxième élément est *l'exercice d'une activité*. L'entreprise doit, pour exister, se livrer à des opérations de production, de distribution ou de prestation de services. Cette activité doit présenter elle-même trois caractères ³⁴¹.

Elle doit être *autonome*, c'est-à-dire exercée par l'entreprise pour son propre compte et pour son

profit. L'entreprise est un centre de profit. Ce profit n'est d'ailleurs pas obligatoirement pécuniaire (c'est-à-dire exprimé en somme d'argent), ce peut être un avantage économique quelconque. Le profit n'est pas nécessairement réinvesti dans l'entreprise, il peut être redistribué, par exemple entre les associés qui participent à l'entreprise.

Elle est *habituelle*, c'est-à-dire qu'elle se traduit par une répétition d'actes de production ou de prestation de services répondant à un programme. Quelques actes isolés ne constituent pas une activité d'entreprise (*supra*, n° 159 et 161).

Enfin, troisième caractère, l'activité d'entreprise est *économique*. Elle consiste en opérations de production, de distribution ou de prestation de services constituant une offre sur un marché ³⁴². Cette constatation conduit à faire deux remarques importantes.

1) L'activité économique peut être très diverse : commerciale, agricole, artisanale ou civile. Toutes les entreprises ne sont pas des entreprises commerciales. Pour être commerciale, l'activité doit remplir d'autres conditions (*supra*, n° 89 et s.).

2) L'existence d'une offre sur un marché, qui caractérise l'activité économique, a pour conséquence que ne sont pas des activités d'entreprise les prestations de service répondant à une exigence sociale (par exemple les prestations de sécurité sociale) ou humanitaire. De telles prestations ne donnent pas lieu à une offre sur un marché.

Section 2

La reconnaissance de l'entreprise par le droit

325. L'entreprise a fait une apparition tardive dans le monde du droit. Certes, le Code de commerce ne l'ignorait pas, puisque l'article 632 du Code (art. L. 110-1 nouveau) retenait le terme d'*entreprise* pour qualifier certains des actes de commerce qu'il énumérait. Par exemple, l'article 632 du Code de commerce, dès 1807, réputait acte de commerce « toute entreprise de manufacture, de commission, de transport... » (*supra*, n° 143). Mais ensuite le terme a disparu du vocabulaire juridique. Pendant un siècle et demi, l'entreprise est restée absente des lois et ignorée des juristes ³⁴³. Le premier texte se référant expressément à l'entreprise est sans doute la loi du 19 juillet 1928, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de modification de la forme juridique de l'entreprise. Après la Seconde Guerre mondiale, un autre texte important, qui se situe également dans le domaine du droit du travail, l'ordonnance du 22 février 1945, institue le comité d'entreprise ³⁴⁴. Puis des textes de plus en plus nombreux se réfèrent à l'entreprise qui devient une notion clé de plusieurs branches du droit. Il serait fastidieux de donner la liste complète des lois et des règlements qui consacrent ainsi la notion d'entreprise (§ 1). Il suffit de relever les plus significatifs d'entre eux. L'on verra ensuite quels enseignements on peut en tirer (§ 2).

§ 1. La consécration de l'entreprise par les textes

A En droit du travail

326. Il faut évidemment évoquer l'article L. 1224-1 du Code du travail : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour

de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise » ³⁴⁵.

On y a vu volontiers une première reconnaissance de l'entreprise par le droit, le salarié étant de la sorte lié à l'entreprise beaucoup plus qu'à la personne de l'employeur. Le principe du maintien des droits des travailleurs en cas de transfert de l'entreprise a été ensuite consacré par la directive n° 77-187 du Conseil des Communautés européennes du 14 février 1977 ³⁴⁶. Statuant en interprétation, la CJCE a adopté une conception très large du transfert d'entreprise, en soulignant que la directive doit s'appliquer chaque fois que l'*entité économique* en question garde son identité ³⁴⁷. Puis, conformément à l'interprétation de la CJCE, la Cour de cassation a jugé à son tour que l'article L. 1224-1, du Code du travail devait s'appliquer à *tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise* ³⁴⁸.

Il faudrait encore évoquer tous les textes contemporains qui organisent la participation des salariés à la vie de l'entreprise. D'autres textes enfin organisent la participation des salariés aux résultats de l'entreprise ³⁴⁹ et à son capital.

B Dans le droit des successions

327. L'article 831 du Code civil permet à un héritier de demander, lors du partage d'une succession, l'attribution préférentielle de l'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. L'idée est d'assurer à l'héritier qui participait à l'exploitation avant le décès de l'entrepreneur, le maintien de ses conditions de travail. Pour cela, la loi protège l'intégrité de l'entreprise en évitant qu'elle ne soit démantelée au hasard du partage.

C Les obligations comptables et fiscales relatives à l'entreprise

328. Le droit commercial oblige les commerçants à tenir une comptabilité. Mais il s'agit uniquement de la comptabilité de leur entreprise. L'article L. 123-12 du Code de commerce, modifié par la loi du 30 avril 1983 est très clair sur ce point, puisque l'alinéa 1^{er}, dispose : « Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise... ». De même, l'article L. 123-13, alinéa 1^{er}, du Code de commerce dispose que le bilan décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise... L'entreprise est donc l'objet des obligations comptables (*infra*, n° 369). L'entreprise constitue aussi l'assiette de plusieurs impôts : taxe professionnelle, impôt sur les sociétés, impôt sur le revenu au titre des bénéfices.

D En droit de la concurrence

329. Le droit de la concurrence s'adresse principalement aux entreprises. Cela est particulièrement net en ce qui concerne le droit européen de la concurrence. L'article 101 du traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) interdit les *accords entre entreprises* qui ont pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. L'article 102 TFUE interdit le fait *pour une ou plusieurs entreprises* d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun. L'article 23 du règlement n° 1/2003 du Conseil prévoit que la Commission peut infliger aux entreprises ayant commis une infraction aux articles 101 et 102 TFUE des amendes pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel de chacune des entreprises ayant participé à l'infraction (v. *infra*, n° 874).

330. Quant au droit interne de la concurrence, il s'est peu à peu rapproché, sur ce point, des

solutions du droit de l'Union. L'article L. 420-2, I, du Code de commerce prohibe l'exploitation d'une position dominante sur le marché intérieur *par une entreprise ou un groupe d'entreprises*. De même, à propos du contrôle des opérations de concentration, l'article L. 430-1 du Code de commerce évoque les *entreprises qui sont parties à l'acte de concentration* (*infra*, n° 888).

E Les procédures collectives de sauvegarde, de redressement et de liquidation des entreprises en difficulté

331. Les mutations du droit des procédures collectives de sauvegarde, de redressement et de liquidation des débiteurs en difficulté (ce que l'on appelle par tradition et de façon plus brève le « droit de la faillite ») traduisent de façon spectaculaire la prise en considération de l'entreprise par le droit contemporain.

Jusqu'en 1967, les procédures collectives avaient essentiellement pour but le paiement des créanciers d'un commerçant qui se trouvait dans l'impossibilité de faire face à ses engagements. Mais aujourd'hui la législation française s'est orientée vers un autre objectif : la survie de l'entreprise pour la sauvegarde de l'emploi.

Déjà la loi du 13 juillet 1967 s'était efforcée de dissocier, en cas de faillite, le sort de l'entreprise de celui de ses dirigeants. Lorsque la cessation des paiements était imputable à des fautes de gestion commises par les dirigeants de l'entreprise, ceux-ci pouvaient être personnellement sanctionnés, notamment par une interdiction de diriger à l'avenir une entreprise commerciale. Mais les sanctions frappant les dirigeants n'entraînaient pas forcément la liquidation de l'entreprise. Celle-ci pouvait survivre lorsqu'elle était économiquement saine. La loi du 13 juillet 1967 a été remplacée par la loi du 25 janvier 1985 puis par la loi du 26 juillet 2005 (livre VI, C. com.), qui va beaucoup plus loin dans la voie précédemment ouverte. Enfin l'ordonnance du 18 décembre 2008 a modifié à nouveau de nombreux articles du livre VI, souvent sur des points de détail, afin de renforcer l'efficacité et l'attrait de la procédure de sauvegarde ³⁵⁰.

Le titre I du livre VI du Code de commerce marque clairement son orientation puisqu'il s'intitule *de la prévention des difficultés des entreprises*. L'article L. 631-1 déclare de façon éloquente : « La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

§ 2. L'entreprise, notion fonctionnelle

332. Si le droit se réfère ainsi, dans des hypothèses de plus en plus nombreuses, à l'entreprise, il n'en donne pourtant aucune définition. Bien plus, il semble que la notion d'entreprise à laquelle se réfère le législateur diffère d'une loi à l'autre et qu'il soit nécessaire pour la comprendre de la replacer chaque fois dans son contexte.

Dans certains cas, la loi fait de l'entreprise un simple groupement de biens mobiliers et immobiliers, formant un élément d'actif, à l'exclusion des dettes. L'entreprise est alors un outil de production. Telle est la situation lorsque l'entreprise est envisagée par la loi comme l'objet de l'attribution préférentielle ou l'objet de la cession en vue du redressement. Le droit social au contraire considère l'entreprise sous son aspect humain. L'entreprise apparaît alors comme une collectivité organisée, constituant le cadre du travail. Quant au droit de la concurrence, il voit surtout dans l'entreprise un opérateur du marché, un centre de décision et d'activité. Enfin dans d'autres cas encore, la loi semble considérer l'entreprise comme une personne. C'est ainsi que plusieurs textes visent les droits et obligations de l'entreprise ou même son patrimoine.

333. En somme la notion d'entreprise est *variable*. C'est pourquoi les juristes éprouvent tant de difficultés à en préciser la nature. Le droit retient, selon le cas, tels ou tels éléments de l'entreprise. Il déplace le centre de gravité de la notion en fonction du but qui est assigné à la règle de droit. La notion d'entreprise est essentiellement *fonctionnelle* : elle est l'outil par lequel la règle juridique s'ajuste à la réalité économique.

Le problème de la personnalité de l'entreprise

334. L'entreprise, telle qu'on vient de la décrire, est-elle pourvue de la personnalité juridique ? Peut-on aller jusqu'à la considérer comme une personne morale ? La question a été très débattue.

§ 1. Le débat en doctrine

335. Il est vrai que bien des textes que nous avons cités semblent personnifier l'entreprise : le législateur n'hésite pas à utiliser des expressions telles que celles de « patrimoine de l'entreprise » ou de « droits et obligations de l'entreprise ». La question est de savoir si de telles expressions ont un contenu juridique précis ou s'il ne s'agit que d'une commodité de langage.

336. Si l'on considère le *droit positif*, force est de reconnaître que l'entreprise ne constitue pas actuellement une personne juridique. Elle est un objet de droit mais en aucun cas un sujet de droit. Les seules personnes juridiques reconnues par le droit sont aujourd'hui les personnes physiques et les groupements auxquels la loi attribue expressément la personnalité morale : sociétés, associations, groupements d'intérêt économique et entreprises publiques.

Il est vrai que, selon la jurisprudence, la personnalité morale n'est pas une création de la loi et qu'elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes d'être juridiquement protégés ³⁵¹. Mais justement, la loi ne s'est pas souciée d'organiser, de façon générale, l'expression collective des intérêts de l'entreprise. Qui en effet exprime les intérêts de l'entreprise ? Les apporteurs de capitaux ? Les dirigeants formant la technocratie ? Les représentants des salariés ? La loi organise le système de représentation des intérêts des sociétés, des GIE et des associations, mais nullement celui des intérêts de l'entreprise, en général.

En l'état actuel du droit positif l'entreprise n'est donc pas une personne. Elle n'est ni titulaire de droits réels, ni créancière, ni débitrice. Elle n'a pas de patrimoine. C'est par commodité de langage, que les textes utilisent les expressions de droits, d'obligations et de patrimoine de l'entreprise.

337. Cependant l'on peut se demander, *de lege ferenda*, s'il ne serait pas souhaitable de reconnaître à l'entreprise la personnalité morale. La loi en ferait un *sujet de droit*, une nouvelle catégorie de personnes morales.

Effectivement, certains auteurs estiment que l'entreprise ne peut pleinement jouer son rôle que « si elle accède à la dignité de sujet de droit » ³⁵². Ils soutiennent que l'évolution du droit ira en tout cas en ce sens et que les textes actuels, qui personnifient l'entreprise, ne font qu'anticiper cette évolution future. Ainsi, dans une thèse célèbre, Michel Despax ³⁵³ a montré que sans être pleinement une personne, l'entreprise avait un commencement de personnalité juridique. L'entreprise serait un sujet de droit naissant, une personne en devenir.

Mais l'on peut aussi se demander si une telle évolution sera vraiment utile. Comme le montre la reconnaissance récente de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) par la loi du 15 juin 2010 (*infra*, n° 427 et s.), il est parfaitement possible de séparer le patrimoine de l'entreprise du patrimoine personnel de l'entrepreneur sans aller jusqu'à reconnaître la personnalité juridique de l'entreprise.

D'une façon plus générale, si l'on veut reconnaître la personnalité morale à l'entreprise il faudra que l'on puisse l'identifier avec une certaine précision. Il faudra en définir les conditions d'existence. Or il est à craindre qu'en enfermant l'entreprise dans un cadre juridique trop précis l'on nuise à ce qui fait sa principale qualité, sa vocation à traduire une réalité économique.

§ 2. Complémentarité des notions d'entreprise et de personne juridique

338. Les deux notions d'entreprise et de personne juridique sont parfaitement distinctes, mais elles sont complémentaires. En effet, l'entreprise a toujours besoin d'une personne juridique, personne physique ou personne morale, qui assure la représentation de ses intérêts sur la scène du droit.

Ainsi, dans le cas de l'entreprise individuelle, appartenant à une personne physique, l'entreprise n'a pas de personnalité mais elle intervient dans l'ordre juridique par l'intermédiaire de la personne de l'entrepreneur. C'est lui et lui seul qui est titulaire des droits et des obligations qui naissent à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise ³⁵⁴. De même, dans les sociétés commerciales, c'est la société, personne morale, seule titulaire de droits et d'obligations, qui est l'expression de l'entreprise dans l'ordre juridique. L'on dira alors que la société constitue la *forme juridique* de l'entreprise.

339. Lorsque la loi personnalise l'entreprise, c'est par un raccourci de langage. La loi vise en réalité la personne physique ou la personne morale qui a en charge les intérêts de l'entreprise.

L'article L. 123-12 du Code de commerce, en fournit un bon exemple. Le texte dispose, comme on l'a vu précédemment, que toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. On voit bien que l'obligation ne pèse pas ici sur l'entreprise elle-même mais sur la personne physique ou morale qui en assure la représentation.

De même, lorsque le droit de la concurrence interdit les ententes entre entreprises ou l'exploitation abusive par une entreprise de sa position dominante, il faut comprendre que l'entreprise n'est que l'instrument de l'infraction, mais n'en est pas la responsable, car seules des personnes peuvent être juridiquement responsables. La responsabilité pèse sur la personne juridique qui représente l'entreprise sur le terrain du droit et c'est cette personne qui, par exemple, sera tenue du paiement d'une sanction pécuniaire.

340. Finalement, lorsqu'une règle de droit se réfère à l'entreprise, celle-ci n'y figure pas en tant que personne *destinataire de la règle*, mais simplement comme une *condition d'application* de cette règle.

Par exemple, l'article L. 420-2 du Code de commerce interdit l'abus par une entreprise de sa position dominante. L'interdiction s'adresse en réalité à des personnes morales, notamment des sociétés, mais elle suppose pour son application que l'abus et la position dominante soient le fait d'une entreprise.

Par exemple encore, le commerçant, personne physique, est obligé de tenir une comptabilité. L'obligation pèse sur la personne. Mais l'objet de l'obligation se limite aux biens et aux dettes qui servent à l'entreprise.

§ 3. Les différents types d'entreprises

341. L'entreprise est dite *individuelle*, lorsqu'elle est exploitée par une personne physique, commerçant, artisan ou membre d'une profession libérale. Depuis la loi du 15 juin 2010, instituant l'EIRL, il faut distinguer deux cas de figure.

Tant que l'entrepreneur n'a pas adopté le statut de l'EIRL, les droits et les obligations qui naissent à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise se confondent, au sein du patrimoine de l'entrepreneur,

avec tous les autres droits et toutes les autres obligations de celui-ci. Les créanciers personnels de l'entrepreneur peuvent saisir indistinctement ses biens personnels et les biens de son entreprise. Quant aux créanciers dont le droit est né de l'exploitation de l'entreprise, ils peuvent saisir les biens personnels de l'entrepreneur car celui-ci est bien leur débiteur.

Si l'entrepreneur adopte le statut de l'EIRL, il sépare le patrimoine de son entreprise de son patrimoine personnel. Il met son patrimoine personnel à l'abri des poursuites de ses créanciers professionnels. Sans pour autant créer une société, l'entrepreneur est alors à la tête de deux patrimoines distincts : son patrimoine personnel et le patrimoine de son entreprise, chacun comportant un actif répondant du passif correspondant ³⁵⁵.

Remarquons que le statut de *l'auto-entrepreneur* ne constitue pas une forme particulière d'entreprise. Il s'agit uniquement d'un allègement des charges administratives, sociales et fiscales pesant sur l'entrepreneur personne physique, lorsqu'il exploite une micro-entreprise ³⁵⁶.

342. L'entreprise est dite *sociale* ou *sous forme de société*, lorsqu'elle est exploitée par une personne morale, la plupart du temps une société. Dans ce cas, le patrimoine de la société ne comprend que les droits et les dettes nées de l'exploitation de l'entreprise. Une personne morale n'a pas de vie privée. L'exploitation de l'entreprise se confond avec l'activité de la personne morale.

Cependant il se peut ici encore que l'entreprise soit dissociée de la personne morale. Ainsi une même personne morale, une société, peut gérer plusieurs entreprises. À l'inverse, une seule et même entreprise peut être gérée par plusieurs personnes morales. Cette dernière hypothèse se rencontre dans le cas des groupes de sociétés. Le groupe peut former une unité économique, donc une seule entreprise, alors que, sur le plan juridique, il est constitué de plusieurs personnes morales : la société-mère et ses filiales.

Sous-titre II

Les relations externes de l'entreprise commerciale

343. Il existe un ensemble de règles applicables à toutes les entreprises sans distinction. Ces règles concernent de la même façon les sociétés commerciales et les entreprises individuelles, exploitées par des commerçants personnes physiques (Chapitre 1). Les règles spéciales aux sociétés commerciales ne seront pas étudiées ici, car elles relèvent d'une branche particulière du droit des affaires, le droit des sociétés. En revanche, nous étudierons les règles qui sont particulières aux entreprises commerciales individuelles (Chapitre 2).

Chapitre 1

Les règles communes à toutes les entreprises commerciales

344. L'entreprise entretient des relations avec ses fournisseurs, ses clients et ses financiers. Les relations externes consistent essentiellement en des contrats et parfois en des obligations nées de la responsabilité. Nous les avons examinées à propos du régime des actes de commerce. Pour le surplus, leur étude relève du droit des obligations et du droit des contrats spéciaux.

Le droit commercial impose aussi des obligations générales à toutes les entreprises commerciales, quelle que soit leur forme. Il impose une obligation légale de *publicité*, destinée à informer les tiers : l'entreprise doit procéder à des mesures de publicité au Registre du commerce et des sociétés (Section 1). De même, l'entreprise commerciale doit tenir une *comptabilité*, faisant état de toutes les opérations qu'elle passe avec les tiers (Section 2). Enfin, dans ses relations avec les tiers, l'entreprise commerciale est représentée par ses dirigeants. Ceux-ci sont soumis à un ensemble de règles formant le *statut du dirigeant* (Section 3).

Section 1

La publicité au Registre du commerce et des sociétés

345. Créé en France en 1919, le Registre du commerce a été longtemps une institution réservée aux seuls commerçants. Lorsqu'en 1978 l'obligation fut faite aux sociétés civiles de se faire immatriculer, le registre devint le *Registre du commerce et des sociétés (RCS)*. Les dispositions du décret n° 84-406 du 30 mai 1984 sont passées dans la partie législative du Code de commerce (art. L. 123-1 à L. 123-11-8) et dans la partie réglementaire de ce code (art. R. 123-31 à R. 123-166).

Le Registre du commerce et des sociétés est un registre obligatoire, officiel et public. Il est *obligatoire* (§ 1) : tout commerçant personne physique et toute société pourvue de la personnalité morale est tenue de se faire immatriculer au Registre du commerce et des sociétés. Il s'agit d'une obligation légale, pénalement sanctionnée. Les mêmes personnes doivent ensuite publier certains actes relatifs à la vie de leur entreprise. Elles doivent se faire radier lorsqu'elles cessent leur activité. Le registre est *officiel*, car il est tenu par le greffier ³⁵⁷ du tribunal de commerce, sous la surveillance d'un juge. Le registre est *public*, car toute personne a accès aux informations qui y figurent (§ 2).

Le Registre du commerce et des sociétés revêt une importance pratique considérable. Il est une source d'informations concernant les entreprises françaises. Il a une fonction de police de la profession, en empêchant l'immatriculation des personnes auxquelles l'exercice du commerce est interdit. Surtout, la publicité au registre a des *conséquences civiles* : elle constitue une preuve de la

condition de commerçant et elle rend certains actes opposables aux tiers (§ 3).

§ 1. L'obligation de publier

346. Le Code de commerce distingue entre les déclarations auxquelles doivent procéder les personnes physiques et celles qui incombent aux personnes morales.

A Les déclarations incombant aux personnes physiques

1 - L'immatriculation des personnes physiques

Art. L. 123-1, I. C. com. Il est tenu un Registre du commerce et des sociétés auquel sont immatriculés, sur leur déclaration, 1° Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant, même si elles sont tenues à immatriculation au répertoire des métiers ;

Art. R. 123-32 C. com. Dans le mois qui précède la date déclarée du début de l'activité commerciale et, au plus tard, dans le délai de quinze jours à compter de la date du début de cette activité, toute personne physique ayant la qualité de commerçant demande son immatriculation au greffe du tribunal...

347. Tout commerçant qui exerce son activité sur le territoire français doit obligatoirement se faire immatriculer au Registre du commerce.

Le commerçant personne physique doit demander son immatriculation, en principe, au greffe dans le ressort duquel est situé son *principal établissement*. Il faut sans doute entendre par là son principal établissement *commercial* ³⁵⁸.

La loi du 1^{er} août 2003, pour l'initiative économique, voulant faciliter la création des petites entreprises a autorisé l'exercice de l'activité commerciale dans le local d'habitation du commerçant ³⁵⁹. Dans ce cas, l'immatriculation est demandée au greffe dans le ressort duquel est situé le local d'habitation. L'article R. 123-32 du Code de commerce règle également le cas des activités ambulantes. La loi LME du 4 août 2008 a rétabli pour les personnes physiques (comme pour les personnes morales) la possibilité de domicilier leur entreprise chez une société de domiciliation en commun

L'article R. 123-31 du Code de commerce précise que l'immatriculation a un *caractère personnel* et que nul ne peut être immatriculé plusieurs fois à un même registre. Si un commerçant personne physique possède plusieurs entreprises individuelles, il ne procède qu'à une seule immatriculation principale et à des immatriculations complémentaires ou secondaires.

L'établissement secondaire donne lieu à une *immatriculation secondaire* lorsque cet établissement se trouve dans le ressort d'un tribunal autre que celui de l'établissement principal. Il donne lieu à une *immatriculation complémentaire* lorsqu'il est situé dans le même ressort que celui de l'établissement principal.

L'immatriculation doit être demandée impérativement, au plus tard, dans le délai de quinze jours à partir du début de l'activité commerciale. Mais elle peut être demandée, au plus tôt, dans le mois qui précède le début de cette activité. Cela, afin que l'attribution du numéro SIRENE, consécutive à la demande d'immatriculation, ne retarde pas la création de l'entreprise.

348. Les articles R. 123-37 et R. 123-38 du Code de commerce énumèrent les mentions qui figurent dans la déclaration. Elles sont de deux sortes. Les premières concernent l'état civil du commerçant ³⁶⁰ et certaines déclarations ayant une incidence patrimoniale ³⁶¹. Les secondes sont relatives à l'établissement : objet de l'activité, adresse de l'établissement ou à défaut du local d'habitation, nom commercial et enseigne (v. *infra*, n° 696), mentions relatives au fonds de commerce

(indivision, location-gérance), nom des personnes ayant le pouvoir d'engager à titre habituel le commerçant.

Doivent également être publiées, dans le délai d'un mois, toutes les *modifications* concernant les informations déjà publiées, qu'il s'agisse de l'état civil du commerçant, par exemple la survenance d'une incapacité, ou de la situation juridique de l'entreprise, par exemple la mise en location-gérance du fonds de commerce.

Ces modifications sont en principe faites à la demande du commerçant. Mais ce n'est pas toujours le cas. Si la cession du fonds de commerce est constatée par acte notarié, c'est au notaire qu'il incombe de faire procéder à la publicité. Quant aux décisions prises dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens, elles font l'objet d'une publication d'office par le greffe.

Enfin les personnes physiques doivent demander leur radiation dans le mois qui précède ou qui suit la cessation de l'activité commerciale ³⁶². En cas de décès, la demande est présentée par les héritiers, mais le maintien provisoire de l'immatriculation, pendant le délai d'un an, est autorisé si l'exploitation se poursuit.

2 - La suppression de la dispense d'immatriculation des auto-entrepreneurs

349. La loi LME du 4 août 2008 dispensait les auto-entrepreneurs de l'obligation de se faire immatriculer au RCS (ancien art. L. 123-1-1 C. com.) ³⁶³. La loi Pinel n° 2014-626 du 18 juin 2014 a mis fin à cette faveur (art. 27-II). Les auto-entrepreneurs qui ont commencé leur activité commerciale avant le 19 décembre 2014 ont jusqu'au 19 décembre 2015 pour demander leur immatriculation au RCS.

B Les déclarations incombant aux personnes morales

350. Les déclarations concernent, d'une part, l'immatriculation des sociétés et groupements pourvus de la personnalité morale et, d'autre part, les actes se rapportant à la vie de ces sociétés.

1 - L'immatriculation des personnes morales

Art. L. 123-1, I. C. com. Il est tenu un registre du commerce et des sociétés auquel sont immatriculés, sur leur déclaration,

- 2° Les sociétés et groupements d'intérêt économique ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morale conformément à l'article 1842 du Code civil ou à l'article L. 251-4 ;
- 3° Les sociétés commerciales dont le siège est situé en dehors d'un département français et qui ont un établissement dans l'un de ces départements ;
- 4° Les établissements publics français à caractère industriel ou commercial ;
- 5° Les autres personnes morales dont l'immatriculation est prévue par des dispositions législatives ou réglementaires ;
- 6° Les représentations commerciales ou agences commerciales des États, collectivités ou établissements publics étrangers établis dans un département français.

351. La demande d'immatriculation doit être faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le siège social. Lorsque le siège est à l'étranger, la demande est faite au lieu de l'établissement. Les deux notions de siège social et d'établissement doivent être distinguées. Le siège social est le lieu où siègent les organes de la société et où sont prises les décisions les plus importantes, notamment les délibérations des assemblées. Le siège social se confond en général avec le siège statutaire, qui est le siège indiqué dans les statuts de la société ³⁶⁴. L'établissement est le lieu

d'implantation d'une unité de production ou de commercialisation. Alors que la société n'a qu'un seul siège social, elle peut avoir un établissement principal et des établissements secondaires.

352. Alors que les commerçants personnes physiques doivent obligatoirement demander leur immatriculation dans un délai de quinze jours à compter du début de leur activité, aucun délai n'est imposé aux sociétés ni aux GIE. Leur immatriculation doit simplement avoir lieu « au plus tôt après l'accomplissement des formalités de constitution et notamment des formalités de publicité » ³⁶⁵. Et encore faut-il observer que cette obligation ne comporte pas de sanction. Cela se comprend parfaitement car les sociétés et les GIE acquièrent la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Jusque-là, la société ou le GIE n'existe pas en tant que personne juridique et ne peut pas, en cette qualité être engagée à l'égard des tiers. L'absence d'immatriculation ne nuit donc pas aux tiers. C'est la raison pour laquelle la loi laisse les fondateurs de la société ou du GIE libres de décider du moment de cette immatriculation.

Le Code de commerce impose également l'immatriculation des établissements secondaires des personnes morales, les demandes d'inscriptions modificatives et la radiation de l'immatriculation. Les sociétés étrangères (c'est-à-dire les sociétés qui ont leur siège social à l'étranger) et qui ouvrent une succursale en France sont soumises à déclaration et à un dépôt d'actes ³⁶⁶.

353. Les articles R. 123-53 et suivants du Code de commerce énumèrent les mentions devant figurer dans la demande d'immatriculation : notamment, la raison ou la dénomination sociale, la forme de la société, le montant du capital social, l'adresse du siège et la durée de la société.

L'article L. 123-11 précise que toute personne morale demandant son immatriculation au registre du commerce et des sociétés doit justifier de la jouissance du ou des locaux où elle installe, seule ou avec d'autres, la domiciliation d'une personne morale dans des locaux occupés en commun par plusieurs entreprises est autorisée. En revanche, une société ne peut pas être domiciliée au lieu où elle possède une simple boîte postale. Des actes judiciaires qui seraient adressés à cette boîte postale seraient irrecevables ³⁶⁷

2 - La publication des actes concernant les personnes morales

354. Les actes et les pièces se rapportant aux personnes morales de droit privé doivent être *déposés en annexe* au Registre du commerce et des sociétés. Il s'agit tout d'abord, en application des articles R. 123-103 et suivants du Code de commerce, des actes constitutifs des personnes morales : statuts, acte de nomination des organes de la personne morale ainsi que différents actes constatant la réalité du capital social. Mais l'article R. 123-111 du Code de commerce prévoit également à la charge des sociétés commerciales une autre mesure de publicité, qui est en pratique très importante : le dépôt des *comptes annuels*, c'est-à-dire le bilan, le compte d'exploitation et le compte de résultat (*infra*, n° 381), le rapport de gestion, le rapport des commissaires aux comptes et différents comptes et rapports relatifs aux groupes de sociétés. Ainsi sont publiés chaque année les documents les plus importants concernant la gestion, la situation financière et la croissance des sociétés et des groupes.

§ 2. Les modalités de la publication

A Le registre du commerce

1 - L'organisation du registre

355. Le Registre du commerce et des sociétés est double : il comprend un *registre local* et un

356. *Le registre local* est tenu par le greffe de chaque tribunal de commerce, sous la surveillance du président ou d'un juge commis à cet effet. C'est auprès du registre local que les commerçants et personnes morales doivent déposer les déclarations auxquels ils sont assujettis ³⁶⁸.

Le registre comprend : un fichier alphabétique des personnes immatriculées ; des dossiers individuels d'immatriculation ; pour les personnes morales, les dossiers annexes des dépôts des actes et des pièces. Un numéro d'immatriculation est attribué à chaque personne immatriculée, qui est le numéro SIRENE, attribué par l'INSEE.

Le greffier s'assure de la *régularité* des déclarations. L'on verra ultérieurement quelle est l'étendue de son contrôle (*infra*, n° 362). Si le greffier accepte la demande, il doit procéder à l'inscription au registre dans les cinq jours ouvrables suivant la réception de la demande. Mais s'il l'estime irrégulière, il réclame la rectification de la demande. À défaut, il prend une décision de rejet, qui doit être motivée, et en informe le demandeur.

Le demandeur peut saisir *le juge commis à la surveillance du registre* dans deux cas : lorsque le greffier accepte la demande mais ne procède pas à l'inscription dans le délai de cinq jours et lorsque le demandeur conteste une décision de rejet. D'une façon générale, les contestations entre l'assujetti et le greffier sont portées devant le juge commis ³⁶⁹ ou devant le président du tribunal ³⁷⁰. Le juge commis ou le président statue par ordonnances, susceptibles d'appel devant la cour d'appel. Tout le contentieux de l'immatriculation est caractérisé par l'urgence. Les articles R. 123-139 et suivants du Code de commerce instituent des délais très brefs pour saisir la juridiction compétente. Celle-ci statue en urgence.

Le juge commis à la surveillance du registre dispose d'un *pouvoir d'injonction*. Si un commerçant, personne physique ne demande pas son immatriculation dans le délai de quinze jours, le juge commis peut, par ordonnance, enjoindre à l'intéressé d'y procéder. Il en est de même lorsqu'une personne physique ou une société ne fait pas procéder dans le délai de quinze jours aux rectifications nécessaires ou à la radiation. Le juge statue soit d'office, soit à la requête du procureur de la République, soit à la demande de toute personne y ayant intérêt. L'intéressé peut faire appel de l'ordonnance devant la cour d'appel.

Depuis la loi de simplification du droit du 22 mars 2012, le respect des injonctions n'est plus *sanctionné pénalement*. Mais le juge peut assortir son injonction d'une astreinte ³⁷¹.

357. *Le registre national*. Il est tenu par l'Institut de la propriété industrielle à Paris à qui les greffiers communiquent d'office des doubles des déclarations et des actes ^{371a}. Il réalise ainsi une centralisation des informations concernant les commerçants et les sociétés.

Le comité de coordination (CCRCS) veille à l'harmonisation de l'application des dispositions législatives et réglementaires applicables en matière de registre du commerce et des sociétés ³⁷².

L'Union européenne s'efforce de réaliser une interconnexion des registres centraux du commerce et des sociétés ³⁷³.

2 - Publication des déclarations

358. Le Code de commerce prévoit une triple publicité pour l'information des tiers. Tout d'abord, il convient de rappeler que le registre est public (*supra*, n° 345). S'il n'est pas possible de consulter directement les registres au greffe, toute personne a en revanche le droit de demander au greffier qui tient le registre local ou à l'INPI, en ce qui concerne le registre national, une copie intégrale d'une inscription ou d'un acte déposé, un extrait indiquant l'état de l'immatriculation ou un certificat attestant qu'une personne n'est pas immatriculée. Les copies, extraits ou certificats sont établis aux frais du demandeur.

Le développement des communications électroniques a considérablement simplifié l'accès aux informations publiées. Il existe de nombreux sites Internet spécialisés dans la diffusion des informations délivrées par les greffes ³⁷⁴.

L'INPI publie le *Bulletin des annonces civiles et commerciales (BODACC)* ³⁷⁵, qui relate, sous forme d'extraits, toutes les déclarations faites au Registre du commerce et des sociétés.

Toute personne immatriculée doit indiquer sur ses papiers d'affaires (correspondance, factures,

bons de commande, tarifs et documents publicitaires), son numéro d'identification ³⁷⁶ et le nom de la ville où se trouve le greffe auprès duquel elle est immatriculée ³⁷⁷. Des mentions particulières sont imposées aux sociétés ayant leur siège à l'étranger.

B Les mesures destinées à faciliter les créations d'entreprises

359. Les pouvoirs publics cherchent à faciliter la création d'entreprises nouvelles, spécialement des petites entreprises qui sont considérées comme créatrices d'emplois. À cette fin, les textes s'efforcent de simplifier les formalités requises des entreprises, au moment de leur création, en remplaçant par une déclaration unique l'ensemble des déclarations qui étaient jusqu'alors exigées par les différentes administrations. Un décret du 18 mars 1981 a ainsi créé les *centres de formalités des entreprises* ³⁷⁸.

En pratique, les déclarations qu'une entreprise doit remettre, au moment de sa création ³⁷⁹, aux différentes administrations et organismes chargés d'un service public (INSEE, Registre du commerce et des sociétés, services fiscaux, organismes de sécurité sociale et d'allocations familiales, inspection du travail...) sont réunies dans un dossier unique, déposé auprès du centre de formalités des entreprises. Le centre communique ensuite les renseignements à chacun des organismes destinataires selon sa compétence ³⁸⁰. Le dépôt du dossier unique libère l'entreprise de ses obligations à l'égard des différentes administrations et interrompt les délais impartis pour y satisfaire.

Il n'est donc pas nécessaire de s'adresser au greffe du tribunal pour demander l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou pour demander une inscription modificative. Il suffit de passer par le centre de formalités. Cependant le décret laisse aux déclarants la faculté de présenter leurs demandes directement au greffe, à condition qu'ils prouvent qu'ils ont saisi préalablement le centre de formalités ³⁸¹.

À l'origine, les déclarations aux centres de formalités lorsqu'elles étaient relatives aux créations d'entreprises, ne pouvaient pas emprunter la voie électronique. Depuis, l'ordonnance du 20 janvier 2005 a modifié l'article 4-III de la loi Madelin afin de permettre la transmission par voie électronique des déclarations. Et, l'article R. 123-77 du Code de commerce, dans sa nouvelle rédaction ³⁸², précise que les demandes d'inscription et les dépôts d'actes au registre du commerce peuvent être effectués par la voie électronique ³⁸³. Le même article R. 123-77 admet également l'utilisation de la signature électronique sécurisée ³⁸⁴.

Allant plus loin dans le sens de la simplification, la loi LME du 4 août 2008 dispense de l'immatriculation les *auto-entrepreneurs* (*supra*, n° 349). Le statut d'auto-entrepreneur qui bénéficie d'allègements de charges fiscales et sociales ainsi que de déclarations simplifiées, a rencontré un vif succès.

§ 3. Les effets de la publicité au Registre du commerce et des sociétés

A Généralités

360. Quelle autorité faut-il reconnaître aux mentions qui ont été publiées ? D'une façon générale, la réponse dépend de la combinaison de trois ordres de considérations : la fonction que l'on assigne au registre, le rôle de l'autorité publique dans le contrôle des déclarations et l'effet attaché à l'absence de publicité.

1 - Les fonctions du registre

361. Le législateur, lorsqu'il organise la publicité à un registre public, peut assigner à celle-ci une fonction plus ou moins étendue. Dans une conception minimale, la publicité n'est exigée qu'à des fins de police administrative (le recensement des entreprises et leur contrôle) et d'information du public. Mais le droit français, à l'exemple de certains droits étrangers, va plus loin et confère à la publicité des *effets civils* (c'est-à-dire dans les rapports juridiques entre particuliers).

L'on observe alors que l'intensité des effets de la publicité dépend d'un choix de politique juridique. Dans le système le plus simple, la publicité a une fonction purement *probatoire* : elle est un moyen de prouver la qualité de commerçant ou l'existence d'un acte. Elle facilite la preuve en ayant la valeur d'une présomption simple, qui peut être renversée par la preuve contraire.

Exemple. La personne immatriculée est présumée commerçante et peut opposer sa qualité aux tiers. Mais ceux-ci peuvent rapporter la preuve contraire en démontrant par tout moyen que leur adversaire ne remplit pas toutes les conditions requises pour être commerçant ³⁸⁵.

L'on peut aussi faire produire un effet renforcé à la publicité en considérant qu'elle crée une *situation apparente* à laquelle les tiers doivent pouvoir se fier. Dans ce cas, la publicité a pour fonction la protection des tiers de bonne foi (c'est-à-dire de ceux qui ignoraient la situation réelle). Les mentions publiées peuvent alors être invoquées contre le déclarant par les tiers de bonne foi, sans que le déclarant puisse leur opposer la preuve contraire.

Exemple. Un tiers de bonne foi invoque l'immatriculation d'une personne au RCS afin d'établir que cette personne a la qualité de commerçante. La preuve contraire n'est pas recevable. Le tiers de bonne foi est protégé car il a pu faire confiance au registre ³⁸⁶.

Nous verrons que le droit positif français confère à la publicité, selon le cas, l'une ou l'autre des deux fonctions précédentes.

Enfin, la fonction du registre est plus ambitieuse encore lorsque la publicité a pour but la *sécurité juridique*, en conférant aux mentions publiées une autorité absolue. Une présomption irréfragable de vérité est alors attachée au fait de la publicité et celle-ci est constitutive de droit. Le fait publié peut être invoqué par tous, sans possibilité de preuve contraire. Le droit français ne retient cette conception que dans des cas exceptionnels.

Exemple. Une irrégularité dans la nomination du gérant d'une SARL, ainsi la désignation par une assemblée incompétente ou irrégulièrement convoquée, ne peut plus être invoquée, ni par la société ni par les tiers, lorsque l'acte de nomination a été régulièrement publié ³⁸⁷. La publicité purge les vices de la nomination.

2 - Le contrôle des déclarations par le greffier

362. La question de l'étendue du contrôle auquel se livre le greffier, lorsqu'il reçoit les déclarations, est fondamentale. De la réponse dépend en effet la crédibilité et la force du système de publicité. Dans une conception minimale, le greffier se contente de recevoir et d'enregistrer les déclarations qui lui sont faites. L'on ne saurait dans ce cas attacher des effets civils considérables à la publicité. Tout au plus peut-on en déduire une présomption simple de vérité des informations publiées. À l'inverse, l'on peut concevoir que le greffier, sous l'autorité du tribunal, contrôle non seulement la régularité formelle mais encore l'exactitude matérielle des déclarations (c'est le système du registre allemand du commerce). Alors il est possible de tenir pour vrai ce qui a été enregistré et publié à la suite du contrôle opéré. Une présomption irréfragable de vérité s'attache à la publication ³⁸⁸.

Le droit français retient une conception moyenne, à mi-chemin entre le contrôle de la régularité formelle et la vérification de l'exactitude matérielle. L'article R. 123-94 du Code de commerce dispose en effet :

Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la régularité de la demande.

Et l'article R. 123-95 :

Il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe et sont compatibles, dans le cas d'une demande de modification ou de radiation, avec l'état du dossier.

Ainsi le greffier vérifie, 1) que sont présentées les déclarations et les pièces justificatives exigées par la loi ; 2) que le contenu des déclarations est conforme aux dispositions légales et réglementaires ; 3) que l'ensemble du dossier est cohérent. Mais en aucun cas il ne peut enquêter sur l'exactitude matérielle des déclarations. Dès lors il est normal que, dans le système français du Registre du commerce, la publication n'entraîne en principe qu'une *présomption simple* de vérité, susceptible de preuve contraire. Exceptionnellement, la loi lui attache un effet renforcé au profit des tiers de bonne foi et parfois même à l'égard de tous.

Dans le dessein, ici encore, de simplifier la création d'entreprise, la loi du 1^{er} août 2003 a créé un nouvel instrument, le « récépissé de dépôt de dossier de création d'entreprise ». L'article L. 123-9-1 du Code de commerce, issu de cette loi, dispose que le greffier ou le centre de formalité délivre gratuitement le récépissé à toute personne assujettie à l'immatriculation dès que celle-ci a déposé un dossier de demande d'immatriculation complet ³⁸⁹.

3 - Publicité positive et publicité négative

363. Lorsqu'un fait ou un acte a été régulièrement publié au RCS et que la loi attache à la publicité une présomption de vérité, l'on peut parler de publicité positive. Mais le législateur peut faire un pas de plus et attacher un effet civil à *l'absence de publicité* : dans le silence du registre, les tiers sont fondés à croire que la situation apparente n'a pas changé. Le fait ou l'acte non publiés ne sauraient alors être opposés aux tiers de bonne foi. L'on peut parler de publicité négative.

B Les effets de l'immatriculation au RCS

1 - Immatriculation des personnes physiques

Art. L. 123-7 C. com. L'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant. Toutefois, cette présomption n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire. Les tiers et administrations ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption s'ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante.

364. Selon l'article L. 123-7, l'immatriculation d'une personne physique au RCS emporte présomption simple de la qualité de commerçant. La présomption peut être renversée par la preuve contraire. Cette question sera étudiée plus précisément à propos de la preuve de la qualité de commerçant (*infra*, n° 405 et s.). La règle vaut, par analogie, pour les inscriptions complémentaires et secondaires. Elle vaut aussi en principe pour la radiation (sauf ce qui est dit *infra*, n° 409 et s.).

2 - Immatriculation des personnes morales

365. Avant 1966, les sociétés commerciales se trouvaient pourvues de la personnalité morale dès leur constitution et avant même leur immatriculation. La loi du 24 juillet 1966 a posé une règle entièrement nouvelle : la personnalité morale prend naissance avec l'immatriculation au RCS. La règle a été étendue aux GIE puis introduite, en 1978, dans le Code civil.

Art. 1842, al. 1^{er} C. civ. Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.

Il s'agit d'une règle de fond et non d'une présomption. L'immatriculation est la condition de l'existence de la personne morale. Elle est constitutive de droit. Cependant, le droit français ne va pas jusqu'à décider que l'immatriculation couvre tous les vices de la constitution de la société ou du groupement. En cas d'irrégularité grave de constitution, la société pourra être déclarée nulle, bien qu'elle ait été immatriculée ³⁹⁰. Cela s'explique par le caractère limité du contrôle préalable effectué par le greffier.

La règle s'applique de la même façon aux modifications de l'immatriculation. En revanche la radiation de la société du RCS n'entraîne pas *ipso facto* la disparition de la personne morale. Selon une règle coutumière, la personne morale survit à la dissolution pour les besoins de la liquidation.

C Les effets de la publication des faits et des actes

Art. L. 123-9 C. com. La personne assujettie à immatriculation ne peut, dans l'exercice de son activité, opposer ni aux tiers ni aux administrations publiques, qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre.

En outre, la personne assujettie à un dépôt d'acte ou de pièces en annexe au registre ne peut les opposer aux tiers ou aux administrations, que si la formalité correspondante a été effectuée. Toutefois, les tiers et administrations peuvent se prévaloir de ces actes ou pièces.

Les dispositions des alinéas précédents sont applicables aux faits ou actes sujets à mention ou à dépôt même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité légale. Ne peuvent toutefois s'en prévaloir les tiers et administrations qui avaient personnellement connaissance de ces faits et actes.

1 - Les faits et les actes visés

366. Il s'agit tout d'abord des faits et des actes concernant les *personnes physiques* qui sont soumis à publicité en vertu de l'article 8 du décret : notamment, le nom commercial, l'adresse du siège de l'entreprise, la nature des activités, la mise en location-gérance du fonds de commerce ³⁹¹, d'immatriculation de la personne morale, et qui, d'autre part, sont l'objet du dépôt en annexe (*supra*, n° 354).

2 - Publicité positive

367. L'article L. 123-9 ne précise pas la portée de la publicité, ce qui relève manifestement d'une maladresse de rédaction. L'on peut cependant estimer, par analogie avec les effets de l'immatriculation, que la publicité des faits et des actes emporte en principe une *présomption simple* de vérité qui peut être renversée par la preuve contraire. À moins qu'une disposition légale ou réglementaire expresse n'édicte une solution contraire ³⁹².

3 - Publicité négative

368. La personne physique ou morale qui n'a pas procédé à la publicité des faits et des actes ne peut pas s'en prévaloir à l'égard des tiers de bonne foi. La bonne foi du tiers doit sans doute être présumée. Sont de mauvaise foi les tiers dont il est prouvé qu'ils avaient une connaissance personnelle des faits et des actes en question (art. L. 123-9, al. 3). Dans le silence du texte, il n'est

pas possible de considérer de mauvaise foi le tiers qui, en raison de sa situation, aurait dû connaître les faits et les actes, mais qui ne les a pas connus.

Les tiers peuvent opposer le défaut de publicité à la personne qui était tenue de publier les faits et les actes. Ils peuvent cependant se prévaloir de la situation réelle, en opposant les faits et les actes non publiés dont ils ont eu connaissance (art. L. 123-9, al. 1^{er}). L'apparence ne peut pas leur nuire.

Section 2

L'obligation de tenir une comptabilité

Art. L. 123-12 C. com. Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement.

Elle doit contrôler par inventaire, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise.

Elle doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe : ils forment un tout indissociable.

369. La tenue d'une comptabilité précise et exacte des biens et des opérations de l'entreprise est indispensable.

Juridiquement, elle constitue une obligation légale, imposée par l'article L. 123-12 du Code de commerce. En cas de litige, elle fournit la preuve des actes souscrits par le commerçant (*infra*, n° 384). Elle permet aussi de révéler les difficultés financières de l'entreprise et de déclencher la procédure d'alerte permettant de prévenir le redressement ou la liquidation.

Elle est un instrument de la gestion, car elle donne une image précise de la rentabilité et de la trésorerie de l'entreprise.

Elle est fiscalement nécessaire car elle fixe l'assiette de diverses impositions comme l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et l'impôt sur les sociétés.

370. L'obligation faite aux commerçants de tenir une comptabilité est très ancienne puisqu'elle date de l'ordonnance de 1673. Elle fut reprise par le Code de commerce. Peu à peu, une réglementation parallèle complexe se développa en marge des dispositions du Code, accusant le caractère vieilli de celles-ci. Mais en 1978, le Conseil de la Communauté européenne adoptait une directive relative aux comptes des sociétés par actions et des SARL. Le législateur français devait modifier le droit interne pour se conformer à la directive européenne. Il saisit l'occasion pour reprendre l'ensemble de la matière. Ce fut l'œuvre de la loi du 30 août 1983, qui allait au-delà des prévisions de la directive de 1978 et qui précisait les obligations comptables de tous les commerçants. La loi nouvelle prit la forme d'une modification des articles 8 à 17 de l'ancien Code de commerce.

Avec la codification, les articles 8 à 17 sont devenus les articles L. 123-12 à L. 123-28 du Code de commerce. Les mesures d'application se trouvent aujourd'hui dans la partie réglementaire du Code de commerce, aux articles R. 123-172 et suivants.

La directive européenne de 1978 a été abrogée et remplacée par la directive 2013/34 du 26 juin 2013 ³⁹³, que les États membres doivent transposer dans leur droit national au plus tard le 20 juillet 2015.

§ 1. Analyse de l'obligation légale

A Les destinataires de l'obligation

371. Ce sont tous les *commerçants, personnes physiques ou personnes morales*. Très longtemps, l'obligation de tenir une comptabilité s'appliquait de la même façon à tous les commerçants. La loi ne faisait à cet égard aucune différence entre le petit commerçant individuel et la grande société anonyme. En ce sens, l'obligation comptable des commerçants était générale. C'est d'ailleurs ce qui semble ressortir des termes de l'article L. 123-12, alinéa 1^{er}. En réalité, la généralité de l'obligation comptable connaît aujourd'hui d'importantes exceptions, remettant en cause la conception unitaire de la comptabilité. En effet, dans certains cas les obligations comptables sont simplifiées, dans d'autres elles sont augmentées ³⁹⁴.

372. Les cas de simplification des obligations comptables concernent aussi bien des commerçants personnes physiques que des commerçants personnes morales. Leur point commun est d'être des entreprises de petite ou de moyenne importance.

— Les commerçants personnes physiques concernés par l'allégement des obligations comptables sont ceux placés sous le régime fiscal du réel simplifié. En cours d'exercice comptable, ils peuvent se contenter d'un enregistrement journalier des encaissements et des paiements (art. L. 123-25). À la fin de l'exercice comptable, ils ont la faculté de s'en tenir à une évaluation simplifiée (selon les principes fixés par l'Autorité des normes comptables) des stocks et des productions en cours (art. L. 123-27). La présentation du bilan et du compte de résultat est également simplifiée, sous réserve toutefois qu'ils ne dépassent pas deux des trois seuils suivants : le total du bilan de 4 millions d'euros, le montant net du chiffre d'affaires de 8 millions d'euros et un nombre moyen de salariés de 50 (art. L. 123-16 et D. 123-200). Enfin, ils sont dispensés de rédiger une annexe (art. L. 123-25).

Dans le même esprit, *les micro-entreprises personnes physiques* ³⁹⁵ ne sont tenues, en cours d'exercice, que de réunir chronologiquement dans un livre le montant et l'origine de leurs recettes (art. L. 123-28), voire, lorsqu'elles vendent des marchandises, de récapituler leurs achats (art. L. 123-28). En tout état de cause, à la clôture, elles sont dispensées de l'établissement des comptes annuels (art. L. 123-28) et de la rédaction de l'annexe (art. L. 123-16-1).

— Les commerçants personnes morales concernés par l'allégement des obligations comptables sont ceux soumis au régime fiscal simplifié. Pendant le cours de l'exercice comptable, ils ne sont tenus que d'une comptabilité simplifiée, c'est-à-dire un enregistrement journalier des encaissements et des paiements (art. L. 123-25, al. 2). À la clôture de l'exercice, et dès lors qu'ils ne dépassent pas deux des trois seuils suivants : le total du bilan de 4 millions d'euros, le montant net du chiffre d'affaires de 8 millions d'euros et un nombre moyen de salariés de 50, la présentation du bilan et du compte de résultat se trouve simplifiée également simplifiée (art. L. 123-16 et D. 123-200). Et, l'annexe est abrégée (art. L. 123-25, al. 2).

Les micro-entreprises personnes morales ne sont tenues, en cours d'exercice, que d'une comptabilité dite de trésorerie, c'est-à-dire d'un enregistrement quotidien des encaissements et des paiements (art. 302 septies A ter A, 1^o, CGI). La présentation de leurs comptes annuels est simplifiée (art. L. 123-16) et elles sont dispensées de l'exécution d'une annexe (art. L. 123-16-1).

Les catégories d'entreprise bénéficiant d'un allégement comptable sont résumées dans le tableau suivant.

Les commerçants concernés par une simplification des obligations comptables	Les obligations comptables simplifiées <i>en cours d'exercice</i>	Les obligations comptables simplifiées <i>à la clôture de l'exercice</i>
Commerçants personnes physiques sous régime réel simplifié d'imposition	Comptabilité simplifiée : enregistrement journalier des encaissements et des paiements (art. L. 123-25).	Évaluation simplifiée des stocks et des productions en cours (art. L. 123-27). Bilan et compte de résultat simplifiés si 2 des 3 seuils suivants ne sont pas dépassés : bilan = 4 M € ; ch. aff. = 8 M € ; 50 salariés (art. L. 123-16 et D. 123-200). Dispense d'annexe (art. L. 123-25, al. 1 ^{er}).
Micro-entreprises personnes physiques	Tenue d'un livre mentionnant chronologiquement le montant et l'origine des recettes (art. L. 123-28). Tenue d'un registre récapitulatif des achats, lorsque leur activité est la vente de marchandises (<i>idem</i>).	Dispense d'établir des comptes annuels (art. L. 123-28). Dispense d'annexe (art. L. 123-16-1).
Petits commerçants personnes morales sous régime simplifié d'imposition	Comptabilité simplifiée : enregistrement journalier des encaissements et des paiements (art. L. 123-25, al. 2).	Présentation simplifiée des comptes annuels si 2 des 3 seuils suivants ne sont pas dépassés : bilan = 4 M € ; ch. aff. = 8 M € ; 50 salariés (art. L. 123-16 et D. 123-200). Annexe abrégée (art. L. 123-25, al. 2).
Micro-entreprises personnes morales	Tenue d'un livre mentionnant chronologiquement le montant et l'origine des recettes (art. 302 septies A ter A, 1°, CGI).	Présentation simplifiée des comptes annuels (art. L. 123-16). Dispense d'annexe (art. L. 123-16-1).

373. Les cas d’augmentation des obligations comptables. À l'inverse, les grandes entreprises dont l'importance dépasse des seuils exprimés en chiffre d'affaires et en nombre de salariés, ont des obligations comptables plus étendues. Elles doivent établir des documents de gestion prévisionnelle ³⁹⁶. Les groupes de sociétés doivent présenter des *comptes consolidés*, c'est-à-dire regroupant les comptabilités de la société mère et de ses filiales ³⁹⁷.

Depuis le 1^{er} janvier 2006, les sociétés dont les titres sont cotés en bourse devaient présenter leurs comptes consolidés selon les nouvelles normes internationales, dites IFRS ³⁹⁸. Ces normes internationales, qui sont censées prendre en compte la juste valeur économique des entreprises, devraient faciliter la comparaison entre sociétés cotées sur les bourses européennes ou certaines grandes places internationales ³⁹⁹. Elles sont parfois accusées d'avoir contribué à la crise financière et bancaire de 2008. Elles sont donc en passe d'être corrigées, tout au moins dans le cadre de l'Union européenne.

374. L'obligation commerciale et l'obligation fiscale de tenir une comptabilité, sont juridiquement

distinctes. Elles ne s'adressent pas aux mêmes personnes : alors que l'obligation commerciale ne pèse que sur les commerçants, l'obligation fiscale s'applique à tous les professionnels. Elles n'ont pas le même contenu : certaines exigences du CGI ne correspondent pas nécessairement aux règles de la comptabilité commerciale. Elles ne sont pas assorties des mêmes sanctions : l'absence de comptabilité commerciale est sanctionnée par la faillite personnelle du commerçant ou par les peines de la banqueroute, mais uniquement lorsque l'entreprise est mise en redressement ou en liquidation judiciaires. Au contraire, la méconnaissance de l'obligation fiscale est pénalement sanctionnée par l'article 1743 du CGI.

Cependant les deux obligations tendent à se rapprocher. Comme on l'a vu ci-dessus, l'application du régime simplifié de comptabilité commerciale dépend de critères tirés du droit fiscal. L'article 1743 du CGI se réfère expressément aux articles L. 123-12 à L. 123-14 du Code de commerce pour définir l'infraction fiscale. D'ailleurs la plupart des commerçants tiennent une seule comptabilité qui satisfait en même temps à l'obligation commerciale et à l'obligation fiscale. C'est pourquoi les règles fiscales, par exemple les règles relatives aux amortissements et aux provisions, exercent une influence inévitable sur la comptabilité commerciale et la gestion des entreprises.

B L'objet de l'obligation : l'enregistrement comptable

375. L'article L. 123-12 du Code de commerce exige de tout commerçant qu'il procède à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Nous avons vu précédemment que le Code de commerce utilise un raccourci de langage, puisque l'entreprise n'est pas une personne juridique (v. *supra*, n° 339). Par patrimoine de l'entreprise, il faut comprendre l'ensemble des biens affectés à l'entreprise (l'actif) et l'ensemble des ressources et des dettes nées à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise (le passif).

Dans le cas de l'entreprise d'un commerçant personne physique, le patrimoine de l'entreprise est une notion purement comptable et fiscale. Du point de vue juridique, le patrimoine de l'entreprise se fonde dans le patrimoine général de l'exploitant ou constitue le patrimoine de l'EIRL (*infra*, n° 427).

Dans le cas de la société, au contraire, le patrimoine de l'entreprise se confond avec le patrimoine de la personne morale. Les personnes morales n'ont pas de vie privée.

376. La comptabilité donne une image chiffrée du patrimoine de l'entreprise et de son évolution.

377. Cette image peut tout d'abord être *instantanée*. À un moment donné, généralement à la fin de l'exercice comptable annuel, par exemple le 31 décembre de chaque année, la comptabilité indique la situation de l'actif, c'est-à-dire la liste des biens de l'entreprise, et du passif, c'est-à-dire la liste de ses ressources et de ses dettes. Cette image instantanée constitue ce que l'on appelle le **bilan** de l'entreprise.

Le bilan, fait apparaître séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise.

L'actif comprend tous les biens de l'entreprise : immeubles, matériel, stocks de marchandises et, notamment, les créances.

Le passif correspond aux ressources financières de l'entreprise. Il comporte d'abord le montant du capital. Celui-ci est constitué des apports effectués par l'entrepreneur, lorsqu'il est une personne physique, ou par les associés, lorsque l'entreprise est une société. Du point de vue comptable, l'entreprise est en effet considérée comme étant fictivement débitrice à l'égard de l'exploitant ou des associés des apports que ceux-ci lui ont consentis. Le passif comporte aussi les sommes mises en réserve, les provisions et les dettes envers les tiers. Les dettes résultent des crédits accordés par les établissements bancaires ou par d'autres entreprises, comme les fournisseurs. Les dettes, quelle que soit leur origine, sont considérées comme des ressources financières de l'entreprise. Elles correspondent à des crédits accordés à l'entreprise.

Le passif fait également apparaître le résultat de l'exercice : bénéfices non distribués ou pertes. Dans le cas de l'entreprise d'un

commerçant, personne physique, les bénéfices sont considérés fictivement comme des dettes de l'entreprise à l'égard de l'exploitant. Dans le cas d'une personne morale, les bénéfices distribuables constituent des dettes, au sens propre du terme, de la personne morale à l'égard des associés.

Le total du passif doit refléter l'exacte valeur de l'actif.
On peut résumer le bilan, de façon simplifiée, comme suit :

BILAN			
ACTIF (emplois)		PASSIF (ressources)	
ACTIF IMMOBILISÉ		CAPITAUX PROPRES	
Immeubles et fonds de commerce	1.000.000	Capital	1.500.000
Matériels	500.000	Réserves	200.000
Prêts	200.000	Résultat bénéficiaire	150.000
ACTIF CIRCULANT		DETTES	
Stocks	300.000	Emprunts à long et moyen terme	300.000
Valeurs mobilières	150.000	Dettes d'exploitation	
Créances	200.000	Fournisseurs	200.000
Banque et caisse	100.000	Impôts et charges sociales	100.000
Total de l'actif	2.450.000	Total du passif	2.450.000

378. La comptabilité donne aussi une image *dynamique* de la gestion : elle répertorie les opérations effectuées au cours de l'exercice comptable, qui s'étend en principe sur une année ; achats, ventes, versements des salaires, etc. Ces opérations sont répertoriées dans les **comptes d'exploitation**. Le compte de résultat résume les profits et les charges qui en résultent et permet de connaître le bénéfice ou le déficit de l'exercice.

COMPTE DE RÉSULTAT			
DÉBIT (Charges)		CRÉDIT (Produits)	
CHARGES D'EXPLOITATION		PRODUITS D'EXPLOITATION	
Achats de marchandises	600.000	Ventes	1.000.000
Frais de transport	50.000	Services rendus	300.000
Assurances	40.000	Production non vendue	200.000
Salaires et charges sociales	500.000	PRODUITS FINANCIERS	
Impôts et taxes	120.000	Intérêts des sommes prêtées	50.000
Dépenses d'administration	30.000		
CHARGES FINANCIÈRES			
Intérêts des emprunts	50.000		
CHARGES EXCEPTIONNELLES			
Amendes et pénalités	10.000		
RÉSULTAT BÉNÉFICIAIRE	150.000		
TOTAL	1.550,000	TOTAL	1.550,000

Le solde du compte de résultat (bénéficiaire ou déficitaire, dans l'exemple ci-dessus 150 000) se retrouve à l'identique au passif du bilan. En effet, toutes les opérations de l'exercice figurent à un moment ou à un autre dans un compte d'exploitation et dans un compte de bilan. Les soldes des

comptes d'exploitation et du bilan sont donc identiques.

379. Le bilan et le compte de résultats constituent, avec l'annexe, ce que l'article L. 123-12, alinéa 3 du Code de commerce appelle les **comptes annuels**. Selon cette disposition en effet (V. *supra*) tout commerçant doit « établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable ».

L'**annexe** est un document explicatif qui commente les deux documents précédents. Les informations qui doivent figurer dans l'annexe sont énumérées par les articles R. 123-195 et suivants du Code de commerce. Par exemple, figurent dans l'annexe : les modes d'évaluation appliqués aux postes du bilan et du compte de résultat, les méthodes utilisées pour le calcul des amortissements, des dépréciations, des provisions (art. R. 123-196 C. com.). Cependant, le nombre des informations à mentionner dans l'annexe varie selon la taille de l'entreprise (art. R. 123-177 C. com.). Les commerçants, personnes physiques ne sont tenus que d'une information minimale. Les sociétés petites et moyennes ont une obligation plus étendue ⁴⁰¹. Seules les grandes sociétés commerciales ⁴⁰² sont obligées de fournir l'intégralité des informations prévues.

Dans le cas des sociétés, les textes désignent généralement les comptes annuels sous l'appellation de *comptes sociaux*.

§ 2. La comptabilité

A Les livres comptables

380. Il ne faut pas confondre la *comptabilité*, au sens large du terme, avec les *comptes annuels*, dont nous avons parlé précédemment. Alors que les comptes annuels sont des comptes de synthèse de fin d'exercice, la comptabilité est la traduction comptable des opérations courantes.

La **comptabilité** est constituée par les **livres comptables**. Selon l'article R. 123-173, *tout commerçant tient obligatoirement un livre-journal, un grand livre et un livre d'inventaire*. Ces termes, qui sont traditionnels en la matière, quoiqu'un peu désuets, doivent être mis en rapport avec les techniques comptables modernes.

Le **livre-journal**, ou plus simplement le journal, enregistre chronologiquement, au jour le jour, toutes les opérations de l'entreprise : achats, ventes, paiements, emprunts, etc. Les grandes entreprises tiennent des journaux divisionnaires, correspondant aux grandes catégories d'opération et regroupés mensuellement dans un journal-centralisateur.

Le terme de **grand livre** désigne l'ensemble des comptes de l'entreprise. Chaque compte correspond soit aux opérations juridiques passées avec une même personne (par exemple le compte du client X, du fournisseur Y ou de la banque Z), soit à une catégorie d'opérations de même nature (par exemple, le compte achat, le compte vente, le compte immobilisations...).

Le **livre d'inventaire** est un état chiffré, à un certain moment, de tous les éléments d'actif et de passif. Contrairement à l'affirmation de l'article R. 123-173, la tenue d'un livre d'inventaire n'est plus obligatoire car elle n'est pas prévue par la directive européenne de 2013. En revanche, conformément à l'article L. 173-12 du Code de commerce, l'inventaire annuel reste obligatoire pour contrôler l'existence et la valeur des biens et des dettes de l'entreprise.

381. Les documents comptables sont établis et tenus en euros, sans blanc ni altération ⁴⁰³. Le livre-journal est coté et paraphé par le greffier du tribunal de commerce ⁴⁰⁴. Cependant de plus en plus souvent la comptabilité est informatisée. Les documents informatiques doivent alors être identifiés, numérotés et datés dès leur établissement par des moyens offrant toute garantie en matière de preuve ⁴⁰⁵.

B La méthode comptable

1 - La comptabilité « en partie double »

382. La liste des comptes qui forment le grand livre est établie par le **plan comptable général**. Actuellement, le plan comptable général est l’œuvre d’un règlement n° 2014-03 de l’Autorité des normes comptables, du 8 juillet 2014.

Chaque compte permet de suivre l’évolution, en termes monétaires, d’un élément du patrimoine ou de l’activité de l’entreprise. Il comprend deux volets, le volet des débits et le volet des crédits.

COMPTE X			
DÉBIT		CRÉDIT	
Opération	Montant	Opération	Montant

Le principe de la comptabilité en partie double veut que toute opération donne lieu à deux écritures dans deux comptes différents, au débit de l'un et au crédit de l'autre. D’une façon générale, les ressources financières sont inscrites au crédit d’un compte et les emplois de ces ressources sont inscrits au débit d’un autre compte.

Exemple 1. L’entreprise E emprunte à la banque B 100 000 euros, remboursables en quatre ans.

Traduction comptable :

Emploi (acquisition de 100 000 disponibles)

COMPTE BANQUE B					
DÉBIT			CRÉDIT		
Date	Libellé	Montant	Date	Libellé	Montant
1.10.	Emprunt	100.000			

Ressource (prêt de la banque B à E)

COMPTE EMPRUNTS à moyen terme					
DÉBIT			CRÉDIT		
Date	Libellé	Montant	Date	Libellé	Montant
			1.10	Prêt de la banque B	100.000

Exemple 2. L’entreprise E achète à crédit au fournisseur F des marchandises pour un montant de 10 000 euros à 45 jours.

L’opération comporte deux phases.

Phase 1 : Achat

ACHATS DE MARCHANDISES					
DÉBIT			CRÉDIT		
Date	Libellé	Montant	Date	Libellé	Montant
1.10.	Fournisseur F	10.000			

FOURNISSEUR F					
DÉBIT			CRÉDIT		

Date	Libellé	Montant	Date	Libellé	Montant
			1.10.	Achat de marchandises	10.000

Phase 2 : Paiement

Fournisseur F					
Débit			Crédit		
Date	Libellé	Montant	Date	Libellé	Montant
15.11	Paiement par virement	10.000	1.10.	Achat de marchandises	10.000

Compte Banque B					
Débit			Crédit		
Date	Libellé	Montant	Date	Libellé	Montant
1.10.	Emprunt	100.000	15.11	Virement à F	10.000
				Solde débiteur	90.000

Ainsi le total des débits des comptes sera égal au total des crédits. C'est ce que l'on appelle la **balance**. La balance permet de vérifier l'exactitude des écritures comptables.

2 - Les principes comptables

383. À la suite de la directive européenne, le droit français, formalisé dans le Plan comptable général de 2014, retient trois principes qui doivent gouverner l'établissement de la comptabilité.

- La comptabilité doit être *régulière*, c'est-à-dire conformes aux règles légales. Celles-ci figurent, d'une part, dans le Code de commerce et, d'autre part, dans un document officiel, le plan comptable, qui énumère la liste des comptes et précise leur emploi ⁴⁰⁶.
- La comptabilité doit être *sincère*, c'est-à-dire établie de bonne foi, en fonction des informations dont dispose le comptable de l'entreprise.
- La comptabilité doit donner une *image* fidèle de la réalité de l'entreprise. Cela signifie que le comptable doit s'employer à donner l'image la plus proche possible de la vérité. Au besoin, une règle comptable devra être écartée si elle aboutit à donner une image déformée de la situation de l'entreprise. Mais il faut alors donner une explication motivée dans l'annexe.

Les articles L. 123-15 et suivants du Code de commerce précisent encore d'autres règles, comme la règle de prudence et la règle de continuité des méthodes.

§ 3. Valeur probante de la comptabilité commerciale

Art. L. 123-23, al. 1^{er} C. com. La comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce.

384. Le respect des règles légales confère à la comptabilité une fiabilité incontestable. Ainsi, par

exemple, que le livre journal soit rédigé de façon continue et chronologique, sans blanc ni ratures, sur un support authentifié par le greffier du tribunal de commerce, interdit pratiquement toute écriture qui serait antidatée. C'est pourquoi, en vertu d'une règle très ancienne, la comptabilité constitue un mode de preuve admis dans les procès commerciaux.

L'on comprend les deux conditions auxquelles est soumise la production de la comptabilité. Il faut tout d'abord que la comptabilité ait été tenue de *façon régulière*, c'est-à-dire dans le respect des règles comptables légalement reconnues. Il faut ensuite que le défendeur (celui contre qui l'on veut prouver) ait la qualité de commerçant. Dans un procès opposant un commerçant à un non-commerçant, la comptabilité ne pourra pas être utilisée contre le non-commerçant.

La comptabilité du commerçant peut être invoquée contre lui par son adversaire. Mais alors celui qui l'invoque ne peut pas la diviser : il ne peut pas retenir certaines écritures et en rejeter d'autres.

Mais surtout, la comptabilité peut être invoquée par le commerçant qui l'a tenue. Cette règle déroge au principe selon lequel l'on ne peut se constituer une preuve à soi-même. Encore une fois, cela s'explique par les règles strictes qui gouvernent la tenue des documents comptables. Cependant la preuve par la comptabilité ne s'impose pas au juge d'une façon absolue. Celui-ci conserve un pouvoir d'appréciation.

Section 3

Le statut des dirigeants

385. Il existe un certain nombre de règles communes à tous les dirigeants d'entreprises, qu'il s'agisse des dirigeants des entreprises individuelles ou des dirigeants de sociétés. Ces règles obéissent à un souci de moralisation du commerce. D'une part, la loi prive certaines personnes de la faculté de diriger une entreprise. Elle édicte des incompatibilités, des incapacités et des interdictions (§ 1). D'autre part, la loi fait peser une responsabilité particulière sur les dirigeants d'entreprises (§ 2), spécialement lorsque l'entreprise est l'objet d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire.

§ 1. Les incompatibilités, incapacités et interdictions

386. Le principe est celui de la liberté de diriger une entreprise. Les règles édictant des incompatibilités, interdictions et déchéances constituent des exceptions et doivent être interprétées de façon restrictive. Les incompatibilités ont un but préventif. Elles cherchent à éviter que le cumul de certaines fonctions n'incite une personne à commettre des actes répréhensibles. Les incapacités d'exercer et les interdictions ont un caractère répressif : elles frappent les personnes de l'interdiction de diriger une entreprise, en raison de certaines condamnations pénales ou professionnelles.

A Les incompatibilités

387. Toute personne est en principe libre d'exercer simultanément plusieurs professions. C'est une des conséquences du principe de la liberté d'entreprendre (*infra*, n° 573 et 584). Exceptionnellement, il arrive que la loi interdise de cumuler *l'exercice d'une profession et la direction d'une entreprise commerciale*. L'explication traditionnellement avancée est que l'incompatibilité a pour but la

protection de la profession. Plus précisément, l'incompatibilité évite d'éventuels conflits d'intérêts auxquels certaines personnes pourraient, de par leur fonction, se trouver exposées.

Les cas d'incompatibilité résultent des lois spéciales à certaines professions : les deux cas les plus importants concernent, d'une part, les fonctionnaires ⁴⁰⁷, et d'autre part, les officiers ministériels ⁴⁰⁸ ainsi que les membres de la plupart des professions libérales ⁴⁰⁹.

Les sanctions sont de deux sortes. Celui qui dirige une entreprise commerciale, qu'il s'agisse d'une entreprise individuelle ou d'une société, au mépris d'une incompatibilité, encourt les sanctions pénales et disciplinaires édictées par les textes spéciaux régissant sa profession.

De plus, celui qui exerce personnellement et habituellement une activité commerciale au mépris de l'incompatibilité, ne peut pas se prévaloir de la qualité de commerçant. En revanche, il doit en supporter les inconvénients.

B Les interdictions d'exercer la profession commerciale

388. Elles ont pour but la moralisation de la vie des affaires. Il s'agit d'écarter de la direction des entreprises certaines personnes au passé douteux. Elles sont donc à la fois la sanction d'une faute passée et le moyen de prévenir les infractions futures que permettrait l'utilisation d'une entreprise, comme les infractions en matière de société ou les délits financiers.

Ici encore, l'interdiction ne peut résulter que d'une loi expresse, car elle constitue une dérogation au principe de la liberté d'entreprendre. La loi prévoit trois séries de cas d'interdiction.

1 - Les interdictions résultant de certaines condamnations pénales

389. Les articles L. 128-1 à L. 128-6 du Code de commerce, introduits dans le code par une ordonnance du 6 mai 2005, formaient un chapitre, intitulé « Des incapacités d'exercer une profession commerciale ou industrielle ». Ils reprenaient pour l'essentiel les dispositions de l'ancienne loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement de la profession commerciale. Ces textes frappaient d'une peine accessoire, consistant en une incapacité d'exercer le commerce, les auteurs d'infractions pénales telles que le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a abrogé les articles L. 128-1 à L. 128-6 du Code de commerce, pour permettre « une meilleure individualisation de la sanction » et pour donner une deuxième chance « aux personnes ayant purgé une peine criminelle ou [délictuelle] de se réinsérer par une création d'entreprise » ⁴¹⁰. En 2008, le législateur a remplacé la peine automatique de l'interdiction d'exercer une profession commerciale par une peine complémentaire que les tribunaux peuvent prononcer au cas par cas, lorsqu'une disposition pénale la prévoit. Tel est le sens de l'article 131-27, al. 2, du Code pénal.

Art. 131-27, al. 2, Code pénal. L'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle ⁴¹¹, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale est soit définitive, soit temporaire ; dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de quinze ans.

390. L'on peut s'interroger sur le sort des actes passés par la personne interdite. Traditionnellement, la jurisprudence avait tendance à déclarer de tels actes valables, en dépit de l'interdiction frappant leur auteur ⁴¹². Mais un arrêt postérieur a admis que le cocontractant pouvait

demander la nullité du contrat passé avec une personne qui exerçait sa profession au mépris d'une interdiction ⁴¹³. En effet l'interdiction protège non seulement l'intérêt général, mais aussi celui des personnes qui traitent avec l'interdit, en renforçant leur confiance dans la probité des dirigeants d'entreprise. La nullité est relative et ne peut être invoquée que par le cocontractant.

2 - Les interdictions liées à la faillite personnelle

391. L'on sait que les entreprises en état de cessation des paiements sont soumises à une procédure collective de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires (*supra*, n° 331). Les titres III et IV du livre VI du Code de commerce qui régissent ces procédures, distinguent le sort de l'entreprise de celui de ses dirigeants. L'entreprise, selon ses possibilités de rétablissement, est maintenue en activité ou est liquidée. Indépendamment du sort de l'entreprise, qu'il s'agisse d'une entreprise individuelle ou d'une société, ses dirigeants, lorsqu'ils sont des personnes physiques, peuvent être frappés d'une déchéance particulière que l'on appelle la *faillite personnelle*. La faillite personnelle est prononcée par le tribunal lorsque les dirigeants ont commis certaines fautes : par exemple, poursuite abusive d'une exploitation déficitaire, détournement d'actif ou absence de comptabilité (art. L. 653-3 et s. C. com.).

La faillite personnelle entraîne l'interdiction de diriger, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale et toute personne morale ayant une activité économique ⁴¹⁴. Le tribunal peut aussi ne pas prononcer la faillite personnelle mais seulement l'interdiction de diriger ⁴¹⁵. La transgression de l'interdiction est pénalement sanctionnée ⁴¹⁶.

Le tribunal fixe la durée de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer. Une procédure de relevé de la déchéance est prévue lorsque le dirigeant a apporté une contribution suffisante au paiement du passif.

3 - L'interdiction pour fraude fiscale

392. L'article 1750 du Code général des impôts ⁴¹⁷ permet au tribunal correctionnel, lorsqu'il prononce une condamnation pour certains délits fiscaux, d'infliger à titre de peine complémentaire l'interdiction d'exercer une profession commerciale pour une durée qui ne peut excéder trois ans.

§ 2. La responsabilité du dirigeant d'entreprise

A Responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise

393. Le dirigeant d'entreprise, qu'il s'agisse d'une entreprise individuelle ou d'une entreprise sous forme de société, encourt personnellement une *responsabilité pénale* particulière. Le dirigeant (entrepreneur individuel, gérant ou dirigeant de société) est responsable des infractions commises à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise. Il s'agit généralement des infractions à la réglementation relative à l'activité de l'entreprise, par exemple les infractions liées à la répression des fraudes sur les marchandises : s'il y a tromperie sur la qualité, la composition ou l'origine des produits vendus, l'infraction est imputable au dirigeant de l'entreprise. Les dirigeants peuvent aussi être pénalement responsables des infractions à la législation du travail, à la réglementation des transports ou à la législation pénale économique, par exemple du délit de publicité de nature à tromper les consommateurs.

Il convient, pour être clair, de distinguer selon la nature de l'entreprise.

— Dans le cas d'une entreprise individuelle, dépourvue de personnalité morale, la responsabilité pénale pèse sur celui qui par ses actes de gestion engage son patrimoine personnel (supra, n° 163). Ainsi, le propriétaire de l'entreprise, en cas d'exploitation personnelle, ou le gérant, en cas de location-gérance du fonds de commerce.

Il faut rappeler que, selon l'article L. 121-1 du Code pénal, « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Mais l'article L. 121-3, alinéa 3, du Code pénal précise, ce qui est en pratique important dans le cas des chefs d'entreprise : « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

— Dans le cas d'une personne morale, la responsabilité pénale pèse à la fois sur la personne morale elle-même et sur son dirigeant. Depuis la loi du 9 mars 2004, dont l'article 54 a modifié l'article L. 121-2 du Code pénal, la loi consacre une responsabilité pénale généralisée des personnes morales ⁴¹⁸. L'article L. 121-2, alinéa 1^{er} du Code pénal dispose que « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Et, selon l'alinéa 3 du même article L. 121-2, « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits... » ⁴¹⁹.

Par exemple, l'article L. 121-1 du Code de la consommation interdit, de façon très large, toute *publicité* comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur. Selon l'article L. 121-6 du même code, les infractions aux dispositions de l'article L. 121-1 sont punies des peines prévues à l'article L. 213-1 (emprisonnement de deux ans au plus et une amende de 37 500 euros au plus). Et l'article L. 121-5 précise que « l'annonceur pour le compte duquel la publicité est diffusée est responsable, à titre principal, de l'infraction commise. Si le contrevenant est une personne morale, la responsabilité incombe à ses dirigeants ». Enfin, l'article L. 121-6, alinéa 3, précise également : « les dispositions de l'article L. 213-6 prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales sont applicables à ces infractions ⁴²⁰ ».

Dans ce cas, le Code de la consommation prévoyait ainsi depuis 2001, la double responsabilité pénale de la personne morale et de ses dirigeants. Aujourd'hui, en raison du principe de la responsabilité pénale de toutes les personnes morales, la solution vaut pour toutes les infractions prévues par le Code de la consommation.

Le chef d'entreprise peut toutefois s'exonérer en démontrant qu'il avait délégué ses pouvoirs à un subordonné disposant de la compétence et de l'autorité nécessaires, mais cette preuve, lorsqu'elle est admise, est difficile à rapporter ⁴²¹.

B Responsabilité civile du dirigeant d'entreprise

394. Les dirigeants répondent *civilement* de leurs fautes de gestion. Ici encore, la responsabilité ne joue pas de la même manière, selon que le dirigeant est un entrepreneur individuel ou un dirigeant de société.

Dans le premier cas, celui de l'entrepreneur individuel, la faute de gestion engage la responsabilité de l'entrepreneur à l'égard des tiers, lorsqu'elle leur cause un préjudice. Les tiers victimes pourront demander directement à l'entrepreneur responsable la réparation de leur préjudice. Mais l'entrepreneur individuel ne peut évidemment être responsable à l'égard de son entreprise, puisque celle-ci n'a pas de personnalité morale... La solution est différente lorsque le chef d'entreprise est un locataire-gérant ou un gérant mandataire. Alors le dirigeant peut être responsable de ses fautes de gestion à l'égard du propriétaire de l'entreprise. Ainsi, lorsque la faute est telle qu'elle entraîne la perte de l'entreprise ou une diminution de sa valeur.

Dans le second cas, celui du dirigeant de société, la faute de gestion du dirigeant n'engage pas en principe sa responsabilité à l'égard des salariés et des tiers. C'est la société, personne morale, qui est civilement responsable, sur son patrimoine, des fautes de ses dirigeants. Cependant le dirigeant peut

être déclaré responsable à l'égard de la société lorsque sa mauvaise gestion cause un préjudice à celle-ci. C'est alors la société, personne morale, qui agit contre son ancien dirigeant en intentant une action en responsabilité civile appelée *action sociale* ⁴²². Le dirigeant peut également être déclaré civilement responsable à l'égard des tiers faisant valoir un préjudice personnel, lorsqu'il commet une faute séparable de ses fonctions, qui lui est personnellement imputable ⁴²³.

Enfin, lorsqu'une personne morale est mise en redressement ou en liquidation judiciaires, le tribunal peut, en cas d'insuffisance d'actif pour payer les créanciers, mettre les dettes de la personne morale à la charge des dirigeants qui ont commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif ⁴²⁴.

Chapitre 2

L'entreprise commerciale individuelle

395. À côté des règles applicables à toutes les entreprises commerciales, il existe des règles spéciales aux entreprises individuelles. Elles forment ce que l'on appelle traditionnellement le *statut du commerçant* (Section 1). On étudiera ensuite le statut des commerçants étrangers (Section 2). Puis, l'on fera une comparaison des avantages respectifs de l'entreprise individuelle et de l'entreprise sous forme de société. Cette comparaison éclaire en effet le choix du passage en société (Section 3).

Section 1

Le statut du commerçant personne physique

396. L'entreprise commerciale individuelle est exploitée par une personne physique ayant la qualité de commerçant. Pour être commerçant, il faut tout d'abord être capable (§ 1). La loi pose traditionnellement des règles de capacité particulières aux commerçants. Il faut ensuite que le commerçant soit en mesure de faire la preuve de sa qualité (§ 2). Les textes relatifs au registre du commerce et des sociétés comportent des règles particulières concernant les seuls commerçants personnes physiques. Enfin, l'organisation de la gestion de l'entreprise individuelle présente quelques traits particuliers (§ 3).

§ 1. La capacité commerciale

397. L'exercice du commerce exige une capacité spéciale que l'on appelle la capacité commerciale. Il existe deux causes d'incapacité : la minorité et, pour les majeurs, l'altération des facultés mentales. Il ne faut pas confondre ces incapacités, au sens classique du terme, qui sont des *incapacités d'exercice* ayant pour but la protection de l'incapable, avec les interdictions de diriger une entreprise commerciale, (*supra*, n° 389), qui sont des *incapacités de jouissance*.

A L'incapacité du mineur

Art. L. 121-2 C. com. Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé [425](#).

398. Le Code de commerce a toujours comporté des règles de capacité propres aux commerçants

qui s'ajoutaient à celles du droit commun. Jusqu'en 1974, le Code de commerce faisait une distinction entre le mineur non émancipé, qui ne pouvait jamais être commerçant, et le mineur émancipé, qui pouvait être commerçant à condition d'obtenir une autorisation spéciale ⁴²⁶.

Cela s'expliquait parce qu'à l'époque l'âge de la majorité était fixé à vingt et un ans. L'on pouvait être émancipé à partir de dix-huit ans. Le législateur de l'époque considérait que l'on pouvait exceptionnellement pratiquer le commerce à l'âge de dix-huit ans.

Mais la loi du 5 juillet 1974 avança l'âge de la majorité à dix-huit ans et celui de l'émancipation à seize ans. Il parut qu'il n'était pas souhaitable de permettre l'exercice du commerce avant dix-huit ans. Le législateur supprima donc la possibilité pour les mineurs émancipés de se voir reconnaître la capacité commerciale. C'est pourquoi l'article L. 121-1, précisait que le mineur *même émancipé* ne pouvait être commerçant.

La loi du 15 juin 2010 est revenue à la solution ancienne. Elle distingue à nouveau entre le mineur non émancipé et le mineur émancipé.

1 - L'incapacité du mineur non émancipé de faire le commerce

399. La règle se déduit *a contrario* de l'article L. 121-2 du Code de commerce.

Selon une règle traditionnelle, il n'est pas possible de faire le commerce par représentation. Personne ne peut faire le commerce à la place du mineur, pas même ses représentants légaux. L'incapacité se traduit par une impossibilité absolue de gérer une entreprise en qualité de commerçant personne physique.

400. Si un mineur non émancipé recueille un fonds de commerce par succession, il se trouve dans l'impossibilité de l'exploiter ou de le faire exploiter en son nom. Quelles sont alors les solutions envisageables ?

— Le parent survivant pourrait exploiter le fonds en qualité de commerçant. En effet les père et mère ont un droit de jouissance légal sur les biens du mineur, c'est dire qu'ils en ont l'usufruit (art. 382 et s. C. civ.). L'usufruitier d'un fonds de commerce, peut l'exploiter lui-même et à ce titre avoir la qualité de commerçant. Cependant le procédé n'est pas commode car le droit de jouissance légal prend fin lorsque le mineur atteint l'âge de seize ans.

— Le représentant légal du mineur peut donner le fonds en location-gérance ⁴²⁷ en attendant que le mineur parvienne à sa majorité.

— Le représentant légal peut aussi, depuis 2010, autoriser le mineur âgé de seize ans, non émancipé, à créer et gérer une EIRL ou une société unipersonnelle. L'article 389-8 du Code civil ⁴²⁸ limite l'autorisation aux seuls actes d'administration que l'acte d'autorisation énumère. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par le représentant légal.

— Il peut le vendre, en observant les règles particulières à la vente des biens des mineurs. Ce n'est pas forcément une mauvaise solution, surtout si le mineur se destine à une autre profession.

— Enfin s'il y a plusieurs héritiers, le fonds de commerce peut être laissé en indivision. L'un des indivisaires majeurs pourra l'exploiter et aura seul la qualité de commerçant.

401. On s'était demandé si le mineur émancipé, sans être commerçant, ne pourrait cependant pas accomplir des actes de commerce isolés ⁴²⁹. Avant la réforme de 1974, l'ancien article 3 du Code de commerce subordonnait à l'autorisation parentale l'accomplissement d'actes isolés par un mineur émancipé. Aujourd'hui, l'article L. 121-2 du Code de commerce ne fait aucune allusion aux actes de commerce isolés. Comme les incapacités sont de droit strict, il faut admettre, dans le silence des textes, que le mineur émancipé, non habilité à être commerçant, peut cependant passer des actes de commerce isolés et que ces actes ne sont pas nuls.

2 - Sanction de l'incapacité

402. L'incapacité consiste tout d'abord, on l'a vu, dans l'impossibilité d'avoir la qualité de commerçant. L'incapacité a pour but la protection du mineur. Lui seul ou son représentant légal pourra se prévaloir de l'incapacité pour éviter les obligations qui pèsent sur les commerçants. Par exemple, il échappera aux procédures collectives de redressement et de liquidation. De même il pourra refuser la compétence du tribunal de commerce.

Il est cependant admis que les autres intéressés peuvent invoquer le défaut de qualité du mineur lorsqu'ils y ont intérêt. En effet, ils n'agissent pas en nullité d'un acte juridique (action qui serait effectivement réservée au mineur ou à son représentant, car il s'agit d'une action en nullité relative), mais ils font valoir un défaut de qualité du mineur.

403. Les actes juridiques passés par le mineur sont nuls de nullité relative. L'action en nullité obéit aux règles du droit commun, le droit commercial ne comportant ici aucune particularité. Ainsi, seul le mineur ou son représentant légal peut demander la nullité, l'action en nullité se prescrit par un délai de cinq ans à compter de la majorité, par application de l'article 1304 du Code civil, et l'action en nullité ne peut aboutir que si le mineur a été lésé par l'acte qu'il a passé.

B L'incapacité des majeurs

404. Le Code de commerce n'a jamais comporté de disposition particulière aux incapables majeurs. Il faut appliquer les solutions du droit civil. Trois situations sont alors à distinguer.

Dans le cas où le majeur est déclaré en tutelle ⁴³⁰, parce qu'il est en état d'aliénation mentale, il faut lui appliquer la même règle qu'au mineur. Ne pouvant passer aucun acte juridique et personne ne pouvant faire le commerce à sa place, il lui est radicalement impossible d'exercer une profession commerciale et d'avoir la qualité de commerçant. Si, au moment où survient la tutelle, le majeur était commerçant, le jugement de tutelle sera publié au registre du commerce et des sociétés ⁴³¹. Le sort du fonds de commerce posera les mêmes difficultés que lorsqu'il s'agit d'un mineur.

Le majeur placé sous sauvegarde de justice peut théoriquement être commerçant. Mais un risque grave pèse sur ceux qui traiteront avec lui, puisque les actes passés pourront être rescindés ou réduits ⁴³².

Quant au majeur en curatelle, il peut passer lui-même des actes de commerce, mais, pour les actes les plus graves, il a besoin de l'autorisation de son curateur ⁴³³. Comme il est impensable que le curateur assiste constamment l'incapable, celui-ci est *en fait* privé de l'exercice du commerce.

§ 2. Preuve de la qualité de commerçant

405. Théoriquement, une personne physique peut prouver par tous moyens qu'elle a la qualité de commerçant : écrits, indices et témoignages démontrant que l'intéressé exerce une activité commerciale à titre habituel et professionnel. En effet, l'exercice de l'activité commerciale constitue un fait juridique, dont la preuve peut être établie par tous moyens. La même règle vaudrait lorsqu'il s'agit d'opposer à une personne sa qualité de commerçant.

Par exemple, dans le cas d'un litige portant sur la qualité de commerçant de l'adversaire, le demandeur va établir devant le tribunal que le défendeur avait un établissement ouvert à la clientèle, qu'il y revendait les marchandises qu'il avait achetées, qu'il encaissait les chèques remis par ses clients, etc.

Cependant, en pratique, l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés va considérablement faciliter le problème de la preuve. L'immatriculation rend inutile la preuve de la qualité de commerçant, car elle entraîne une présomption d'existence de cette qualité. Ainsi, en droit français, l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés n'est pas une condition nécessaire de la qualité de commerçant. Elle ne sert qu'à faire la *preuve* de cette qualité.

La présomption qui s'attache à l'immatriculation est en principe une *présomption simple*. Exceptionnellement, elle peut avoir un caractère *irréfragable*.

A Présomption simple de la qualité de commerçant

406. En principe, l'immatriculation au RCS crée une présomption simple de la qualité de commerçant de la personne physique immatriculée (*supra*, n° 364).

Il faut alors distinguer deux situations, selon que la personne est immatriculée (ce que nous appellerons la « publicité positive ») ou non (ce que nous appellerons la « publicité négative »).

1 - La publicité positive

Art. 123-7 C. com. ⁴³⁴ L'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant. Toutefois, cette présomption n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire. Les tiers et administrations ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption s'ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante.

407. L'article L. 123-7 emporte une double conséquence.

1) *La personne immatriculée* peut se prévaloir à l'égard des tiers de sa qualité de commerçant. Il s'agit cependant d'une *présomption simple* et les tiers peuvent apporter la preuve contraire en démontrant par tous moyens que la personne immatriculée n'est pas en réalité commerçante.

Le terme de tiers doit être compris dans le sens le plus large. Il s'agit de toutes les autres personnes, y compris les ayants cause à titre particulier de la personne immatriculée. L'article L. 123-7 vise aussi les administrations. La précision est inutile car les administrations sont des tiers.

Exemple. A, expert-comptable, est parvenu à se faire immatriculer au registre du commerce et des sociétés. Il conclut avec B un contrat de bail portant sur les locaux nécessaires à son activité. À l'expiration du bail, A invoque le statut des baux commerciaux pour exiger le renouvellement du bail (*infra*, n° 562). Le bailleur B peut faire valoir que A n'est pas en réalité commerçant car il exerce une profession civile et qu'il ne bénéficie pas du statut des baux commerciaux.

2) *Les tiers* peuvent opposer la présomption à la personne immatriculée. Celle-ci ne peut pas rapporter la preuve contraire, c'est-à-dire établir qu'elle n'est pas en réalité commerçante^{434a}.

L'article L. 123-7 met fin de la sorte à la solution qui était admise auparavant par la jurisprudence : le faux commerçant qui était arrivé à se faire immatriculer pouvait renverser la présomption en montrant qu'il n'avait pas en réalité la qualité de commerçant. Désormais, la personne immatriculée par erreur se voit opposer sa qualité de commerçant, sans pouvoir apporter la preuve contraire.

Encore faut-il que le tiers soit de bonne foi. S'il savait que la personne immatriculée n'était pas en réalité commerçante, il ne peut pas faire valoir la présomption résultant de l'immatriculation. La présomption ne joue qu'à l'égard des tiers de bonne foi (art. L. 123-7, troisième phrase).

2 - La publicité négative

Art. L. 123-8, al. 1^{er} C. com. La personne assujettie à immatriculation qui n'a pas requis cette dernière à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du commencement de son activité, ne peut pas se prévaloir, jusqu'à immatriculation, de la qualité de commerçant tant à l'égard des tiers que des administrations publiques. Toutefois, elle ne peut invoquer son défaut d'inscription au

408. Le texte vise la situation d'une personne physique, commerçante au sens de l'article L. 121-1 du Code de commerce, qui ne s'est pas faite immatriculer au RCS. Le texte emporte une double conséquence.

1) Le commerçant non immatriculé ne peut pas se prévaloir de sa qualité de commerçant à l'égard des tiers. Il ne peut réclamer aucun des avantages qui s'attachent à cette qualité.

Exemple. Le commerçant, personne physique, qui ne s'est pas fait immatriculer, ne peut pas se prévaloir du statut des baux commerciaux. Il ne peut pas non plus invoquer la prescription quinquennale de l'article L. 110-4 du Code de commerce.

2) Cependant le commerçant non immatriculé ne peut pas invoquer son défaut d'immatriculation pour se soustraire aux obligations légales et réglementaires qui pèsent sur les commerçants. Il supporte tous les inconvénients inhérents à la condition de commerçant. En pratique, cela signifie que les tiers pourront renverser la présomption qui résulte de l'absence d'immatriculation et démontrer, par tous moyens de preuves, qu'il a la qualité de commerçant, au sens de l'article L. 121-1 du Code de commerce, afin qu'il en supporte les conséquences.

Exemple. A a créé une entreprise de transport mais ne s'est pas fait immatriculer au RCS. Il conclut un contrat verbal avec B, pour une opération de déménagement. A nie l'existence du contrat pour se soustraire à son obligation. B peut faire la preuve par témoins de la réalité du contrat et exiger son exécution ou des dommages et intérêts.

Certains auteurs qualifient le commerçant non immatriculé de *commerçant de fait* ⁴³⁵, L'expression est juste. Le commerçant de fait est bien commerçant et il subit les conséquences qui s'attachent à cette qualité, mais sans pouvoir cependant en revendiquer les avantages.

B Présomption irréfragable de la qualité de commerçant

409. Un commerçant régulièrement immatriculé au RCS cesse son activité, mais omet de se faire radier du registre. La présomption liée à l'immatriculation continue à jouer et, en principe, elle conserve son caractère de présomption simple, susceptible de la preuve contraire.

Exemple. Un commerçant a cessé toute activité, mais n'a pas pris soin de se faire radier. Possède-t-il encore un fonds de commerce, après la cessation de son activité ? Il faut répondre par la négative : le fonds de commerce disparaît avec la cessation de l'activité commerciale ⁴³⁶. L'immatriculation du commerçant n'a que la valeur d'une présomption simple, qui cède devant la preuve contraire ⁴³⁷.

410. Cependant, dans une hypothèse particulière, la présomption de la qualité de commerçant qui s'attache à l'immatriculation au RCS, présente un caractère renforcé. En effet, elle n'admet pas la preuve contraire, même contre les tiers de mauvaise foi.

Tel est le cas du commerçant qui cède son fonds de commerce ou le donne en location-gérance, puis se retire des affaires, *mais omet de se faire radier du RCS*.

Art. L. 123-8, al. 2 C. com. Sans préjudice de l'application de l'article L. 144-7, le commerçant inscrit qui cède son fonds ou qui en concède l'exploitation notamment sous forme de location-gérance ne peut opposer la cessation de son activité commerciale, pour se soustraire aux actions en responsabilité dont il est l'objet du fait des obligations contractées par son successeur dans l'exploitation du fonds, qu'à partir du jour où a été opérée la radiation ou la mention correspondante ⁴³⁸.

On remarquera que le texte est rédigé de façon particulièrement maladroite ⁴³⁹. En réalité les rédacteurs du décret ont voulu dire que le commerçant non radié *est tenu des obligations contractées par son successeur*.

411. La règle peut paraître étrange, car l'on ne voit pas comment le nouveau propriétaire du fonds

de commerce ou le locataire-gérant, qui sont des commerçants indépendants, agissant pour leur propre compte, peuvent engager le vendeur du fonds ou le loueur à l'égard des tiers. La règle ne peut pas s'expliquer par le souci d'assurer la sécurité juridique des tiers, car elle joue même lorsque la vente du fonds de commerce ou la location-gérance sont publiées au RCS. En effet les tiers sont alors suffisamment protégés par la publicité.

En réalité, la règle de l'article L. 123-8, alinéa 2, a le caractère d'une *sanction* frappant les commerçants qui omettent de se faire radier. L'obligation de payer les dettes contractées par le successeur dans l'exploitation du fonds de commerce n'est pas attachée à la qualité de commerçant mais à l'absence de radiation.

C'est sans doute pourquoi la jurisprudence estime que la règle a un caractère absolu et ne souffre pas la preuve contraire : l'ancien commerçant ne peut pas se soustraire à son obligation en prouvant qu'il a cessé son activité commerciale ⁴⁴⁰.

§ 3. Gestion de l'entreprise individuelle

A Généralités

412. Comme nous l'avons déjà souligné, il est très fréquent que l'entrepreneur individuel soit à la fois le propriétaire et l'exploitant de l'entreprise. Il a alors le pouvoir, non seulement d'assurer la gestion courante, mais encore de procéder à tous les investissements qu'il juge utiles et de vendre les biens de l'entreprise lorsque cela lui paraît opportun.

Il arrive cependant que la propriété et la gestion soient séparées. C'est le cas lorsque le fonds de commerce (qui constitue l'essentiel des biens de l'entreprise) est donné en location-gérance ⁴⁴¹. En effet le locataire-gérant, appelé aussi gérant libre, est un commerçant indépendant qui exploite le fonds de commerce pour son profit et à ses risques.

B Gestion de l'entreprise individuelle par deux époux

413. Les articles R. 123-37 et R. 123-46 du Code de commerce, relatifs au Registre du commerce et des sociétés, reprenant une règle traditionnelle du droit français, exigeaient la publication de la date et du lieu du mariage du commerçant, des modifications de la situation matrimoniale des époux et du décès du conjoint (*supra*, n° 348). En l'absence de publicité, ces actes étaient inopposables aux tiers. Mais ces dispositions ont été modifiées par le décret 2007-750 du 10 mai 2007 afin de faire disparaître toute mention relative au mariage et au régime matrimonial des commerçants.

414. Il arrive assez fréquemment que l'entreprise, surtout s'il s'agit d'une petite entreprise, soit exploitée en commun par deux époux ⁴⁴².

Autrefois, lorsque deux époux exerçaient le commerce en commun, l'article 4, alinéa 2 de l'ancien Code de commerce disposait, selon une formule devenue célèbre, que la femme mariée « n'était pas réputée marchande publique si elle ne faisait que détailler les marchandises du commerce de son mari ». Cette mesure discriminatoire se voulait protectrice des intérêts de la femme mariée. La femme mariée qui participait au commerce du mari ne pouvant pas être considérée comme commerçante, elle échappait aux obligations des commerçants et en particulier elle ne pouvait pas être déclarée en faillite. Cependant la jurisprudence écartait l'application de l'article 4, alinéa 2, lorsque la femme exerçait, dans ses rapports avec les tiers, les mêmes fonctions que le mari. Alors

les deux époux étaient considérés l'un et l'autre comme commerçants et ils s'engageaient solidairement.

L'article 4 du Code de commerce a été modifié par la loi du 10 juillet 1982, dans le sens d'une plus grande égalité des époux. La disposition est passée dans l'actuel article L. 121-3 du Code de commerce.

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

415. L'article L. 121-3 a-t-il pour conséquence que le conjoint du commerçant immatriculé, dans le cas de l'exploitation en commun d'une entreprise individuelle, n'aura jamais lui-même la condition de commerçant ? Selon une première interprétation, l'article L. 121-3 du Code de commerce poserait une règle absolue : le conjoint qui participe à l'exploitation ne pourrait jamais avoir la qualité de commerçant. Mais selon une interprétation plus souple, l'article L. 121-3 n'instituerait qu'une présomption simple de non-commercialité. Le conjoint, lorsqu'il participe à la gestion dans les mêmes conditions que son époux et traite avec les tiers, devrait être considéré comme commerçant. Les deux époux seraient l'un et l'autre commerçants et ils seraient tenus à l'égard des tiers personnellement et solidairement. La jurisprudence semble plutôt favorable à la deuxième interprétation ⁴⁴³.

416. L'article L. 121-4 du Code de commerce donne au conjoint du commerçant, lorsqu'il participe de manière régulière à l'exploitation de l'entreprise individuelle, le choix entre trois régimes ⁴⁴⁴.

— Le statut de *collaborateur*. L'un des conjoints est alors seul commerçant, l'autre est collaborateur. Il participe effectivement à l'exploitation de l'entreprise individuelle mais sans être rémunéré. Il doit être mentionné au RCS ⁴⁴⁵. Il peut accomplir les actes de gestion courante, sans s'engager personnellement (l'article 121-6 C. com. pose une présomption légale de mandat). Mais les avantages de la situation de collaborateur sont limités. Les cotisations sociales concernant le collaborateur sont cependant déductibles, dans certaines conditions, des bénéfices industriels et commerciaux ⁴⁴⁶ (BIC).

— Le statut de *conjoint salarié*. À condition que son activité soit effective, le conjoint est alors lié à son époux par un contrat de travail. Il perçoit un salaire, au moins égal au SMIC, et il bénéficie des avantages sociaux des salariés.

Depuis une réforme de 2004, le commerçant, employeur de son conjoint, est traité de façon plus favorable, au point de vue fiscal, qu'il ne l'était auparavant. L'article 154 du CGI ne fait plus de distinction selon le régime matrimonial des époux. Si le commerçant est adhérent d'un centre de gestion agréé, les salaires du conjoint sont totalement déductibles du bénéfice imposable. Dans le cas contraire, ils ne le sont que dans la limite de 13 800 euros.

— Le statut du *conjoint associé*. Les époux constituent alors une société commerciale à laquelle ils apportent le fonds de commerce. Si la société prend la forme de la SARL, l'un des époux apporte en nature le fonds de commerce qui lui appartient en propre et son conjoint se contente de faire un apport en industrie ⁴⁴⁷. L'entreprise n'est plus une entreprise individuelle mais une entreprise en société. Le conjoint est associé et peut être gérant. Il perçoit sa part dans les bénéfices. Celle-ci est évidemment imposable. Mais le conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire peut aussi, dans certaines conditions, conserver le statut de conjoint collaborateur ⁴⁴⁸.

417. Une autre disposition légale, introduite dans l'article 1387-1 nouveau du Code civil ⁴⁴⁹, est destinée à protéger le conjoint du chef d'entreprise qui s'est porté caution. Le texte énonce que « Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise ». Le texte a suscité des critiques doctrinales. On lui a reproché d'instituer une expropriation du créancier, dépendant de la seule volonté du juge et d'autant plus dangereuse que la formulation en est imprécise ⁴⁵⁰.

C L'exercice de commerces séparés

418. Bien entendu, de nos jours, le mari et la femme peuvent en toute liberté exploiter des *commerces séparés*, chacun gérant une entreprise distincte. Chacun a alors la qualité de commerçant et répond des dettes nées de sa propre exploitation.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Il faut se rappeler que jusqu'en 1938 la femme mariée était frappée d'incapacité et que jusqu'en 1942, elle devait obtenir une autorisation de son mari pour exercer une profession commerciale. Entre 1942 et 1965, la femme mariée pouvait entreprendre une activité commerciale, mais le mari pouvait s'y opposer, sauf un recours possible devant le tribunal civil. Il a fallu attendre les lois du 13 juillet 1965 et du 23 décembre 1985 pour que soit réalisée la complète égalité des époux.

Section 2

Le statut du commerçant étranger personne physique

419. Il faut immédiatement distinguer selon l'origine de l'étranger. S'il est ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ⁴⁵¹, il bénéficie, au nom de la liberté d'établissement, de la possibilité de créer, d'acquérir et d'exploiter un commerce en France, et ce dans les mêmes conditions que les nationaux. Leurs droits sont identiques à ceux des commerçants français. L'article 49 du TFUE dispose en ce sens : « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites ».

En revanche, si l'étranger est ressortissant d'un pays tiers à l'UE, les conditions de son installation en France en tant que commerçant sont conditionnées. En effet, d'une part, pour pouvoir exercer une profession commerciale en France ou y diriger une société, l'étranger doit être titulaire :

— Soit d'une carte de séjour temporaire, valable un an renouvelable (art. L. 313-1 CESEDA). Pour en bénéficier, l'étranger aura dû prouver que l'activité commerciale qu'il envisage est « économiquement viable et compatible avec la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique ». De même, il se sera engagé à respecter « les obligations imposées aux nationaux » (art. L. 310-10, 2°, CESEDA). La carte porte la mention de la profession exercée.

— Soit d'une carte de résident, valable dix ans et renouvelable de plein droit (art. L. 314-1 CESEDA) ⁴⁵². Depuis la loi 2007-1631 du 20 novembre 2007, le commerçant étranger n'a plus à être titulaire, en outre, d'une carte de « commerçant étranger ».

420. D'autre part, en ce qui concerne le statut du commerçant étranger en France, il existe un certain nombre de discriminations admises par la loi ⁴⁵³. C'est ainsi, par exemple, que les commerçants étrangers ne peuvent participer aux élections des juges des tribunaux de commerce.

Toutefois, les différences tendent à s'atténuer, en particulier sous l'influence des droits fondamentaux qui irriguent toutes les branches du droit. Pour preuve, l'article L. 145-23 C. com. excluait du bénéfice du droit au renouvellement du bail commercial ⁴⁵⁴ les commerçants étrangers, sauf conventions internationales en sens contraire. La Cour de cassation a d'abord paralysé cette restriction au nom du droit au respect des biens inscrit (art. 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel de la Conv. EDH) et du principe de non-discrimination (art. 14 Conv. EDH) dans un arrêt de sa troisième chambre civile du 9 novembre 2011 ⁴⁵⁵. Puis, la loi 2014-626 du 18 juin 2014, réformant le statut des baux commerciaux, a entériné cette jurisprudence et a abrogé l'art. L. 145-23.

Section 3

Le choix de la forme juridique de l'entreprise

421. Celui qui crée une entreprise commerciale ou qui veut la développer est placé devant un choix : doit-il donner à son entreprise la forme de l'entreprise individuelle ou doit-il la mettre en société ? Dans le cas des entreprises grandes ou moyennes, il n'y a pas d'hésitation possible. La forme sociale s'impose. La question se pose essentiellement pour les petites et très petites entreprises. Quels sont les avantages et les inconvénients respectifs des deux formes ? Il faut distinguer entre les conséquences du choix, selon qu'elles sont d'ordre juridique (§ 1), économique (§ 2) ou fiscal (§ 3).

§ 1. Les conséquences juridiques du passage en société

422. Lorsque l'entreprise individuelle n'est pas mise en société, les biens qui sont affectés à l'exploitation restent la propriété personnelle de l'entrepreneur, personne physique. De même les dettes qui naissent de l'exploitation sont des dettes personnelles de l'entrepreneur personne physique.

Dans le cas de *l'entreprise individuelle classique*, l'unité du patrimoine peut avoir des effets désastreux pour le commerçant personne physique. Si, à la suite de difficultés financières graves, son entreprise est mise en liquidation judiciaire, c'est l'ensemble de ses biens qui sera liquidé pour payer les créanciers.

Comparés à la situation de l'entreprise individuelle, les avantages de la *société* se rattachent à une idée simple : lorsqu'elle est pourvue de la personnalité morale, la société dispose de l'autonomie patrimoniale. Elle est une personne distincte de la personne des associés. Elle a un patrimoine distinct de ceux des associés. Les créanciers sociaux ont pour gage les biens de la société. Ils ne peuvent pas saisir les biens personnels des associés – ou de l'associé unique lorsque la société est unipersonnelle ⁴⁵⁶.

Depuis une vingtaine d'années, les petits commerçants ont demandé que soit abandonné le principe de l'unité du patrimoine et que soit reconnue la séparation des biens personnels du patrimoine de l'entreprise. Mais le législateur demeurait réticent, sans doute par crainte de nuire au crédit des petites entreprises. Après quelques avancées prudentes, tentées au cours des quinze dernières années, la loi a fini par admettre en 2010 la séparation du patrimoine de l'entreprise du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. La loi du 15 juin 2010 a créé *l'entreprise individuelle à responsabilité limitée* ou EIRL.

Il convient d'examiner les conséquences juridiques qui découlent de ces trois formes d'organisation de l'entreprise : l'entreprise individuelle classique, l'entreprise individuelle à responsabilité limitée et la société pourvue de la personnalité morale.

A L'entreprise individuelle classique

423. Dans l'entreprise individuelle classique, l'entrepreneur répond sur l'ensemble de son patrimoine des dettes qui sont nées de l'exploitation de son entreprise. On applique le principe de *l'unité du patrimoine* : une personne juridique ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Les conséquences de l'unité du patrimoine sont désastreuses pour le commerçant, personne physique, lorsque, à la suite de difficultés financières graves, son entreprise est déclarée en liquidation judiciaire. C'est l'ensemble de ses biens qui sera liquidé pour payer les créanciers.

B La séparation du patrimoine de l'entreprise individuelle du patrimoine personnel de l'entrepreneur

1 - Les premières tentatives

424. Au cours des vingt dernières années, le législateur est intervenu à deux reprises en vue de protéger les biens personnels de l'entrepreneur individuel.

425. La loi du 11 février 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite *loi Madelin*, a tenté de soustraire les biens personnels de l'entrepreneur à l'action des créanciers dont la créance est née à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise. Les dispositions de cette loi figurent actuellement dans le Code monétaire et financier et dans la loi sur les procédures d'exécution.

1) L'article L. 313-21 du Code monétaire et financier envisage le cas d'un banquier qui accorde un crédit à l'entrepreneur individuel mais en exigeant la constitution d'une sûreté réelle (hypothèque, gage ou nantissement) ou personnelle (cautionnement). La banque doit, par écrit, offrir à l'entrepreneur la possibilité de cantonner la sûreté sur les biens affectés à l'exploitation de l'entreprise. La banque indique le montant de la sûreté qu'elle désire obtenir. L'entrepreneur peut alors lui faire une proposition dans laquelle il désigne les biens nécessaires à l'exploitation sur lesquels pourrait porter la sûreté.

Cependant le banquier n'est pas tenu d'accepter la proposition. S'il l'estime insuffisante, il a la faculté soit de demander une sûreté sur les biens personnels de l'entrepreneur, soit de demander une sûreté à un autre garant, soit de refuser le crédit. Le formalisme prévu par l'article L. 313-21 est impératif. À défaut, la banque ne peut pas se prévaloir vis-à-vis de l'entrepreneur individuel des garanties qu'elle aurait pu obtenir.

2) L'article 22-1 de la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution ⁴⁵⁷ envisage le cas de l'exécution forcée d'une créance contractuelle d'origine professionnelle. L'entrepreneur individuel débiteur peut demander que soient saisis en priorité les biens affectés à l'exploitation de l'entreprise. Encore faut-il que le créancier accepte et que les biens désignés soient suffisants pour payer la dette.

Ces deux textes ont une portée pratique très limitée. Le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de l'idée initiale qui était d'encourager la création d'entreprises individuelles en mettant à l'écart des poursuites des créanciers les biens personnels de l'entrepreneur. La loi n'a fait qu'esquisser de façon maladroite le patrimoine de l'entreprise.

426. La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a marqué une étape supplémentaire dans la protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel. L'article 8 de la loi a créé dans le Code de commerce un chapitre nouveau, intitulé « De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint » et comportant les articles L. 526-1 à L. 526-4. À l'origine, la protection n'avait qu'un objet limité, puisqu'elle ne concernait que l'immeuble où était fixée la résidence principale d'un professionnel, personne physique. Mais elle était plus efficace que la loi Madelin en ce qu'elle déclarait cet immeuble *insaisissable*.

La loi LME du 4 août 2008 a étendu l'insaisissabilité à « tout bien foncier bâti ou non bâti » que le titulaire des droits n'a pas affecté à son usage professionnel. En cas de cession des droits, la loi étend l'insaisissabilité au prix de cession et aux biens acquis en remploi, dans le délai d'un an, du bien cédé (art. L. 526-3) ⁴⁵⁸.

La mesure ne protège pas seulement les commerçants, mais, d'une façon plus générale, toute personne physique « immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel » ou « exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante » ⁴⁵⁹. La loi s'inscrivait dans le mouvement de reconnaissance de la petite entreprise individuelle. La notion traditionnelle de commerçant tend à s'effacer derrière celle, beaucoup plus large, de professionnel.

L'insaisissabilité résulte d'une *déclaration notariée* du professionnel titulaire des droits sur l'immeuble ^{459a}. Pour être opposable aux tiers, la déclaration d'insaisissabilité doit être publiée au bureau des hypothèques. Elle n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication. La déclaration faite par un commerçant est en outre publiée au RCS.

La loi LME du 4 août 2008 a donc fait un pas de plus dans la voie de la reconnaissance d'un patrimoine personnel d'affectation. Cependant elle n'allait pas encore jusqu'au bout de cette perspective dans la mesure où elle ne créait pas une seule masse insaisissable, mais des masses distinctes dont l'insaisissabilité ne valait qu'à l'égard de certaines catégories de créanciers, en fonction des déclarations effectuées ⁴⁶⁰.

2 - Le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

427. La loi n° 2010-568 du 15 juin 2010 a créé le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). Elle a été complétée par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 et par le décret n° 2010-1706 du 29 décembre 2010. L'ensemble de ces dispositions se trouve dans les articles L. 526-6 à L. 526-21 et R. 526-3 à R. 526-24 du Code de commerce. La réforme est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

Art. L. 526-6 C. com. Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

428. Le statut de l'EIRL est ouvert à toutes les *entreprises individuelles*. Il est ouvert non seulement aux commerçants, mais encore aux artisans, aux agriculteurs et aux membres des professions libérales. La condition impérative est que l'entrepreneur soit une personne physique. Le statut n'est pas applicable aux personnes morales. En revanche, le statut de l'EIRL est parfaitement compatible avec celui de l'auto-entrepreneur.

En effet, contrairement à l'EIRL, le statut de l'auto-entrepreneur n'est pas une forme de propriété de l'entreprise, mais confère seulement un ensemble d'avantages en termes de publicité, de comptabilité et d'obligations fiscales et sociales.

La constitution de l'EIRL obéit à deux conditions.

1) L'entrepreneur doit d'abord *affecter* certains biens au patrimoine de l'EIRL : d'une part les biens, droits et obligations qui sont nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle ; d'autre part, les biens, droits et obligations qui, sans être nécessaires à l'exploitation, sont utilisés à cette fin et dont l'affectation est décidée par l'entrepreneur. Chaque élément d'actif affecté au patrimoine de l'EIRL doit être évalué. En principe, l'entrepreneur évalue lui-même les biens, en se référant à leur valeur vénale. Il peut se faire aider par un expert. Cependant, les biens d'une valeur unitaire supérieure à 30 000 euros doivent être évalués par un expert ⁴⁶¹.

2) L'entrepreneur doit ensuite déposer une *déclaration d'affectation*. Pour les commerçants, le

dépôt a lieu au registre du commerce et des sociétés ou au centre de formalités des entreprises. Pour les auto-entrepreneurs commerçants, qui sont, on le sait, dispensés d'immatriculation, la déclaration est déposée sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. La déclaration doit comporter l'état descriptif et l'évaluation des biens affectés ⁴⁶², ainsi que le rapport d'évaluation des biens d'une valeur supérieure à 30 000 euros. L'affectation d'un immeuble au patrimoine de l'EIRL est reçue par un notaire ; l'acte est publié au bureau des hypothèques et il est joint à la déclaration d'affectation. La déclaration d'affectation comporte aussi – et c'est important pour la limitation de responsabilité – l'objet de l'activité ⁴⁶³.

La constitution de l'EIRL peut avoir lieu soit au moment de la création de l'entreprise individuelle, soit au cours de l'exploitation d'une entreprise individuelle déjà créée. Dans tous les cas, l'entrepreneur, notamment le commerçant personne physique, doit procéder aux formalités d'identification et d'immatriculation ou de modification des formalités correspondantes.

L'EIRL a une dénomination, qui comprend le nom de l'entrepreneur suivi de la mention EIRL. La dénomination, l'objet de l'activité, le numéro unique d'identification et le numéro d'immatriculation doivent obligatoirement figurer sur les papiers d'affaires.

Depuis le 1^{er} janvier 2013, un même entrepreneur individuel peut constituer plusieurs EIRL.

429. 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 (art. L. 526-12, al. 1^{er} C. com.). La déclaration d'affectation donne naissance à deux patrimoines distincts, ayant chacun un actif et un passif. L'article L. 526-12, alinéa 6 le précise clairement :

Art. L. 526-12, al. 6, C. com. Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil :

1° Les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté ;
2° Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté.

L'entrepreneur détermine les revenus de son activité professionnelle qu'il verse dans son patrimoine non affecté. Ces revenus échappent alors aux poursuites des créanciers professionnels ⁴⁶⁴ (art. L. 1526-18 C. com.).

L'application à l'EIRL des procédures collectives de sauvegarde, de redressement et de liquidation est réglée par l'ordonnance précitée du 9 décembre 2010 qui, à cette fin, a créé plusieurs articles nouveaux dans le livre VI du Code de commerce et en a modifié plusieurs autres. Seul le patrimoine affecté peut faire l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. En revanche, le patrimoine non affecté ne peut bénéficier que du traitement des situations de surendettement.

430. Le statut de l'EIRL a nécessité l'adaptation de nombreuses règles comptables et fiscales. Cette adaptation fait l'objet de dispositions réglementaires particulières.

431. Il reste à voir si l'EIRL recevra ou non un accueil favorable de la pratique. On peut rappeler que la procédure d'insaisissabilité (*supra*, n° 426) a été plutôt un échec, alors que le statut de l'auto-entrepreneur a connu une réussite considérable, sans doute à cause de l'extrême simplicité des formalités d'adoption. La constitution de l'EIRL est au contraire presque aussi contraignante que celle d'une EURL. L'on ne voit pas pourquoi l'EIRL aurait plus de succès que n'en a eu l'EURL.

3 - La société dotée de la personnalité morale

a) Le principe

432. Si l'entreprise est exploitée en société, c'est uniquement la société personne morale qui, en cas de difficultés, sera mise en liquidation judiciaire et c'est uniquement le patrimoine de la société qui sera liquidé. Les créanciers de la société ne pourront pas saisir les biens personnels de l'associé. Il y a donc un avantage évident à adopter la forme d'une société.

Exemple 1. Le commerçant A, propriétaire de son entreprise, fonde avec deux amis consentants une SARL à laquelle il apporte son entreprise (*supra*, n° 109). En contrepartie, il reçoit 98 % des parts sociales. Les deux autres associés ne font que des apports symboliques. A est nommé gérant de la SARL et il reste en fait le seul maître de l'entreprise. Désormais la SARL, personne morale, sera seule tenue, sur ses biens, des dettes nées de l'exploitation : ce seront des dettes de la SARL. Le patrimoine de A, associé-gérant, sera à l'abri des poursuites des créanciers sociaux.

Exemple 2. Plus simplement encore, le commerçant A va instituer une EURL, par déclaration unilatérale (*supra*, n° 112). Il apportera son entreprise à l'EURL dont il sera l'associé unique et le gérant. Ici encore, les dettes de l'exploitation seront des dettes de l'EURL et le patrimoine de l'associé unique sera à l'abri des poursuites des créanciers de l'EURL.

b) Les tempéraments

433. Il existe des formes de sociétés qui n'assurent pas de façon absolue la séparation des patrimoines. Ainsi en est-il de la société en nom collectif (*supra*, n° 98). Dans ce type de société, les associés sont personnellement, indéfiniment et solidairement tenus du passif social. Les créanciers sociaux peuvent donc saisir, en cas de besoin, les biens personnels de l'associé. Il en est de même dans la société en commandite, lorsque l'associé est commandité. Pour assurer la séparation des patrimoines, il faut donc choisir la forme d'une SARL ou d'une société par actions (*supra*, n° 101 et s.).

Et, quelle que soit la forme de la société, si celle-ci rencontre des difficultés financières et se trouve en état de cessation des paiements parce qu'elle ne dispose plus des liquidités nécessaires pour payer ses dettes, et si le tribunal de commerce la déclare en redressement ou en liquidation judiciaires, le tribunal peut décider, à la demande d'un créancier, que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, par les dirigeants de droit ou de fait ⁴⁶⁵ qui ont commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif ⁴⁶⁶. Dans ce cas, le dirigeant de l'entreprise en société répondra des dettes de la société sur son patrimoine personnel.

L'existence de cette action, dite en comblement du passif, ne suffit cependant pas à priver d'intérêt l'adoption de la forme de la société de capitaux. L'action en comblement suppose en effet la réunion de deux conditions particulières : l'ouverture d'une procédure collective et la preuve d'une faute de gestion commise par le dirigeant.

434. Lorsque la SARL ou la SA dispose d'un capital relativement limité, les établissements de crédit demandent, avant d'accorder un crédit à la société, un engagement personnel du dirigeant. La banque fait davantage crédit à la personne du dirigeant qu'à la société elle-même. En pratique, le crédit sera subordonné à un cautionnement solidaire consenti par le dirigeant (*supra*, n° 222). Celui-ci sera tenu solidairement sur son patrimoine personnel de la dette de la société. L'opération sera particulièrement dangereuse lorsque le cautionnement est illimité et garantit toutes les dettes de la société à l'égard du banquier.

La banque peut également demander à une personne physique, généralement un proche, de cautionner la dette de l'entrepreneur individuel. Mais dans ce cas, la loi prévoit des règles spéciales pour la protection de la caution ⁴⁶⁷.

§ 2. Les conséquences économiques du passage en société

A Le coût de l'opération

435. Le passage en société nécessite un certain investissement. Les frais de l'opération sont de deux sortes.

Toute société doit se constituer avec un capital social. Cependant dans le cas des sociétés de personnes et de la SARL, le Code de commerce ne fixe pas de capital minimum (*supra*, n° 101). L'entrepreneur individuel qui met son entreprise en société pourra faire un apport en nature consistant dans son fonds de commerce (*supra*, n° 432) ou dans les immeubles affectés à l'exploitation.

Les frais de constitution. Il s'agit tout d'abord des honoraires du conseil juridique qui aide à la constitution de la société (conseils et rédaction des actes). Il s'agit ensuite des charges fiscales, qui consistent en droits d'apport.

Les apports en numéraire réalisés lors de la constitution de la société sont aujourd'hui frappés d'un droit fixe de 375 ou 5 600 euros. L'apport en société d'une entreprise individuelle est soumis à un régime spécifique. En cas d'apport à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, seul est dû le droit fixe si l'apporteur s'engage à conserver les titres reçus pendant une période minimale de trois ans ⁴⁶⁸.

Enfin il faut compter avec les frais d'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés.

Finalement les frais de constitution, même s'ils ont été allégés dans la période récente, ne sont pas totalement négligeables et leur charge peut faire hésiter un petit commerçant à changer la forme juridique de son entreprise.

D'une façon plus générale, le fonctionnement d'une société est toujours plus contraignant que l'exercice à titre individuel. Il faut tenir le registre des assemblées, parfois nommer un commissaire aux comptes et déposer les comptes annuels au RCS.

B L'avantage : la capacité d'endettement

436. Si la société est constituée avec un capital relativement important, elle obtiendra plus facilement des crédits bancaires et des taux généralement moins élevés.

Le crédit d'une société, à condition que son capital et ses fonds propres ne soient pas symboliques, est généralement supérieur à celui d'une entreprise individuelle. Cela s'explique par la règle de la fixité du capital social qui rend difficile les opérations de *désinvestissement* de la part de la société. Dans l'entreprise individuelle de type classique, l'exploitant peut à tout moment effectuer des prélèvements d'espèces ou vendre des biens qui étaient affectés à l'entreprise. Aucune disposition légale ne lui interdit de désinvestir. Le gage des créanciers est donc fragile. Au contraire, dans le cas des sociétés, les règles légales rendent très difficiles le désinvestissement. Le capital minimum doit être conservé. Les détournements au profit du dirigeant sont constitutifs d'une infraction pénale, le délit d'abus des biens sociaux, qui est sévèrement réprimé. Tout prélèvement sur le patrimoine de la société qui excéderait le montant des bénéfices distribuable serait considéré comme un dividende fictif, constitutif d'une infraction pénale.

Il faut ajouter que seules les SA sont autorisées à faire des offres publiques en plaçant des actions dans le public ou en lançant un emprunt obligataire. Pratiquement, la réunion de capitaux importants nécessite le recours à cette forme de société.

§ 3. Les conséquences sociales et fiscales du passage en société

437. Les avantages fiscaux du passage en société ont été généralement surestimés. Ils ont été réels à une certaine époque, car les présidents de société anonyme et les gérants minoritaires de SARL étaient fiscalement considérés comme des salariés de leur société. Ils payaient l'impôt sur le revenu sur les rémunérations reçues de la société, mais comme ces rémunérations étaient considérées comme des salaires, ils bénéficiaient de la déduction de 10 % au titre des frais professionnels et de l'abattement de 20 %. Au contraire, l'entrepreneur individuel était soumis à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et il n'avait droit ni à déduction, ni à abattement. En effet un entrepreneur individuel ne peut pas se verser des salaires à lui-même. Cependant depuis des réformes successives, la situation fiscale des dirigeants a été à peu près unifiée. Les considérations fiscales ne sont plus déterminantes dans le choix de la forme de l'entreprise ⁴⁶⁹.

De même la loi Madelin du 11 février 1994 a instauré l'égalité entre les régimes de protection sociale des dirigeants. Il n'y a plus à distinguer selon qu'ils sont salariés ou non-salariés. Dans tous les cas, les cotisations sociales constituent pour l'entreprise, individuelle ou en société, des charges déductibles.

Sous-titre III

Les biens affectés à l'entreprise commerciale

438. Parmi les éléments de l'entreprise figurent les biens qui sont nécessaires à l'exploitation. Des biens corporels : immeubles, machines et matériel, marchandises. Mais aussi des biens incorporels : marques de fabrique, brevets d'invention, moyens financiers qui s'expriment juridiquement en créances monétaires. Certains de ces biens n'appellent aucune remarque particulière, car le fait qu'ils soient mis au service d'une entreprise commerciale ne confère aucune originalité à leur statut, qui ne diffère pas du statut civil. Ainsi en est-il des biens corporels, mobiliers et immobiliers, des créances et des dettes de sommes d'argent. En revanche, d'autres biens, qui sont des biens incorporels, tirent leur originalité du fait qu'ils servent à l'exploitation commerciale.

439. La relation des biens avec l'entreprise commerciale à laquelle ils sont affectés est plus ou moins intense. Il est tout d'abord un bien qui ne se conçoit qu'en relation avec une exploitation commerciale, c'est le fonds de commerce. Celui-ci est en effet défini comme un ensemble d'éléments corporels et incorporels placés au service de l'activité d'un *commerçant*. Le droit du fonds de commerce fait intégralement partie du droit des commerçants. Ensuite il est un bien qui, sans ressortir au seul droit commercial, présente une originalité marquée lorsqu'il sert à l'exploitation commerciale : c'est le *droit au bail*, qui relève d'un statut particulier lorsque le bail est conclu par un commerçant en vue de son exploitation commerciale. En revanche, les *droits de propriété industrielle* ne sont pas propres aux commerçants. Nous les étudierons dans la deuxième partie de l'ouvrage (*infra*, n° 648 et s.).

Les deux chapitres de ce sous-titre seront donc consacrés au fonds de commerce (Chapitre 1) et au bail commercial (Chapitre 2).

Chapitre 1

Le fonds de commerce

440. Le fonds de commerce peut être défini comme un *ensemble de biens mobiliers affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale*. Il faut immédiatement remarquer que le fonds de commerce ne réunit pas la totalité des biens de l'entreprise. Les immeubles n'en font pas partie et certains meubles, comme les créances de sommes d'argent, en sont même exclus. Le fonds de commerce ne constitue qu'un sous-ensemble à l'intérieur de l'ensemble plus vaste des biens affectés à l'entreprise. Les biens qui sont compris dans le fonds de commerce sont d'ailleurs de nature diverse : ce sont des biens corporels, comme les marchandises composant le stock, mais aussi des biens incorporels, comme une marque de fabrique.

Cependant cet ensemble de biens passablement disparates présente une réelle unité résultant de leur affectation à l'exploitation de l'entreprise commerciale. L'on dit aussi qu'ils sont destinés à capter et à retenir une *clientèle*. Nous verrons par la suite que la clientèle est à la fois la condition de l'existence du fonds et le lien qui en assure l'unité.

441. Le Code de commerce de 1807 a ignoré le fonds de commerce. Il est vrai qu'à l'époque, l'expression de fonds de commerce, bien qu'elle fût connue de la pratique, ne visait, semble-t-il, que les éléments corporels de l'exploitation commerciale, essentiellement le matériel et les marchandises. Ce n'était pas encore une institution juridique. Mais au cours du XIX^e siècle, les commerçants prirent peu à peu conscience de la valeur que les éléments incorporels et surtout l'existence d'une clientèle, pouvaient conférer à leur entreprise. La première loi concernant le fonds de commerce fut, en 1872, une loi fiscale qui assujettissait les cessions de fonds de commerce à un régime semblable à celui des mutations d'immeubles. Puis une loi du 1^{er} mars 1898 consacra le droit pour un commerçant de constituer au profit d'un créancier un nantissement sur son fonds de commerce.

La loi du 17 mars 1909, *relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, était d'une tout autre ampleur. Ses dispositions sont passées aujourd'hui dans les articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce, (sous le titre IV du livre I^{er}). La loi, qui répondait surtout à des préoccupations pratiques, ne donne aucune définition du fonds de commerce et, ce qui est peut-être plus regrettable, ne se soucie pas de son insertion dans le cadre plus général du droit des biens. Elle se contente d'organiser les deux opérations les plus courantes, la cession et le nantissement, afin d'en assurer l'efficacité pratique, tout en assurant la protection des tiers.

La loi de 1909 a été plusieurs fois modifiée, mais sur des points secondaires. En dehors d'elle, sont intervenus des textes qui portent sur des aspects parfois importants en pratique. Ainsi, la loi du 29 juin 1935, qui visait la protection des acheteurs de fonds de commerce, et la loi du 20 mars 1956 relative à la location-gérance de fonds de commerce.

442. Cet ensemble législatif a, pour l'essentiel, satisfait la pratique. L'on peut cependant lui adresser deux reproches. Tout d'abord, la loi du 17 mars 1909 en consacrant une conception quelque peu étriquée du fonds de commerce, sans véritable justification théorique, n'a pas permis à la notion d'évoluer. En s'élargissant, le fonds de commerce aurait pu s'identifier au patrimoine de l'entreprise. Mais la jurisprudence n'a pas trouvé le moyen de dépasser la notion analytique du fonds de commerce, qui était celle des textes et qui se ramenait à une énumération limitée de ses éléments. Un autre reproche porte sur la place sans doute excessive que la jurisprudence a donné à la clientèle, considérée comme élément essentiel du fonds de commerce. Les règles relatives au fonds de commerce profitent surtout au petit commerce de détail, car la clientèle est un facteur de valorisation de la petite entreprise. Si l'on excepte le contrat de location-gérance, la technique du fonds de commerce ne présente qu'un intérêt limité pour les moyennes et grandes entreprises. Leurs actifs ont une valeur si considérable que la prise en compte de la clientèle n'apporte pas grand-chose à leur valorisation.

Aussi l'institution reste-t-elle propre au droit français et ne trouve pas d'homologue dans les droits étrangers. Certes, il existe un point commun aux différents droits nationaux : tous cherchent, d'une manière ou d'une autre, à reconnaître l'apport supplémentaire de valeur que réalise l'organisation des éléments de l'entreprise et qui fait qu'une entreprise a normalement un prix supérieur à la somme des éléments qui la composent. Mais ils le font par des voies différentes. Le droit allemand, qui ignore la notion de fonds de commerce, a élaboré la théorie de la *firma*, c'est-à-dire de la transmission du nom commercial, support de la valeur économique de l'entreprise. Les droits anglo-saxons ne retiennent pas non plus la notion de fonds de commerce mais celle, plus plastique, de *goodwill*. C'est pourquoi il est peu vraisemblable qu'une harmonisation des législations nationales s'impose dans le cadre européen.

Après avoir présenté la notion de fonds de commerce (Section 1), il conviendra d'étudier les principaux contrats dont il est l'objet : la vente (Section 2) et la location-gérance (Section 3) ainsi que les sûretés réelles dont il peut constituer l'assiette (Section 4).

Section 1

La notion de fonds de commerce

443. Le Code de commerce ne donne pas de définition synthétique du fonds de commerce. Il se contente d'en énumérer les éléments à propos de deux opérations, la vente et le nantissement du fonds. La jurisprudence et la doctrine ont suppléé cette absence en décidant que la clientèle constitue le ciment du fonds de commerce, dont elle assure l'unité. Connaissant la *composition* du fonds de commerce (§ 1) et la *fonction de la clientèle* (§ 2), il sera possible de se prononcer sur la *nature juridique* et les *caractères* du fonds de commerce (§ 3).

§ 1. Le fonds considéré comme ensemble de biens : la composition du fonds de commerce

444. Le fonds de commerce comporte certains biens qui sont affectés à l'entreprise commerciale. Mais d'autres biens, tout aussi importants, quoique soumis à la même affectation, en sont exclus. La notion de fonds de commerce est ainsi marquée d'une contradiction fondamentale. D'un côté, l'affectation à l'exploitation de l'entreprise commerciale est le critère qui commande la composition et l'unité du fonds. Mais, d'un autre côté, le droit positif exclut du fonds certains éléments qui ont la même affectation. On verra quelles sont les raisons de cette contradiction.

A Les biens compris dans le fonds de commerce

445. Le Code de commerce énumère les éléments susceptibles de faire partie du fonds de commerce. Cependant l'énumération diffère selon qu'elle est faite à propos de la vente ou du nantissement.

S'agissant de la vente, l'article L. 141-5, alinéa 2, pose un principe.

Art. L. 141-5, al. 2, C. com. Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce... ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Il résulte de l'article L. 141-5, alinéa 2, que la composition du fonds est laissée en principe à la volonté des parties. Elles peuvent y inclure tel ou tel élément de leur choix. Cependant le texte suggère qu'elles doivent au minimum y faire figurer, lorsqu'ils existent, l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail et l'achalandage.

Mais, à propos du nantissement du fonds, le Code donne une énumération non seulement différente mais encore limitative de ses éléments.

Art. L. 142-2 C. com. Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés.

La liste des éléments est ici une liste close, comme le montre la phrase « sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement... ».

446. On en conclut que l'article L. 142-2 constitue l'exception, propre au nantissement du fonds de commerce, et que la disposition de l'article L. 141-5, alinéa 2, fait figure de principe. D'une part, l'énumération de l'article L. 141-5, alinéa 2, vaut non seulement pour la vente, mais aussi, d'une façon générale, pour toutes les opérations autres que le nantissement, comme la location-gérance, le bail commercial ou l'apport en société du fonds de commerce. D'autre part, les parties à la vente ou à une autre opération peuvent évidemment inclure dans le fonds de commerce, si elles le souhaitent, les éléments que l'article L. 142-2 cite à propos du nantissement.

Sur cette base textuelle, il est possible d'énumérer les éléments pouvant être compris dans le fonds de commerce.

1 - Les éléments corporels

447. Ce sont d'abord le mobilier, le matériel et l'outillage servant à l'exploitation du fonds, en fait tous les meubles corporels destinés à l'exploitation, comme par exemple les véhicules et moyens de transport. Il faut y ajouter les marchandises constituant le stock de matières premières et de produits finis ou semi-finis, mais seulement dans le cas de la vente du fonds.

2 - Les éléments incorporels

448. Il résulte textuellement des articles L. 141-5, alinéa 2, et L. 142-2 du Code de commerce que peuvent faire partie du fonds de commerce certains éléments incorporels. Il s'agit plus précisément de droits sur des valeurs immatérielles et de certains droits de créance.

— L'enseigne et le nom commercial. Le nom commercial est la dénomination sous laquelle se fait connaître une entreprise commerciale et qui sert à la distinguer des entreprises concurrentes ⁴⁷⁰. Le nom commercial peut être le nom patronymique du commerçant personne physique ou la dénomination sociale de la société commerciale qui exploite l'entreprise. Il peut être également une dénomination de fantaisie. L'enseigne est une appellation ou un emblème qui indique au public le lieu où l'entreprise est exploitée. Le plus souvent l'enseigne est apposée de façon visible sur l'immeuble qui abrite un point de vente ou une activité commerciale.

— Le droit au bail. Il est fréquent que les commerçants exploitent leur fonds de commerce dans des locaux dont ils n'ont pas la propriété mais qu'ils ont pris en location. Le droit au bail, c'est-à-dire l'ensemble des droits du locataire commerçant contre son bailleur, présente une certaine valeur. En effet l'emplacement du fonds ainsi que la qualité des locaux peuvent jouer un rôle déterminant dans la conquête de la clientèle. De plus, comme nous le verrons plus tard (*infra*, n° 561), la loi confère une stabilité particulière au locataire commerçant en lui reconnaissant le droit au renouvellement du bail, ce qui accroît évidemment la valeur du droit au bail. Enfin, le contrat de bail est cessible, nonobstant toute clause contraire, à condition que la cession accompagne celle du fonds de commerce ⁴⁷¹.

— Les droits de propriété intellectuelle. Ce sont les brevets d'invention, les marques, les dessins et modèles (*infra*, n° 648 et s.) et les droits de propriété littéraire et artistique.

À cette énumération classique, l'article L. 142-2 du Code de commerce ajoute les *licences*. Le terme est équivoque. Il peut s'agir, au sens strict, de la licence d'un droit de propriété industrielle, comme une licence de marque de commerce, qui confère au commerçant la jouissance d'une marque dont il n'est pas propriétaire. Un tel droit de jouissance est évidemment compris dans le fonds de commerce. Mais au sens large, il peut aussi s'agir d'une licence portant sur autre chose qu'un monopole légal, comme une licence de savoir-faire (*infra*, n° 656 et s.) ou même un contrat de franchise (*infra*, n° 1052 et s.). Rien ne semble s'opposer à ce qu'une licence de savoir-faire ou un contrat de franchise puisse être compris dans le fonds de commerce. Enfin, les textes visent expressément, comme inclus dans le fonds de commerce, la *clientèle* et l'*achalandage*. Nous verrons plus loin dans quel sens il faut comprendre cette disposition.

449. La doctrine estime que l'énumération légale n'a pas un caractère limitatif. Doivent également faire partie du fonds de commerce des droits qui sont nécessaires ou utiles à l'exploitation commerciale ⁴⁷². Il en est ainsi des autorisations administratives qui conditionnent juridiquement l'exploitation du fonds, comme l'autorisation d'ouverture d'un débit de boissons ou la licence d'un transporteur routier. Elles sont nécessaires à l'exploitation du fonds. Allant plus loin, il est admis en jurisprudence que certains droits de créances sont rattachés au fonds lorsqu'ils sont économiquement utiles à son exploitation. Il en est ainsi des droits résultant d'un contrat d'assurance. Mais les autres créances ne sont pas comprises dans le fonds de commerce. La Cour de cassation a décidé qu'un contrat de concession exclusive de vente conclu avec un fournisseur n'était pas transmis de plein droit avec le fonds de commerce ⁴⁷³.

B Les éléments qui ne font pas partie du fonds de commerce

450. De façon paradoxale, le fonds de commerce ne comprend pas tous les biens qui sont affectés à l'exploitation de l'entreprise commerciale. Bien que la jurisprudence ait estimé que l'énumération légale n'avait pas un caractère limitatif, elle en a exclu, par principe, certains éléments. Elle s'est appuyée pour cela sur la théorie générale des biens, ce qu'avait omis de faire le législateur de 1909 lorsqu'il avait introduit dans notre droit la protection des propriétaires de fonds de commerce.

1 - L'exclusion des immeubles

451. La jurisprudence a toujours estimé que les immeubles, même lorsqu'ils étaient affectés à l'exploitation commerciale, n'étaient pas compris dans le fonds de commerce. Ainsi en est-il des fonds de terre et des constructions dont le commerçant est propriétaire.

Pour des raisons historiques, les immeubles ont été traditionnellement exclus de l'activité commerciale. Certes, cette raison a aujourd'hui beaucoup perdu de sa force et l'on a vu que l'achat d'immeuble en vue de la revente est maintenant considéré comme une activité commerciale (*supra*, n° 133). En théorie pure, rien ne s'y opposait, car le fonds de commerce, considéré comme un ensemble, reste distinct des éléments qui le composent. Mais la force de la tradition l'a emporté. La jurisprudence n'a pas osé interpréter trop largement le texte de la loi et transgresser la distinction fondamentale entre les meubles et les immeubles. Elle a considéré que le fonds de commerce, auquel elle reconnaît une nature essentiellement mobilière, ne pouvait pas inclure les immeubles.

La jurisprudence a même décidé que les immeubles par destination ne faisaient pas partie du fonds de commerce ⁴⁷⁴. Ainsi, le matériel, l'outillage et les véhicules, lorsqu'ils sont affectés à l'exploitation de l'immeuble, ne sont pas compris dans le fonds de commerce. La destination immobilière l'emporte sur la destination mobilière du fonds de commerce.

Conséquence. Si le commerçant est propriétaire des locaux dans lesquels est exploitée son entreprise, en cas de vente de celle-ci, il doit passer deux actes différents : la vente de l'immeuble, d'une part, et la vente de son fonds de commerce, d'autre part, les deux actes relevant de régimes différents.

2 - L'exclusion des créances et des dettes

452. Le fonds de commerce n'est pas un patrimoine d'affectation. Il ne comporte pas les créances, nées de l'exploitation. Il ne comporte pas non plus le passif de l'entreprise. Il en résulte que, en cas de cession du fonds, le cessionnaire n'acquiert pas les créances et ne prend pas en charge les dettes nées à l'occasion de l'exploitation ⁴⁷⁵.

La jurisprudence n'a pas osé transgresser le principe de l'unité du patrimoine, lié à la personne. Elle s'est refusé à admettre que les créances et les dettes, nées de l'exploitation, puissent faire partie du fonds de commerce. Elle a refusé la logique de l'affectation à l'activité commerciale et s'en est tenue à la conception de l'énumération arbitraire des éléments du fonds de commerce, voulue par la loi de 1909 ⁴⁷⁶.

Il en résulte que les contrats conclus par l'exploitant du fonds de commerce, à l'occasion de son activité commerciale, ne sont pas non plus des éléments du fonds et ne sont pas transmis avec lui ⁴⁷⁷. Des lois spéciales admettent cependant quelques exceptions limitées dans le cas du contrat de travail ⁴⁷⁸, du contrat d'assurance, du contrat d'édition et du bail commercial.

Certes, il est possible techniquement de céder les créances à l'acquéreur du fonds de commerce. Mais il faut pour cela procéder à une cession séparée des créances, dans les formes civiles de la cession de créance de l'article 1690 du Code civil. De même, il est possible par une stipulation particulière de prévoir que le cessionnaire du fonds prendra en charge les dettes afférentes à l'exploitation du fonds de commerce. Il existe deux techniques pour arriver à ce résultat : 1° *la cession de dette*, à condition pour le débiteur qui cède son fonds de commerce d'obtenir le consentement de son créancier (le cédé) ⁴⁷⁹ ; 2° *la délégation*, mais qui ne libérera véritablement le débiteur cédant son fonds de commerce que si le créancier (le délégataire) déclare expressément le décharger. Lorsque ce n'est pas le cas, la délégation est imparfaite et le débiteur qui cède son fonds de commerce (délégant) reste tenu avec l'acquéreur (délégué) de la dette envers le délégataire (art. 1275 C. civ.) ⁴⁸⁰.

Une autre solution peut être de constituer une société commerciale à laquelle le commerçant fait apport de son fonds de commerce, de ses créances et de ses dettes, puis de céder l'intégralité des parts sociales représentant le capital de la société. L'opération peut être fiscalement plus intéressante, mais elle ne procure évidemment pas le même résultat économique que la cession directe du fonds de commerce.

453. Lorsque l'entrepreneur individuel adopte le statut de l'EIRL, non seulement le fonds de commerce mais encore les dettes et les créances nées de l'exploitation de l'entreprise font partie du patrimoine affecté. En effet, l'article L. 526-17 du Code de commerce organise la cession de

l'intégralité du patrimoine affecté. Les dispositions relatives à la vente du fonds de commerce sont alors inapplicables (v. *infra*, n° 465).

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

454. Parmi les éléments du fonds de commerce, le Code de commerce cite *la clientèle et l'achalandage*. L'achalandage n'est qu'une variété de la clientèle : c'est la clientèle qui est spécialement attirée par l'emplacement géographique du fonds. Mais la distinction est de peu de portée et, pour simplifier, nous n'utiliserons par la suite que le terme de clientèle, qui est le terme général.

A La notion de clientèle

455. Littéralement, le Code de commerce fait de la clientèle un élément du fonds de commerce. De même, la jurisprudence y voit l'élément essentiel, « celui sans lequel un fonds ne saurait exister » ⁴⁸¹. Il reste alors à définir la clientèle.

Si l'on définit la clientèle comme étant, dans son sens propre, l'ensemble des clients, actuels ou même potentiels d'un commerçant, il est impossible d'en faire un élément du fonds de commerce. Les clients ne sauraient être un objet de propriété et le commerçant n'a aucun droit sur eux. Il ne peut leur interdire de le quitter et de s'adresser à la concurrence. L'idée de clients qui feraient durablement partie du fonds de commerce est proprement insoutenable.

C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine interprète la notion de clientèle dans un sens figuré : elle serait le but ou mieux encore la *qualité essentielle* du fonds. Et comme cette qualité a une valeur, il n'est pas impossible de considérer la clientèle comme un élément du fonds : une valeur supplémentaire venant s'ajouter à celle des autres éléments. Le fait que le fonds soit exploité, qu'il soit immédiatement apte à attirer des clients, confère aux autres éléments corporels ou incorporels une plus-value. C'est cette plus-value qu'exprime finalement la notion de clientèle.

Cette réalité de la clientèle se traduit par l'existence d'un marché des fonds de commerce, marché qui confronte une offre et une demande de fonds de commerce actuellement exploités, pourvus d'une clientèle, et qui aboutit à la formation d'un prix.

D'ailleurs, la clientèle fait l'objet d'une certaine protection juridique. L'action en concurrence déloyale permet à l'exploitant du fonds de commerce de s'opposer à un détournement de clientèle par des moyens illégitimes (*infra*, n° 641). Les tribunaux reconnaissent la validité des clauses de non-concurrence, lorsqu'elles sont destinées à valoriser la clientèle (*infra*, n°s 604 et 605). La clientèle constitue donc une valeur reconnue et, dans une certaine mesure, protégée.

456. Comme la clientèle est inséparable des autres éléments du fonds de commerce, puisqu'elle en est l'élément fédérateur, elle ne saurait exister sans eux. Cependant, selon les circonstances, le lien peut être plus ou moins fort avec certains éléments. Dans certains cas, la clientèle sera attachée à l'emplacement de l'entreprise (on parle de clientèle de proximité), notamment au droit au bail. Dans d'autres, elle sera plutôt attachée à la marque du produit vendu par un commerçant. La jurisprudence en conclut que certains éléments sont déterminants pour le rattachement de la clientèle. Elle les désigne comme étant les *éléments essentiels* du fonds de commerce ⁴⁸².

457. Récemment, la notion de clientèle virtuelle est apparue pour désigner la clientèle d'un fonds

de commerce électronique (ou numérique) ⁴⁸³. En effet, les sites web marchands constituent de véritables fonds de commerce, qui valent parfois très chers. De nouveaux éléments attractifs de la clientèle sont nés par la même occasion, par exemple le référencement (l'équivalent de l'emplacement géographique) ou le nom de domaine (l'équivalent de l'enseigne).

B Fonction de la clientèle

458. La clientèle est en premier lieu la condition d'existence du fonds de commerce (*infra*, n° 528). Pour exister, être acheté, vendu, donné en gérance ou constituer l'objet d'un nantissement, le fonds doit être exploité. Dès que cesse l'activité, le fonds disparaît en tant que tel, car il n'a plus de clientèle et n'a plus de valeur ⁴⁸⁴. Son unité est rompue. Seuls subsistent des éléments corporels ou incorporels séparés ⁴⁸⁵.

Exceptionnellement, le fonds peut toutefois exister avant d'être en activité, s'il existe déjà une clientèle potentielle mais *certaine*. Tel est le cas, par exemple, des stations-services situées sur les autoroutes. La jurisprudence considère que la clientèle constituée par les conducteurs de véhicules (dont les possibilités de choix sont limitées) préexiste à l'ouverture du fonds de commerce ⁴⁸⁶. Selon la Cour de cassation, dans ces circonstances, la clientèle n'est pas seulement potentielle ou en puissance, mais réelle et certaine.

459. La clientèle a en second lieu une fonction de qualification de certaines opérations juridiques. Dans le cas de la vente, le contrat sera qualifié de vente de fonds de commerce, soumise aux règles spéciales à ce genre de contrat, si, parmi les éléments qui sont l'objet de la vente, figurent un ou plusieurs éléments essentiels, propres à retenir la clientèle. À l'inverse, la vente ne sera pas une vente de fonds de commerce, mais une vente d'éléments isolés, si, parmi les éléments vendus ne figure aucun élément essentiel, propre à retenir la clientèle. Si, par exemple, la clientèle est attachée à la marque de fabrique et si celle-ci n'est pas comprise dans la vente, le contrat ne pourra pas être qualifié de vente de fonds de commerce. Ce sera une vente d'éléments séparés. Par exemple encore, si la clientèle est attachée à l'emplacement des locaux loués et si le droit au bail n'est pas compris dans la vente, le contrat ne sera pas une vente de fonds de commerce.

Dans un cas extrême, la vente d'un seul élément, si celui-ci est l'élément essentiel, pourra être qualifiée de vente de fonds de commerce. Par exemple la cession du seul droit au bail pourra constituer une vente du fonds si, à lui seul, l'emplacement suffit à rallier la clientèle ⁴⁸⁷.

460. Une question de qualification peut également se poser à propos du louage. Le contrat est-il un contrat de bail de locaux à usage commercial, ou un contrat de location-gérance du fonds de commerce ? Dans le premier cas, le contrat sera régi par les articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce et, dans le second, par les articles L. 144-1 et suivants du code. Ici encore, c'est l'objet du contrat qui commande sa qualification juridique. Si le contrat de louage porte sur un ou plusieurs éléments essentiels, propres à retenir la clientèle, on aura affaire à un contrat de location-gérance de fonds de commerce.

Il y a plusieurs années, la question s'est posée à propos des relations entre les compagnies pétrolières, fournisseurs d'hydrocarbures, et les gérants de stations-services distribuant l'essence au détail. Très souvent, la compagnie pétrolière est propriétaire des locaux, des pompes et des cuves de stockage, qu'elle met à la disposition du gérant, commerçant indépendant qui revend sous la marque de la compagnie pétrolière. Quelle est alors la nature du contrat qui unit la compagnie au gérant de la station ? Les gérants des stations-service soutenaient que le contrat ne portait que sur les locaux et les installations et que le contrat était un bail commercial. En somme, les gérants des stations-service estimaient qu'ils étaient des commerçants propriétaires de leur fonds de commerce, simples locataires des locaux et des installations. Ils pouvaient alors prétendre à l'application du statut

protecteur des baux commerciaux qui leur assurait un bail de neuf ans et le renouvellement à l'expiration de chaque période contractuelle (*infra*, n° 539 et 561 et s.). À l'inverse, les compagnies pétrolières soutenaient qu'elles étaient propriétaires non seulement des locaux et des installations, mais encore du fonds de commerce dont la clientèle était attachée à leur marque. Dès lors, selon elles, le gérant avait la qualité de locataire-gérant du fonds de commerce. Or le contrat de location-gérance est généralement un contrat à durée indéterminée, pouvant prendre fin à tout moment par la volonté unilatérale de l'une des parties et n'ouvrant aucun droit au renouvellement.

La qualification du contrat était donc déterminante. Elle dépendait de l'attribution de la propriété du fonds de commerce, et par conséquent de l'attribution de la clientèle de la station-service. Les tribunaux ont recherché, très logiquement, à qui devait être attribuée la clientèle : à l'exploitant, en raison de son activité personnelle, ou à la compagnie pétrolière, en raison de la marque lui appartenant ? Finalement, la jurisprudence a retenu que la clientèle, constituée par les automobilistes empruntant une autoroute, était liée à l'emplacement de la station et à la marque de la compagnie pétrolière plutôt qu'à l'activité personnelle du gérant. Celui-ci n'était pas propriétaire du fonds de commerce de la station mais seulement locataire-gérant du fonds il ne pouvait pas prétendre à la protection résultant du statut des baux commerciaux ⁴⁸⁸.

461. Une question analogue s'est posée à propos du contrat de franchise commerciale. Elle oppose le propriétaire des locaux au franchisé qui exploite le fonds de commerce dans les lieux. Le propriétaire des locaux soutient que le franchisé ne dispose pas d'une autonomie suffisante pour lui permettre de s'attacher une clientèle et que celle-ci appartient au franchiseur. Le franchisé soutient au contraire qu'il est propriétaire du fonds de commerce, créé par son activité personnelle, qu'il est titulaire d'un bail commercial et qu'il peut prétendre à une indemnité d'éviction. Dans un premier temps, la cour de Paris avait admis que la clientèle est en principe attachée au franchiseur, sauf au franchisé à démontrer qu'il a créé et développé la clientèle par son activité personnelle et grâce au contrat de bail ⁴⁸⁹. Puis la même juridiction est revenue sur sa jurisprudence et a décidé, dans deux arrêts du 4 octobre 2000, que le franchisé disposait d'une clientèle autonome par rapport à celle du franchiseur, et qu'il était propriétaire du fonds exploité dans les lieux ⁴⁹⁰. À son tour, dans un arrêt *Trévisan* du 27 mars 2002, la Cour de cassation a pris clairement parti en donnant raison à une cour d'appel d'avoir jugé que « la clientèle n'existait que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé » et que cette clientèle faisait partie « du fonds du franchisé ». La Cour de cassation retient trois arguments principaux : 1° le franchisé exploite son entreprise à ses risques et périls ; 2° les éléments attractifs de la clientèle appartiennent certes au franchiseur, mais le franchisé en a la maîtrise (dans le contrat de franchise, le franchiseur confère au franchisé, moyennant le paiement d'un droit d'entrée dans le réseau et de redevances, le droit d'utiliser sa marque, son savoir-faire, etc. ; 3° le franchisé a une clientèle qui est locale et le franchiseur a, de son côté, une clientèle nationale ⁴⁹¹.

Enfin une question identique s'est récemment posée à propos de la clientèle du commissionnaire-affilié. La Cour de cassation ⁴⁹², dans l'affaire *Chattawak*, a cassé l'arrêt par lequel la cour d'appel avait qualifié le commissionnaire-affilié d'agent commercial, sans rechercher s'il n'était pas titulaire d'un contrat de bail commercial en vue de l'exploitation de son fonds de commerce. Ici encore, l'attribution d'une clientèle commandait la qualification du contrat.

§ 3. La nature juridique du fonds de commerce : une universalité de fait

462. Selon la théorie traditionnelle du droit des biens, ceux-ci sont soit des choses, qui se confondent avec le droit de propriété dont elles sont l'objet, soit des droits, droits réels démembres

ou droits de créance. Comme les monopoles d'exploitation tels les brevets ou les marques, ne trouvaient leur place dans aucune de ces catégories, la doctrine du ^{xx} siècle en a fait une catégorie à part, celle des droits intellectuels ou droits de clientèle, intermédiaire entre le droit réel et le droit de créance. Il était tentant d'y faire entrer le fonds de commerce, qui, semblable aux monopoles légaux, n'est ni une chose, ni un droit de créance.

Les *droits intellectuels* présentent la particularité de protéger des créations de l'esprit, comme une invention, une marque distinctive ou une création littéraire. La protection consiste en un droit exclusif d'exploitation que la loi reconnaît au créateur. Mais il faut reconnaître que le fonds de commerce entre difficilement dans la catégorie des droits intellectuels. D'une part, il résulte davantage d'une activité commerciale que d'une création de l'esprit. D'autre part, la loi ne reconnaît aucun monopole d'exploitation au titulaire du fonds de commerce.

La notion de *droit de clientèle* a été inventée par Roubier ⁴⁹³ pour désigner des biens incorporels qui ont pour but la conquête et la conservation d'une clientèle. Ainsi, les droits de propriété industrielle : brevet d'invention, marque ou dessins et modèles protégés. Le fonds de commerce se caractérisant lui-même par sa clientèle, il était légitime de le placer dans la même catégorie. Poussant l'idée à l'extrême, Ripert a même soutenu que le fonds de commerce était un *droit à la clientèle*, reconnu et protégé par le droit positif, notamment par la reconnaissance d'une action en concurrence déloyale, accordée au titulaire du fonds contre tous ceux qui détournent la clientèle à leur profit par des moyens illégitimes. Mais le rapprochement du fonds de commerce et des droits de propriété industrielle au sein d'une même catégorie a quelque chose d'artificiel. Les droits de propriété industrielle sont des droits exclusifs reconnus par la loi. Au contraire, le fonds de commerce ne confère aucun droit exclusif à son titulaire.

463. La doctrine contemporaine a tendance à penser que les droits intellectuels et les droits de clientèle sont des catégories inutiles. Il suffit d'adopter une définition élargie du droit réel, notamment du droit de propriété, en reconnaissant que celui-ci ne porte pas nécessairement sur une chose corporelle mais qu'il peut tout aussi bien se concevoir comme ayant un objet immatériel reconnu par la loi. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que le fonds de commerce, valeur immatérielle, soit l'objet d'un droit de propriété, d'un droit d'usufruit ou d'un nantissement. Il faut donc distinguer le droit qui porte sur le fonds de commerce et le fonds lui-même, qui n'est pas un droit mais une valeur reconnue par le droit.

464. On comprend mieux dès lors quels sont les caractères du fonds de commerce.

En premier lieu, le fonds de commerce est un ensemble d'éléments divers, corporels et incorporels. C'est une universalité de fait, affectée à l'exploitation d'une activité commerciale.

En deuxième lieu, le fonds de commerce est un bien distinct des éléments qui le composent. C'est un bien incorporel, alors même qu'il comprend des biens corporels. Au sein de l'ensemble, les éléments peuvent varier. Certains peuvent disparaître, d'autres, qui n'y figuraient pas à l'origine, peuvent y entrer au cours de l'exploitation. Le stock de marchandises et l'outillage se renouvellent. Au sein de l'universalité de fait, joue le mécanisme de la subrogation réelle, un élément prenant automatiquement la place d'un autre parce qu'il reçoit la même affectation. Le fonds conserve ainsi son identité dans la durée.

En troisième lieu, le fonds de commerce est un meuble. Dans la conception civiliste traditionnelle, les immeubles constituent une catégorie fermée, car leur énumération légale est fixée de façon limitative. Lorsque sont apparus de nouveaux biens, inconnus du Code civil, ce qui était le cas du fonds de commerce, il fallut les ranger, tant bien que mal, dans la catégorie des meubles.

Pourtant, le statut mobilier s'applique imparfaitement au fonds de commerce. Étant un meuble incorporel, il n'est pas susceptible de possession et l'article 2276 lui est inapplicable. La Cour de cassation l'a dit explicitement dans un important arrêt rendu par la chambre commerciale le 7 mars 2006 : « l'article 2279 [2276 aujourd'hui] du Code civil ne s'applique qu'aux seuls meubles corporels individualisés ; que la licence d'exploitation d'un débit de boissons ayant la même nature de meuble incorporel que le fonds de commerce dont elle est l'un des éléments et ne se transmettant pas par simple tradition manuelle, c'est à bon droit que la cour d'appel a écarté pour ladite licence d'exploitation la présomption prévue par ce texte » ⁴⁹⁴. Pourtant, l'application de la maxime de l'article 2276 C. civ. « En fait de meubles, possession vaut titre » aux fonds de commerce aurait son utilité. En effet, le fonds de commerce ne fait pas l'objet d'une publication (la publication de la vente du fonds est seulement à destination des créanciers), de sorte qu'en cas de litige entre deux

acquéreurs successifs du fonds, le conflit se règle selon la date de la vente, solution qui peut s'avérer injuste lorsque l'un de ces deux acquéreurs est en possession de bonne foi du fonds ⁴⁹⁵.

De plus, le statut juridique mobilier du fonds de commerce est économiquement inadapté. La fonction économique du fonds le rapproche des immeubles. D'ailleurs, des lois spéciales écartent souvent sa condition mobilière. Ainsi, la vente du fonds de commerce ressemble à bien des égards à la vente d'immeuble ; le privilège du vendeur de fonds de commerce est calqué sur le privilège du vendeur d'immeuble ⁴⁹⁶, le nantissement du fonds de commerce s'apparente à une hypothèque.

Section 2

La vente du fonds de commerce

465. La vente du fonds de commerce a d'abord été organisée par la loi du 17 mars 1909. Le législateur avait alors deux préoccupations. Il voulait en premier lieu protéger le vendeur à crédit d'un fonds de commerce. La vente à crédit est relativement fréquente, car l'achat d'un fonds représente un investissement important, surtout pour celui qui veut se lancer dans le commerce. L'acheteur compte financer son acquisition à l'aide des bénéfices de l'exploitation. Pour faciliter ce type d'opération, il fallait donner des garanties au vendeur. C'est pourquoi la loi aménageait, dès son article 1^{er}, le privilège du vendeur de fonds de commerce. En second lieu, le législateur de 1909 voulait protéger les créanciers du propriétaire contre la vente inopinée du fonds. Le fonds de commerce constitue souvent l'essentiel du gage des créanciers. La vente du fonds, si elle est suivie d'une dilapidation du prix, rend leur situation dangereuse. La loi de 1909 visait à renforcer le crédit des commerçants en protégeant leurs créanciers au moment de la vente du fonds.

Par la suite le législateur s'est soucié de la protection des acheteurs. Mal informés de la valeur exacte des fonds de commerce, exposés à des manœuvres dolosives, des apprentis commerçants se lancent trop souvent dans des opérations aventureuses en espérant réaliser des gains rapides. La loi du 29 juin 1935 a donc organisé l'information des acheteurs de fonds de commerce.

Les dispositions des deux lois du 17 mars 1909 et du 29 juin 1935 ont été incorporées dans le nouveau Code de commerce, dans un chapitre intitulé « De la vente du fonds de commerce » (art. L. 141-1 et s. ; art. R. 141-1 et s.). Cependant, lorsque le fonds de commerce est compris dans le patrimoine affecté à une EIRL, les dispositions des articles L. 141-1 à L. 141-22 sont déclarées inapplicables par l'article L. 526-17, III, du Code de commerce. La cession du patrimoine affecté est alors exclusivement régie par cette dernière disposition.

Le marché des ventes de fonds de commerce est très actif. En 2014, 43 800 fonds de commerce ont été rachetés pour un prix moyen de 189 000 euros ⁴⁹⁷.

L'on examinera successivement les conditions de formation du contrat de vente (§ 1), les effets du contrat entre les parties (§ 2), puis la protection des créanciers du vendeur (§ 3).

§ 1. Les conditions de formation du contrat de vente

466. Ces conditions sont de deux sortes : les conditions de validité des contrats en général et les conditions de validité spéciales à la vente de fonds de commerce.

A Conditions générales de validité des contrats

467. Il convient d'examiner les conditions tenant au consentement, à la capacité et à l'objet.

1 - Le consentement des parties

468. Le consentement de chacune des parties doit être exempt de vice. Celui du vendeur ne soulève pas de difficulté particulière. En revanche, il arrive que l'acheteur soit trompé sur la valeur réelle du fonds de commerce. Il est en effet difficile d'apprécier l'étendue d'une clientèle et les chances de profits qui sont liées à l'exploitation.

L'acheteur trompé peut-il invoquer l'*erreur* pour demander la nullité du contrat de vente ? Le droit civil retient, comme cause de nullité du contrat, l'erreur sur la substance de la chose, mais non l'erreur sur sa valeur. Cependant la jurisprudence commerciale, comme on l'a vu, voit dans la clientèle un élément essentiel, donc la substance du fonds de commerce. L'erreur sur l'importance de la clientèle est considérée comme une erreur sur la substance, entraînant la nullité de la vente. Encore faut-il que l'erreur ait été déterminante ⁴⁹⁸.

Dans la ligne de ce raisonnement, la jurisprudence admet aussi que l'acheteur trompé puisse agir en *garantie* contre son vendeur. Le fait que la clientèle soit manifestement moins importante que ne l'avait fait croire le vendeur est assimilé à un vice caché de la chose vendue. L'acheteur peut alors obtenir soit la résolution du contrat, soit une diminution du prix.

Enfin, 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, en raison de la défaillance d'un locataire-gérant ⁴⁹⁹, il commet un *dol*. Ici encore l'acheteur peut demander l'annulation de la vente ⁵⁰⁰.

2 - La capacité

469. Du côté du vendeur, la capacité requise est celle qui est exigée pour passer un acte de disposition. La capacité pour consentir une aliénation mobilière devrait en principe suffire. Mais, en raison de la valeur que représente le fonds de commerce, des dispositions particulières du Code civil exigent souvent la capacité requise pour consentir les aliénations d'immeubles.

Quant à l'acheteur, la capacité commerciale est requise, car il doit, en principe, exploiter lui-même le fonds qu'il acquiert ⁵⁰¹.

3 - L'objet des obligations

470. L'obligation du vendeur a pour objet le fonds de commerce. Les parties déterminent librement les éléments qui sont compris dans la vente. Il n'est pas nécessaire que tous les éléments y figurent. Cependant les éléments essentiels, ceux qui sont nécessaires à la conservation de la clientèle, doivent être compris dans la vente. Sinon, la cession ne serait pas une vente de fonds de commerce, avec les conséquences qu'y attache le Code de commerce, mais une vente d'éléments séparés (*supra*, n° 459).

L'obligation de l'acheteur a pour objet le paiement du prix. Celui-ci doit être déterminé ou déterminable. L'article L. 141-5 du Code de commerce prévoit que des prix distincts sont établis pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises. Cette ventilation du prix est nécessaire pour que naisse le privilège du vendeur. Elle n'est cependant pas une condition de la validité de la vente.

Il arrive que, pour des raisons fiscales, les parties soient tentées de dissimuler une partie du prix. La dissimulation est frappée de peines correctionnelles sévères ⁵⁰².

B Conditions spéciales aux ventes de fonds de commerce. Les mentions obligatoires

471. Dans le souci de protéger le consentement de l'acheteur de fonds de commerce, l'article L. 141-1 du Code de commerce, impose la présence de certaines mentions dans l'acte de vente. Ces *mentions obligatoires* ont pour but d'informer l'acheteur sur la réalité et la valeur du fonds. Ce sont : 1) des renseignements relatifs à une précédente vente, comme le nom du vendeur, la date de la vente et le prix ; 2) l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ; 3) le chiffre d'affaires et le résultat d'exploitation ⁵⁰³ réalisés au cours des trois dernières années ; 4) des renseignements relatifs au bail, lorsque le fonds est exploité dans des lieux qui sont loués.

Ainsi l'article L. 141-1 institue, dans le cas de la vente de fonds de commerce, une obligation précontractuelle de renseignement. Cette disposition, qui, à l'origine, résultait de la loi du 29 juin 1935, préfigurait ce qui, beaucoup plus tard, allait trouver son expression générale, notamment dans les rapports entre professionnels et consommateurs.

L'acheteur est d'ailleurs en mesure de vérifier la véracité des mentions obligatoires. L'article L. 141-2 du Code de commerce prévoit en effet que, au jour de la cession, le vendeur et l'acheteur visent les livres comptables tenus durant les trois derniers exercices et qu'il en est dressé un inventaire. Ces livres sont tenus à la disposition de l'acheteur pendant trois ans.

472. Quelle est la sanction des mentions obligatoires ? La loi distingue selon que les mentions font totalement défaut, il y a alors omission des mentions obligatoires ou qu'elles figurent dans l'acte mais sont inexactes.

1 - Sanction de l'omission des mentions obligatoires

Art. L. 141-1, II C. com. L'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente.

473. La sanction est alors la *nullité* de la vente. Cette nullité n'est pas, comme on pourrait le penser, une nullité absolue pour non-respect des formes obligatoires. C'est une nullité relative, édictée pour la protection de l'acheteur. La vente de fonds de commerce n'est pas un contrat solennel. D'où les conséquences suivantes : seul l'acheteur peut invoquer la nullité de l'acte et il peut y renoncer, une fois l'acte signé ; le vendeur ne peut pas s'en prévaloir ; le tribunal ne peut pas soulever la nullité d'office. Il ne s'agit donc pas d'une nullité d'ordre public ; de plus elle doit être invoquée dans le court délai d'un an, à compter du jour de la vente ⁵⁰⁴.

474. La disposition de l'article L. 141-1-II du Code de commerce soulève une difficulté d'interprétation. Le texte dispose que « l'omission peut entraîner la nullité... ». La Cour de cassation a donc décidé que la nullité était facultative ⁵⁰⁵.

La portée de ce caractère facultatif doit être expliquée. Il est clair que la simple omission, totale ou partielle, des mentions obligatoires ne suffit pas à entraîner la nullité de la vente. Encore faut-il que cette omission ait vicié le consentement de l'acheteur en provoquant son erreur. Si l'acheteur connaissait la véritable valeur du fonds, il ne peut obtenir la nullité ⁵⁰⁶. On a dit que l'omission des mentions n'était que le prélude à l'action en nullité pour erreur, en somme une condition de recevabilité de l'action. Un arrêt s'est prononcé en ce sens ⁵⁰⁷. Cela est difficile à admettre, car de toute manière l'action en nullité de droit commun pour erreur sur la substance ou pour dol ⁵⁰⁸, subsiste à côté de l'action spécialement prévue par l'article L. 141-1, II. Dans ces conditions, l'action spéciale n'ajouterait rien à l'action de droit commun. Pour donner toute sa portée à l'article L. 141-1, II, il faut considérer que l'omission des mentions obligatoires crée une *présomption légale* d'erreur en la

personne de l'acheteur. Mais cette présomption est simple et elle peut être renversée par la preuve contraire : le vendeur peut rapporter la preuve que l'acheteur connaissait la véritable valeur du fonds et qu'il ne commettait aucune erreur, cette preuve pouvant se faire par tous moyens ⁵⁰⁹. L'article L. 141-1-II a pour conséquence de renverser le fardeau de la preuve de l'erreur, ce qui, d'un point de vue pratique, est loin d'être indifférent.

Exemple. Début 2014, les époux X ont décidé de céder leur fonds de commerce, un hôtel-restaurant situé à Rennes. Ils ont fait part de leur intention à M^{me} Y, qui est leur employée depuis cinq ans. En effet, M^{me} Y s'occupe de la gestion et de la comptabilité. Lorsqu'elle a eu connaissance de la volonté de vendre des époux X, M^{me} Y a fait une offre d'achat que les époux X ont acceptée. La vente a eu lieu le 1^{er} décembre 2014. Aujourd'hui, M^{me} Y envisage de demander l'annulation du contrat de vente au motif que l'acte de vente ne mentionne pas le chiffre d'affaires. L'art. L. 141-1, II, C. com. exige la mention du chiffre d'affaires des trois dernières années. L'omission de cette mention peut entraîner la nullité de la vente (à la différence de l'inexactitude qui entraîne une diminution du prix, voire une résolution, selon son importance). Mais il s'agit d'une nullité facultative : le juge ne la prononcera que si le consentement de l'acheteur a été vicié. Or, ici, l'acheteur (M^{me} Y) connaissait la valeur du fonds puisqu'elle travaillait à la comptabilité.

2 - Sanction de l'inexactitude des mentions obligatoires

Art. L. 141-3 C. com. Le vendeur est, nonobstant toute stipulation contraire, tenu de la garantie à raison de l'inexactitude des énonciations dans les conditions édictées par les articles 1644 et 1645 du Code civil.

475. Le vendeur est alors simplement tenu à garantie. La vente est valable, mais l'acheteur peut, selon l'ampleur des inexactitudes ⁵¹⁰, demander soit la résolution judiciaire du contrat, soit une diminution du prix. Par analogie avec la solution admise dans le cas de l'omission des mentions obligatoires, l'on peut estimer que l'inexactitude des mentions emporte une présomption de l'existence du vice caché ⁵¹¹. Le vendeur pourra écarter l'action en garantie en démontrant que l'acheteur connaissait la valeur réelle du fonds.

Finalement, la sanction de l'omission ou de l'inexactitude des mentions obligatoires peut paraître relativement bénigne. Surtout si on la compare à la sévérité des mesures qui, aujourd'hui, tendent à la protection des consommateurs. Mais il est vrai que la vente du fonds de commerce est un contrat conclu entre commerçants, de qui l'on peut attendre une vigilance particulière.

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

476. Comme tout contrat de vente, la vente du fonds de commerce produit un double effet : elle transfère la propriété du fonds de commerce et elle fait naître des obligations à la charge des parties.

A Le transfert de propriété

477. Le fonds de commerce est, on l'a vu, un ensemble, une universalité, objet d'un droit de propriété (*supra*, n° 462 et s.). Logiquement, le contrat de vente devrait suffire à transférer la propriété de l'ensemble des éléments du fonds. En réalité, les choses ne sont pas aussi simples car la loi n'a pas osé tirer toutes les conséquences de l'universalité du fonds. Elle s'en tient à une demi-mesure, de sorte que les règles spéciales au transfert de certains éléments doivent également être respectées.

La vente entraîne indubitablement transfert de l'ensemble, c'est-à-dire du bien incorporel, que constitue le fonds de commerce. Comme la vente du fonds est un contrat consensuel et non un contrat solennel, le transfert de propriété s'opère entre les parties dès qu'elles sont d'accord sur la chose

et sur le prix (art. 1583 du Code civil).

La vente est également opposable aux tiers. Il faut cependant signaler deux exceptions : – la vente n'est opposable aux créanciers du vendeur qu'après l'accomplissement des formalités de publicité prévues par l'article L. 141-12 du Code de commerce (*infra*, n° 481 et s.) ; – tant que le vendeur ne s'est pas fait radier du registre du commerce (*supra*, n° 410), il reste solidairement tenu des dettes souscrites par l'acheteur à l'occasion de l'exploitation du fonds.

Le transfert de certains éléments du fonds de commerce exige, pour être opposable aux tiers, que soient respectées les formalités propres à ces éléments. Tel est le cas, en particulier, du transfert des droits de propriété industrielle. Pour être opposable aux tiers, la cession des brevets et des marques doit être inscrite à l'INPI. Le fait que ces biens soient inclus dans le fonds de commerce ne dispense pas de cette formalité spéciale. Les droits de propriété industrielle conservent une certaine individualité au sein du fonds. De même, le transfert de la propriété des éléments corporels suppose, pour être opposable aux tiers, que l'acheteur ait été mis en possession (art. 1141 C. civ.). Enfin, le transfert du droit au bail n'est opposable au bailleur qu'après la signification qui lui est faite de la cession du fonds.

B Les obligations des parties

478. Les obligations du vendeur. Le vendeur doit la délivrance et la garantie. La délivrance : il doit mettre tous les éléments compris dans la vente à la disposition de l'acheteur. L'obligation de garantie est double. Tout d'abord, le vendeur doit la garantie des vices cachés ⁵¹². Il garantit l'existence de la clientèle. Si la clientèle est moindre que ce que prévoyait l'acte de vente et, spécialement, si les mentions obligatoires de l'acte étaient inexactes, l'acheteur pourra demander la résolution ou la diminution du prix. Le vendeur doit également la garantie de son fait personnel. Cette obligation se traduit par une obligation de non-concurrence. Le vendeur ne doit pas se rétablir dans des conditions qui le conduiraient à faire concurrence à son acheteur. Il ne doit pas non plus se mettre au service d'un concurrent de l'acheteur. En pratique, l'obligation légale de non-concurrence est précisée par une clause particulière du contrat de vente (*infra*, n° 602). La créance de non-concurrence fait partie du fonds de commerce, car elle est l'expression de la clientèle du fonds. Elle se transmet automatiquement avec lui, de sorte que les acquéreurs successifs du fonds pourront la faire valoir à l'égard du vendeur originaire.

479. Les obligations de l'acheteur. La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix convenu. Si le prix est payable au comptant, en tout ou en partie, nous verrons plus loin qu'il faut tenir compte du droit d'opposition que la loi reconnaît aux créanciers du vendeur (*infra*, n° 486). Il est recommandé en pratique de consigner la somme chez un intermédiaire.

Si la vente est à crédit, l'article L. 141-5 du Code de commerce renforce la protection du vendeur en lui reconnaissant un privilège. Celui-ci doit être inscrit, dans les quinze jours de la vente, sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce ⁵¹³. Enfin, le vendeur qui n'est pas payé dispose d'une action en résolution de la vente. Cette action résolutoire est cependant soumise à l'accomplissement de deux formalités. Il faut d'abord que le vendeur ait régulièrement publié son privilège. Il faut ensuite que l'action en résolution ait été notifiée aux créanciers inscrits. En effet ceux-ci ont parfois intérêt à dédommager le vendeur afin d'éviter une résolution de la vente.

§ 3. La protection spéciale des créanciers du vendeur

480. Le fonds de commerce constitue souvent l'essentiel de la fortune du commerçant. Les créanciers chirographaires peuvent craindre qu'une mutation occulte, suivie de la dilapidation du prix, ne les prive de leur gage général. Afin d'assurer leur protection, la loi du 17 mars 1909 avait

prévu une mesure de publicité. Celle-ci est organisée aujourd'hui par l'article L. 141-12 du Code de commerce. Une fois prévenus de la vente, les créanciers peuvent faire opposition au paiement du prix par l'acheteur.

A La publicité de la vente

1 - Les formes de la publicité

481. Elles sont prévues par l'article L. 141-12 du Code de commerce. La publicité est double.

— Il faut d'abord procéder à la publication de la vente, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales.

Le journal d'annonces légales est celui de l'arrondissement ou du département dans lequel le fonds est exploité. La publication doit intervenir dans les quinze jours de la vente, à la diligence de l'acquéreur. L'article L. 141-13 du Code de commerce précise les énonciations qui doivent figurer dans l'extrait ou l'avis. Il faut également souligner un point qui est très important en pratique : l'article L. 141-13 dispose que la publicité doit être obligatoirement précédée de la formalité fiscale de l'enregistrement et cette obligation est prescrite à peine de nullité de la publication. L'enregistrement donne lieu à la perception du droit progressif prévu par l'article 719 CGI. Des textes récents organisent l'insertion dématérialisée des annonces dans une base de données consultable en ligne ⁵¹⁴.

— Il faut ensuite procéder à la publication d'un avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) ⁵¹⁵.

— Toutes ces formalités sont importantes en pratique. Tant qu'elles n'ont pas été régulièrement accomplies, dans les délais impartis, les créanciers du vendeur conservent leur droit d'opposition au paiement du prix ⁵¹⁶.

2 - Domaine de la publicité

482. L'article L. 141-12 du Code de commerce utilise une formule très large : « toute vente ou cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que toute attribution de fonds de commerce par partage ou licitation... ». Il faut donc rechercher, le cas échéant, sous l'acte apparent la réalité de la cession. Par exemple, il se peut qu'une cession de bail commercial dissimule une vente de fonds de commerce parce qu'elle s'accompagne de la cession de la clientèle et d'un engagement de non-rétablissement souscrit par le cédant. Il faut alors procéder à la publicité de la cession.

483. La question s'est posée en particulier dans le cas d'un fonds de commerce appartenant à une société de capitaux. Il arrive que toutes les parts sociales se trouvent réunies entre les mains d'un seul associé, à la suite du rachat par celui-ci des parts détenues par ses associés ou encore à la suite d'une succession héréditaire. Si ensuite l'associé unique cède la totalité des parts sociales à un acquéreur, peut-on dire que l'opération est assimilable à une cession du fonds de commerce ? En effet, d'un point de vue économique, la cession de la totalité ou de la quasi-totalité des parts sociales confère la maîtrise de la société et par suite la maîtrise de l'entreprise et du fonds. Ce problème de qualification s'est posé à propos de l'obligation de publier la vente, qu'impose l'article L. 141-12, mais à propos aussi de l'obligation de faire figurer dans l'acte les mentions obligatoires prévues par l'article L. 141-1 du Code de commerce.

En droit strict, la réponse ne fait pas de doute : la cession des parts sociales n'équivaut pas à une cession du fonds de commerce appartenant à la société. La cession des parts sociales et la cession du fonds ont des objets différents. Les parts sociales sont des droits contre la société mais ne donnent aucun droit sur l'actif de la personne morale. La cession des parts sociales n'a aucune répercussion sur le patrimoine de la personne morale. La personnalité morale fait écran entre l'associé et le patrimoine de la société. C'est la société,

personne morale, qui est seule propriétaire du fonds et qui le reste. Le fonds de commerce n'est pas cédé pour cette raison qu'il ne sort pas du patrimoine de la société. Sur la base de ces principes, la Cour de cassation a, à de nombreuses reprises, refusé d'assimiler une cession de parts sociales, même si elle porte sur la totalité des parts, à une cession de fonds de commerce ⁵¹⁷. Il faut cependant réserver le cas de la simulation voulue par les parties, lorsqu'il est établi que la cession des parts a pour seul but de tourner les règles relatives à la vente du fonds de commerce ⁵¹⁸. Certaines cours d'appel résistent cependant à la jurisprudence de la Cour de cassation et qualifient volontiers l'opération de vente de fonds de commerce. Elles admettent, semble-t-il, une volonté implicite de déguisement de la part des parties ⁵¹⁹.

3 - Fonction de la publicité

484. La publicité de la vente du fonds de commerce assure une fonction très précise qui la distingue d'autres publicités prévues par le droit commercial.

Elle a seulement pour but de protéger les *créanciers du vendeur* du fonds.

Les créanciers de l'acheteur sont protégés d'une autre manière : selon l'article L. 123-8, alinéa 2, du Code de commerce, le vendeur reste tenu, solidairement avec l'acheteur, des dettes souscrites par ce dernier pour l'exploitation du fonds et cela jusqu'à ce que le vendeur se soit fait radier du registre (*supra*, n° 410).

La publicité ne sert pas à trancher le conflit entre deux acquéreurs successifs du même fonds de commerce. Dans ce cas, en effet, ce n'est pas l'acheteur qui a procédé le premier à la publicité qui l'emporte et qui est réputé légitime propriétaire. Remarquons que ce conflit n'est pas non plus tranché par application de l'article 2276 du Code civil, car celui-ci est inapplicable aux meubles incorporels. C'est donc l'acheteur dont le titre est le plus ancien qui sera propriétaire.

B Les droits des créanciers du vendeur

485. Les articles L. 141-12 et suivants du Code de commerce n'ont pour but que la protection des créanciers du vendeur. De plus, ils ne protègent pas les créanciers du vendeur qui sont titulaires d'une sûreté réelle sur le fonds de commerce. Bénéficiant d'un privilège ou d'un nantissement sur le fonds de commerce, ils sont suffisamment protégés par le droit de suite qui est attaché à leur sûreté. Le Code de commerce ne protège donc que les *créanciers chirographaires* du vendeur, ceux dont la créance n'est pas garantie par une sûreté réelle. La protection des créanciers résulte de deux prérogatives particulières : le droit d'opposition et la surenchère du sixième.

1 - Le droit d'opposition

Art. L. 141-14 C. com. Dans les dix jours suivant la dernière en date des publications visées à l'article L. 141-12, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, peut former au domicile élu, par simple acte extrajudiciaire, opposition au paiement du prix.

486. Tout créancier chirographaire peut faire opposition, par acte extrajudiciaire (c'est-à-dire par exploit d'huissier). L'opposition doit intervenir dans le délai bref de dix jours à compter de la publication au *BODACC*. Elle est adressée à l'acheteur, puisque c'est lui qui doit payer le prix.

L'opposition a un double effet :

- elle immobilise le prix entre les mains de l'acheteur (ou de l'intermédiaire dépositaire des fonds) ; le vendeur ne peut plus en disposer et l'acheteur ne peut plus payer ⁵²⁰ ;
- elle fixe définitivement le prix au montant déterminé au jour de l'opposition.

Le prix est alors réparti entre les créanciers, à l'amiable ou selon une procédure de distribution.

L'on comprend la portée de l'opposition : le prix est désormais réservé au paiement des créanciers. C'est pourquoi l'acheteur doit absolument se garder de payer avant que les publications n'aient lieu puis pendant un délai de dix jours ⁵²¹. Sinon, il s'expose à devoir payer deux fois. Si le prix de vente est supérieur au total des créances, le vendeur peut demander, par une action en référé, de consigner une somme suffisante pour désintéresser les créanciers afin de disposer du surplus ⁵²².

L'opposition ne confère aucun droit de préférence au créancier qui a fait opposition. Les créanciers chirographaires sont placés dans une situation d'égalité. L'opposition a un effet *collectif* et elle profite à tous.

2 - La surenchère du sixième

487. Les créanciers qui ont fait opposition peuvent obtenir une copie de l'acte de vente du fonds de commerce et prendre connaissance du prix convenu. Si un créancier estime que le prix de vente ne suffira pas à désintéresser les créanciers, il peut former, pendant les 20 jours suivant la publication au *BODACC*, une surenchère du sixième du prix, non compris le matériel et les marchandises ⁵²³.

La surenchère est signifiée à l'acheteur et au vendeur, avec assignation devant le tribunal de commerce de la situation du fonds ⁵²⁴. Le tribunal vérifie la validité de la surenchère, ordonne la mise aux enchères et désigne le notaire chargé de la vente.

Le fonds est vendu aux enchères publiques. Le créancier opposant avait sans doute quelque raison de penser que le prix figurant dans l'acte de vente, était sous-estimé. Les enchères publiques devraient révéler le juste prix du fonds et assurer la meilleure rémunération aux créanciers. À défaut d'enchère, le créancier surenchérisseur est déclaré adjudicataire. Il doit payer le prix prévu à l'acte augmenté du sixième du principal et des frais. Le matériel et les marchandises font l'objet d'une estimation par voie d'expertise.

Section 3

La location-gérance du fonds de commerce

488. Il existe deux façons d'exploiter une entreprise commerciale, la gestion directe et la gestion dérivée.

489. Dans le cas de la gestion *directe*, le propriétaire exploite lui-même son entreprise. Cela ne signifie d'ailleurs pas qu'il accomplit lui-même tous les actes de gestion. Le propriétaire, personne physique ou personne morale, peut se faire aider par un gérant salarié ou un gérant mandataire. Mais, même s'il n'accomplit pas les actes nécessaires à la gestion, le propriétaire assume les risques de l'entreprise. Il répond des pertes sur l'ensemble de son patrimoine ou sur le patrimoine affecté lorsqu'il a opté pour le statut de l'EIRL.

La loi du 2 août 2005, en faveur des PME, a créé un statut des gérants-mandataires de fonds de commerce ou de fonds artisanal ⁵²⁵. À cette fin, la loi a inséré dans le titre IV du livre 1^{er} du Code de commerce un chapitre VI nouveau intitulé « *Des gérants mandataires* », qui comprend les articles L. 146-1 à L. 146-4 ⁵²⁶. Selon l'article L. 146-1, le gérant-mandataire est une personne physique ou morale qui gère un fonds de commerce pour le compte d'un propriétaire, lequel « supporte les risques liés à son exploitation ». Bien que le gérant-mandataire soit immatriculé au RCS, qu'il dispose d'une très large autonomie dans l'exercice de sa mission et qu'il soit rémunéré par une commission sur le chiffre d'affaires ⁵²⁷, il ne devrait pas avoir la qualité de commerçant, car il n'assume pas les risques de l'entreprise ⁵²⁸(*supra*, n° 162).

490. Dans le cas de la gestion *dérivée*, le propriétaire, personne physique ou personne morale, confie la gestion à un gérant-libre, qui est un commerçant, qui fait le commerce pour son propre compte et qui assume les risques de l'entreprise. Le gérant est alors appelé locataire-gérant et le contrat par lequel le propriétaire confie l'exploitation au gérant est le contrat de location-gérance.

La location-gérance présente divers avantages. Lorsqu'un commerçant, personne physique, se retire des affaires, il peut confier la gestion de son fonds à un locataire-gérant. L'ancien commerçant conserve ainsi une source de revenus. En cas de décès d'un commerçant, lorsqu'il ne laisse que des héritiers mineurs ou qui ne désirent pas continuer le commerce, la location-gérance permet de ne pas partager le fonds. En cas de redressement judiciaire d'une entreprise en difficulté, l'entreprise peut être reprise par un locataire-gérant, qui peut d'ailleurs être une société commerciale. Le locataire-gérant n'a pas à faire les frais de l'acquisition d'une entreprise. De plus il ne reprend pas les dettes du propriétaire en difficulté. Les textes relatifs au redressement des entreprises en difficulté font de la location-gérance le prélude au rachat de l'entreprise.

L'on peut également utiliser le contrat de location-gérance pour mettre en place un réseau de distribution. Le fabricant crée des points de vente qu'il équipe et qu'il donne en location-gérance à ses distributeurs.

Enfin la location-gérance peut s'insérer dans une opération de crédit-bail. Un commerçant ne dispose pas des capitaux suffisants pour acheter un fonds de commerce. Un établissement de crédit achète le fonds et le donne en location-gérance au commerçant qui rembourse le crédit en versant les loyers. L'établissement de crédit reste propriétaire du fonds, ce qui lui procure une certaine garantie. À la fin du contrat de location-gérance, le locataire a la faculté d'acheter le fonds en payant la partie résiduelle du prix.

491. Longtemps la location-gérance est restée ignorée de la loi. L'on se contentait d'appliquer les règles de droit commun du contrat de bail. Puis le législateur est intervenu en réglant de façon autoritaire le contrat de location-gérance. Ce fut l'œuvre du décret du 22 septembre 1953, remplacé quelques années plus tard par la loi du 20 mars 1956. Le législateur de l'époque voulait surtout éviter les opérations spéculatives qui pesaient sur les coûts de la distribution. On a craint que des capitalistes ne placent leur argent en achetant des fonds de commerce qu'ils auraient fait exploiter par d'autres, contre rémunération, le prix du loyer étant répercuté sur les consommateurs. On n'a pas vu que l'opération pouvait aussi faciliter la création d'entreprises par des exploitants ne disposant pas des fonds nécessaires. Le législateur de 1956 a donc soumis la location-gérance à des conditions particulièrement restrictives. Depuis quelques années cependant la loi a été modifiée dans un sens plus libéral. Les dispositions de la loi de 1956 sont aujourd'hui incorporées dans les articles L. 144-1 et suivants du Code de commerce. Le régime de la location-gérance a été encore assoupli par l'ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises [529](#).

§ 1. La formation du contrat de location-gérance

A Les conditions de validité

1 - Conditions relatives au loueur du fonds

492. Par le terme de *loueur*, le Code de commerce vise le propriétaire du fonds qui le donne en

location-gérance.

Dans le souci d'éviter l'utilisation de la location-gérance à des fins purement spéculatives, la loi de 1956 la réservait au commerçant qui exploitait le fonds de façon effective au moment de la conclusion du contrat. La loi soumettait la conclusion du contrat de location-gérance à une double condition : – le loueur devait avoir été commerçant (ou artisan ou dirigeant d'entreprise) pendant sept ans au moins ; – il devait avoir exploité le fonds pendant au moins deux ans. L'ordonnance du 25 mars 2004 a supprimé la première de ces conditions.

Art. L. 144-3 C. com. Les personnes physiques ou morales qui concèdent une location-gérance doivent avoir exploité pendant deux années au moins le fonds ou l'établissement artisanal mis en gérance.

Dès 1956, le législateur avait dû tempérer la rigueur des conditions en admettant plusieurs exceptions, soit dans la loi initiale, soit à la faveur de modifications ultérieures. Les exceptions figurent aujourd'hui aux articles L. 144-4 et L. 144-5 du Code de commerce.

– L'article L. 144-5 énumère tout d'abord une série d'exceptions particulières. Ainsi, sont dispensés de la condition d'exploitation effective du fonds, notamment, les héritiers du commerçant décédé ainsi que le conjoint attributaire du fonds de commerce ⁵³⁰. Une autre exception importante concerne les contrats de location-gérance qui ont pour objet principal d'assurer, sous contrat d'exclusivité, l'écoulement au détail des produits fabriqués ou distribués par le loueur. Cette exception a pour but de permettre la création d'un réseau de distributeurs exclusifs ayant la qualité de locataires-gérants des points de vente au détail.

– Selon la disposition générale de l'article L. 144-4 du Code de commerce, le président du tribunal de grande instance, statuant par ordonnance, peut supprimer ou réduire le délai de l'article L. 144-3, notamment lorsque le loueur justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter personnellement le fonds ou par l'intermédiaire de préposés. Il faut invoquer une raison grave, comme la maladie, qui empêche d'exploiter personnellement le fonds de commerce.

493. La condition d'exploitation du fonds par le loueur, pendant deux années au moins, est sanctionnée par la *nullité* du contrat de location-gérance (art. L. 144-10 C. com.). Il s'agit d'une nullité absolue ⁵³¹. Cependant les contractants ne peuvent pas opposer cette nullité aux tiers.

494. La loi du 20 mars 1956 imposait une autre condition au loueur. Il ne devait pas être frappé d'une interdiction de faire le commerce, en application de la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales ⁵³². Cependant la condition a été abrogée en 2004.

2 - Conditions relatives au locataire-gérant

495. L'article L. 144-2 du Code de commerce rappelle que le locataire-gérant « a la condition de commerçant » (ou d'artisan) et « qu'il est soumis à toutes les obligations qui en découlent ». Il doit avoir la capacité commerciale et ne pas être frappé d'interdiction. Il doit se faire immatriculer au RCS.

3 - Conditions relatives à l'objet du contrat

496. Le contrat de location-gérance a pour objet un fonds de commerce. Il faut donc que le fonds existe réellement au moment de la conclusion. En particulier, il doit être pourvu d'une clientèle actuelle, ce qui veut dire qu'il doit être effectivement exploité. Un fonds dont l'exploitation aurait cessé, ne peut pas être donné en location-gérance. Il en va de même d'un fonds dont l'exploitation n'aurait pas encore débuté, à moins que la clientèle soit d'ores et déjà réelle et actuelle (*supra*, n° 458). Il est vrai que dans ce cas la condition de délai de deux ans de l'article L. 144-3 ne sera, en outre, généralement pas remplie.

Un cas voisin se rencontre lorsque le dol du loueur porte sur un élément substantiel du fonds de commerce, qui entraîne l'annulation de la location-gérance ⁵³³.

Il est parfois difficile de savoir si le contrat a pour objet un fonds de commerce, appartenant au loueur, ou des locaux commerciaux. Nous avons déjà rencontré cette difficulté (*supra*, n° 460). Elle doit être résolue en recherchant à quels éléments la clientèle est rattachée. Si la clientèle est attachée à la marque et au nom commercial du loueur, il y a location-gérance de fonds de commerce. Si la clientèle a été créée par le locataire, il y a contrat de bail commercial.

Exemple. X a donné en location-gérance un fonds de commerce à Y. Dans le contrat de location-gérance figure une promesse unilatérale de vente du fonds en faveur de Y (le locataire-gérant). Au cours de l'exécution du contrat de location-gérance, le bailleur du fonds (X) fait l'acquisition des murs commerciaux dans lesquels le fonds est exploité. A l'expiration du contrat de location-gérance, le locataire-gérant Y lève l'option et, donc, achète le fonds à X. Y est désormais propriétaire du fonds qu'il exploite dans un local appartenant à X. Y ne loue plus le fonds à X (Y est devenu propriétaire du fonds), mais les murs commerciaux de X. Le contrat qui les lie est un bail commercial. V. Com. 9 sept. 2014, n° 13-19.753, *BRDA* 2014/19, n° 11.

B Les conditions de publicité

497. Le contrat de location-gérance doit être publié, sous forme d'extrait, dans un journal d'annonces légales, dans la quinzaine suivant la conclusion du contrat (art. R. 144-1 C. com. ⁵³⁴). Le locataire-gérant doit, de son, côté, demander son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, en mentionnant le contrat de location-gérance ainsi que le nom et le domicile du loueur.

Parallèlement, les mêmes formalités de publicité doivent être accomplies à la fin de la location-gérance.

Les conditions de publicité sont sanctionnées par une inopposabilité de la location-gérance aux tiers. Le loueur, en cas de défaut de publicité, reste tenu, solidairement avec le locataire-gérant, des dettes contractées par celui-ci dans l'exploitation du fonds (*supra*, n° 410 et 411).

§ 2. Les effets de la location-gérance

A Les effets entre les parties

498. Le loueur du fonds de commerce doit la *garantie*. Il s'agit essentiellement de la garantie du fait personnel. Le loueur ne doit pas faire concurrence au locataire-gérant. Les clauses du contrat précisent généralement l'étendue de cette obligation, sans cependant mettre fin à l'obligation légale de garantie, qui subsiste (comp. *infra*, n° 603).

Quant au locataire-gérant, il doit exploiter le fonds et en conserver la substance. En pratique, l'obligation du locataire-gérant est précisée par des clauses du contrat qui prévoient le remplacement du matériel et la conservation du volume des stocks. Le locataire-gérant doit payer le loyer stipulé au contrat. En pratique le loyer comporte une rémunération fixe et une rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires. Les clauses d'échelle mobile sont usuelles ⁵³⁵. Leur jeu est réglé aux articles L. 144-11 et L. 144-12 du Code de commerce.

À l'expiration du contrat conclu pour une durée déterminée, celui-ci peut être renouvelé par accord entre les parties ou tacitement reconduit. Mais en aucun cas le locataire-gérant n'a droit au renouvellement et il ne peut pas non plus prétendre à une indemnité d'éviction. Sa condition diffère totalement de celle du locataire commerçant. Il est donc essentiel, en pratique, de bien distinguer le contrat de location-gérance du contrat de bail commercial.

499. La situation du locataire-gérant appelle quelques explications. En principe, il est commerçant, car il exploite le fonds pour son propre compte et à ses risques et périls (art. L. 144-1 C. com.). Cependant, en fait, le locataire-gérant se trouve parfois dans une situation de dépendance économique par rapport au loueur du fonds. Ainsi lorsque le loueur est un fournisseur puissant alors

que le locataire-gérant, qui gère une petite entreprise de distribution, est lié, parallèlement au contrat de location-gérance, par une clause d'approvisionnement exclusif et une clause de non-concurrence ⁵³⁶. Nous verrons que le droit de la concurrence sanctionne les abus de dépendance qui pourraient être le fait du loueur. En outre, la jurisprudence décide que, dans les rapports entre les parties, le locataire-gérant peut être considéré comme un salarié et bénéficiaire du statut social propre aux salariés. Cette protection du locataire a provoqué une réaction de la part des grands fournisseurs. Ils exigent souvent que leur distributeur emprunte la forme d'une société commerciale, généralement une SARL, et ils substituent un contrat de mandat au contrat de location-gérance.

B Les effets à l'égard des tiers

500. Il s'agit des effets à l'égard des créanciers des parties. Il est vrai que, selon le droit commun, les créanciers ne sont pas des tiers. Ils subissent les fluctuations du patrimoine de leur débiteur. Mais le droit commercial assure une certaine protection aux créanciers et il en fait des tiers à qui tous les actes du débiteur ne sont pas opposables.

501. Effets de la location-gérance à l'égard des créanciers du loueur. Les tiers sont ici les créanciers dont la créance est née à l'occasion de l'exploitation du fonds par le loueur avant la conclusion du contrat de location-gérance. Certes, le fonds de commerce reste la propriété du loueur et il continue de faire partie du gage général de ses créanciers. Cependant le changement d'exploitant peut avoir pour conséquence une rapide dégradation du fonds et de sa valeur. C'est pourquoi l'article L. 144-6 du Code de commerce dispose que les créanciers du loueur peuvent demander au tribunal de commerce de prononcer la déchéance du terme s'il estime que la location-gérance met en péril le recouvrement de leurs créances. Les créances à terme deviendront alors immédiatement exigibles. L'action doit être intentée dans les trois mois de la publication de la location-gérance dans le journal d'annonces légales.

502. Effets de la location-gérance à l'égard des créanciers du locataire-gérant. Les tiers sont ici les créanciers qui ont traité avec le locataire-gérant au titre de l'exploitation postérieure à la conclusion du contrat de location-gérance. En principe, les dettes souscrites par le locataire-gérant lui sont personnelles et n'engagent que lui. Cependant, avant la loi de 1956, la jurisprudence avait parfois condamné le propriétaire du fonds au paiement des dettes du locataire-gérant lorsqu'il avait créé une fausse apparence en laissant croire que le gérant n'était qu'un salarié ou un mandataire agissant pour le compte de l'exploitant. La jurisprudence se fondait sur la théorie de l'apparence.

La loi du 20 mars 1956 a consacré et systématisé la solution jurisprudentielle. La solution est reprise par le nouveau Code de commerce.

Art. L. 144-7 C. com. Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds.

Le texte ⁵³⁷ est interprété de façon restrictive par la jurisprudence, car il déroge au principe de la relativité des conventions. Ainsi la disposition ne s'applique qu'aux dettes qui étaient *nécessaires* à l'exploitation du fond ⁵³⁸. De même, seuls les tiers de bonne foi peuvent l'invoquer ⁵³⁹. En revanche, peu importe que la dette vienne à échéance après l'expiration du délai de six mois, pourvu qu'elle ait pris

naissance avant l'expiration. C'est la date de naissance de la dette qu'il faut prendre en considération. Remarquons que la jurisprudence antérieure à la loi de 1956 n'est pas périmée. Elle peut encore s'appliquer, après l'expiration du délai de six mois, si le loueur a créé une confusion entre son exploitation personnelle et celle du fonds donné en location-gérance.

À la fin du contrat de location-gérance, les dettes du locataire-gérant, nées de l'exploitation du fonds, deviennent immédiatement et de plein droit exigibles à son encontre (art. L. 144-9 du Code de commerce). Les créanciers n'ont pas à demander la déchéance du terme. Elle est automatique.

Exemple. X exploite une pharmacie que Y lui a donné en location-gérance. Le contrat n'a jamais été publié. X a négligé de s'acquitter des cotisations de retraite complémentaire (23 150 euros) dont il est redevable auprès de la Caisse de retraite Z. L'art. L. 144-7 met à la charge du loueur et du locataire-gérant le paiement solidaire des dettes nées de l'exploitation du fonds de commerce et ce jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant six mois après. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une dette née de l'exploitation du fonds. Ce n'est pas le cas des cotisations de retraite du locataire-gérant. Cette dette lui incombe personnellement (cf. Cass. com., 4 mai 1999, n° 97-14.031).

Section 4

Les sûretés grevant le fonds de commerce

503. La sûreté réelle confère à un créancier un droit sur un bien de son débiteur. Si ce créancier n'est pas payé, il peut faire vendre le bien et se faire payer sur le prix. Il sera payé par préférence et passera ainsi avant les créanciers chirographaires. L'on comprend que les dispensateurs de crédit, notamment les banquiers, lorsqu'ils accordent un prêt à un commerçant, demandent la constitution d'une telle sûreté. Comme le fonds de commerce est souvent le seul bien important du débiteur, il a fallu organiser une sûreté dont le fonds peut constituer l'assiette.

Mais l'on se heurtait à une difficulté. En effet, en droit civil, les sûretés réelles sont traditionnellement organisées de façon très différente selon qu'elles portent sur un immeuble ou sur un meuble. Les sûretés immobilières, dont le type est l'hypothèque, font l'objet d'une publicité par inscription dans un registre. C'est l'inscription qui les rend opposables aux tiers. Les sûretés mobilières, comme le gage, ne donnent pas lieu en principe à une inscription. Mais le bien donné en gage doit être remis au créancier, qui en conserve la détention jusqu'au remboursement de la dette.

Le système du droit civil ne pouvait convenir à une sûreté sur le fonds de commerce. Le fonds est un meuble, mais le commerçant ne peut pas en abandonner la détention, puisqu'il s'agit d'un meuble incorporel. Il a fallu transposer au fonds de commerce le mécanisme de l'hypothèque des immeubles. C'est finalement ce qu'a fait la loi du 17 mars 1909. Elle a créé, sous le nom de *nantissement*, une véritable hypothèque mobilière sur le fonds de commerce et un *privilege* qui s'apparente au privilege du vendeur d'immeuble.

La loi du 6 janvier 1986, dont les dispositions se retrouvent à l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier, a organisé le *crédit-bail du fonds de commerce* qui, s'il ne constitue pas une sûreté réelle au sens strict, utilise la technique de la propriété à titre de garantie.

L'on examinera les différentes sûretés grevant le fonds de commerce (§ 1), avant de rechercher qu'elle est leur efficacité (§ 2). Enfin l'on présentera le crédit-bail du fonds de commerce (§ 3).

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

504. Le Code de commerce institue deux sûretés réelles : le privilege du vendeur et le

A Le privilège du vendeur de fonds de commerce

505. Ce privilège est particulièrement utile lorsque le vendeur du fonds consent un crédit à l'acquéreur pour le paiement du prix. Selon le droit commun, le vendeur de meuble dispose d'un privilège, mais celui-ci est peu efficace car, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires, le vendeur perd son privilège. Le Code de commerce déroge donc au droit commun en reconnaissant au vendeur un privilège qui s'apparente au privilège du vendeur d'immeuble ⁵⁴⁰.

Le vendeur du fonds de commerce conserve son privilège, mais à une double condition. 1) Il faut d'abord que la vente soit constatée *par écrit* et il faut établir un prix distinct pour les trois catégories d'éléments : les éléments incorporels, le matériel et les marchandises (art. L. 141-5 C. com.). 2) Il faut, dans les quinze jours de la vente, *inscrire* le privilège sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce (art. L. 141-6 C. com.).

Les effets de l'inscription rétroagissent au jour de la vente. Ainsi le privilège prime les autres inscriptions qui seraient intervenues pendant le délai de quinze jours, par exemple l'inscription d'un nantissement consenti par l'acheteur. De même, le privilège sera opposable aux créanciers de l'acheteur dans le cas où le redressement judiciaire serait déclaré dans le délai de quinze jours.

506. Le privilège confère au vendeur un *droit de préférence* lors de la distribution du prix entre les divers créanciers. Il s'exerce séparément sur le prix de vente de chacune des trois catégories d'éléments (ce que l'on appelle le *fractionnement* du privilège). Les sommes versées au vendeur s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, puis sur le prix du matériel et enfin sur le prix des éléments incorporels (art. L. 141-5 C. com.). Le but de cette disposition est de libérer le plus rapidement les marchandises, qui ont vocation à être revendues, puis le matériel.

Exemple. Un fonds de commerce est vendu pour un prix de 100 000 euros (matériels = 20 000 ; marchandises = 10 000 ; éléments incorporels = 70 000), dont 75 000 euros payés comptant et 25 000 euros payables à terme (ex. dans 3 mois). Les 75 000 euros payés comptant s'imputent d'abord sur le montant du matériel (20 000), puis sur celui des marchandises (10 000) et enfin sur la valeur des éléments incorporels (45 000). Reste les 25 000 à payer dans 3 mois. L'assiette du privilège du vendeur portera sur les éléments incorporels, puisque le prix des autres biens (matériels et marchandises) a déjà servi au paiement du créancier.

B Le nantissement conventionnel

507. Alors que le privilège du vendeur a sa source dans la loi, le nantissement a sa source dans le contrat. Le créancier, dispensateur de crédit, demande à l'emprunteur, son débiteur, de lui accorder un nantissement sur le fonds dont il est propriétaire. Techniquement, le nantissement est organisé comme une hypothèque mobilière. Il est rendu opposable aux tiers par une inscription. Le propriétaire n'est pas tenu de se dessaisir du fonds, ce qui serait anti-économique et il peut continuer à l'exploiter.

Aujourd'hui, l'expression de *nantissement du fonds de commerce* est en parfaite harmonie avec les principes civilistes du droit des sûretés. Le nouvel article 2355 du Code civil, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, définit le nantissement comme « l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens incorporels, présents ou futurs » ⁵⁴¹. La réforme de 2006 n'a pas touché aux articles du Code de commerce, les articles L. 142-1 et suivants consacrés au nantissement du fonds de commerce et les articles L. 141-5 et suivants, relatifs au privilège du vendeur, qui ont repris, à droit constant, les dispositions de l'ancienne loi du 17 mars 1909. Les dispositions du Code de commerce relatives au nantissement du fonds de commerce et au privilège du vendeur de fonds de commerce constituent un droit spécial qui déroge entièrement au droit civil des sûretés.

1 - Constitution du nantissement

508. Le nantissement doit être constaté par écrit (art. L. 142-3 C. com.). Quels sont les éléments sur lesquels porte le nantissement (ce que l'on appelle l'assiette du nantissement) ? L'article L. 142-2 du Code de commerce fait une distinction.

— Certains éléments incorporels sont obligatoirement compris dans l'assiette : ce sont le nom commercial, l'enseigne et le droit au bail. Remarquons que si le propriétaire du fonds l'exploite dans l'immeuble qu'il possède, il ne peut être titulaire d'un droit au bail contre lui-même. Si par la suite le fonds est vendu à la demande du créancier nanti, l'adjudicataire ne pourra pas prétendre avoir un droit au bail contre le propriétaire des lieux.

— Les marchandises sont toujours exclues du nantissement. La raison en est qu'elles ne constituent pas une valeur assez stable. Le commerçant peut les vendre à tout moment et ne pas reconstituer son stock. De toute manière le droit de suite du créancier nanti serait paralysé par le jeu de l'article 2276 du Code civil qui interdit la revendication contre un possesseur de bonne foi. Le législateur a donc estimé plus sage de ne pas les faire figurer dans l'assiette du nantissement.

— Les autres éléments du fonds de commerce sont compris dans le nantissement lorsque les parties le prévoient expressément. Ainsi, le matériel et l'outillage, d'une part, les droits de propriété industrielle d'autre part. Mais le matériel et les éléments incorporels n'ont pas à être évalués séparément. C'est une différence avec le privilège du vendeur. L'autre différence tient à ce que le privilège porte sur les marchandises, alors que celles-ci sont toujours exclues du nantissement.

2 - Publicité du nantissement

509. Le nantissement doit être publié, à peine de nullité, dans les quinze jours suivant sa constitution (art. L. 142-4 C. com.). L'acte est déposé par le créancier nanti au greffe du tribunal de commerce et le greffier l'inscrit sur un registre spécial. À la différence de l'inscription du privilège, l'inscription du nantissement ne rétroagit pas au jour de l'acte constitutif. Si une procédure collective de redressement a été ouverte entre-temps, le nantissement sera inopposable à la procédure collective. S'il y a plusieurs créanciers nantis, leur rang est déterminé par la date de leurs inscriptions (art. L. 142-5 C. com.).

C Le nantissement judiciaire

510. C'est un nantissement qui est ordonné par jugement du tribunal afin de garantir une créance que menace l'insolvabilité du débiteur. C'est en 1955 que ce nantissement a été organisé pour la première fois. La matière a été refondue par la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures d'exécution ⁵⁴² et le décret d'application n° 92-755 du 31 juillet 1992. La constitution du nantissement se réalise en deux temps : l'inscription provisoire, puis l'inscription définitive.

Premier temps, *l'inscription provisoire*. L'on suppose que le créancier ne possède pas de titre exécutoire (acte notarié ou jugement). Alors il demande au juge l'autorisation de prendre *l'inscription provisoire*. Il faut pour cela que deux conditions soient remplies : la créance semble fondée dans son principe ; le recouvrement de la créance est menacé en raison des difficultés financières que connaît le débiteur. Le président du tribunal de commerce est compétent pour autoriser l'inscription provisoire, du moins lorsque la créance est commerciale. Dans les trois mois de l'ordonnance autorisant l'inscription, le créancier requiert l'inscription au greffe du tribunal de commerce.

Deuxième temps, *l'inscription définitive*. Dès que le créancier dispose d'un titre exécutoire (par exemple il a obtenu un jugement établissant sa créance et le jugement est passé en force de chose jugée), il peut demander l'inscription définitive du nantissement sur le fonds de commerce. Alors l'inscription définitive produit ses effets au jour de l'inscription provisoire, avec effet rétroactif.

§ 2. L'efficacité des sûretés

511. Les sûretés réelles qui sont constituées sur le fonds de commerce présentent une relative fragilité. Le fonds, par suite de difficultés diverses d'exploitation tenant à la conjoncture économique ou à des fautes de gestion, peut rapidement perdre de sa valeur. Le législateur a prévu certaines mesures de précaution, mais elles ne sont pas toujours efficaces. De plus, la réalisation de la sûreté en cas de défaut de paiement par le débiteur, est assez peu pratique. La vente du fonds aux enchères publiques est généralement malaisée.

A Les mesures de protection

512. Elles sont au nombre de trois.

1 - La protection contre le déplacement du fonds de commerce

513. Le déplacement géographique du fonds de commerce n'est pas interdit. Mais le débiteur doit faire connaître son projet aux créanciers inscrits (les titulaires de privilèges et de nantissements), au moins quinze jours avant la réalisation du déplacement (art. L. 143-21 C. com.). La loi organise deux types de sanctions.

1) Si les créanciers inscrits n'ont pas été avertis, leurs créances à terme deviennent immédiatement exigibles. La déchéance du terme joue de plein droit. 2) Si les créanciers sont avertis et s'ils s'opposent au déplacement, le tribunal peut rendre les créances à terme exigibles, du moins s'il estime que le déplacement va entraîner une dépréciation du fonds de commerce. Si les créanciers ne s'opposent pas au déplacement, ils font modifier leur inscription en conséquence.

2 - La protection contre la résiliation du bail

514. L'on suppose que le commerçant est locataire des locaux et qu'il ne paye pas ses loyers. Le bailleur demande la résiliation du bail commercial pour défaut d'exécution. Selon l'article L. 143-2 du Code de commerce, le propriétaire des locaux doit notifier sa décision à tous les créanciers inscrits et le jugement prononçant la résiliation ne peut pas intervenir avant le délai d'un mois. Les créanciers inscrits ont ainsi le temps d'envisager des mesures protectrices. Par exemple, ils pourront décider de payer les loyers afin de ne pas laisser le fonds se déprécier, sinon disparaître.

3 - La protection contre un changement d'exploitation

515. Le commerçant locataire envisage de changer d'activité. La loi, dans ce cas, organise ce que l'on appelle la *déspécialisation* du fonds de commerce et l'autorise nonobstant les clauses contraires du contrat de bail à procéder au changement (*infra*, n° 551 et s.). Le locataire doit tout de même adresser au bailleur une demande formelle de déspécialisation et il doit aussi notifier cette demande aux créanciers inscrits. Ceux-ci ne peuvent pas s'opposer à la déspécialisation mais peuvent demander des mesures « sauvegardant leurs intérêts », par exemple demander à leur débiteur, propriétaire du fonds grevé de sûreté, une garantie supplémentaire.

B La mise en œuvre de la sûreté

516. Le titulaire d'une sûreté réelle sur le fonds de commerce, privilège ou nantissement, dispose tout d'abord du *droit de suite*. Il peut saisir le fonds entre les mains de tout acquéreur. Il adresse à

celui-ci une sommation de payer et après un délai de huit jours peut provoquer la vente du fonds aux enchères publiques ⁵⁴³.

Pendant ce délai de huit jours, l'acquéreur peut proposer de verser le prix, qui sera réparti entre les créanciers. À moins qu'un créancier inscrit n'estime le prix insuffisant et ne forme une surenchère du dixième. Le Code de commerce (art. 143-3 et s.) organise la saisie et la vente aux enchères du fonds de commerce. Cette procédure est en fait assez rare. En général, le fonds est resté dans le patrimoine du débiteur. Celui-ci se trouvant dans des difficultés qui entraînent sa mise en redressement ou en liquidation judiciaire, c'est dans le cadre de la procédure collective que les créanciers inscrits seront payés.

Dans la procédure de distribution, les créanciers inscrits jouissent d'un *droit de préférence*. Sur le prix du fonds de commerce que grève leur sûreté, ils sont payés avant tous autres créanciers, mais malheureusement pour eux après le Trésor public, qui dispose d'un privilège général, et dont la créance fiscale peut en fait absorber l'essentiel de l'actif réalisé.

§ 3. Le crédit-bail portant sur le fonds de commerce

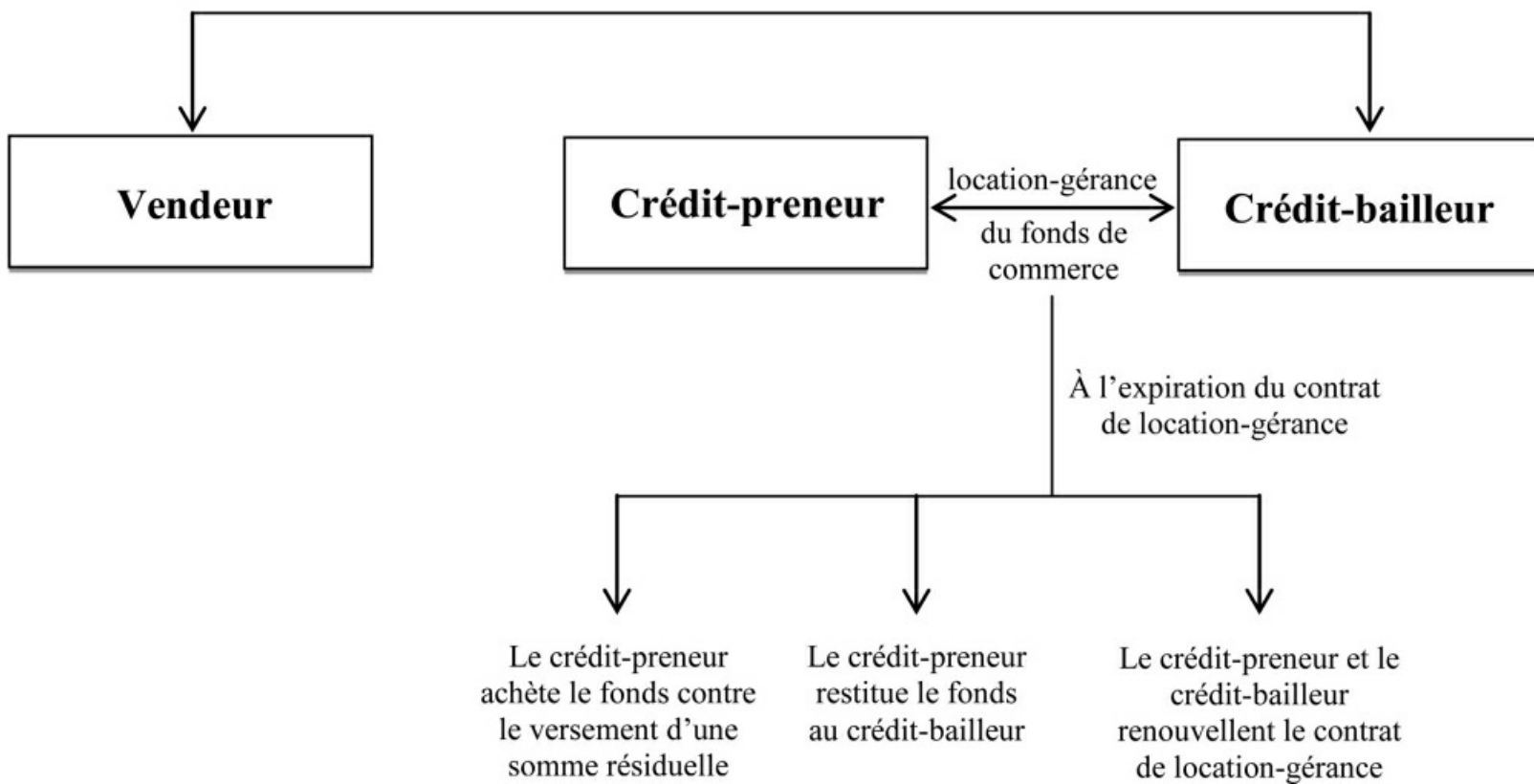
517. Le crédit-bail confère à l'établissement prêteur, créancier de l'exploitant du fonds de commerce, une garantie efficace : la propriété à titre de garantie. L'opération a été aménagée par la loi du 6 janvier 1986, dont les dispositions figurent aujourd'hui à l'article L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier.

L'opération de crédit-bail est normalement une opération faisant intervenir trois personnes : le vendeur du fonds de commerce ; l'établissement financier qui achète le fonds, en devient propriétaire et le donne en location-gérance à l'exploitant ; le commerçant, locataire-gérant, qui exploite le fonds pour son compte. Le commerçant verse les loyers à l'établissement de crédit. Au terme de l'opération, le commerçant dispose d'une option : renouveler le crédit-bail et la location-gérance, ne pas les renouveler et abandonner la gestion du fonds, enfin acquérir le fonds contre le versement d'une somme résiduelle correspondant au capital non encore remboursé.

Tout se passe en fait comme si l'établissement de crédit avait consenti un crédit au commerçant pour l'acquisition du fonds, mais en conservant la propriété de celui-ci. Il est propriétaire mais à titre de garantie. La garantie est efficace, car, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires du commerçant, l'établissement de crédit peut opposer son droit de propriété à la procédure collective et revendiquer le fonds, sans subir le concours des autres créanciers du commerçant.

Pour rendre possible l'opération, le législateur a dû aménager le régime de la location-gérance et, en particulier, déroger à la condition d'exploitation posée par l'article L. 144-3 du Code de commerce ⁵⁴⁴. Cependant l'opération est peu pratiquée. Elle reste compliquée et accumule les formalités de publicité (publicité de la vente et publicité de la location-gérance). En outre, la garantie donnée à l'établissement de crédit reste fragile. Si le commerçant ne paie plus ses loyers, c'est en général parce que ses affaires vont mal. Cela veut dire que le fonds de commerce perd de sa valeur et qu'il se vendra difficilement. Tout cela montre la relative fragilité des biens incorporels, dont la valeur tient en grande partie aux qualités de l'exploitant. Il est assez illusoire de les assimiler à des biens corporels et d'en faire le siège de garanties réelles.

Vente du fonds de commerce



518. Enfin, il est possible de mettre en place une *cession-bail* du fonds de commerce. Le propriétaire du fonds de commerce vend son fonds à un établissement de crédit qui lui verse le prix et lui concède immédiatement le fonds en location-gérance. Au terme de l'opération, le locataire-gérant pourra récupérer la propriété de son fonds en versant le prix résiduel, non encore remboursé au titre du crédit. Ici encore, et de façon encore plus visible, l'opération a la nature d'une opération de crédit, le crédit étant consenti par l'établissement qui acquiert la propriété du fonds à titre de garantie. Les loyers afférents à la location-gérance servent à rembourser le crédit et par conséquent à payer, partiellement, le rachat futur du fonds. L'opération est finalement assez onéreuse, mais elle permet à une entreprise de disposer à un moment donné de liquidités importantes. Malheureusement, l'opération n'est pas opposable aux créanciers du commerçant, ce qui la rend aléatoire pour l'établissement de crédit.

Chapitre 2

Le bail commercial

519. De nombreux commerçants ne sont pas propriétaires des locaux dans lesquels ils exploitent leur entreprise. Ils occupent les lieux en vertu d'un contrat de bail commercial. Ils sont alors commerçants locataires.

Le bail commercial peut être défini comme le contrat conclu entre le *bailleur*, propriétaire de l'immeuble, et le *preneur*, qui est le locataire commerçant, exploitant le fonds de commerce dans les lieux loués.

Le contrat de bail présente un risque pour le locataire. Lorsque le contrat prend fin, le locataire doit quitter les lieux et, s'il est commerçant, il risque de perdre sa clientèle. À moins de retrouver un local dans le voisinage, ce qui est tout de même aléatoire. C'est pourquoi, au début du ^{xx}^e siècle, les commerçants ont réclamé le droit au renouvellement du bail, chaque fois que le bailleur, en l'absence de motifs graves, mettait fin au bail ou refusait le renouvellement. Après la Première Guerre mondiale, cette revendication s'est amplifiée à cause de la pénurie des locaux. Les commerçants locataires ont invoqué ce qu'ils ont appelé la *propriété commerciale*. L'expression est pour le moins équivoque, car le locataire n'a évidemment aucun droit de propriété sur les locaux qu'il occupe. Il n'est titulaire d'aucun droit réel et il a seulement un droit de créance contre le bailleur. Il est créancier de la jouissance paisible. Mais en invoquant la propriété commerciale, les locataires voulaient sans doute faire entendre qu'ils avaient un *droit sur la clientèle* acquise grâce à l'emplacement du fonds de commerce, c'est-à-dire un droit à la protection de la valeur du fonds de commerce, justifiant le maintien dans les lieux (v. *supra*, n° 456). Le droit au renouvellement du bail devenait l'accessoire du droit de clientèle.

520. Le législateur n'a pas reconnu l'existence de la « propriété commerciale ». Il n'a pas accordé le droit au renouvellement automatique du bail. Il a cependant prévu une indemnité, dite *indemnité d'éviction*, versée par le bailleur au locataire en cas de refus non justifié de renouvellement du bail commercial. Le droit à l'indemnité d'éviction fut d'abord reconnu par une loi de 1926, puis après la Seconde Guerre mondiale, par le décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux, dont les dispositions ont été incorporées dans le nouveau Code de commerce ⁵⁴⁵, dans le chapitre V du titre IV du livre 1^{er}, comprenant les articles L. 145-1 à L. 145-60 ⁵⁴⁶.

D'une façon passablement hypocrite, le législateur avait cependant intitulé le titre II du décret du 30 septembre 1953 « Du renouvellement du bail » et l'article 4 utilisait l'expression de « droit au renouvellement », alors qu'il était évident que le décret ne prévoyait qu'un droit à indemnité et non un droit au renouvellement. Le droit positif utilise l'expression « droit au renouvellement du bail ».

Peu à peu, répondant à la demande des locataires commerçants, des décrets, postérieurs à 1953,

ont précisé et complété le dispositif par de nombreuses dispositions d'ordre public, concernant notamment la fixation des loyers et la procédure de rupture. Il en est résulté un *statut des baux commerciaux*, impératif, qui laisse peu de place à la liberté contractuelle et qui est l'image même du dirigisme en matière contractuelle ⁵⁴⁷. Des réformes incessantes, introduites tantôt par la voie législative, tantôt par la voie réglementaire, ont progressivement enrichi et compliqué le texte. À force de vouloir tout prévoir, l'on a mis en place une réglementation bureaucratique, parfois obscure. La dernière réforme en date, qui n'échappe d'ailleurs pas à ces critiques, résulte de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 (dite loi Pinel) ⁵⁴⁸ et de son décret d'application n° 2014-1317 du 3 novembre 2014. Un contentieux important est né de l'ensemble de ces textes incertains. Une jurisprudence nombreuse s'est développée, concourant à la complexité de l'ensemble ⁵⁴⁹.

521. Il est permis de se demander si cette législation n'est pas anti-économique et s'il ne conviendrait pas de l'abroger purement et simplement pour revenir aux principes de la liberté contractuelle ⁵⁵⁰. Il convient, pour juger, de se placer au point de vue de l'intérêt général et de l'intérêt particulier.

Au point de vue de *l'intérêt général*, l'indemnité d'éviction présente des inconvénients certains. Les droits du locataire contre son bailleur, qui sont essentiellement des droits de créance, se sont patrimonialisés. Le droit au bail, qui comporte le droit de percevoir l'indemnité d'éviction à la fin du contrat, peut être librement cédé avec le fonds de commerce contre un prix de cession relativement élevé. Or bien souvent le droit au bail constitue le seul élément important du fonds de commerce. Sous l'habillage juridique du fonds de commerce, le droit à l'indemnité d'éviction s'est transformé en un bien négociable, ayant une valeur marchande. Cela renchérit le prix des fonds de commerce car, dans la perspective de devoir payer un jour l'indemnité d'éviction, les propriétaires ont tendance, malgré tous les freins posés par la législation, à augmenter le montant des loyers. En période de pénurie des locaux, le statut des baux crée une double barrière à l'entrée pour ceux qui veulent se lancer dans une activité commerciale : le prix des fonds de commerce est considérable, à l'achat, et le prix des loyers est ensuite élevé. En outre, le système pèse sur le niveau des prix, car le commerçant est obligé de répercuter sur les consommateurs le montant de ses loyers.

Du point de vue de *l'intérêt particulier* du locataire, le bilan est plus difficile à établir. En soi, le recours au bail commercial peut présenter des avantages : il dispense le commerçant, lorsqu'il se lance dans les affaires et crée son entreprise, de financer un investissement lourd, en acquérant la propriété des locaux. La formule du bail commercial est plus souple. Il est vrai que le commerçant pourrait recourir à un crédit bancaire pour financer son acquisition, à un taux de remboursement mensuel peut-être inférieur au loyer du bail. Cependant en empruntant à la banque le prix d'acquisition des locaux, il s'engage dans une opération à long terme, qui le lie pour dix ou quinze ans. Au contraire, s'il conclut un bail commercial, il peut mettre fin à celui-ci au bout de la première période triennale. Il faut faire un bilan des avantages-inconvénients, à propos de chaque situation particulière.

Nous étudierons successivement le domaine d'application du statut des baux commerciaux (Section 1), les droits et les obligations des parties pendant le bail (Section 2) et la fin du bail commercial (Section 3).

Section 1

Le domaine d'application du statut des baux commerciaux

522. Les dispositions des articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce constituent un statut d'ordre public. Les clauses qui tendraient à y déroger sont nulles, de nullité absolue.

Il est donc indispensable d'en déterminer précisément les conditions d'application. Les articles L. 145-1 à L. 145-3 du code sont relatifs à cette question. Quant à la jurisprudence, elle a tendance à interpréter de façon restrictive les conditions légales d'application du statut.

Le domaine d'application est limité à un triple point de vue : la nature des locaux (§ 1), le type d'exploitation exercée dans les lieux loués (§ 2) et la nature du contrat (§ 3) ⁵⁵¹.

§ 1. La nature des locaux

523. Selon l'article L. 145-1 du Code de commerce, les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité.

Art. L. 145-1, I, C. com. Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers, accomplissant ou non des actes de commerce...

L'on remarquera la maladresse de la rédaction. Il est évident qu'un industriel est un commerçant et qu'à ce titre il doit être immatriculé au Registre du commerce et des sociétés. Il était inutile de le dire. De même, l'expression *immeuble ou locaux* est juridiquement défectueuse.

Le Code fait alors une distinction entre les immeubles bâtis et les terrains nus.

524. Le statut s'applique aux baux portant sur des *immeubles bâtis*. Encore faut-il que l'immeuble soit propre à l'exercice d'une activité commerciale ⁵⁵². Une construction légère, facilement démontable et mobile n'est pas un local ⁵⁵³. Un emplacement réservé à l'intérieur d'un supermarché n'est pas un local. Une vitrine d'exposition, un emplacement publicitaire, destiné à l'affichage, encore moins ⁵⁵⁴. Dans le même sens, le bénéfice du statut des baux commerciaux a été refusé à un stand de crêpes en annexe d'un café ⁵⁵⁵, mais accordé à un manège dans un centre commercial ⁵⁵⁶.

En revanche, il n'est nullement nécessaire que le local soit aménagé pour accueillir la clientèle. Tous les locaux affectés à l'exploitation bénéficient du statut : bureaux, ateliers, entrepôts, hangars ⁵⁵⁷, surfaces industrielles. Le statut s'applique aussi au bail des locaux accessoires : habitation de l'exploitant, garages, local de gardiennage. Il suffit qu'ils soient nécessaires à l'exploitation ⁵⁵⁸.

525. En principe, le statut ne s'applique pas au bail portant sur un *terrain nu*, c'est-à-dire non bâti. Mais l'article L. 145-1 admet une exception, qui suppose une double condition : une construction à usage commercial a été édifiée par le locataire, qui en est resté propriétaire ; le propriétaire du terrain a donné son consentement exprès à la construction ou à son utilisation commerciale. Si ces deux conditions sont remplies, le bail du terrain supportant la construction est un bail commercial.

§ 2. L'exploitation d'un fonds de commerce dans les lieux loués

526. La règle est claire : le statut ne s'applique qu'au bail de l'immeuble dans lequel un fonds de commerce est exploité. Le bail a pour cause l'exploitation d'un fonds de commerce.

A Existence du fonds de commerce

527. Le bail n'est commercial que si un fonds de commerce est effectivement exploité dans les lieux. Il en résulte plusieurs conséquences.

Il faut tout d'abord que le locataire soit titulaire d'un fonds de commerce. La jurisprudence fait une application stricte de ce principe ⁵⁵⁹. Pendant longtemps, par exemple, elle a refusé aux GIE le bénéfice du statut, au motif que le GIE prolongeant l'activité de ses membres et n'ayant pas d'activité propre, il ne pouvait avoir un fonds de commerce. Il a fallu que le législateur intervienne pour briser cette jurisprudence ⁵⁶⁰. De même, la jurisprudence refuse le bénéfice du statut aux sociétés commerciales par la forme, lorsqu'elles ont un objet civil (*supra*, n° 118).

528. Ensuite, pour exister, le fonds de commerce doit comporter une clientèle réelle et autonome. Ainsi, le statut des baux commerciaux est inapplicable lorsque le locataire utilise les locaux uniquement pour y entreposer des marchandises, sans y accueillir des clients ⁵⁶¹.

À propos du caractère autonome de la clientèle, une jurisprudence célèbre s'est établie dans le cas particulier dit de la *buvette des champs de courses*. Le tenancier de la buvette, qui était un locataire du local réservé à la buvette, bénéficiait-il du statut des baux commerciaux ? La Cour de cassation a répondu par la négative : la buvette n'avait pas une clientèle autonome, distincte de la clientèle constituée par les personnes fréquentant le champ de course et admise dans son enceinte. Il a fallu cependant un arrêt de l'Assemblée plénière pour que le principe en soit posé ⁵⁶².

La question s'est posée plus récemment à propos des locaux séparés, aménagés à l'intérieur ou à proximité d'un supermarché. La clientèle de ces boutiques est-elle distincte de la clientèle du supermarché ? En général, la réponse est négative ⁵⁶³. Pour prouver le contraire, il faut établir le fait qu'il existe une clientèle autonome ⁵⁶⁴. En outre, le locataire doit jouir d'une autonomie de gestion suffisante ⁵⁶⁵. Cependant, sur ce point particulier, la jurisprudence semble assouplir sa position traditionnelle, en prévoyant un renversement du fardeau de la preuve. C'est au bailleur qu'il appartient de démontrer que les contraintes imposées au locataire par sa présence dans un ensemble plus vaste font obstacle à une exploitation commerciale effective ⁵⁶⁶. De même, à la suite d'un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation n'exige plus que la clientèle autonome soit prépondérante par rapport à celle du supermarché ⁵⁶⁷.

529. Il faut enfin que le locataire soit le propriétaire du fonds de commerce exploité dans les lieux.

La question peut se poser de savoir qui est le titulaire du fonds de commerce. Si c'est le locataire, il peut prétendre à l'application du statut. Mais si le propriétaire des locaux est en même temps propriétaire du fonds de commerce, l'exploitant est un locataire-gérant du fonds qui ne saurait bénéficier du statut des baux commerciaux.

Ce problème de qualification du contrat est apparu, en particulier, à propos des exploitants de stations-services, qui distribuent l'essence d'une compagnie pétrolière et plus récemment à propos des commerçants qui exploitent un fonds de commerce dans le cadre d'un contrat de franchise (*supra*, n° 460 et 461).

B Qualité de commerçant du locataire

530. Le locataire a la qualité de commerçant lorsqu'il exploite lui-même son fonds de commerce. Il doit être immatriculé au RCS ⁵⁶⁸.

Si le locataire est nécessairement le propriétaire du fonds de commerce, il n'en est pas toujours l'exploitant. L'exploitation du fonds peut avoir été confiée par son propriétaire à un locataire-gérant ⁵⁶⁹. La situation est alors la suivante : le propriétaire des locaux consent un bail commercial, soumis au statut, à un locataire propriétaire d'un fonds de commerce, qui lui-même a concédé l'exploitation du fonds à un locataire-gérant. Le locataire des lieux n'a pas la qualité de commerçant et n'a pas à être immatriculé au RCS ⁵⁷⁰. Quant au locataire-gérant du fonds de commerce, il a la qualité de commerçant, mais il n'est pas un sous-locataire (*infra*, n° 558).

531. Le bénéfice du statut a été accordé au fil des années à une série de personnes qui n'ont pas la qualité de commerçant et ne sont pas propriétaires d'un fonds de commerce. D'abord le statut a été étendu aux artisans qui exploitent un fonds artisanal dans les lieux loués. Puis les établissements d'enseignement, les EPIC, les sociétés coopératives de crédit et les artistes admis à cotiser à la caisse de sécurité sociale de la maison des artistes. L'article L. 145-2 du Code de commerce en donne la liste. Cette extension n'obéit à aucun principe rationnel. Le législateur accorde ses faveurs à qui il lui plaît !

532. Les personnes auxquelles le statut n'est pas normalement applicable, parce que les conditions n'en sont pas remplies, peuvent cependant placer volontairement leur contrat sous l'empire des dispositions relatives au bail commercial (art. L. 141-1 et s. C. com.). Il faut évidemment que leur volonté soit expresse ⁵⁷¹. La seule question qui se pose est celle de l'application au contrat des modifications législatives ou réglementaires qui peuvent ensuite survenir. En principe les lois nouvelles ne s'appliquent pas aux situations contractuelles anciennes, sauf volonté contraire des parties.

§ 3. La nature du contrat

533. Le statut des baux commerciaux est contraignant pour les bailleurs ⁵⁷². Aussi n'est-il pas surprenant qu'ils cherchent à y échapper en trouvant une autre formule contractuelle. Deux possibilités leur sont ouvertes : conclure une convention n'ayant pas la nature du contrat de bail ou conclure un bail de courte durée.

A Les conventions autres que le bail

534. Ces conventions échappent à la qualification de bail. En effet les obligations des parties et le but économique de l'opération ne correspondent pas au contrat de bail. Ces conventions sont les suivantes.

— Le bail emphytéotique, dont la durée est supérieure à 18 ans (art. L. 145-3 C. com.) et peut aller jusqu'à 99 ans.

— Le crédit-bail immobilier, qui est plus une opération financière qu'un bail.

Un établissement de crédit achète un immeuble dont il reste propriétaire. Il le donne en jouissance à un commerçant, contre

paiement d'un loyer. Mais à l'expiration du contrat, le locataire a la faculté d'acheter l'immeuble contre une soulte. L'opération est en réalité un prêt pour l'acquisition de l'immeuble mais avec attribution, à l'établissement prêteur, pendant la durée du prêt, de la propriété de l'immeuble à titre de garantie. L'application du statut n'aurait pas de sens. C'est ce qu'a constaté la Cour de cassation ⁵⁷³.

— La concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967.

— La location-gérance de fonds de commerce. L'opération suppose que la même personne est propriétaire de l'immeuble et propriétaire du fonds de commerce. Bien qu'en concluant un contrat de location-gérance du fonds de commerce le propriétaire confère au locataire-gérant la jouissance des locaux, le contrat n'est pas un bail commercial.

Pour être licite, l'opération suppose que le fonds de commerce ait été effectivement exploité par son propriétaire, pendant au moins deux années (*supra*, n° 493). Sinon le contrat de location-gérance est nul. L'article L. 144-10, alinéa 2 du Code de commerce dispose que, dans ce cas, les contractants ne peuvent se prévaloir des droits qu'ils tiendraient du statut des baux commerciaux. En somme, le contrat de location-gérance déclaré nul ne peut pas être requalifié en bail commercial. La combinaison qui consisterait à créer un fonds de commerce fictif, pour passer un contrat de location-gérance dissimulant un bail des locaux, est donc vouée à l'échec.

B Les baux de courte durée

535. À l'origine, le décret du 30 septembre 1953 ne comportait aucune exception. Le bail commercial avait obligatoirement une durée de neuf ans. Mais sous la pression des nécessités pratiques, la loi et la jurisprudence ont dû admettre des assouplissements.

1 - Le bail de moins de trois ans

536. Cette possibilité se trouve dans l'article L. 145-5 du Code de commerce. Jusqu'à la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, ces baux dérogatoires ne devaient pas dépasser deux ans. Désormais, ils peuvent être conclus pour une durée maximale de trois ans.

Art. L. 145-5, al. 1^{er}, C. com. Les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux dispositions du présent chapitre à la condition que la durée totale du bail ou des baux successifs ne soit pas supérieure à trois ans.

Il résulte donc de ce texte que les parties (bailleur, locataire) peuvent conclure plusieurs baux de courte durée sur le même local, dès lors que la durée totale n'excède pas trois ans. En d'autres termes, un bail de courte durée peut être renouvelé et garder un régime dérogatoire, à condition que le (ou les) renouvellement(s) (successifs), entre les mêmes parties, ne conduisent pas à une durée supérieure à trois ans.

Il est important que les contractants rédigent un écrit stipulant expressément que le bail aura une durée égale ou inférieure à trois ans. A défaut, le bail aurait obligatoirement une durée de neuf ans et serait alors automatiquement soumis au statut des baux commerciaux. Une fois passé le délai de trois ans, le locataire n'a plus, comme c'était le cas auparavant, la possibilité de renoncer au bénéfice du statut des baux commerciaux (art. L. 154-5, al. 1^{er}, C. com.).

Le locataire d'un bail de trois ans (ou moins) n'a droit à aucune indemnité en cas de non-renouvellement, sauf convention contraire.

Si, à l'expiration des trois ans, « et au plus tard à l'issue d'un délai d'un mois à compter de l'échéance », le locataire reste dans les lieux et si le bailleur ne proteste pas, le bail se transforme automatiquement en bail de neuf ans (art. L. 145-5, al. 2 C. com.) ⁵⁷⁴.

2 - La convention d'occupation précaire

537. Elle ne doit pas être confondue avec l'hypothèse précédente. Ici, la convention est conclue sans stipulation de durée : elle peut prendre fin à tout moment et sans préavis ⁵⁷⁵. De plus, et le législateur a apporté cette précision dans la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, la convention d'occupation précaire se caractérise par le fait que « l'occupation des lieux n'est autorisée qu'à raison de circonstances particulières indépendantes de la volonté des parties » (art. L. 145-5-1 C. com.) ⁵⁷⁶. Il en va ainsi, par exemple, du bail d'un local commercial dans un immeuble en cours d'expropriation ou dans un immeuble vétuste et dangereux ⁵⁷⁷.

La précarité est un critère objectif. Il doit être prouvé. Il ne peut dépendre de la volonté des parties ⁵⁷⁸. En cas de fraude, la convention d'occupation précaire est requalifiée de bail commercial ⁵⁷⁹.

Section 2

Les droits et les obligations des parties pendant le bail

538. Les dispositions du statut dérogent au droit commun du contrat de bail. Dans le silence du Code de commerce, il faut se référer à la volonté commune des parties et, à défaut, aux dispositions du Code civil, qui sont généralement de nature supplétive (art. 1713 et s. C. civ.). En outre le bail commercial constitue un acte de commerce, en tout cas du côté du preneur. Il y a lieu d'appliquer les règles spéciales aux actes de commerce, sauf disposition contraire.

Cela dit, le statut des baux commerciaux déroge profondément au droit commun sur trois points : la durée du bail (§ 1), le montant du loyer (§ 2), l'utilisation des lieux par le locataire commerçant (§ 3).

§ 1. La durée du bail

<i>Art. L. 145-4 C. com.</i> La durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans. Toutefois, le preneur a la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, dans les formes et délai de l'article L. 145-9.

539. La durée de neuf ans est impérative pour le bailleur. Les clauses qui dérogent à cette durée minimale sont nulles (art. L. 145-15 C. com.). C'est l'un des plus beaux exemples du recul de la liberté contractuelle devant l'ordre public de protection.

La durée minimale de neuf ans est une conséquence de l'application du statut et non, comme on le croit parfois, une condition d'application de celui-ci. Dès lors qu'un fonds de commerce est exploité dans les lieux, la durée est impérativement de neuf ans, nonobstant toute stipulation contraire.

Une durée supérieure à neuf ans est possible, par exemple, dix, onze ou douze ans (art. L. 145-12, al. 1^{er}). Dans ce cas, le contrat de location sera renouvelable pour neuf ans, sauf accord pour une nouvelle durée plus longue ⁵⁸⁰.

La durée légale de neuf ans peut être interrompue durant le bail, dans trois hypothèses : en cas de faute du locataire entraînant la résolution du bail ; en cas de restauration de l'immeuble ; si les deux parties se mettent d'accord.

540. La règle n'est pas la même pour le preneur. Il peut mettre fin au bail à l'expiration de chaque

période triennale. Il doit alors donner congé six mois avant la fin de la période en cours, sans avoir besoin de justifier sa décision ⁵⁸¹. De plus, il peut mettre fin au contrat à toute époque s'il prend sa retraite (art. L. 145-4, al. 4). Cette prérogative appartient également aux ayant-droits en cas de décès du locataire.

Avant la loi 2014-626 du 18 juin 2014, une clause du bail pouvait valablement empêcher le locataire de résilier le contrat à une période triennale. La réforme a supprimé cette possibilité, sauf si le bail a été conclu pour une durée supérieure à neuf ans (art. L. 145-4, al. 1^{er}, C. com.).

§ 2. Détermination du loyer

541. Le principe est que les parties, au moment de la conclusion du bail, déterminent librement, d'un commun accord, le montant du loyer ⁵⁸². C'est un élément essentiel du bail qui ne peut être fixé judiciairement en l'absence d'accord des parties ⁵⁸³.

Si l'on appliquait le droit commun, le montant du loyer serait intangible pendant toute la durée du contrat. Cela est évidemment impossible, surtout en période de forte dévaluation monétaire, et le législateur a dû prévoir une révision périodique du loyer. De plus les parties peuvent introduire dans le bail une clause d'indexation, mais les effets en sont limités.

A La révision légale

542. Le mécanisme de révision est organisé par les articles L. 145-33 et suivants du Code de commerce. Deux sortes de révisions sont prévues.

1 - La révision triennale

543. Le principe est que la révision est possible tous les trois ans à compter de la date d'entrée en jouissance ⁵⁸⁴. Mais il faut qu'elle soit demandée par l'une ou l'autre des parties (art. L. 145-37 C. com.) – généralement ce sera par le bailleur qui demandera une augmentation du loyer.

Le calcul de la révision obéit à des règles complexes ⁵⁸⁵ dans le détail desquelles il n'est pas possible d'entrer. En voici les grandes lignes.

1) Le principe est posé à l'article L. 145-33 : le loyer doit être égal à la *valeur locative*. La valeur locative est fixée : soit à l'amiable, par accord entre les parties ; soit par un arbitre désigné par les parties ; soit, à défaut, par le juge, selon les critères énumérés par un décret en Conseil d'État ⁵⁸⁶.

Les critères retenus par l'article L. 145-33 sont les suivants : les caractéristiques du local, la destination des lieux, les obligations respectives des parties, les facteurs locaux de commercialité et les prix couramment pratiqués dans le voisinage ⁵⁸⁷.

2) Cependant pour éviter de trop fortes variations du loyer, le décret pose une limite, appelée *plafonnement du loyer*. Selon l'article L. 145-38, alinéa 3, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux (ILC) ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires (ILAT) ⁵⁸⁸ intervenue depuis la dernière fixation du loyer.

3) Cette dernière règle souffre elle-même une exception, et dans certaines circonstances il est possible de « *déplafonner* » le loyer, et donc de l'ajuster à la valeur locative. Tel est le cas lorsqu'est rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité

ayant entraîné une variation de plus de 10 % de la valeur locative (art. L. 145-38, al. 3) ⁵⁸⁹. La modification des facteurs de commercialité doit présenter un intérêt pour l'activité exercée dans les lieux ⁵⁹⁰. Exemples : l'ouverture d'une station de métro, l'augmentation des nombres de places de stationnement, l'ouverture d'un marché, la fermeture de concurrents, l'accroissement de la population d'un quartier, l'implantation d'enseignes commerciales de prestige, l'ouverture d'une voie piétonne, etc. Il s'agit d'une question de fait relevant du pouvoir souverain des juges du fond ⁵⁹¹. En pratique, le déplaçonnement peut entraîner des augmentations très élevées. Pour éviter que ce soit le cas, la loi 2014-626 du 18 juin 2014 a prévu que (pour les baux conclus ou renouvelés depuis le 1^{er} septembre 2014) le déplaçonnement « ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente » (art. L. 145-38, al. 3, *in fine*, C. com.). Il conviendra dans cette hypothèse d'étaler l'augmentation sur plusieurs années, de façon à ce que le loyer n'augmente pas, comme le veut la loi, de plus de 10 % chaque année.

Exemple. Le loyer fixé par les parties est de 1 000 euros. Le loyer révisé selon la valeur locative est de 1 200 euros. Le loyer révisé selon le plafond légal est de 1 050 euros. Mais, il y a une modification des facteurs locaux de commercialité : alors, on n'applique pas le loyer plafonné. Le loyer révisé sera de 1 200 euros (valeur locative). Le loyer est déplaçonné du fait de la modification des facteurs locaux de commercialité = 1 200 euros. C'est 100 euros de plus que ce que permet la nouvelle loi. (Le loyer précédent était de 1 000 euros et 10 % de 1 000 = 100 euros ; 1 000 euros + 100 euros = 1 100 euros, chiffre qu'un loyer, même déplaçonné ne devrait pas dépasser.) L'augmentation (les 200 euros) devra être étalée sur deux ans pour ne pas dépasser 10 % (soit 100 euros) chaque année.

544. La combinaison de ces dispositions a donné lieu à une difficulté d'interprétation qui a amplement alimenté la jurisprudence et la doctrine. Que faut-il décider si le loyer révisé en fonction de la valeur locative diminue, mais qu'il augmente en application de l'indice officiel (*i.e.* l'indice du coût de la construction – ICC – avant la loi du 18 juin 2014, l'ILC ou l'ILAT depuis). Le locataire peut-il demander une réduction de son loyer selon la valeur locative ? La Cour de cassation avait répondu par l'affirmative en décidant que le prix du bail révisé ne pouvait excéder la valeur locative ⁵⁹². Malgré la résistance de certaines cours d'appel ⁵⁹³, la Cour de cassation a solennellement réaffirmé sa position ⁵⁹⁴. Mais l'article 26 de la loi Murcef du 11 décembre 2001 ⁵⁹⁵ a brisé la jurisprudence de la Cour de cassation en modifiant l'article L. 145-38, 3^e alinéa, du Code de commerce. Désormais, en l'absence de modification des facteurs locaux de commercialité, le loyer révisé doit être fixé en tenant compte de la seule variation de l'indice du coût de la construction (ou aujourd'hui de l'ILC et de l'ILAT). La Cour de cassation a alors décidé que la précision apportée par l'article 26 de la loi Murcef avait un caractère interprétatif et qu'elle s'appliquait aux instances en cours ⁵⁹⁶. Mais l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a ensuite condamné cette interprétation ⁵⁹⁷.

À l'inverse, la Cour de cassation décide que si l'indice du coût de la construction a augmenté plus fortement que la valeur locative, le loyer révisé doit être fixé à la valeur locative ⁵⁹⁸.

545. Les contestations relatives à la fixation du loyer sont portées devant le président du tribunal de grande instance du lieu de la situation de l'immeuble. Le nouveau loyer est fixé par le président au terme d'une procédure fixée par décret (art. R. 145-20 et s.). Pendant la durée du procès, le locataire doit payer les loyers exigibles au prix ancien ou, éventuellement, au prix fixé à titre provisionnel par le président du TGI.

546. Il arrive parfois qu'au moment de la conclusion du bail, le bailleur demande au locataire le versement d'une somme d'argent appelée pas-de-porte. Juridiquement, le pas-de-porte peut s'analyser soit comme une contrepartie de l'obligation pour le propriétaire des locaux de poursuivre le bail aussi longtemps que le locataire souhaitera se maintenir dans les lieux, soit comme un supplément de loyer. Dans cette dernière hypothèse, le montant du pas-de-porte devra être imputé de 1/9^e par an sur le loyer révisé.

2 - La révision au moment du renouvellement du bail

547. Il est fréquent qu'à l'expiration du bail, le bailleur accepte le principe de son renouvellement, pour une nouvelle période de neuf ans, mais sous la condition d'une révision du loyer. Il doit alors faire connaître au preneur le loyer qu'il propose (art. L. 145-11 C. com.). Cette proposition enclenche la procédure de révision. La fixation du nouveau loyer, à l'amiable ou par décision judiciaire, obéit sensiblement aux mêmes règles que la révision en cours de bail (art. L. 145-34) ⁵⁹⁹. Cependant l'article L. 145-35 prévoit l'intervention d'une commission départementale de conciliation composée en nombre égal de bailleurs et de locataires ⁶⁰⁰. Si le juge est saisi parallèlement à la commission, il ne peut statuer tant qu'elle n'a pas rendu son avis.

B Les clauses d'indexation

548. Lors de la conclusion du contrat, les parties peuvent prévoir une clause d'indexation du loyer, appelée encore *clause d'échelle mobile*. Les parties conviennent que les loyers varieront périodiquement en fonction d'un indice choisi par elles. Les parties peuvent choisir n'importe quel indice à condition qu'il soit en relation directe avec l'activité d'une des parties ou avec le contrat de bail ⁶⁰¹. Les indices du coût de la construction (ICC), des loyers commerciaux (ILC) ou des loyers des activités tertiaires (ILAT) sont réputés, selon l'art. L. 112-2 du Code monétaire et financier, être en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti, ce qui est effectivement le cas d'un bail commercial. L'indexation conventionnelle du loyer dans un contrat de bail commercial est parfaitement licite. Elle est expressément admise par l'article L. 145-39 du Code ⁶⁰².

Concernant ses effets. La révision du loyer est automatique à une date déterminée ⁶⁰³. Toutefois, l'application des clauses d'indexation peut conduire à un loyer dont le montant serait déconnecté de la valeur locative des lieux. Le législateur ne voulant pas cela, il a prévu à l'art. L. 145-39 C. com. le système d'encadrement suivant : À chaque fois que, par le jeu de la clause d'indexation, le loyer augmente de plus du quart par rapport au prix initial fixé dans le contrat de location (ou au prix fixé lors de la précédente révision) ⁶⁰⁴, et uniquement dans ce cas ^{604a}, le loyer devra être ajusté à la valeur locative ⁶⁰⁵. Soit les parties se mettent d'accord à l'amiable sur celle-ci, soit c'est le juge qui la déterminera. L'art. R. 145-22, al. 1^{er}, précise que le tribunal a pour mission « d'adapter le jeu de l'échelle mobile à la valeur locative au jour de la demande ». Le loyer calculé d'après la valeur locative sera celui que le locataire devra payer. Ce loyer pourra être plus élevé que le loyer selon la clause d'indexation ⁶⁰⁶. Ainsi, le locataire, qui a déjà subi la hausse du loyer du fait de l'indexation, devra payer un loyer encore plus élevé. La loi 2014-626 du 18 juin 2014 a introduit un mécanisme modérateur : si le loyer ajusté à la valeur locative conduit à augmentation, pour une année, de plus de 10 % par rapport au loyer payé au cours de l'année précédente, il conviendra d'étaler cette hausse sur plusieurs années, de telle sorte qu'elle ne dépasse pas 10 % par an (art. L. 145-39 C. com.).

549. La jurisprudence admet la validité de la clause dite *clause-recettes*, par laquelle les parties conviennent que le loyer est fixé chaque année en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire. La clause déroge alors en totalité au mécanisme de révision prévu par les dispositions du Code de commerce ⁶⁰⁷. La Cour de cassation estime même qu'en cas de désaccord des parties sur le montant du loyer (variable en fonction du chiffre d'affaires du preneur) au moment du renouvellement du bail, le juge est incompétent pour le fixer ⁶⁰⁸.

§ 3. Les droits et obligations des parties relatifs à l'utilisation des locaux loués

550. On étudiera successivement : la déspécialisation (A), les charges (B) et la cession de bail et la sous-location (C).

A La déspécialisation

551. Il faut partir de cette idée que le bail commercial a pour cause l'exploitation d'un fonds de commerce par le locataire dans les lieux loués. Il en résulte que :

- le locataire doit exploiter le fonds pour le maintenir en activité ; la cessation d'activité est une cause de résolution du bail ;
- le locataire doit respecter la destination des lieux.

Si le contrat ne prévoit pas le type de commerce qui sera exercé dans les lieux loués, le locataire détermine librement cette activité. Il peut à tout moment changer d'activité sans être lié par celle qu'il exerçait au moment de la conclusion du bail (*infra*, n° 607). Mais cette situation est rare en pratique. Généralement, le contrat de bail prévoit quelle sera l'activité exercée dans les lieux loués. Par exemple un commerce d'alimentation, une industrie de fabrication de machines agricoles ou une agence de voyages. Selon le droit commun de l'article 1728, 1° du Code civil, le locataire ne peut alors changer d'activité sans l'autorisation du bailleur. La règle est devenue très contraignante à une époque où les commerçants doivent s'adapter aux mutations de la technique et de l'économie. Elle interdit toute possibilité de reconversion si le bailleur s'y oppose.

Le législateur est intervenu en 1965 et à nouveau en 1971, pour faciliter un changement de l'activité exercée par le locataire. Un titre VII nouveau, intitulé *De la déspécialisation*, fut alors introduit dans le décret du 30 septembre 1953. Ses dispositions sont passées dans les articles L. 145-47 et suivants du Code de commerce. L'expression de « déspécialisation », empruntée à la pratique, est peu heureuse. Elle traduit simplement la possibilité pour le locataire de changer son activité, malgré l'opposition du bailleur.

1 - Les types de déspécialisation

Le Code de commerce prévoit deux types de changement d'activité : l'extension et la transformation.

a) L'extension d'activité

552. On l'appelle aussi la *déspécialisation partielle*. Elle est prévue par l'article L. 145-47 du Code de commerce. À son activité originale, le locataire désire ajouter des activités connexes ou complémentaires ⁶⁰⁹.

Ex. La vente de boissons non alcoolisées, de quiches, de croque-monsieur et pizzas entre, selon la Cour de Versailles, dans la conception moderne d'une boulangerie-pâtisserie ⁶¹⁰.

Si les parties ne se mettent pas d'accord, le locataire fait connaître son intention au bailleur par acte d'huissier. Le bailleur dispose de deux mois pour donner sa réponse. Mais il ne peut que contester le caractère connexe ou complémentaire de l'activité envisagée. Le tribunal de grande instance tranche souverainement le litige. Si le caractère connexe ou complémentaire est reconnu par le tribunal, le locataire pourra procéder à l'extension désirée. Cependant le bailleur pourra demander une augmentation du loyer lors de la prochaine révision triennale ⁶¹¹. Une hausse immédiate du loyer serait nulle ⁶¹².

Le recours à la procédure instituée par les articles L. 145-47 et suivants du Code de commerce est obligatoire. Si le locataire passe outre et entreprend de lui-même sa nouvelle activité, il est fautif. Il s'expose à voir son bail résolu et à être condamné à des dommages et intérêts ⁶¹³.

b) La transformation d'activité

553. On l'appelle aussi la *déspécialisation plénière*. Elle est prévue par l'article L. 145-48. Le changement est plus radical, car il y a alors substitution ou adjonction d'une nouvelle activité à l'activité originaire. Elle est assez peu utilisée en pratique.

Si les parties sont d'accord, il n'y a évidemment pas de difficulté. Au cas contraire, le locataire fait connaître son intention et ses motifs au bailleur par acte d'huissier ⁶¹⁴. Le bailleur dispose d'un délai de trois mois pour répondre ⁶¹⁵. Deux situations peuvent alors se présenter.

1) Le propriétaire conteste l'opportunité du changement d'activité. Le tribunal de grande instance décide souverainement et autorise ou refuse la déspecialisation ⁶¹⁶, compte tenu des circonstances.

2) Le bailleur ne conteste pas la déspecialisation mais demande une augmentation de loyer. Le président du tribunal de grande instance procède alors, s'il y a lieu, à la révision. Il n'est pas lié par les règles relatives à la fixation du loyer prévues pour la révision triennale.

2 - L'incidence des règles relatives à la déspecialisation sur les clauses de non-concurrence

554. La clause de non-concurrence, par laquelle le bailleur s'engage à ne pas exercer lui-même une activité concurrente de celle du locataire et à ne pas consentir un contrat de bail à des concurrents du locataire, ne va-t-elle pas se heurter aux règles relatives à la déspecialisation des baux commerciaux, qui sont d'ordre public ?

En principe le bail ne fait naître par lui-même aucune obligation de non-concurrence à la charge du bailleur ⁶¹⁷. Son obligation de garantie se limite à *la jouissance des locaux*. Il ne garantit pas la rentabilité du fonds de commerce. Pour éviter au locataire de subir la concurrence soit du bailleur lui-même, soit des autres locataires, il est donc nécessaire d'introduire une clause de non-concurrence dans le contrat de bail. De son côté, le locataire s'engage à ne pas entreprendre une activité qui ferait concurrence aux autres locataires. Au regard du principe de la liberté d'entreprendre, la validité de la clause de non-concurrence accessoire au contrat de bail ne soulève pas de difficulté. Elle remplit en effet les conditions de validité posées par la jurisprudence (*infra*, n° 610).

Confrontée au problème de l'incidence du droit de la déspecialisation sur la validité de la clause de non-concurrence, la Cour de cassation distingue entre deux types de clauses ⁶¹⁸.

La clause de non-concurrence insérée dans le contrat de bail ou *inséparable de la convention locative* est nulle. En effet le droit du locataire de demander la déspecialisation est conçu comme un droit *contre le bailleur*. Ce droit fait partie du statut des baux, qui régit les rapports entre bailleur et locataire. Dans ce cadre, la clause ne peut faire obstacle au droit de déspecialiser ⁶¹⁹.

En revanche, la clause détachable du rapport locatif, ne porte pas directement atteinte aux règles de la déspecialisation. Elle est licite, en particulier, lorsqu'elle est conclue entre les locataires d'un

même bailleur, (v. *infra*, n° 610).

B Les charges

555. Les charges recouvrent les dépenses relatives à l'immeuble dans lequel le locataire exploite son fonds de commerce. Elles se divisent en deux. D'une part, les charges dites normales : ce sont celles provenant de l'exploitation du local (l'eau, le gaz, l'électricité, etc.) et de l'entretien des parties communes (l'ascenseur, les poubelles, les canalisations, etc.). D'autre part, les charges dites exorbitantes telles que l'impôt foncier, l'assurance de l'immeuble et les grosses réparations au sens de l'article 606 du Code civil.

Jusqu'à la loi 2014-626 du 18 juin 2014, le principe était la liberté contractuelle ⁶²⁰. Le bailleur et le locataire décidaient de la répartition des charges, non seulement des charges normales mais aussi des charges exorbitantes. La Cour de cassation avait seulement posé une limite dans un arrêt du 9 juillet 2008 : le bailleur ne pouvait faire supporter au preneur le paiement des « travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble » ⁶²¹.

La loi 2014-626 du 18 juin 2014 a modifié ce tableau. L'article L. 145-40-2 prévoit qu'un décret en Conseil d'État précise « les charges, les impôts, taxes et redevances qui, en raison de leur nature, ne peuvent être imputés au locataire » ⁶²². Ce décret (n° 2014-1317) a été pris le 3 novembre 2014 (*JO* 5 nov., p. 18638). Il énonce que les dépenses relatives à des grosses réparations, les dépenses de mise en conformité d'un immeuble, les impôts, taxes et redevances dont le redevable légal est le propriétaire de l'immeuble ainsi que les honoraires de gestion des loyers perçus par le bailleur, ne peuvent être attribués conventionnellement au locataire ⁶²³. C'est au bailleur de les payer (art. R. 145-35 C. com.). La règle est impérative.

En plus, la loi 2014-626 du 18 juin 2014 impose, dans un souci de transparence, la rédaction d'un inventaire des charges revenant au bailleur et au locataire. Ce document devra être annexé au bail (art. L. 145-40-2, al. 1^{er}, C. com.). La portée de cette nouvelle disposition sera peut-être limitée, étant donné qu'aucune sanction n'est prévue.

C La cession de bail et la sous-location

556. Selon le droit commun, le locataire ne peut ni céder son droit, ni consentir une sous-location s'il n'a pas obtenu l'accord du bailleur. Mais, soucieux de favoriser la mobilité des fonds de commerce, qui est un facteur de leur valorisation, le législateur autorise la cession ou la sous-location lorsqu'elle est l'accessoire d'une cession du fonds de commerce ou d'une mise en location-gérance.

557. La *cession de bail* a pour effet de substituer un nouveau locataire au preneur initial. Le droit au bail fait partie du fonds de commerce, qui est lui-même librement cessible. La cession du droit au bail est donc permise lorsqu'elle accompagne la cession du fonds. Le bailleur doit la supporter. L'article L. 145-16 du Code de commerce déclare nulles les stipulations contraires. En revanche, la clause qui interdit la cession du bail indépendamment du fonds de commerce est licite ⁶²⁴.

Le locataire peut aussi faire apport de son fonds de commerce à une société commerciale. Dans ce cas encore, le droit au bail est compris dans l'apport, nonobstant toute clause contraire, et le bailleur ne peut pas s'y opposer.

Le locataire qui cède son droit au bail reste tenu du paiement des loyers envers le bailleur, à

moins que celui-ci ait donné son accord à la cession. En pratique les parties à la cession prennent la précaution d'insérer une clause prévoyant que le cédant restera solidairement garant du paiement des loyers.

Lorsque le locataire est une société qui fusionne avec une autre, la fusion entraîne transmission du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, y compris le fonds de commerce et le droit au bail. Mais comme la société absorbée disparaît, elle ne peut rester garante de l'exécution du bail par la société absorbante, nouveau locataire. L'article L. 145-16, alinéa 2, prévoit alors que le tribunal peut accorder des garanties suffisantes au bailleur.

558. La *sous-location* n'entraîne pas substitution de locataire. Le locataire principal reste en principe seul tenu à l'égard du bailleur. L'article L. 145-31 du Code de commerce interdit la sous-location, sauf clause contraire ⁶²⁵. À l'inverse, le code n'interdit pas, sauf clause contraire ⁶²⁶, la mise en location-gérance de son fonds par le preneur. Dans ce cas, le locataire-gérant va occuper les locaux, mais il n'est pas considéré comme un sous-locataire. Il occupe les lieux en vertu du contrat de location-gérance, qui lui confère la jouissance du droit au bail, et aucun lien juridique n'existe entre lui et le bailleur ⁶²⁷.

Section 3

Les droits et les obligations des parties à l'expiration du bail

559. C'est ici sans doute que le statut des baux commerciaux manifeste sa plus grande originalité. Il faut d'ailleurs se rappeler que le souci de protéger le locataire commerçant à l'expiration du bail est à l'origine du statut. Les commerçants réclamaient le droit au renouvellement automatique du bail commercial. Sans aller jusque-là, le législateur a accordé au locataire une protection renforcée, qui déroge profondément aux règles de droit commun du bail (§ 1).

Le propriétaire peut consentir un renouvellement aux mêmes conditions ou à des conditions différentes. Le bail peut aussi se prolonger par tacite reconduction (§ 2).

Le statut des baux commerciaux, au contraire, reconnaît au preneur, en cas de non-renouvellement, le droit à une *indemnité d'éviction* ^{627a}. Telle est l'idée principale. De plus, le statut oblige les parties au respect d'une procédure formaliste et contraignante (§ 3).

§ 1. La situation des parties au terme du contrat de bail

560. Le Code de commerce prévoit trois situations possibles.

— Première situation. Le locataire prend l'initiative de demander le renouvellement. Dans les six mois qui précèdent l'arrivée du terme il signifie sa demande au bailleur par acte extrajudiciaire. S'ouvre alors un délai de trois mois dans lequel le bailleur doit prendre parti : ou bien il accepte le renouvellement ou bien il le refuse. S'il garde le silence, il est censé accepter le renouvellement.

— Deuxième situation. Le bailleur prend l'initiative de *donner congé*. Soit parce qu'il refuse le renouvellement, soit parce qu'il entend en renégocier les conditions. Le congé doit être donné six mois avant la date d'expiration du bail ⁶²⁸. Le congé est délivré par acte extrajudiciaire et il doit être motivé, à peine de nullité ⁶²⁹. Le locataire, s'il conteste le congé ou s'il demande l'indemnité d'éviction, doit impérativement saisir le tribunal de grande instance dans les deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné.

— Troisième situation. Aucune des deux parties ne manifeste ses intentions. Le preneur reste dans les lieux et continue de payer les loyers. Le bailleur accepte le paiement. Il y a tacite reconduction du bail, aux mêmes conditions, jusqu'à ce que l'une des deux parties sorte de son silence ⁶³⁰. L'on revient alors aux deux cas précédents.

§ 2. Le renouvellement

561. Si les parties acceptent le renouvellement, deux cas peuvent se présenter.

— L'ancien bail est renouvelé aux mêmes conditions ou à des conditions différentes si les parties se sont mises d'accord.

— Les parties sont d'accord sur le principe du renouvellement, mais l'une d'elles conteste le loyer. Le loyer est alors soumis à la révision des baux renouvelés. Le président du tribunal fixe le loyer, comme il a été vu précédemment (supra, n° 547). Cependant le bailleur, s'il trouve le loyer insuffisant dispose d'une faculté de rétractation. Il peut refuser le renouvellement en manifestant sa volonté dans le mois de la signification du nouveau loyer et en supportant les frais de l'instance (art. L. 145-57 C. com.).

§ 3. Le refus de renouvellement et l'indemnité d'éviction

562. Comme on l'aura compris, le bailleur a toujours, s'il le désire la possibilité de refuser le renouvellement du bail ⁶³¹ : soit en donnant congé dans des délais et selon les conditions posées par l'article L. 145-9 du Code de commerce ⁶³², soit en refusant la demande de renouvellement présentée par le preneur.

Mais en principe, le bailleur devra alors verser au locataire une indemnité d'éviction.

Art. L. 145-14, al. 1^{er}, C. com. Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, le bailleur doit, sauf exceptions prévues aux articles L. 145-17 et suivants, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement.

A Les exceptions : les cas de reprise sans indemnité

563. Dans un certain nombre de cas, le bailleur peut refuser le renouvellement du bail, sans avoir à verser l'indemnité d'éviction.

Tout d'abord, selon l'article L. 145-17, I, 1°, lorsque le bailleur invoque une *cause grave et légitime* à l'encontre du locataire : inexécution de l'une de ses obligations par le locataire, par exemple le défaut de paiement des loyers ou la cessation de l'exploitation du fonds sans raison sérieuse et légitime ⁶³³. Cependant, la preuve de l'inexécution ou de la cessation obéit à des règles spéciales : le bailleur doit mettre en demeure le locataire, par acte extrajudiciaire motivé, d'avoir à faire cesser « l'infraction ». C'est seulement si l'inexécution ou la cessation d'exploitation est poursuivie ou renouvelée plus d'un mois après la mise en demeure, que la reprise des locaux pourra être faite par le bailleur.

Ensuite, le Code de commerce prévoit différents cas dans lequel le bailleur peut refuser le renouvellement et reprendre les locaux sans indemnité, même en l'absence de toute faute du locataire :

— Démolition de l'immeuble loué en raison de son caractère insalubre ou dangereux ⁶³⁴ (art. L. 145-17, I, 2°). Le locataire dispose alors d'un droit de priorité pour louer un local commercial dans l'immeuble reconstruit.

— Reprise des locaux d'habitation accessoires au local commercial, pour les habiter lui-même ou les faire habiter par les membres de sa famille et à condition que le bénéficiaire de la reprise « ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux » (art. L. 145-22, al. 1^{er}). C'est un vestige de la législation de l'après-guerre, alors qu'il existait une grave pénurie de logements.

B Montant de l'indemnité d'éviction

564. Si les deux parties se mettent d'accord sur le montant de l'indemnité due au locataire, il n'y a pas de difficulté. Sinon, c'est le tribunal de grande instance qui fixe l'indemnité.

Quel est le fondement de l'indemnité d'éviction ? L'article L. 145-14 du Code de commerce, donne la réponse : l'indemnité répare le préjudice causé par le défaut de renouvellement. La loi édicte ainsi un cas de responsabilité civile sans faute : le bailleur qui a tiré profit de la location de l'immeuble doit réparer le préjudice que cause au locataire la perte de la jouissance des locaux, en fin de bail.

565. Il faut donc pour calculer le montant de l'indemnité, déterminer le *préjudice subi*. L'article L. 145-14, alinéa 2, fournit des éléments d'appréciation. 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 droit de mutation à payer pour un fonds de même valeur, sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre.

Il n'est pas très difficile de chiffrer les frais de déménagement, de réinstallation et d'acquisition d'un fonds de remplacement.

En revanche, le préjudice résultant de la perte de clientèle qu'entraîne le non-renouvellement du bail est plus difficile à évaluer. L'article L. 145-14, alinéa 2 pose une présomption : le départ du locataire entraîne la perte totale de la clientèle et la disparition du fonds de commerce. L'ancien locataire devra comme le laisse entendre l'article L. 145-14 procéder à l'acquisition d'un *fonds de même valeur*. En principe, l'indemnité doit comprendre la valeur du fonds de commerce qui était exploité dans les lieux loués. Mais cette présomption est une présomption simple ⁶³⁵. Le propriétaire peut prouver que le préjudice est moindre, par exemple, parce que le locataire a la possibilité de se réinstaller à proximité de son ancien local et de conserver ainsi une partie de sa clientèle. Ou encore, par exemple, parce que la clientèle du locataire n'est pas liée à l'emplacement de son exploitation ⁶³⁶.

De plus, pour établir la valeur du fonds de commerce, la jurisprudence décide qu'il faut tenir compte non seulement du chiffre d'affaires réalisé dans les lieux, mais encore du potentiel de développement du fonds, en raison de son emplacement ⁶³⁷. Cela revient à dire que l'indemnité doit être calculée en tenant compte de la valeur de l'emplacement des locaux. Une indemnité supérieure à la valeur actuelle de la clientèle pourra être accordée si les locaux jouissent d'un emplacement spécialement favorable.

566. Le Code de commerce pose encore deux règles favorables au locataire.

En premier lieu, l'article L. 145-58 du Code de commerce accorde au propriétaire un *droit de repentir*. S'il estime que l'indemnité fixée par le tribunal est trop élevée, il peut revenir sur sa décision et accorder le renouvellement du bail. Mais il doit se décider rapidement. Il ne dispose que d'un délai de quinze jours, à compter du jour où la décision est passée en force de chose jugée, pour faire connaître son intention ⁶³⁸ — et encore faut-il que le locataire occupe encore les lieux et n'ait pas encore loué ou acheté un autre immeuble destiné à sa réinstallation.

En second lieu, selon l'article L. 145-28, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, le locataire a le droit de se maintenir dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction [639](#). Il se maintient aux conditions et clauses du bail expiré. Mais il devra cependant une indemnité d'occupation [640](#).

Deuxième partie

La concurrence

567. Au cours des soixante dernières années, le droit de la concurrence a pris en France une importance considérable ⁶⁴¹. Mais il faut aussitôt remarquer que ce développement exceptionnel a surtout affecté l'une des composantes du droit de la concurrence, celle qui a pour but le maintien d'une concurrence effective sur les marchés.

En effet, le droit de la concurrence, entendu au sens large, comporte deux branches bien distinctes, dont les règles répondent à des fonctions différentes.

568. Les règles qui composent la première branche ont pour but de *maintenir la concurrence dans de justes limites*, de veiller à ce qu'elle s'exerce de façon loyale, raisonnable, tempérée. Sous cet angle, le droit de la concurrence considère la concurrence comme une donnée acquise et il se préoccupe surtout d'en limiter les excès. Ainsi le *droit de la concurrence déloyale* sanctionne la concurrence excessive, celle qui utilise des moyens contraires à une certaine éthique commerciale. Par exemple, les règles sanctionnant la concurrence déloyale condamnent le dénigrement d'un concurrent, la publicité mensongère ou le détournement de la clientèle d'un concurrent par des méthodes commerciales contraires aux usages. Il a pour but la protection de l'entreprise contre les agissements déloyaux ou injustifiés d'un concurrent. De même, le droit de la concurrence admet que, par contrat, un commerçant s'engage à ne pas faire concurrence à un autre, pendant un temps et sur un territoire limités. Quant aux droits de propriété industrielle, ils confèrent au titulaire d'un brevet d'invention ou d'une marque de fabrique un monopole d'exploitation qui le protège contre ses concurrents.

Les règles qui appartiennent à cette première branche s'appliquent à une relation entre deux entreprises concurrentes afin d'aménager leurs rapports concurrentiels. L'on peut parler d'une *relation individuelle de concurrence*. Cette première branche, est restée très vivace et elle constitue un bloc indispensable du droit positif. Elle n'a cependant pas connu les mêmes développements que la seconde branche.

569. Les règles qui composent la seconde branche du droit de la concurrence ont pour fonction de *protéger la concurrence* et d'en *favoriser le développement*. Ces règles condamnent non pas les excès mais les limitations de concurrence qui résultent de certains comportements d'entreprises, ce que l'on appelle les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi le droit de la concurrence, entendu dans ce sens, va-t-il interdire les accords, les *ententes*, par lesquelles les entreprises limitent la concurrence qu'elles pourraient se faire entre elles ou que pourraient leur livrer des entreprises tierces. De même le droit de la concurrence va empêcher que les fusions et les concentrations d'entreprises n'aboutissent à la constitution de *positions dominantes* susceptibles de paralyser la concurrence. Et

si l'apparition d'une entreprise dominante ne peut être évitée, du moins le droit de la concurrence va-t-il en interdire les abus.

Vu sous cet angle, le droit de la concurrence est constitué par l'ensemble des normes qui visent à garantir le bon fonctionnement des marchés, en économie concurrentielle. Ce droit de la concurrence n'a pas pour but immédiat la protection de l'entreprise, mais bien la protection des conditions de la concurrence. Les règles qui le composent s'appliquent à l'ensemble des relations qui constituent le marché. L'on peut parler alors de *relations collectives de concurrence*.

Cette seconde branche du droit de la concurrence, appelée aussi le *droit antitrust*, est sous-tendue par les idées du libéralisme économique. Sans avoir été totalement ignorée du XIX^e siècle, elle ne s'est vue longtemps reconnaître qu'une place modeste. C'est à partir de 1960 que le droit de la concurrence s'est peu à peu affirmé en France comme garant de l'économie de marché. Son rôle éminent a été consacré par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Le droit de l'Union européenne, par le traité instituant la CECA, en 1951, et le traité de Rome instituant la CEE, en 1957, en a fait une pièce maîtresse du marché commun.

570. Les deux branches du droit de la concurrence reposent sur un principe commun, celui de la liberté du commerce et de l'industrie, que l'on désigne plus couramment aujourd'hui sous le nom de la *liberté d'entreprendre*.

En premier lieu, la liberté d'entreprendre ne saurait être absolue. Elle n'autorise pas tous les débordements et tous les coups ne sont pas permis. Il faut rechercher un équilibre entre la liberté économique et la préservation des intérêts de l'entreprise. C'est cet équilibre que recherchent le droit de la concurrence déloyale et le droit des accords de non-concurrence.

En second lieu, la liberté d'entreprendre doit être protégée contre elle-même. L'exercice d'une liberté sans limites conduirait à la disparition de la concurrence en autorisant des comportements d'entente entre entreprises ou la constitution de situations de monopole. C'est en ce sens que l'on dit souvent que la concurrence tue la concurrence. L'interdiction des restrictions de concurrence est indispensable à la préservation de la liberté d'entreprendre et il en découle de façon logique.

571. Le droit de la concurrence, qu'il s'agisse de sa première ou de sa seconde branche, a pour destinataire les *entreprises*. Par-là, il se distingue du droit commercial qui s'applique essentiellement aux commerçants, au sens du Code de commerce. Le droit de la concurrence ne distingue pas entre les entreprises commerciales et non commerciales. Ainsi sont soumises au droit de la concurrence non seulement les entreprises commerciales, mais aussi les artisans, les sociétés civiles et les membres des professions libérales. Quant aux entreprises publiques, elles sont également soumises aux règles de concurrence lorsqu'elles ont une activité économique, détachable de leurs prérogatives de puissance publique.

En introduisant dans le Code de commerce de 2000 les règles de concurrence de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les codificateurs ont fait en réalité du Code de commerce un code des entreprises.

Le droit interne et le droit communautaire se retrouvent pour admettre la même notion d'entreprise : toute entité exerçant une activité économique de production, de distribution ou de prestation de service.

L'entreprise constitue par conséquent le *critère d'application du droit de la concurrence*. Autrement dit, le droit de la concurrence constitue le *cadre général de l'activité des entreprises en économie de marché*.

572. L'étude du droit de la concurrence, au sens large, nécessite que l'on aborde successivement ses deux composantes. La première composante, la protection de l'entreprise contre la concurrence injustifiée, fera l'objet d'un *titre II*. La seconde composante, la protection des marchés contre les restrictions de concurrence, sera l'objet du *titre III*. Mais comme le droit de la concurrence s'inscrit dans le cadre de la liberté d'entreprendre, un *premier titre* sera consacré à la présentation de celle-ci.

Titre I

Le principe de la liberté d'entreprendre

573. La liberté d'entreprendre est reconnue comme principe général du droit. Proclamé en 1791, sous la forme de la liberté du commerce et de l'industrie, le principe n'a jamais été remis en question. La liberté d'entreprendre, qui sous-tend le régime de l'économie de marché, comprend principalement la liberté pour toute personne de créer une entreprise, dans le domaine de son choix, et de la gérer au mieux de ses intérêts. La création d'entreprise est libre, le choix du mode d'organisation et de gestion est libre. Cette liberté individuelle ne peut pourtant pas être totale et le droit lui apporte des limites. Mais celles-ci, aussi nombreuses et importantes soient-elles, ne sont jamais que des exceptions par rapport au principe.

Les deux expressions de « liberté du commerce et de l'industrie » et de « liberté d'entreprendre » sont à notre avis synonymes. Il s'agit d'une seule et même liberté. Historiquement, cette liberté a été longtemps désignée sous l'appellation de « liberté du commerce et de l'industrie », avant de trouver son expression moderne, « liberté d'entreprendre » ⁶⁴².

Avec la naissance de la Communauté économique européenne en 1958, la liberté d'entreprendre a pris une dimension européenne. Le traité de Rome l'a consacrée sous la forme de la liberté d'établissement, reconnue à tous les ressortissants de la Communauté. La liberté d'établissement implique la possibilité de créer ou de transférer une entreprise dans tout État membre, sans se heurter à aucune discrimination en raison de la nationalité ou du lieu de l'établissement.

L'on abordera successivement la liberté d'entreprendre en droit interne (Section 1), puis la liberté d'établissement en droit européen (Section 2).

Section 1

La liberté d'entreprendre en droit interne

574. S'il est relativement aisé de définir ce qu'est la liberté d'entreprendre, il est beaucoup plus difficile en revanche de trouver la justification des très nombreuses limitations que la loi et les règlements lui font subir. Pour y voir clair, il convient, tout d'abord de rechercher les fondements de la liberté d'entreprendre (§ 1), puis, à partir de ceux-ci, d'étudier la portée et le contenu du principe (§ 2).

§ 1. Le fondement de la liberté d'entreprendre

575. La liberté d'entreprendre trouve sa source dans plusieurs textes législatifs, l'un relativement ancien, les autres plus récents.

1 - La loi des 2-17 mars 1791

Art. 7 de la loi des 2-17 mars 1791. À compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits.

576. La loi de 1791 proclame ce que l'on nomme traditionnellement *la liberté du commerce et de l'industrie*.

Pendant plus de sept siècles, l'ancien droit avait connu un encadrement pesant des activités économiques. L'activité était divisée entre des *métiers* dont les contours étaient étroitement délimités. Un artisan n'avait droit en principe qu'à un seul atelier. Le nombre des apprentis et compagnons était fixé de façon stricte. Les procédés de fabrication étaient régis par des règlements contraignants.

Il y avait, dans le système des corporations, une idée juste, celle du partage du travail, à une époque qui était souvent marquée par la pénurie. Le régime des corporations était un facteur de paix sociale et l'on comprend que le pouvoir royal lui ait accordé sa protection.

Mais ce système de production, qui freinait les initiatives individuelles, était de moins en moins bien supporté par la bourgeoisie commerçante, surtout à partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Favorisées par une certaine reprise de l'économie, les idées libérales se répandaient et finirent par former un puissant courant. En 1776, Turgot, Premier ministre de Louis XVI, obtenait un édit supprimant les corporations, mais les protestations furent telles qu'il fallut le rapporter quelques mois plus tard.

Curieusement, la suppression des corporations ne figurait pas au programme des constituants de 1789. La Déclaration de droits ne reconnaît pas expressément le droit de faire le commerce. Elle consacre essentiellement des droits politiques et n'affirme pas la liberté des activités économiques. Cependant, l'on peut penser que la liberté d'entreprendre était implicitement comprise dans la Déclaration. En effet, celle-ci consacrait expressément les principes de liberté et de propriété. Or que seraient la liberté et la propriété, sans la liberté d'entreprendre ⁶⁴³ ?

577. Il faudra attendre la loi des 2 et 17 mars 1791, pour que le principe de la liberté des activités économiques fasse une prudente entrée dans le Droit français. Cette loi, appelée étrangement le *décret d'Allarde*, du nom de l'auteur du projet, avait surtout un but fiscal : il s'agissait d'instituer un impôt nouveau, prélevé sur les commerçants et les artisans. Cet impôt, dénommé la *patente*, qui allait se maintenir jusqu'en 1976 ⁶⁴⁴, constituait la contrepartie de la liberté de créer une exploitation commerciale.

La liberté du commerce et de l'industrie allait trouver appui dans deux dispositions fondamentales du Code civil, l'article 544 proclamant le caractère absolu du droit de propriété et l'article 1134 reconnaissant la force obligatoire du contrat. La liberté du commerce, la propriété privée et la force des contrats conclus entre personnes privées se conjuguèrent pour assurer que l'activité économique était essentiellement confiée aux personnes privées.

L'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 n'a jamais été abrogé et l'on a toujours considéré que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie avait au moins la valeur d'une loi ordinaire.

Curieusement, le texte n'a pas été incorporé dans le nouveau Code de commerce. Cela eût pourtant été logique, car le principe ne s'applique pas seulement dans les rapports entre les particuliers et l'administration, mais aussi dans les rapports de droit privé. Cet oubli, volontaire ou non, n'affecte cependant pas la positivité du principe.

2 - La loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973

Art. 1^{er}, al. 1^{er} de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973. La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale.

578. La loi du 27 décembre 1973, dite *loi Royer*, est intervenue dans un contexte particulier. Depuis quelques années, les nouvelles formes de distribution – magasins de grande surface, centres commerciaux – s'étaient développées au point de susciter des craintes de la part du commerce traditionnel. Le ministre du commerce s'était efforcé de calmer le jeu en recherchant un nouvel équilibre entre les trois grands partenaires, les fournisseurs, la grande distribution et le commerce traditionnel. Ce fut l'objet de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat de 1973, qui instituait notamment un régime d'autorisation pour toute création ou extension de grande surface (*infra*, n° 1021 et s.) et qui réprimait avec vigueur les pratiques discriminatoires et la revente à perte (*infra*, n° 919 et 949). Dans ce contexte, la proclamation de l'article 1^{er} n'était sans doute pas sans arrière-pensée et la liberté d'entreprendre à laquelle songeaient les rédacteurs était sans doute celle de la petite entreprise traditionnelle.

Quoi qu'il en soit, la disposition de l'article 1^{er} est rédigée en termes très généraux. Elle montre d'ailleurs que la liberté d'entreprendre s'identifie avec la liberté du commerce et de l'industrie. Il n'y a pas lieu de les distinguer. Les deux expressions sont synonymes et l'on peut les employer l'une et l'autre.

Pour une raison peu compréhensible, la disposition de l'article 1^{er}, alinéa 1 de la loi du 27 décembre 1973, n'a pas été non plus incorporée dans le nouveau Code de commerce, alors que d'autres dispositions de la même loi y figurent (v. les art. L. 750-1 et s. C. com.).

3 - L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

Art. L. 410-2 C. com. Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

579. L'article L. 410-2 du Code de commerce, reprenant la disposition de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, consacre implicitement le principe de la liberté d'entreprendre. Le texte dispose en effet que « les prix des biens produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». Or la concurrence n'aurait guère de signification si elle ne s'accompagnait de la liberté d'entreprendre.

B Le fondement constitutionnel de la liberté d'entreprendre

580. L'on s'est demandé si la liberté du commerce et de l'industrie constituait un principe de valeur constitutionnelle. Une partie de la doctrine le pensait, car elle estimait que cette liberté, en

raison de son ancienneté, figurait parmi les *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* auxquels se réfère expressément le préambule de la Constitution de 1946.

Le Conseil constitutionnel a reconnu de façon formelle, dans sa décision du 16 janvier 1982 ⁶⁴⁵, que le principe de la liberté d'entreprendre avait bien la valeur d'une disposition constitutionnelle.

Cette décision a été prise à la suite de la loi de nationalisation votée le 18 décembre 1981 ⁶⁴⁶.

Le Conseil constitutionnel avait à répondre à une double question. La liberté d'entreprendre avait-elle valeur constitutionnelle ? Les nationalisations en cause étaient-elles contraires à la liberté d'entreprendre ?

À la première question, qui était véritablement la question de principe, le Conseil a répondu par l'affirmative : la liberté d'entreprendre est un *principe de valeur constitutionnelle*. Pour aboutir à une telle solution, le Conseil constitutionnel ne s'est d'ailleurs pas référé aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et il n'a pas pris en considération la loi des 2-17 mars 1791 pour y trouver un tel principe fondamental. Mais plus directement, il s'est fondé sur les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits, qui posent respectivement les principes de liberté et de propriété. Il a considéré que les trois principes de la liberté, de la propriété et de la liberté d'entreprendre étaient liés. Ainsi, en particulier,

« La liberté... ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre. »

À la seconde question – les nationalisations décidées en l'espèce contrevenaient-elles au principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre ? –, le Conseil a répondu par la négative. Malgré leur ampleur, les nationalisations de 1981 n'étaient pas d'une importance telle qu'elles restreignaient le champ de la liberté d'entreprendre. Elles laissaient une place suffisante à l'initiative privée.

Dans plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel a réaffirmé, depuis, la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre, notamment dans la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

§ 2. La portée de la liberté d'entreprendre

581. Le principe de la liberté d'entreprendre a une triple portée. Il est d'abord un principe de nature constitutionnelle et à cet égard, il s'impose au Parlement. Mais il conserve aussi le caractère d'une liberté publique et sous cet angle, il limite les pouvoirs d'intervention de l'administration. Enfin, comme toute loi ordinaire, il s'impose aux particuliers.

A Le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre s'impose au Parlement

582. La liberté d'entreprendre n'a pas un caractère absolu. Le législateur peut lui apporter des limitations, pour des raisons d'intérêt général. Celles-ci sont en réalité nombreuses et l'on ne peut ici qu'en donner quelques exemples. On peut les classer en trois grandes catégories.

En premier lieu, sans interdire la création d'une entreprise, la loi peut la soumettre à une autorisation.

Par exemple la création et l'extension d'un magasin de grande surface est soumise à une autorisation administrative répondant à des conditions rigoureuses (*infra*, n° 962 et s.). Par exemple encore, la création d'un établissement de crédit et celle d'une entreprise de télécommunications dépendent d'une autorisation ministérielle. La loi peut aussi imposer aux entreprises une exigence de déclaration, par exemple dans le cas des entreprises de presse.

En deuxième lieu, la loi peut limiter la liberté d'exploiter. Elle peut poser des conditions

d'exploitation, comme dans le cas des établissements insalubres. Elle peut aussi imposer des conditions de fabrication, pour garantir la qualité des produits et la protection de l'environnement ou encore des conditions de prestation de services, par exemple dans le cas des services bancaires, d'assurance ou de communication audiovisuelle. Elle peut encore poser les conditions de la distribution des produits ou des services.

En troisième lieu, la loi peut soustraire certaines activités du secteur privé, pour les confier à des monopoles d'État. Ce fut longtemps en France le cas de la production et de la distribution de l'électricité et du gaz ou des services de la poste. Il faut cependant souligner que sous l'influence du droit européen, ces monopoles sont en voie de disparition et que les entreprises d'État doivent de plus en plus fréquemment être mises en concurrence avec les entreprises privées, sauf à leur accorder un régime spécial dans la mesure où elles assurent un service d'intérêt général ⁶⁴⁷. Le droit impose également la séparation étanche des activités de normalisation technique et des activités commerciales de l'entreprise publique.

583. Cependant le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre conduit à poser deux limites à l'action du Parlement.

D'abord, le Parlement ne pourrait pas décider de transférer au secteur public la totalité des moyens de production. Il ne pourrait pas décider une nationalisation totale de l'économie ou d'une branche substantielle de l'activité économique. Surtout, il ne pourrait pas imposer une planification, par voie administrative, de l'ensemble ou d'une partie significative de l'activité économique nationale.

Ensuite, il ressort de la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982, précitée, que le Parlement ne pourrait pas procéder à des nationalisations d'une ampleur telle qu'elles laisseraient une place insuffisante à l'initiative privée dans un secteur important de l'économie. Où se trouve exactement la limite ainsi imposée au Parlement ? Il est difficile de le dire. C'est au Conseil constitutionnel lui-même qu'il appartiendrait, le cas échéant, de dire si le Parlement a outrepassé ses pouvoirs en commettant une erreur manifeste d'appréciation.

B Le principe de la liberté d'entreprendre s'impose à l'administration

584. La liberté d'entreprendre constitue, selon la jurisprudence du Conseil d'État, une *liberté publique*. Il en résulte que les limitations qui peuvent être apportées à la liberté d'entreprendre font partie du domaine de la loi, tel que déterminé par l'article 34 de la Constitution. Le Parlement est seul compétent pour édicter des limitations à la liberté d'entreprendre. Le pouvoir exécutif ne peut pas, de son propre chef, édicter des limites à celle-ci. Vu sous cet angle, le principe révèle une double signification.

En premier lieu, la liberté d'entreprendre commande le libre accès aux professions et à la création d'entreprises. C'était déjà le sens de la loi des 2 et 17 mars 1791 : toute personne est libre, en principe, de choisir sa profession et de créer l'entreprise de son choix. L'administration n'a pas compétence pour limiter la création d'entreprise, sauf lorsqu'elle intervient pour l'application d'une loi votée par le Parlement.

En second lieu, le principe de la liberté d'entreprendre conduit, selon la jurisprudence administrative, à réserver au secteur privé l'exercice des activités économiques. L'administration ne peut pas, en principe et sauf application d'une loi, créer des entreprises publiques qui feraient concurrence aux entreprises privées ⁶⁴⁸. Cependant, le principe reçoit ici des exceptions autorisant

l'administration à intervenir de son propre chef, en l'absence d'une disposition expresse de la loi. D'abord, l'administration peut créer des entreprises publiques soumises au régime de droit privé et ne disposant pas de prérogatives de puissance publique. Ensuite, l'administration peut développer des activités complémentaires des services publics existants. Enfin, l'administration peut intervenir pour pallier les carences de l'initiative privée, afin de répondre à un besoin d'intérêt public ⁶⁴⁹. À cet égard, l'initiative des collectivités locales a pu se développer, particulièrement dans le domaine des activités de santé ou d'hygiène publique, plus rarement dans le domaine de la production de biens ou de la prestation de services ordinaires.

C Le principe de la liberté d'entreprendre s'impose aux personnes privées

585. Le principe conduit à interdire la convention par laquelle une personne s'interdirait d'exercer une activité économique ou renoncerait à l'exercice de sa profession. Une telle convention serait frappée d'une nullité absolue, d'ordre public. La jurisprudence civile admet les conventions de non-concurrence et de non-rétablissement, mais à condition qu'elles soient limitées, justifiées par un intérêt légitime et proportionnées à leur objectif (*infra*, n° 595 et s.).

Section 2

La liberté d'établissement dans l'Union européenne

586. Les ressortissants des États membres de l'Union européenne bénéficient de la citoyenneté de l'Union, instituée par l'article 20 TFUE. En France, ils ne sont pas soumis au régime spécial, applicable aux commerçants étrangers ⁶⁵⁰.

Le traité de Rome a posé les principes de libre établissement et de libre prestation de services à l'intérieur du marché commun. Ces deux libertés, qualifiées de fondamentales par la Cour de justice, sont aujourd'hui prévues par les articles 49 et 56 TFUE.

De plus, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre la liberté d'entreprendre. Selon l'article 16 de la Charte, « La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ».

Cela dit, il importe de donner deux précisions.

587. La liberté d'établissement est la liberté de créer ou de transférer une entreprise dans un État membre autre que l'État d'origine. La liberté d'établissement suppose la création d'une implantation suffisamment stable.

La libre prestation de service, au contraire, se caractérise par l'absence d'établissement stable dans l'État membre où le service est rendu. Par exemple, une banque ou une compagnie d'assurances peut proposer ses services à des utilisateurs qui se trouvent dans d'autres États membres, sans qu'elle-même ait un établissement stable dans ces États.

Si, en droit, les deux concepts d'établissement et de service sont bien distincts, en fait, il n'en va pas toujours ainsi car il existe des situations intermédiaires. Ainsi une entreprise qui offre des prestations de services dans un autre État membre aura souvent besoin d'y avoir au moins un bureau et un représentant permanent sans que l'on puisse forcément parler d'établissement stable et durable. En fait, l'on passe insensiblement de la prestation de service à l'établissement.

588. Pour le droit européen, la liberté ne signifie pas la disparition de toute réglementation et de toute contrainte administrative. Les réglementations nationales restent nécessaires, notamment pour la protection des consommateurs et les besoins de la sécurité publique. En réalité, la liberté d'établissement et de prestation de service consiste dans la suppression de toutes les *discriminations* entre les nationaux et les ressortissants des autres États membres. C'est le droit à l'égalité de traitement. Mais il ne suffit pas, pour réaliser la liberté d'établissement et de prestation de service, de supprimer les discriminations de nature juridique, il faut aller plus loin et s'attaquer aussi aux discriminations de fait, ce qui peut aller dans certains cas jusqu'à traiter le ressortissant étranger de façon plus favorable que le national.

Deux exemples peuvent aider à le comprendre. *Premier exemple* : Lorsqu'un État membre réserve l'exercice d'une profession à ses ressortissants, l'on est en présence d'une discrimination sur la base de la nationalité, ce qui est le type même de la discrimination de nature juridique. Le droit de l'Union européenne interdit purement et simplement de telles discriminations, sauf quelques exceptions justifiées, par exemple, par l'ordre public (art. 52 et 62 TFUE). *Deuxième exemple* : lorsqu'un État membre impose pour l'exercice d'une profession une condition de diplôme ou de stage, sa réglementation s'applique de la même façon aux nationaux et aux autres ressortissants européens. Elle n'est pas juridiquement discriminatoire. L'on comprend cependant que le médecin ou l'avocat qui veut s'établir dans un État membre autre que son État d'origine ne puisse pas, *en fait*, recommencer sa formation dans le pays d'établissement et y obtenir les titres et diplômes requis, en raison du temps très long qui lui serait nécessaire. De même l'établissement bancaire qui voudrait offrir ses services dans toute la Communauté ne peut pas, en fait, se soumettre à vingt-huit procédures d'agrément différentes. La suppression de ces discriminations de fait, suppose que l'on accorde un traitement *plus favorable* au ressortissant étranger en l'autorisant à faire valoir le diplôme, le titre ou l'agrément qu'il a obtenu dans son pays. C'est ce que l'on appelle le principe de la reconnaissance mutuelle des titres et agréments. Lorsque le droit de l'UE prévoit la reconnaissance mutuelle, il impose, par définition, l'application, tout au moins partielle, de la loi du pays d'origine.

Comment parvenir à la suppression des discriminations de droit ou de fait ? Le traité ouvre deux voies : l'harmonisation des législations (§ 1) et l'application directe du principe de libre circulation (§ 2).

§ 1. L'harmonisation des législations nationales

589. La reconnaissance mutuelle, par les différents États membres, des conditions requises pour l'établissement ou pour la prestation de service dans l'État d'origine, constitue une solution satisfaisante en théorie. Elle se heurte cependant à la réticence des États lorsque trop de différences séparent les législations les unes des autres. La seule solution pour supprimer les discriminations est alors de rapprocher les législations nationales en les harmonisant par rapport à un modèle européen. Le procédé de la *directive européenne* est alors tout à fait indiqué. Les législations et réglementations nationales harmonisées restent distinctes les unes des autres, mais pour l'essentiel, elles ont des contenus très proches. Il n'y a plus alors d'obstacle à la reconnaissance mutuelle. Ici encore quelques exemples permettent de mieux le comprendre.

590. Ainsi, s'agissant de l'établissement des membres des *professions médicales*, des directives ont prévu le contenu et la durée des études ainsi que les exigences propres à chaque spécialisation. Depuis que les directives ont été incorporées dans les droits nationaux, les diplômes délivrés dans les différents États membres ont une valeur sensiblement égale. C'est pourquoi les directives en question ont pu imposer la reconnaissance mutuelle des diplômes exigés des médecins et des autres professionnels de la santé. S'agissant des *professions juridiques*, la difficulté est plus grande car l'organisation des études universitaires, les procédures judiciaires et les habitudes sont très différentes d'un État à un autre. L'Union a finalement opté, avec la directive du 16 février 1998, pour la voie plus radicale, celle de la reconnaissance mutuelle des titres permettant d'exercer la profession

d'avocat dans tout pays de l'Union européenne, mais avec l'obligation d'exercer dans l'État d'établissement en faisant usage du titre professionnel obtenu dans le pays d'origine ⁶⁵³.

Dans le cas des *banques et des compagnies d'assurances*, tous les États membres exigent un agrément et procèdent à une surveillance de la gestion de ces établissements. Ici encore, des directives européennes ont prévu les conditions de l'agrément, les règles de bonne gestion (dites règles prudentielles), le respect des ratios de solvabilité, etc. En conséquence l'agrément n'est plus exigé que dans le seul État d'origine et la surveillance est effectuée par les autorités de celui-ci. Dans les autres États membres, il suffit que l'entreprise procède à une simple déclaration. C'est le système de *la licence unique*.

Enfin pour faciliter la mobilité des *sociétés*, spécialement par la création de filiales dans d'autres États membres, l'Union européenne a entrepris d'harmoniser le droit des sociétés. En effet, si l'on veut inciter un entrepreneur à créer une filiale dans un autre État membre, il faut faire en sorte qu'il y trouve des conditions juridiques proches de celles dont il a l'habitude dans son pays d'origine. L'harmonisation des droits des sociétés est également nécessaire si l'on veut éviter que certains États ne cherchent à attirer les sociétés sur leur sol en édictant un droit spécialement accueillant. L'article 50 TFUE prévoit d'ailleurs expressément la coordination des règles du droit des sociétés. Sur cette base, plusieurs directives sont déjà intervenues dans le domaine des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée ⁶⁵⁴. Mais il existe de fortes divergences entre les États membres, spécialement sur la question de la place des travailleurs dans la gestion des sociétés, ce qui fait que plusieurs propositions ou projets de directives n'ont pas abouti.

Un progrès important a été réalisé avec la création de la société européenne (SE) ⁶⁵⁵. L'article 8 du règlement du 8 octobre 2001 dispose que le siège statutaire de la SE peut être transféré dans un autre État membre et que ce transfert ne donne lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

§ 2. L'effet direct des dispositions du traité

591. Malgré ses mérites, la voie de l'harmonisation des législations nationales reste insuffisante. La procédure d'adoption des directives est longue et compliquée. De plus, les directives ont un caractère sectoriel : chacune concerne un secteur particulier d'activité, de sorte que les lacunes sont inévitables.

Pour ces raisons, la Cour de justice a tiré le plus grand parti des textes du traité. Elle a déclaré que les articles 49 TFUE (ex. article 43 CE) proclamant la liberté d'établissement et 56 TFUE (ex. article 49 CE) sur la libre prestation de service, avaient un effet direct ⁶⁵⁶. Cela signifie, on l'a vu, que les particuliers peuvent invoquer devant les juridictions nationales les articles 49 et 56 TFUE, afin de se soustraire aux législations discriminatoires imposées par les États ⁶⁵⁷.

Dans un premier temps, la Cour de justice a estimé que les articles 49 et 56 TFUE privaient d'efficacité les conditions de nationalité ⁶⁵⁸ et de résidence ⁶⁵⁹ posées par les législations nationales pour l'accès à l'exercice d'une profession indépendante. Dans un second temps, la Cour a condamné toutes les réglementations nationales faisant obstacle à l'établissement ou à la prestation de services par des entreprises établies dans d'autres États membres, dès lors que ces réglementations n'étaient pas justifiées par des exigences impératives tenant à l'intérêt général ⁶⁶⁰. La Cour de justice s'est montrée encore plus audacieuse, en imposant, dans certaines hypothèses, la reconnaissance mutuelle des titres et diplômes ⁶⁶¹.

Finalement, c'est bien la même idée que l'on retrouve en droit interne comme en droit européen : la liberté d'entreprendre n'est pas absolue. Les États, peuvent lui apporter des restrictions, à la condition que celles-ci soient justifiées par l'intérêt général et qu'elles soient proportionnées à cet intérêt, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire.

Titre II

La protection de l'entreprise contre la concurrence

592. En régime de concurrence, toute entreprise peut légitimement chercher à conquérir la clientèle de ses concurrents. Mais l'entreprise est également en droit de défendre ses intérêts contre les menées de ses concurrents. Il est légitime qu'elle cherche à conserver sa clientèle par des moyens licites. Trois voies s'ouvrent alors à elle.

— L'entreprise peut tout d'abord chercher à protéger sa clientèle, par un contrat conclu avec l'un de ses concurrents.

— L'entreprise peut ensuite agir en responsabilité délictuelle contre ceux qui lui font une concurrence déloyale.

— L'entreprise peut enfin rechercher la protection de ses créations ou des signes identifiant ses produits en obtenant la reconnaissance d'un droit de propriété industrielle.

Dans les trois cas, il faut trouver – et c'est toute la difficulté de cette matière – un juste équilibre entre la liberté d'entreprendre et la libre concurrence, d'une part, et la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, d'autre part. La recherche de ce point d'équilibre constitue l'objet de ce premier titre. Il faut la mener, d'abord à propos des limitations contractuelles de la concurrence, plus précisément les *conventions de non-concurrence* (Chapitre 1), puis à propos de la responsabilité délictuelle, qui sanctionne la *concurrence déloyale* (Chapitre 2) et enfin en étudiant les *droits de propriété industrielle* (Chapitre 3).

Chapitre 1

Les conventions de non-concurrence

593. La convention de non-concurrence est un contrat par lequel une personne s'engage envers une autre à ne pas exercer une certaine activité commerciale qui lui ferait concurrence. Celui qui s'engage est le débiteur de l'obligation de non-concurrence. L'objet de son obligation est une abstention. Celui envers qui l'on s'engage est le créancier de l'obligation de non-concurrence.

Ces conventions prennent habituellement le nom de *clauses de non-concurrence* parce qu'elles sont incluses dans un contrat plus vaste. Elles sont le plus souvent l'accessoire d'une obligation principale.

Exemple. A vend son fonds de commerce à B. Il s'engage à ne pas se rétablir dans le même genre de commerce dans un rayon de 50 km, pendant dix ans, afin de ne pas concurrencer B. L'engagement de non-concurrence est accessoire à l'obligation de garantie qui pèse sur le vendeur du fonds de commerce.

594. Les clauses de non-concurrence sont fréquentes et importantes en pratique. Elles accompagnent les cessions d'entreprises ou de fonds de commerce, les baux commerciaux, les contrats de distribution et certains contrats de travail.

Nous examinerons d'abord les conditions générales de validité des conventions de non-concurrence (Section 1), puis les conditions particulières, propres à chaque type de contrat (Section 2), et enfin les sanctions (Section 3).

Section 1

Les conditions générales de validité des clauses de non-concurrence

595. Les clauses de non-concurrence sont-elles licites ? Le législateur français n'a pas précisément tranché la question. Il n'existe aucun texte législatif ou réglementaire qui soit consacré aux engagements de non-concurrence accessoires à une convention principale. C'est la jurisprudence qui a dû trancher le problème de la validité des clauses de non-concurrence, en appliquant les textes généraux : l'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791, qui pose le principe de la liberté d'entreprendre, et l'article L. 420-1 du Code de commerce, qui interdit les accords qui empêchent, restreignent ou faussent la concurrence sur un marché.

Nous n'aborderons, dans les développements qui suivent, que la question de l'application du principe de la liberté d'entreprendre aux clauses de non-concurrence. L'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce soulève des difficultés particulières, en raison notamment de sa référence au marché, et il faut l'exposer dans le cadre plus général de l'étude des ententes (*infra*,

596. À première vue, le principe de la liberté d'entreprendre irait plutôt dans le sens de l'interdiction des clauses de non-concurrence puisqu'elles interdisent au débiteur l'exercice d'une certaine activité économique. Il faut en déduire que, en principe, elles sont frappées d'une nullité absolue, d'ordre public.

Mais, d'un autre côté, elles sont utiles, car elles garantissent l'existence d'une clientèle et facilitent la conclusion du contrat principal. Ainsi, par exemple, quel commerçant acceptera d'acheter un fonds de commerce s'il sait que son vendeur va continuer son activité et va lui faire une concurrence d'autant plus redoutable que la clientèle lui reste attachée ?

Dès le début du XIX^e siècle, la jurisprudence a interprété le principe avec souplesse. Entre les exigences contradictoires de la liberté d'entreprendre et de l'intérêt de l'entreprise, elle a cherché une voie moyenne. Jusqu'à une époque récente, la jurisprudence s'est d'ailleurs montrée plutôt favorable aux clauses de non-concurrence. Elle admettait leur validité, à condition qu'elles fussent limitées dans le temps ou dans l'espace (§ 1). Depuis quelques années, elle se montre plus circonspecte et elle exige en outre que l'engagement de non-concurrence soit justifié et proportionné (§ 2).

§ 1. L'obligation de non-concurrence doit être limitée

597. Il faut tout de suite écarter une hypothèse d'école, celle de la convention par laquelle une personne renoncerait définitivement à l'exercice de toute activité économique. Une telle convention, à cause de sa généralité, serait certainement nulle. Elle contreviendrait manifestement au principe de la liberté d'entreprendre. En fait, les conventions de non-concurrence n'ont jamais un objet aussi général.

598. Traditionnellement, la Cour de cassation subordonne la validité des conventions de non-concurrence à deux conditions, qui doivent être remplies l'une et l'autre.

— L'obligation de non-concurrence doit être, tout d'abord, limitée dans son objet. La clause doit indiquer, de façon précise, le genre d'activité à laquelle renonce le débiteur. Par exemple, la vente au détail des vêtements de sport ou le commerce de matériel informatique.

— L'obligation doit être ensuite limitée dans le temps et dans l'espace. Par exemple, l'obligation peut être limitée à dix ans et au territoire d'une région. Selon la jurisprudence, cette deuxième condition comportait une alternative ⁶⁶² : pour être valable, l'engagement devait comporter ou bien une limitation dans le temps, ou bien une limitation dans l'espace. Cependant la Cour de cassation exige aujourd'hui que la clause de non-concurrence soit limitée à la fois dans le temps et dans l'espace ⁶⁶³.

599. Depuis une vingtaine d'années, la jurisprudence précise en outre que la clause de non-concurrence doit laisser au débiteur « la possibilité de continuer à exercer normalement l'activité professionnelle qui lui est propre ». Cette jurisprudence est née à propos des clauses de non-concurrence souscrites par certains salariés et qui prennent effet à l'expiration du contrat de travail. La chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que la clause devait laisser au salarié la possibilité d'exercer son métier.

À son tour, la chambre commerciale a consacré la condition et lui a donné une portée générale ⁶⁶⁴. Par conséquent, il ne suffit pas, pour que la clause soit valable, qu'elle comporte des limites. Il faut

que ces limites soient réelles, qu'elles laissent, en fait, une possibilité véritable d'entreprendre. Or tel n'est pas le cas lorsque, de façon concrète, le débiteur se trouve privé de toute possibilité d'exercer l'activité qui était la sienne depuis de nombreuses années. Selon la chambre commerciale, est nulle toute clause de non-concurrence qui, « n'étant pas suffisamment limitée dans le temps et dans l'espace, porte une atteinte excessive à la liberté d'exercice de la profession du débiteur de l'obligation » ⁶⁶⁵.

§ 2. L'obligation de non-concurrence doit être justifiée et proportionnée

600. Il ne faut pas oublier que les clauses de non-concurrence sont des exceptions au principe général de la liberté d'entreprendre. L'on ne peut admettre ces exceptions que si elles répondent à un intérêt légitime. Cette observation conduit à poser deux règles.

La clause n'est valable, en premier lieu, que si l'on peut prouver l'existence d'une cause de justification. En général, pour que cette condition soit remplie, il faut que la clause soit l'accessoire d'un contrat principal, lui-même licite. L'on peut dire que son caractère accessoire est une condition de sa validité. En outre, le rattachement de la clause de non-concurrence à l'opération principale ne doit pas être artificiel. Il faut que la clause soit objectivement utile à la conclusion et au maintien du contrat principal. Il faut qu'elle réponde à un intérêt légitime ⁶⁶⁶. Ainsi, il est manifeste que l'engagement de non-concurrence se justifie lorsqu'il est accessoire à une vente de fonds de commerce. En revanche l'on peut douter que la même clause soit valable lorsqu'elle est incluse dans la vente d'un terrain ⁶⁶⁷.

La clause doit être proportionnée à l'objectif qu'elle sert. Elle ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif qui la justifie. Ce principe de proportionnalité a été longtemps ignoré de la jurisprudence, mais il a été expressément consacré par la Cour de cassation dans un arrêt de la chambre commerciale du 4 janvier 1994 ⁶⁶⁸.

Le propriétaire et exploitant d'un taxi, qui avait la qualité de commerçant, avait conclu un contrat avec une société gérant un central de radiophonie (qui assurait, semble-t-il, la transmission des messages d'appel). Le contrat était assorti d'une clause de non-concurrence. En cas de résiliation de la convention, il était prévu une interdiction d'exercer toute activité de taxi pendant trois ans et dans un rayon de 30 km. Le chauffeur de taxi n'ayant pas exécuté son engagement de non-concurrence, la société de radiophonie l'assignait en dommages et intérêts. Les juges du fond, considérant que la clause était valable, accordaient les dommages et intérêts. Mais la décision est cassée pour défaut de base légale, la chambre commerciale reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, comme il le lui était demandé, si la clause litigieuse, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'était pas *disproportionnée au regard de l'objet du contrat*.

La Cour de cassation précise aujourd'hui que la clause doit être « proportionnée aux intérêts légitimes du créancier » ⁶⁶⁹. Notamment, la limitation de l'obligation de non-concurrence dans l'espace, c'est-à-dire la détermination du territoire géographique à l'intérieur duquel joue l'obligation, doit être proportionnée aux intérêts du créancier et ne pas s'étendre au-delà du nécessaire ⁶⁷⁰.

Lorsque la clause de non-concurrence est ainsi justifiée, elle est licite au regard du principe de la liberté d'entreprendre. Mais on s'est demandé si la clause ne devait pas tomber alors sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce qui prohibe les conventions ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser la concurrence sur un marché. Cette question sera examinée à propos de l'interdiction des ententes (*infra*, n° 782).

Les applications particulières

601. Les clauses de non-concurrence se rencontrent dans de nombreux contrats. Nous examinerons les quatre catégories de conventions dans lesquelles la clause est usuelle : la cession de fonds de commerce (§ 1), le bail commercial (§ 2), les contrats de distribution (§ 3) et le contrat de travail (§ 4).

§ 1. La clause de non-concurrence accessoire à la vente d'un fonds de commerce

602. Par la clause, le vendeur du fonds de commerce s'engage à ne pas faire concurrence à son acheteur et, en particulier, à ne pas se rétablir en créant un fonds concurrent, raison pour laquelle on la désigne aussi sous le nom de clause de « non-rétablissement ». Plus généralement, l'on rencontre la clause dans toutes les opérations qui permettent de céder une entreprise, par exemple la cession d'un bloc d'actions donnant la majorité de contrôle d'une société.

La présence de la clause, dans cette dernière hypothèse, engendre un problème de qualification. En stipulant un engagement de non-concurrence, les parties ne manifestent-elles pas la volonté de transférer la clientèle ? Dans ce cas, la cession des actions ne doit-elle pas être requalifiée en vente du fonds de commerce (comp. *supra*, n° 483) ? Non, car la société ne cède ni sa clientèle ni son fonds de commerce. L'engagement de non-concurrence souscrit par le cédant des actions ne peut être assimilé à une cession de clientèle, car il n'était pas, antérieurement à la cession, titulaire de la clientèle. L'engagement de non-concurrence a seulement pour but de garantir la valeur des actions.

603. Fonction de la clause de non-concurrence. En souscrivant son engagement de non-concurrence, le vendeur garantit la transmission de la clientèle à l'acheteur. L'on constate alors que l'engagement de non-concurrence coïncide avec *l'obligation légale de garantie* qui pèse sur le vendeur de fonds de commerce (*supra*, n° 478). Le vendeur du fonds de commerce doit la garantie de son fait personnel, c'est-à-dire qu'il doit s'abstenir de tout comportement qui viendrait troubler l'acheteur dans sa jouissance de la chose vendue. La clause n'est finalement que la mise en œuvre conventionnelle de l'obligation légale de garantie.

L'on pourrait alors s'interroger sur l'utilité de la clause. À quoi sert-elle, si elle fait double emploi avec la garantie légale ? En fait, elle est utile car elle a l'avantage de préciser, de façon concrète, l'étendue de la garantie, en ce qui concerne son objet, sa durée et son champ d'application territorial ⁶⁷¹.

La seule question qui peut se poser est de savoir si l'obligation légale de garantie subsiste derrière la clause de non-concurrence. La jurisprudence l'admet. L'obligation légale survit à la clause et peut encore jouer après l'extinction de celle-ci ⁶⁷². En effet la garantie du fait personnel est d'ordre public et les parties ne peuvent y renoncer. Encore faut-il, que l'obligation légale n'ait pas elle-même disparu et que le vendeur soit encore en mesure de retenir la clientèle du fonds vendu.

604. Validité et portée de la clause. La clause de non-concurrence est parfaitement valable dans la mesure où elle répond à sa fonction de garantie. Elle remplit alors toutes les conditions posées par la jurisprudence : elle est par nature limitée dans son objet, dans sa durée et dans son application territoriale. Simplement, en raison du principe de proportionnalité, elle ne doit pas être plus étendue que nécessaire. Elle ne doit pas aller au-delà de ce que nécessite le transfert définitif de la clientèle. Le cas échéant, le tribunal devrait pouvoir raccourcir sa durée ou réduire son objet ou limiter son

étendue territoriale.

Les effets de la clause sont étendus. La clause n'interdit pas seulement au vendeur de créer un fonds de commerce concurrent, mais elle lui interdit toute concurrence, quel que soit le moyen utilisé. Ainsi, le vendeur ne peut pas créer une société qui fera concurrence à l'acquéreur du fonds. Il ne peut pas entreprendre une activité concurrente sous le couvert d'un prête-nom. Il ne peut pas accepter des fonctions salariées qui le mettraient en contact avec la clientèle. Tout cela s'explique par l'idée que le vendeur garantit son fait personnel et ne souscrit pas seulement une simple obligation de non-rétablissement d'un fonds concurrent.

En revanche, lorsqu'une société vend son fonds de commerce, la clause de non-concurrence inscrite dans l'acte de cession n'engage ni les associés ni, en principe, les dirigeants de cette société ⁶⁷³. Les tribunaux ont toutefois tendance à prendre en compte le fait que le dirigeant entretenait avec la clientèle des rapports particuliers et qu'il avait un intérêt personnel à l'existence de la clause ⁶⁷⁴. Il en résulte une jurisprudence assez nuancée.

605. Transmissibilité de la clause. Comme la clause garantit le transfert de clientèle, et même parfois l'existence de celle-ci, la créance de non-concurrence dont profite l'acheteur fait partie des éléments du fonds de commerce ⁶⁷⁵. Par conséquent l'obligation est transmise, activement ⁶⁷⁶, aux acquéreurs successifs du fonds de commerce. Un sous-acquéreur pourra la faire valoir contre le débiteur initial qui ne respecterait pas son engagement. L'action du sous-acquéreur sera bien une action contractuelle et non pas une action en responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale.

En revanche, la clause ne devrait pas être transmissible passivement. Elle ne saurait notamment être transmise aux héritiers du vendeur. Celui-ci a souscrit une obligation purement personnelle. Des arrêts anciens avaient admis la transmission passive de l'obligation ⁶⁷⁷. D'autres la refusent en soulignant que l'obligation est essentiellement attachée à la personne du débiteur ⁶⁷⁸. D'autres enfin recherchent si l'héritier avait déjà eu, du vivant de son auteur, des contacts professionnels avec la clientèle ou s'il dispose des moyens propres à développer une concurrence dangereuse pour le créancier ⁶⁷⁹.

§ 2. La clause de non-concurrence accessoire à un contrat de bail ou à un règlement de copropriété

606. Celui qui occupe les lieux, en qualité de locataire ou de copropriétaire, cherche à se protéger contre la concurrence d'autres colocataires ou copropriétaires de l'immeuble. Il demande alors à bénéficier d'une exclusivité. Celle-ci prend la forme d'un engagement souscrit par le bailleur ou d'une disposition du règlement de copropriété.

A Le cas du bail

607. Le bailleur peut-il faire concurrence à son locataire ? Peut-il permettre à un tiers, à qui il consent un bail dans le même immeuble, de faire concurrence au premier locataire ? En principe, oui (*supra*, n° 551). Le contrat de bail a pour objet la jouissance des lieux et non l'exploitation d'un fonds de commerce. En l'absence de stipulation particulière du contrat, le locataire a droit à la jouissance des locaux et il peut les affecter à n'importe quelle activité de son choix. En contrepartie, le bailleur n'est pas tenu d'une obligation de non-concurrence. Il doit garantir, conformément à l'article 1719 du Code civil, la jouissance des lieux, mais non la jouissance d'une clientèle. Dans le silence du contrat, le bailleur peut donc faire concurrence à son locataire, soit directement en exploitant lui-même une activité semblable, soit indirectement en consentant une location à un concurrent du premier locataire. La jurisprudence est aujourd'hui bien fixée en ce sens ⁶⁸⁰.

608. Cependant, en pratique, les contrats de bail commercial contiennent toujours une clause prévoyant que le bail est conclu en vue d'une certaine activité. Par exemple, le bail est consenti pour un commerce d'alimentation, pour la vente de vêtements ou pour un atelier de réparation

d'automobiles. Il est alors usuel que le locataire s'engage à ne pas entreprendre une autre activité dans les lieux loués, sans l'autorisation du bailleur (*supra*, n° 551). Il manquerait alors à son obligation en changeant la destination des lieux. Et en contrepartie, le locataire obtient de son bailleur un engagement de non-concurrence ainsi que l'engagement de ne pas autoriser l'exercice d'un commerce concurrent par d'autres locataires ⁶⁸¹.

Ainsi, l'on se trouve en présence de deux sortes de clauses. 1) La clause par laquelle bailleur et preneur s'engagent unilatéralement ou réciproquement à ne pas se faire concurrence. Il s'agit alors d'une clause de non-concurrence tout à fait ordinaire. 2) La clause par laquelle le bailleur s'engage à ne pas consentir de location à des concurrents du premier locataire, celui-ci s'engageant de son côté à ne pas faire concurrence aux autres locataires du bailleur (ce qui peut s'analyser en une stipulation pour autrui). Cette clause n'est pas, au sens strict, une clause de non-concurrence. Mais le but visé est le même : la clause aboutit à une spécialisation, voire à une complémentarité, des activités exercées dans l'immeuble. Ces clauses que l'on peut appeler *clauses d'exclusivité* sont donc généralement utiles.

609. De tels engagements sont certainement licites au regard du principe de la liberté d'entreprendre. L'engagement du locataire de n'entreprendre dans les lieux loués qu'une activité déterminée, est limitée dans son objet, dans le temps et dans l'espace. L'engagement est en outre justifié par le fait qu'il facilite la conclusion d'autres contrats de bail, portant sur des locaux compris dans le même ensemble immobilier, et qu'il favorise une répartition rationnelle des activités. Pour les mêmes raisons l'engagement du bailleur de ne pas exercer ni autoriser des activités concurrentes de celles du locataire, ne soulève pas non plus de difficulté.

610. En revanche, la validité de ces clauses s'est posée au regard des dispositions relatives à la *désécialisation* des baux commerciaux. En effet, l'article L. 145-47 du Code de commerce ⁶⁸² dispose : « Le locataire peut adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires ». Et l'article L. 145-48 : « Le locataire peut, sur sa demande, être autorisé à exercer dans les lieux loués une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail... ». Ces dispositions sont d'ordre public, l'article L. 145-15 du Code de commerce prévoyant que « sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions des articles... L. 145-47 à L. 145-54 ».

Il est clair que sont ainsi condamnées toutes les clauses qui viendraient limiter l'exercice du droit du locataire de demander la désécialisation des locaux. Le bailleur ne saurait opposer ni les engagements pris par le locataire, ni les engagements qu'il aurait pu lui-même prendre à l'égard des autres locataires ⁶⁸³.

Avant la réforme des articles 34 et 35 du décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux (devenus respectivement articles L. 145-47 et L. 145-15 du Code de commerce) par la loi du 16 juillet 1971, la doctrine et la jurisprudence étaient divisées. Selon certains, les dispositions relatives à la désécialisation faisaient uniquement obstacle aux conventions intervenues entre le bailleur et le locataire demandant le changement d'activité. Elles ne pouvaient pas porter atteinte aux droits des tiers, notamment aux droits acquis par d'autres locataires en raison de leur bail. Pour d'autres au contraire, toutes les conventions portant atteinte au droit de demander la désécialisation étaient frappées d'inefficacité, quels que soient leurs signataires. Finalement, par un arrêt de l'Assemblée plénière du 26 janvier 1973, rendu sous l'empire du droit ancien, la Cour de cassation avait imposé une solution intermédiaire ⁶⁸⁴ : étaient nulles les stipulations faisant obstacles à l'exercice du droit de désécialisation lorsqu'elles étaient « inséparables des conventions intervenues entre bailleur et locataire » (*supra*, n° 554). La Haute assemblée visait sans doute, en particulier, la stipulation pour autrui, introduite dans le contrat de bail, au profit des autres locataires du bailleur. On pouvait en déduire, *a contrario*, qu'étaient valables des conventions *séparables du rapport locatif*, notamment les conventions conclues entre les locataires eux-mêmes, sans intervention du bailleur. La doctrine estime que la distinction faite par l'arrêt du 26 janvier 1973 doit être conservée, même après la réforme opérée par la loi du 16 juillet 1971 et malgré la nouvelle rédaction de l'article L. 145-15.

B Le cas de la copropriété

611. Il est fréquent que les commerçants qui exploitent leur fonds de commerce dans un ensemble immobilier, qu'il s'agisse d'un centre commercial ou tout simplement d'un immeuble à vocation mixte, habitation et commerce, soient propriétaires de leurs locaux. Le règlement de copropriété comporte alors des clauses d'exclusivité et de non-concurrence qui ont pour but de valoriser les locaux et de favoriser la complémentarité des activités commerciales dans l'intérêt des habitants.

Ici encore, ces clauses ne soulèvent pas de difficultés au regard du principe de la liberté d'entreprendre. Elles sont, de ce point de vue, certainement licites. En revanche, l'article 8, I, alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis ⁶⁸⁵ dispose : « Le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation ». Et selon l'article 43 de la loi, toutes clauses contraires sont réputées non écrites. La limitation de la liberté commerciale des copropriétaires est-elle justifiée par la destination de l'immeuble ?

Dans un premier temps, la jurisprudence s'est montrée réticente et elle a généralement déclaré que la clause de non-concurrence constituait une restriction étrangère à la destination des lieux et par conséquent nulle lorsqu'elle était introduite dans le règlement de copropriété ⁶⁸⁶. La Cour de cassation avait sans doute voulu condamner la reconnaissance d'une priorité aux premiers copropriétaires, qui lierait les acquéreurs ultérieurs. Mais par la suite la Cour de cassation a assoupli sa position. Elle admet aujourd'hui que le règlement de copropriété peut organiser la répartition des activités lorsque l'immeuble constitue un centre commercial, composé de commerces variés, dans l'intérêt des habitants de l'endroit, et situé dans un quartier excentrique, éloigné de tous autres commerces ⁶⁸⁷.

En revanche, nul ne doute que les conventions passées entre les copropriétaires, en dehors du règlement de copropriété et qui comporteraient des clauses de non-concurrence, soient juridiquement valables ⁶⁸⁸. À la condition cependant de ne pas enfreindre la prohibition des ententes restrictives de concurrence (*infra*, n° 752).

§ 3. La clause de non-concurrence accessoire à un contrat de distribution

612. Les contrats de concession exclusive, d'exclusivité d'approvisionnement, de distribution sélective ou de franchise comprennent souvent une obligation de non-concurrence à la charge du concessionnaire ou revendeur. Il en est de même des contrats d'agence commerciale ⁶⁸⁹. Ces clauses sont de deux sortes.

613. Les premières produisent leur effet *pendant la durée du contrat de distribution*. Elles prévoient que le distributeur ne fabriquera pas et ne vendra pas des produits concurrents de ceux du fournisseur.

Remarquons que dans le cas de la *concession exclusive de vente*, l'obligation du concessionnaire de ne pas vendre des produits concurrents n'est pas inhérente à la concession elle-même. Ainsi, en l'absence de stipulation particulière, le concessionnaire de vente a le droit de faire concurrence à son concédant en vendant les produits d'autres marques. Au contraire, la clause de non-concurrence transforme l'exclusivité de vente en une exclusivité réciproque. Il est vrai qu'autrefois, la jurisprudence faisait peser sur le concessionnaire une obligation de non-concurrence, jouant de plein droit dans le silence du contrat ⁶⁹⁰. Mais c'est parce que la jurisprudence avait une conception excessivement étroite du contrat de concession de vente, qu'elle identifiait à une exclusivité réciproque ⁶⁹¹. Cette conception méconnaît les principes de la liberté du commerce et de la libre concurrence. Sauf convention contraire, l'on ne voit pas pourquoi le revendeur devrait être assujéti à son fournisseur, au point de ne pas avoir le droit de vendre des produits d'autres marques. C'est la liberté qui se présume, non l'enchaînement du distributeur au fournisseur ⁶⁹², et concurrence n'est pas déloyauté.

De même, les *autres contrats de distribution* n'engendrent pas par eux-mêmes une obligation de non-concurrence à la charge du revendeur. La clause est donc utile. Elle a pour effet de spécialiser le revendeur dans la vente des produits du fournisseur ou du franchiseur. Elle pousse le revendeur à concentrer ses efforts sur la commercialisation des seuls produits contractuels. Elle favorise une meilleure distribution des produits. C'est pourquoi sa validité dans les contrats de distribution est en général reconnue par le droit de la

concurrence ⁶⁹³.

La solution est différente dans le cas du *contrat d'agence commerciale*, car l'article L. 134-3 du Code de commerce, met une obligation de non-concurrence à la charge de l'agent, pendant toute la durée du contrat, sauf stipulation contraire. Mais cela s'explique par le fait que le contrat d'agence est un mandat d'intérêt commun ⁶⁹⁴.

614. Les clauses de la seconde catégorie produisent leurs effets à l'expiration du contrat. Elles prévoient que l'ancien revendeur ne fera pas concurrence à son ancien fournisseur, pendant un certain temps, par exemple pendant cinq ans, à compter de la fin du contrat de distribution. La clause est utile, car en son absence, aucune obligation de non-concurrence ne pèse de plein droit sur l'ancien revendeur. La clause se justifie, car en son absence le fournisseur aurait peut-être des difficultés à trouver un nouveau distributeur disposé à remplacer le précédent.

La clause peut être plus ou moins étendue. Elle peut se limiter à une interdiction temporaire de vendre les produits de la marque de l'ancien fournisseur. L'ancien revendeur pourra continuer son activité, mais en commercialisant des produits d'autres marques. La clause est en principe valable ⁶⁹⁵. Il arrive aussi que la clause interdise de vendre non seulement les produits de l'ancien fournisseur, mais encore tous les produits concurrents ⁶⁹⁶. Une telle clause, par sa sévérité, soulève plus de difficulté. Il ne faudrait pas qu'elle prive le revendeur de son activité professionnelle ⁶⁹⁷ ou qu'elle l'empêche d'exploiter son fonds de commerce, car son effet serait sans doute disproportionné.

Une clause voisine de la clause de non-concurrence est la clause dite de « non-réaffiliation », qui interdit au débiteur d'entrer dans un réseau de commercialisation concurrent après la rupture de son contrat, (*infra*, n° 1055). La clause de non-réaffiliation obéit aux mêmes conditions de validité que les clauses de non-concurrence : elle doit être limitée et proportionnée ⁶⁹⁸.

§ 4. La clause de non-concurrence accessoire à un contrat de travail

615. Il s'agit surtout du contrat de travail mettant le salarié en contact avec la clientèle de l'employeur. Ainsi les contrats des cadres commerciaux et les contrats de VRP et représentants salariés. Pendant la durée du contrat, la clause de concurrence est inutile car le salarié est tenu d'une obligation de loyauté inhérente à la relation de travail. Le salarié ne peut pas travailler au profit d'un concurrent de son employeur, sauf stipulation contraire. Le ferait-il qu'il commettrait une faute grave, autorisant son licenciement. Mais à l'expiration du contrat, le salarié retrouve en principe sa liberté et il peut soit entreprendre lui-même une activité concurrente de celle de son ancien employeur, soit se mettre au service d'un concurrent de celui-ci. C'est alors que la clause de non-concurrence est utile. Mais elle doit être expresse. La clause est licite si elle respecte les conditions générales déjà évoquées. Il faut surtout veiller à ce que la clause n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection de la clientèle de l'ancien employeur et qu'elle n'aboutisse pas à priver l'ancien salarié de l'exercice de sa profession (*supra*, n° 599).

Revenant sur sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation décide aujourd'hui que, pour être licite, la clause de non-concurrence « doit comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière » ⁶⁹⁹. Et en l'absence de contrepartie financière, le salarié peut demander que la clause lui soit déclarée inopposable ⁷⁰⁰. Mais l'exigence d'une contrepartie financière ne concerne que la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, et non celle qui figure dans les autres contrats ⁷⁰¹. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'« au regard du caractère exclusivement libéral de l'activité de mandataire de l'intéressé, la validité de la clause litigieuse n'était pas subordonnée à l'octroi d'une contrepartie financière » ⁷⁰².

Section 3

La sanction des clauses de non-concurrence

616. L'on suppose qu'une clause de non-concurrence a été valablement souscrite. Que se passe-t-il si le débiteur ne respecte pas son engagement ? Quel est le tribunal compétent pour sanctionner la

méconnaissance de la clause (§ 1) ? Quelles sont les mesures qu'il pourra ordonner (§ 2) ?

§ 1. Le tribunal compétent pour constater l'inexécution de l'engagement de non-concurrence

617. Lorsque la clause est accessoire à la vente du fonds de commerce, le *tribunal de commerce* est toujours compétent. Ou bien les deux parties ont l'une et l'autre la qualité de commerçant, ou la vente constitue un acte de commerce isolé (*supra*, n° 289 et s.). C'est encore le tribunal de commerce qui est compétent lorsque la clause est accessoire à un contrat de distribution commerciale.

Lorsque la clause est accessoire à un contrat de travail, c'est le *conseil de prud'hommes* qui est exclusivement compétent pour constater l'inexécution, même après l'expiration du contrat de travail, car la clause a son origine dans celui-ci.

Cependant une difficulté apparaît lorsque le salarié, au mépris de la clause, se met au service d'un concurrent de l'ancien employeur. Celui-ci peut agir contre le nouvel employeur, complice de la violation de la clause de non-concurrence ⁷⁰³ et cette action (qui est une action en responsabilité délictuelle) est portée devant le tribunal de commerce ou, éventuellement devant le tribunal de grande instance lorsque le nouvel employeur n'est pas commerçant. Faut-il alors mener deux procès, l'un contre le salarié, devant le conseil de prud'hommes, l'autre contre l'employeur complice, devant le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance ? On a parfois admis la connexité des deux actions, qui devraient être alors portées, l'une et l'autre devant le tribunal de grande instance : l'unité du contentieux serait reconnue mais en faveur du tribunal de grande instance ⁷⁰⁴. Cependant la chambre sociale de la Cour de cassation reste hostile à cette solution ⁷⁰⁵. En effet connexité ne signifie pas indivisibilité et les deux demandes procèdent de causes différentes : l'article 1147 du Code civil, dans le cas de l'action contre le salarié, et l'article 1382 dans le cas de l'action contre l'employeur. Logiquement, la chambre commerciale a décidé que, saisi de l'action en responsabilité délictuelle contre le complice, le tribunal de commerce devait surseoir à statuer jusqu'à ce que soit tranchée la question préalable de la violation de la clause par le salarié, laquelle relève de la compétence exclusive de la juridiction prud'homale ⁷⁰⁶.

618. Le *juge des référés* est également compétent lorsque les conditions posées par l'article 809 CPC sont remplies : soit « pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite », et même « en présence d'une contestation sérieuse ». Le juge des référés peut alors ordonner des mesures conservatoires, comme l'interdiction de continuer l'activité fautive ou le versement d'une provision à valoir sur les dommages et intérêts.

§ 2. Les mesures décidées par le tribunal

619. Le tribunal qui constate la violation de la clause de non-concurrence, devra normalement condamner le débiteur et le cas échéant son complice, à réparer le préjudice subi, sous forme de dommages et intérêts. Le préjudice correspond, conformément au droit commun, à la perte subie et au gain dont le créancier a été privé. Mais le préjudice est souvent difficile à chiffrer. Seule la perte de clientèle constitue le préjudice certain.

En outre le tribunal peut ordonner pour l'avenir, au besoin sous astreinte, la cessation de la concurrence interdite. L'existence d'un préjudice actuel n'est pas alors une condition de l'action en cessation. Le risque d'un préjudice futur qu'il est légitime de prévenir, constitue pour le créancier de l'obligation un intérêt à agir suffisant ⁷⁰⁷.

Selon la jurisprudence traditionnelle, le tribunal pourrait aller jusqu'à ordonner la fermeture du fonds de commerce dont l'exploitation a permis la concurrence interdite. Enfin, dans le cas des engagements accessoires à une cession de fonds de commerce, la sanction pourrait consister, en présence d'une dépréciation grave de la clientèle, dans la résolution de la vente ⁷⁰⁸.

Chapitre 2

L'interdiction de la concurrence déloyale

620. Toutes les formes de concurrence ne sont pas permises et la compétition doit rester dans les limites d'une certaine éthique des affaires. C'est ce que rappelle opportunément l'article 1^{er} de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 : les activités commerciales et artisanales « s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale » ⁷⁰⁹.

Quels sont les procédés de concurrence qui sont ainsi interdits parce que jugés déloyaux ou excessifs ? Dans certains pays, il existe des lois sur la concurrence déloyale, qui énumèrent les pratiques interdites ⁷¹⁰. Au contraire, il n'existe en France aucune loi traitant de la concurrence déloyale en général. Nous n'avons pas de code de la concurrence loyale. Certes, il existe de nombreuses lois particulières qui interdisent certaines pratiques commerciales déterminées. Par exemple, les textes interdisent la revente à perte ou la publicité trompeuse ; d'autres limitent la publicité comparative ou la vente avec prime. Mais il ne s'agit que de textes particuliers. En l'absence de texte général sur la concurrence déloyale, les tribunaux se sont fondés sur les dispositions du Code civil, les articles 1382 et 1383, pour sanctionner les actes déloyaux en tant que délits civils. En France, le droit de la concurrence déloyale trouve sa source, essentiellement, dans la jurisprudence.

La loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 a bien prévu en son article 2 que « tout commerçant, industriel ou artisan qui introduit une action en réparation du préjudice subi du fait d'actes de concurrence déloyale ou illicite, peut, en outre, demander suivant une procédure qui sera fixée par décret en Conseil d'État que, en attendant qu'il soit définitivement statué au fond, la cessation des agissements reprochés au défendeur soit ordonnée à titre provisoire et sous astreinte comminatoire ». Mais, le décret prévu par le texte n'ayant jamais été adopté, cette disposition est restée lettre morte. Elle était d'ailleurs inutile, en raison des pouvoirs qui sont reconnus au juge des référés.

621. Il en résulte une incertitude sur la *définition* même du droit de la concurrence déloyale. Dans un sens large, on peut le définir comme l'ensemble des règles prohibant l'utilisation de procédés déloyaux ou illicites dans la compétition entre entreprises. Dans un sens étroit, qui est celui que retient le droit français, le droit de la concurrence déloyale est uniquement formé des règles d'origine jurisprudentielle qui sanctionnent les manquements à l'éthique commerciale dans les rapports de concurrence.

La doctrine, de façon unanime, oppose la *concurrence déloyale*, sanctionnée par la jurisprudence sur la base de la responsabilité civile, à la *concurrence illicite*, qui est la concurrence interdite par la loi. Dans la conception qui est celle de la jurisprudence et qui domine en doctrine, la concurrence déloyale a pour but la protection des concurrents, alors que la concurrence illicite a pour but de protéger non seulement les concurrents, mais aussi les fournisseurs, les clients et les consommateurs.

La conception étroite du droit de la concurrence déloyale n'est pas à l'abri de la critique. Il arrive ainsi, comme nous pourrions le constater, que certaines interdictions, qui ont à l'origine leur source dans la jurisprudence et qui relèvent du droit de la concurrence déloyale, sont par la suite récupérées et précisées par la loi écrite. Ces interdictions changent de fonction en se rattachant à la

concurrence illicite. Formellement, certaines d'entre elles se retrouvent même incorporées au Code de la consommation. Tel est le cas, par exemple, des règles qui régissent la publicité comparative. Est-il prudent de faire ainsi dépendre la fonction de la règle de concurrence de sa source ?

Certaines pratiques commerciales peuvent relever à la fois de la concurrence déloyale et de la concurrence illicite. Tel est le cas, des méthodes publicitaires, qui sont sanctionnées pour partie par le droit de la concurrence déloyale et pour partie par le droit de la consommation. Ce chevauchement du droit de la concurrence déloyale et du droit de la consommation est illustré par les directives européennes elles-mêmes. Ainsi, les professionnels sont protégés contre la publicité trompeuse par la directive du 12 décembre 2006 ⁷¹¹, alors que les consommateurs le sont par la directive du 11 mai 2005 (intitulée *directive relative aux pratiques commerciales déloyales* ⁷¹², mais qui a pour seul objet la protection des consommateurs dans leurs relations avec des professionnels).

Malgré tout, la conception étroite du droit de la concurrence déloyale est trop fermement ancrée dans la doctrine et la jurisprudence françaises pour que l'on puisse se permettre de l'ignorer. C'est donc elle que nous adopterons dans le présent ouvrage.

622. La conception française de la concurrence déloyale ne va cependant pas jusqu'à limiter les actes de concurrence déloyale aux actes accomplis par les seuls commerçants, au sens de l'article L. 121-1 du Code de commerce. Si tel a été le cas autrefois, la jurisprudence moderne s'est affranchie de cette condition. Aujourd'hui, le droit de la concurrence déloyale s'applique indifféremment à *toutes les entreprises*, dès lors qu'elles ont une activité économique. Le critère d'application est celui de l'entreprise et non celui du commerçant.

Il convient de rechercher d'abord quels sont les actes que la jurisprudence considère comme déloyaux. La section 1 sera consacrée aux *actes de concurrence déloyale*. Puis il faudra voir comment ils sont réprimés. La section 2 traitera de *l'action en concurrence déloyale*.

Section 1

Les actes de concurrence déloyale

623. Les tribunaux ont déterminé, cas par cas, en se fondant sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, les actes de concurrence déloyale. Ils ont procédé, comme ils en avaient l'habitude, à une appréciation *in abstracto* des comportements fautifs, en se référant à l'idée qu'ils se faisaient de la conduite d'un commerçant honnête et scrupuleux. Ils ont ainsi forgé une éthique des affaires, dans les rapports entre professionnels. Plus précisément, les tribunaux, lorsqu'ils sont saisis d'une action en concurrence déloyale, s'efforcent de tracer la frontière entre la concurrence normale, qui doit être supportée par les concurrents, et les comportements anormaux, qui causent un préjudice ouvrant droit à réparation. Sous cet angle, la condamnation de la concurrence déloyale n'est pas sans analogie avec la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage.

Ce sont principalement les tribunaux de commerce qui définissent les règles de la concurrence loyale. Mais ils le font sous le contrôle des cours d'appel et de la Cour de cassation. Cette collaboration contribue à donner à la concurrence loyale l'image d'une concurrence tempérée, plutôt conservatrice et respectueuse des usages, tout en étant capable d'évoluer. En effet le droit de la concurrence déloyale n'est pas figé. Comme tout système jurisprudentiel, il évolue, il s'adapte à son environnement économique et intellectuel beaucoup plus facilement que s'il était enserré dans des textes trop précis. C'est évidemment l'avantage du système français.

La doctrine, depuis les travaux de Roubier ⁷¹³, retient une classification des actes de concurrence déloyale en quatre catégories. Il faut y ajouter le parasitisme commercial, qui est une notion plus récente ⁷¹⁴.

§ 1. Les procédés de dénigrement

A Caractères généraux du dénigrement

624. Le dénigrement consiste en propos péjoratifs, tenus sur un concurrent. La jurisprudence montre que quatre conditions sont nécessaires pour que le dénigrement engendre la responsabilité de son auteur.

1) *Le caractère péjoratif.* Le propos est de nature à dévaloriser l'image du concurrent auprès de sa clientèle. Ainsi des propos qui portent atteinte à la réputation d'honorabilité ou d'honnêteté. Mais une simple critique peut suffire, dès lors qu'elle dévalorise l'entreprise ⁷¹⁵. Peu importe que le propos soit vrai ou faux ⁷¹⁶. Ce n'est pas le mensonge que l'on sanctionne mais l'image que l'on transmet. Le caractère péjoratif du propos peut même être implicite.

2) *La publicité.* Les propos doivent être diffusés dans le public ou destinés à l'être. Une correspondance privée ne constitue pas un dénigrement.

3) *L'identification.* Les propos doivent viser une personne déterminée, identifiable ⁷¹⁷. Mais il n'est pas nécessaire que la personne soit nommément désignée. Le propos allusif suffit à constituer le dénigrement, lorsqu'il ne laisse guère de doute quant à la personne visée. Le propos peut aussi viser les produits ou la marque du concurrent. Dans certains cas, la jurisprudence sanctionne les propos tenus sur un groupe de professionnels.

4) *Le concurrent.* Le dénigrement ne constitue un acte de concurrence déloyale que s'il vise un concurrent.

B L'exemple de la publicité comparative

625. La publicité comparative consiste pour un commerçant à comparer publiquement ses produits à ceux d'un concurrent nommément désigné. La comparaison porte sur les prix ou sur les qualités de produits semblables ou encore sur la nature des services offerts aux consommateurs. Le procédé, à condition évidemment qu'il se fonde sur des informations exactes et objectives, est-il licite ? Après l'avoir combattu, la jurisprudence a fini par l'admettre, mais sous de strictes conditions.

626. Longtemps, la jurisprudence a considéré la publicité comparative comme un acte de concurrence déloyale. Elle y voyait en effet un acte de dénigrement ⁷¹⁸. Les usages interdisaient de désigner l'entreprise concurrente pour en tirer un avantage publicitaire. Une simple comparaison avec un concurrent était déjà suspecte en soi, car elle laissait entendre, de façon implicite, que les performances du concurrent étaient inférieures à celles de l'annonceur. En matière de publicité, la règle d'or, comme l'a dit un auteur, était de ne pas s'occuper de son voisin ⁷¹⁹.

La jurisprudence admettait seulement les essais comparatifs et les comparaisons de prix réalisés par des tiers et publiés dans la presse, dans le seul dessein d'informer les consommateurs. Le procédé était licite, puisque l'auteur de la comparaison n'était pas un concurrent des entreprises qui en étaient l'objet. Mais la jurisprudence interdisait aux commerçants d'utiliser publiquement de tels essais ou comparaisons ou de s'y référer.

Exemple. La revue *50 millions de consommateurs* avait fait paraître un tableau comparatif des prix de plusieurs marques de parfum. La société F., qui était connue pour pratiquer des prix inférieurs à ceux des grandes marques, avait placé sur ses rayons une reproduction dudit tableau, ainsi qu'un système de numérotation permettant de comparer les prix de ses propres produits avec ceux des grands parfumeurs. Les juges du fond condamnèrent la société F. pour usurpation de marque et concurrence déloyale et la Cour de cassation ⁷²⁰ rejeta le pourvoi. Jurisprudence sévère, aussi bien sur l'usurpation de marque (le tableau de *50 millions de consommateurs*

n'était-il pas dans le domaine public ?) qu'en ce qui concerne la concurrence déloyale (la comparaison était purement objective !).

627. Le revirement de jurisprudence est intervenu avec l'arrêt de la chambre commerciale du 22 juillet 1986 ⁷²¹. La société Carrefour avait publié un tableau des prix pratiqués par elle et par plusieurs de ses concurrents sur des produits identiques – tableau dont l'exactitude n'était pas contestée. Le juge des référés puis la cour d'appel condamnèrent pour concurrence déloyale. Cependant la chambre commerciale cassait au motif que « *n'est pas illicite une publicité qui se borne à la comparaison des prix auxquels des produits identiques sont vendus, dans les mêmes conditions... contribuant à assurer la transparence d'un marché soumis à la concurrence...* ».

La Cour admettait ainsi la publicité comparative, mais à des conditions strictes : la publicité ne pouvait, en particulier, porter que sur les prix des produits ⁷²² et non sur leurs qualités ; elle ne pouvait porter que sur des produits et non sur des services ; elle devait porter sur des produits identiques et non simplement similaires.

628. Pour répondre à la demande des associations de consommateurs, la loi du 18 janvier 1992 consacrait, dans son article 10, la validité de la publicité comparative qu'elle soumettait cependant à de strictes conditions. Pour être licite, la comparaison devait être loyale, véridique et ne devait pas être de nature à induire en erreur le consommateur ⁷²³. En 1993, la disposition de l'article 10 fut insérée dans le Code de la consommation, à l'article L. 121-8. La directive européenne du 6 octobre 1997 ⁷²⁴ intervenait à son tour pour harmoniser à l'échelle européenne les conditions de la publicité comparative. Elle est aujourd'hui remplacée par la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 ⁷²⁵. La loi de transposition du 17 mai 2011 a maintenu dans le Code de la consommation les dispositions relatives à la publicité comparative et a modifié en conséquence les articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation.

L'article L 121-8 du Code de la consommation déclare qu'est licite toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent. Il en précise les conditions : 1° la publicité comparative ne doit pas être trompeuse ou de nature à induire en erreur ; 2° elle doit porter sur des biens ou des services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ; 3° elle doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.

Le sort de la publicité comparative illustre bien l'évolution, déjà signalée, par laquelle une règle passe du droit de la concurrence déloyale au domaine de la concurrence illicite puis à celui du droit de la consommation. Avec le temps, la règle change de fonction révèle des fonctions nouvelles qui existaient à l'état latent dans la règle originale.

§ 2. Les actes engendrant la confusion

629. La confusion est en quelque sorte l'inverse du dénigrement. Celui qui engendre la confusion cherche à s'approprier le succès de son concurrent en trompant la clientèle. La confusion porte généralement soit sur le nom et l'entreprise du concurrent, soit sur la marque et les produits du concurrent. L'auteur de la confusion tente de se parer des plumes du paon !

Les conditions de la concurrence déloyale sont alors :

1) L'existence d'un signe original, nom commercial, enseigne, marque, appellation d'origine ou de provenance, présentation, désignant le concurrent ou ses produits. Le signe peut être protégé par un

droit de propriété industrielle, comme la marque ou l'appellation d'origine ou ne pas être protégé par un droit spécifique, ainsi dans le cas d'une méthode publicitaire, d'une idée publicitaire ou d'une méthode de vente.

2) Un acte d'imitation entraînant la confusion chez les clients et permettant un détournement de clientèle.

3) L'intention de profiter de la notoriété du concurrent.

630. Lorsque le signe est susceptible d'être protégé par un droit de propriété industrielle – une marque, un dessin ou modèle ou une appellation d'origine –, deux situations peuvent se présenter.

1) Le concurrent n'a pas acquis le droit de propriété industrielle, généralement parce qu'il n'a pas accompli les formalités nécessaires à l'acquisition du droit, par exemple il a omis de procéder à la formalité d'enregistrement de la marque. Alors il est protégé par la seule action en concurrence déloyale, à condition, bien entendu, que les conditions en soient remplies.

Ainsi, la Cour de cassation déclare que « le licencié d'une marque, qui ne dispose pas personnellement d'un droit privatif sur le titre de propriété industrielle, est recevable à agir en concurrence déloyale et parasitaire, peu important que les éléments sur lesquels il fonde la demande soient les mêmes que ceux que le titulaire de la marque aurait pu opposer » ⁷²⁶.

Il en est de même lorsque le concurrent est titulaire d'un nom commercial ou d'une enseigne, lesquels ne sont pas protégés par une action en contrefaçon, mais seulement par l'action en concurrence déloyale ⁷²⁷. Ou bien encore lorsqu'une création n'est pas susceptible de protection par la propriété industrielle, comme par exemple un slogan ou une idée publicitaire ⁷²⁸.

2) Le concurrent a acquis un droit de propriété industrielle. Alors il bénéficie d'une double protection. Il peut agir en contrefaçon, pour défendre son droit de propriété industrielle, d'une part, et en concurrence déloyale, d'autre part. Il peut soit utiliser l'une ou l'autre des deux actions, soit les faire valoir cumulativement. Dans ce dernier cas, l'action en contrefaçon de marque, de dessin ou modèle ou d'appellation d'origine, d'une part, et l'action en concurrence déloyale, d'autre part, sont juridiquement distinctes ⁷²⁹ et ont des objets différents. L'action en contrefaçon protège le signe qui est le siège d'un droit exclusif d'exploitation. L'action en concurrence déloyale protège les autres éléments d'identification de l'entreprise ou du produit, non couverts par le monopole. Cependant, dans ce cas, les deux actions sont portées devant la juridiction compétente pour statuer sur l'action en contrefaçon (*supra*, n° 286).

Exemple 1. Un vin mousseux est commercialisé par la société A. La société B commercialise un vin comparable, sous une présentation identique. Le tribunal, puis la cour d'appel, relèvent, en premier lieu, l'existence d'une contrefaçon de marque. Les étiquettes apposées sur les produits ne sont pas rigoureusement identiques à celles qui ont été enregistrées comme marque, mais donnent au consommateur une impression d'ensemble qui, pour un consommateur moyen, porte à la confusion. Le tribunal relève également des faits distincts des précédents, mais qui ajoutent à la confusion : les boissons sont de la même couleur et les bouteilles qui les contiennent ont des formes identiques et sont transparentes. Il y a un acte de concurrence déloyale qui s'ajoute à la contrefaçon de la marque protégée. Selon la cour d'appel, l'imitateur voulait se placer dans le sillage d'un produit concurrent et profiter des investissements publicitaires réalisés par la première société pour lui faire acquérir une notoriété certaine ⁷³⁰.

Exemple 2. Un concurrent reproduit le décor d'un modèle de meuble protégé. Il y a contrefaçon de dessin ou modèle déposé. En outre, il vend les produits à des prix inférieurs à ceux pratiqués par le propriétaire du modèle. Ce fait constitue une concurrence déloyale. Associé à la contrefaçon, la vente à bas prix est constitutive de concurrence déloyale. Les deux sanctions se cumulent.

§ 3. La désorganisation de l'entreprise d'un concurrent

631. Il s'agit d'atteintes qui sont portées à la force commerciale d'un concurrent. Elles peuvent être volontaires ou résulter de la simple négligence, peu importe. En revanche, la difficulté est de savoir si l'atteinte présente un caractère déloyal ou non. En régime de concurrence, il est légitime de se

procurer les moyens de capter la clientèle des concurrents. La frontière entre l'atteinte normale aux facultés compétitives d'un concurrent et la désorganisation déloyale est difficile à tracer. Tout est question de mesure. Les tribunaux devront trancher entre des intérêts opposés (*supra*, n° 623).

Quels sont les comportements les plus fréquemment sanctionnés par la jurisprudence ? On peut les classer en trois catégories.

632. Le débauchage de salariés. Il n'y a aucune faute pour le salarié, arrivé au terme de son contrat de travail, à quitter un employeur pour un autre ⁷³¹. Sauf s'il y a violation d'une obligation de non-concurrence (*supra*, n° 615). De même, l'employeur qui négocie avec un salarié d'un concurrent les conditions de son embauche ne commet pas un acte de concurrence déloyale. Le principe est celui de la liberté d'embauche ⁷³², sauf complicité de violation d'un engagement de non-concurrence ⁷³³. La déloyauté commence lorsque l'embauche conduit à la désorganisation de l'entreprise du concurrent en le privant d'un élément essentiel d'exploitation. Ainsi, sont des actes de concurrence déloyale, le fait de débaucher simultanément plusieurs employés de façon à causer la paralysie d'un atelier ou d'un service tout entier ⁷³⁴ ou d'adresser une offre d'embauche à l'ensemble du personnel du concurrent ou encore de débaucher un membre du service commercial qui apporte avec lui le fichier des clients du concurrent ⁷³⁵.

633. La désorganisation de la production du concurrent. Il s'agit ici de manœuvres qui tendent à s'approprier par la ruse le secret de fabrique ou plus généralement le savoir-faire d'un concurrent. En principe, les connaissances techniques sont dans le domaine public, du moins lorsqu'elles ne sont pas protégées par un brevet d'invention. Il est licite d'utiliser les méthodes de production mises au point par un autre, lorsqu'elles ne sont pas brevetées. Le simple fait d'utiliser le savoir-faire divulgué par le concurrent n'est pas répréhensible en soi. Mais il y a concurrence déloyale lorsque l'on utilise des procédés frauduleux pour se l'approprier. Tout est question de circonstances. L'espionnage industriel, opéré à l'insu du concurrent, est un acte de concurrence déloyale. De même, le fait de s'assurer de la complicité d'un salarié d'un concurrent pour obtenir la divulgation d'un secret de fabrique.

Une partie de la doctrine est tentée cependant d'aller plus loin et de considérer comme un acte de concurrence déloyale le simple fait de s'approprier les fruits du travail d'autrui en rompant l'égalité dans les moyens de concurrence ⁷³⁶. Nous ne partageons pas cette opinion, car l'investissement qui est à l'origine d'un savoir-faire, que cet investissement soit financier ou intellectuel, ne suffit pas en soi à conduire à une appropriation privative de ce savoir-faire.

634. La désorganisation des moyens de distribution d'un concurrent. L'on rencontre ici trois questions qui sont discutées.

1) La première est de savoir si la pratique de prix anormalement bas est constitutive de concurrence déloyale. En principe, la réponse est négative, car les prix sont libres ⁷³⁷. Il est vrai que le droit de la concurrence condamne les *prix prédateurs*, c'est-à-dire les prix inférieurs au prix de revient qui n'ont pour but que l'élimination d'un concurrent, lorsqu'ils sont le résultat d'une entente, prohibée par l'article L. 420-1, ou lorsqu'ils constituent un abus de position dominante ou une pratique de prix abusivement bas, au sens des articles L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce (*infra*, n° 801 et s.). Cependant l'action en concurrence déloyale ne peut pas dans ce cas se substituer aux poursuites pour pratique anticoncurrentielle ⁷³⁸. La concurrence déloyale suppose un comportement fautif distinct de la seule fixation du niveau des prix. Ainsi, lorsque la pratique de prix bas est rendue possible par une contrefaçon de marque ou un acte entraînant une confusion délibérée.

2) Une autre question concerne les atteintes portées au réseau de distribution du concurrent. Le fait pour un revendeur étranger au réseau de distribution de s'approvisionner par une voie parallèle et de commercialiser les produits du fabricant, sans son autorisation, est-il un acte de concurrence déloyale ? En principe non, sauf circonstances particulières constitutives de fraude (*infra*, n° 1066).

3) Le détournement de la clientèle d'un concurrent. La Cour de cassation a condamné le procédé du coupon-nage électronique comme constituant un acte de concurrence déloyale, au motif qu'il s'analysait en un *détournement de clientèle* ⁷³⁹. Le coupon nage électronique est un procédé de publicité mis au point par certains fabricants en collaboration avec les distributeurs. Lorsqu'un client se présente à la caisse pour payer ses achats, l'appareil de lecture électronique repère la présence de certains produits, grâce au code-barres apposé sur les produits, et émet automatiquement un bon de réduction à valoir sur l'achat ultérieur d'un produit concurrent. L'acheteur du produit A se voit ainsi remettre un bon de réduction sur tout achat du produit B concurrent. Le fabricant du produit A agit alors en concurrence déloyale contre le fabricant du produit B.

Les juges du fond avaient estimé, dans cette affaire, qu'il n'y avait pas d'utilisation fautive du code-barres et que le procédé était licite. En effet, le code-barres ne délivre aucune information confidentielle et sert uniquement à identifier un produit qui est offert aux acheteurs ainsi que son prix qui est connu. Le fabricant n'a aucun droit privatif sur le code-barres figurant sur ses produits et il ne peut s'opposer à son utilisation par les concurrents. Le procédé s'apparente à une analyse du comportement des acheteurs, suivi d'une offre concurrente. Le motif invoqué par la Cour de cassation peut surprendre. La conquête de la clientèle n'est pas en soi un acte fautif ⁷⁴⁰. Où se trouve la faute ? Certainement pas dans le fait de démarcher la clientèle d'un concurrent. L'utilisation du code-barres n'est pas non plus illicite, puisque, comme le constatait la cour d'appel, il ne fournit qu'un ensemble de renseignements pratiques non susceptible d'appropriation. L'acheteur aurait-il droit au secret de ses achats ? Le procédé respecte l'anonymat des acheteurs, dont l'identité n'est pas divulguée. Finalement, il semble que la Haute juridiction ait voulu sanctionner le démarchage brutal, s'adressant à des consommateurs déterminés, et non pas opéré par la voie d'une offre générale adressée au public ⁷⁴¹ sous forme de remise de prix ciblée.

§ 4. La désorganisation du marché

635. Elle résulte d'actes de concurrence déloyale qui ne visent pas un concurrent déterminé mais l'ensemble des concurrents opérant sur le même marché. Elle crée une rupture d'égalité entraînant un désavantage dans la concurrence. Tel est le cas de la publicité trompeuse, de la revente à perte ou de la pratique de prix abusivement bas. En réalité, la plupart de ces actes sont aujourd'hui interdits par des dispositions du Code de commerce ou du Code de la consommation et relèvent à ce titre de la concurrence illicite. Ils sont d'ailleurs très souvent pénalement sanctionnés. La catégorie des actes entraînant la désorganisation générale du marché est, du point de vue de la concurrence déloyale, peu à peu vidée de son contenu.

Cependant, un concurrent peut agir en concurrence déloyale à l'encontre de l'auteur d'une fraude fiscale ou de celui qui emploie des travailleurs non déclarés ⁷⁴², lorsque ces agissements entraînent précisément une rupture de l'égalité entre les entreprises concurrentes. De même, des clauses contractuelles qui dissuadent des assurés de résilier leur contrat et de faire jouer librement le jeu de la concurrence constituent un acte de concurrence déloyale ⁷⁴³.

§ 5. Le parasitisme commercial

636. Le parasitisme peut être défini comme le fait, pour une entreprise, de tirer profit, de façon injuste, de la réussite d'une autre entreprise. Le parasite cherche à utiliser pour son propre profit le succès commercial, la notoriété et les investissements intellectuels d'une autre entreprise. La chambre commerciale de la Cour de cassation définit le parasitisme comme « un ensemble de comportements

par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire » ⁷⁴⁴. Les tribunaux n'hésitent plus aujourd'hui à sanctionner de tels actes en accordant une action en responsabilité à la victime. L'une des difficultés de la matière consiste à bien distinguer cette action de l'action en concurrence déloyale, notamment de celle fondée sur la confusion.

A La concurrence parasitaire

637. À l'origine, le parasitisme est apparu comme une forme particulière de la concurrence déloyale. L'expression sert alors à désigner le fait de tirer profit, par des voies déloyales, de la renommée d'un concurrent. On parle dans ce cas, de *concurrence parasitaire*. Par exemple, une entreprise imite, sans aucun apport personnel, une campagne publicitaire originale, mise au point par un concurrent et qui lui a assuré un succès commercial. On remarquera que le procédé ne fait pas nécessairement appel à la confusion. Dans l'exemple de la campagne publicitaire, il peut n'y avoir aucune confusion dans l'esprit de la clientèle. Seulement, l'entreprise parasite profite injustement des investissements financiers et intellectuels de sa victime. En se plaçant, comme l'on dit, dans son sillage, elle affaiblit sa notoriété.

La jurisprudence sanctionne la concurrence parasitaire, comme constitutive de concurrence déloyale : « Le comportement parasitaire est un acte de concurrence déloyale, lorsqu'il concerne des entreprises en situation de concurrence » ⁷⁴⁵. Comme toute action en concurrence déloyale, l'action en responsabilité parasitaire exige la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice ⁷⁴⁶. Mais l'on discute la notion de faute. La simple reproduction ou imitation consciente d'un document publicitaire d'un concurrent constitue-t-elle, en l'absence de toute confusion, un parasitisme fautif ? La Cour de cassation exige au moins la preuve d'un plagiat « qui se nourrit de la substance et de la forme » de l'œuvre reproduite ⁷⁴⁷.

B Les agissements parasitaires

638. Peu à peu, le parasitisme s'est détaché du droit de la concurrence déloyale. Il est apparu qu'une entreprise *non concurrente* peut aussi profiter indûment de la notoriété d'une autre. On parle alors d'*agissement parasitaire*. La jurisprudence s'est prononcée spécialement dans le cas de la reproduction ou de l'imitation d'une marque notoire, d'une appellation célèbre ou d'un nom commercial.

Dans l'affaire *Pontiac*, un fabricant de réfrigérateurs avait utilisé, pour désigner ses produits, la marque Pontiac qui était notoirement connue du public comme étant une marque d'automobiles de luxe. Il n'y avait pas de contrefaçon de marque, car la marque Pontiac avait été déposée en vue d'une protection dans le seul domaine des automobiles et produits similaires (c'est le principe de spécialité de la marque). L'action en contrefaçon a donc échoué. En revanche, le tribunal a sanctionné le parasitisme en reconnaissant la responsabilité du fabricant de réfrigérateurs ⁷⁴⁸.

Dans l'affaire *Champagne*, le parfumeur Yves Saint Laurent s'est vu refuser l'utilisation de la marque Champagne pour désigner un parfum de luxe. Il n'y avait pas de contrefaçon d'appellation (l'appellation Champagne n'étant protégée que dans le domaine des boissons), mais il y avait agissement parasitaire, susceptible de *détourner la notoriété* de l'appellation, et cela malgré l'image de luxe qui s'attache à un parfum ⁷⁴⁹. Dans une autre affaire, la cour d'appel a sanctionné l'imitation d'un slogan publicitaire par une société qui n'était nullement concurrente de l'auteur du slogan. A été jugé parasitaire le fait pour une société de vente de fleurs d'avoir utilisé la formule publicitaire « La Côte d'Azur, l'autre pays de la tulipe », qui imitait la formule inventée par l'Office néerlandais des produits laitiers « La Hollande, l'autre pays du fromage » ⁷⁵⁰.

639. Il y a donc faute à utiliser la notoriété acquise par une entreprise non-concurrente, en empruntant les signes, les idées et les méthodes publicitaires qui ont fait cette notoriété et qui sont le

fruit d'investissements financiers et intellectuels. La notoriété est ainsi protégée en elle-même, par une action en responsabilité, en dehors de toute protection par le droit de la propriété industrielle et de tout risque de confusion dont les utilisateurs seraient victimes. Selon la formule de la Cour de cassation, « les agissements parasitaires d'une société peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, même en l'absence de toute situation de concurrence » ⁷⁵¹.

640. Les agissements parasitaires sont ainsi sanctionnés par une action en responsabilité, qui n'est pas l'action en concurrence déloyale, bien qu'elle lui emprunte certains de ses traits.

Section 2

L'action en concurrence déloyale

§ 1. La nature de l'action en concurrence déloyale

641. Roubier a soutenu que l'action en concurrence déloyale était une action spécifique, qui ne se confondait pas avec l'action en responsabilité civile de droit commun. Selon cet auteur, l'action en concurrence déloyale sanctionne le devoir de ne pas utiliser des procédés commerciaux contraires aux usages. Elle a pour but moins de réparer un préjudice que de tracer une limite entre les procédés normaux et les procédés anormaux ⁷⁵². Ripert est allé plus loin encore dans le sens de l'autonomie de l'action en concurrence déloyale. Selon lui, l'action sanctionne une atteinte portée à un droit subjectif qui n'est autre que le droit de propriété sur un fonds de commerce ⁷⁵³. La proposition prend tout son sens si l'on se souvient que, pour l'éminent auteur, le fonds de commerce se confond avec la clientèle ⁷⁵⁴. Ainsi, l'action en concurrence déloyale sanctionnerait un empiétement sur la clientèle d'un concurrent. Cependant comme l'on ne peut pas aller jusqu'à garantir l'intangibilité de la clientèle, sous peine de ruiner toute activité commerciale, Ripert devait finalement admettre que l'action en concurrence déloyale ne sanctionnait que les atteintes à la clientèle résultant d'actes contraires aux usages.

Les explications de Roubier et de Ripert ont le mérite de souligner la spécificité de l'action en concurrence déloyale. L'on ne peut pas nier en effet que l'action sanctionne un devoir de comportement, qui reflète une éthique des affaires, plus qu'elle ne vise à réparer un préjudice. Mais elles ne rendent pas compte de la jurisprudence qui, de façon constante, fonde l'action en concurrence déloyale sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. L'action en concurrence déloyale est une action en responsabilité pour faute. Elle exige pour prospérer la preuve des trois éléments de la responsabilité du fait personnel : la faute, le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Il est vrai que, dans la pratique, les tribunaux se montrent singulièrement peu exigeants quant à la preuve du préjudice et du lien de causalité. Dès que l'acte de concurrence déloyale est prouvé, les juges ont tendance à présumer le préjudice causé au concurrent visé ainsi que le lien de causalité. L'action en responsabilité a ici plus une fonction de sanction que de réparation. Le droit de la concurrence déloyale occupe une place à part au sein de la responsabilité civile. C'est une action en responsabilité pour faute, mais qui présente des traits spécifiques indéniables ⁷⁵⁵. Une partie de la doctrine pense d'ailleurs que la concurrence déloyale devrait être sanctionnée par l'injonction de mettre fin aux pratiques fautives, même en l'absence d'un préjudice ⁷⁵⁶.

§ 2. Les conditions de l'action en concurrence déloyale

642. La jurisprudence requiert, on l'a dit, les trois conditions de la responsabilité du fait personnel.

643. La faute. Elle est constituée par l'acte déloyal, qu'il soit intentionnel ou de simple négligence. La faute s'apprécie *in abstracto* par rapport à l'idée que se font les juges du comportement d'un professionnel honnête, prudent et scrupuleux en affaires, compte tenu des usages de la profession.

La preuve de la faute est indispensable pour qu'aboutisse l'action en concurrence déloyale. Une présomption de faute à partir de la constatation d'un déplacement de la clientèle ne suffit pas. Le demandeur doit prouver les manœuvres déloyales qui sont à l'origine de ce détournement ⁷⁵⁷.

La faute qui caractérise la concurrence déloyale, au sens strict, doit être distinguée d'autres comportements générateurs de responsabilité ⁷⁵⁸. Elle se distingue ainsi de la *concurrence anticontractuelle*, qui consiste dans la violation d'une obligation conventionnelle de non-concurrence, et de la *concurrence illicite*, qui est la violation d'une interdiction posée par la loi ou le règlement.

644. Le préjudice. L'existence d'un préjudice est indispensable au succès de l'action et la jurisprudence ne manque pas de le rappeler ⁷⁵⁹. Le préjudice consiste ordinairement dans la perte d'un avantage économique, plus précisément dans la perte d'une partie de la clientèle, que l'auteur de la concurrence déloyale a détournée à son profit. Le préjudice se manifeste alors par une baisse du chiffre d'affaires. Mais la jurisprudence admet aussi que le préjudice puisse résulter de l'impossibilité d'augmenter la clientèle. Il y a alors perte d'une clientèle potentielle, ce qui s'analyse dans la perte d'une chance. Selon le droit commun de la responsabilité, la perte d'une chance, à condition qu'elle soit certaine, constitue un préjudice réparable. Il est vrai que la jurisprudence se contente souvent d'une simple potentialité ⁷⁶⁰. La jurisprudence récente va encore plus loin lorsqu'elle affirme que le préjudice peut consister en un *trouble commercial* ⁷⁶¹, ce qui semble signifier que le préjudice consiste alors dans une atteinte à la capacité compétitive du concurrent. Par exemple, un acte de concurrence déloyale engendrant la confusion, peut affaiblir l'image d'un concurrent auprès du public. Il est incontestable que la notion de préjudice présente, dans le droit de la concurrence déloyale, un caractère spécifique et que la jurisprudence adopte des solutions qui s'écartent des règles ordinaires de la responsabilité civile ⁷⁶².

L'évaluation du préjudice constitue une question de fait qui relève de la souveraine appréciation des juges du fond. La baisse du chiffre d'affaires de la victime est évidemment un élément déterminant, mais la jurisprudence prend aussi en compte les profits réalisés par l'auteur de la concurrence déloyale. L'évaluation de l'importance du trouble commercial est particulièrement difficile et n'obéit, il faut le dire, à aucun critère précis. Mais l'évaluation du préjudice est seulement requise pour le calcul des dommages et intérêts auxquels est condamné l'auteur de la concurrence déloyale. Elle n'est pas nécessaire pour justifier l'injonction de cessation des comportements incriminés. Ainsi, le tribunal peut se contenter d'allouer des dommages et intérêts d'une faible importance, l'essentiel de la condamnation consistant alors dans l'injonction de cessation du trouble. La fonction de réparation du préjudice de la condamnation cède le pas à sa fonction *disciplinaire* ⁷⁶³ d'interdiction du comportement prohibé.

Enfin la *preuve du préjudice* présente, elle aussi, des caractères particuliers. En principe, la victime de la concurrence déloyale doit rapporter la preuve de l'existence et de l'importance du préjudice. Mais la jurisprudence admet, surtout dans le cas du trouble commercial, une présomption de préjudice lorsque l'acte de concurrence déloyale visait un concurrent déterminé. Selon la Cour de

cassation, « *les faits de concurrence déloyale générateurs d'un trouble commercial impliquent l'existence d'un préjudice* » ⁷⁶⁴.

645. Le lien de causalité. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice est encore plus difficile à établir. La jurisprudence se montre peu rigoureuse et se contente souvent d'une simple concomitance entre l'acte de concurrence déloyale et le préjudice subi. Ici encore s'affirme le caractère spécifique de l'action en concurrence déloyale au sein de la responsabilité civile.

§ 3. Domaine de l'action en concurrence déloyale

646. L'action en concurrence déloyale s'inscrit-elle nécessairement dans un rapport de concurrence ? L'auteur de l'acte et la victime doivent-ils être des entreprises concurrentes sur un même marché, pour que l'action soit recevable ? Traditionnellement, la jurisprudence réservait l'action en concurrence déloyale, *stricto sensu*, à l'action intentée par une entreprise contre une entreprise concurrente, en raison d'un acte déloyal commis par celle-ci.

Si l'on s'en tient à cette acception stricte, l'action qui sanctionne un agissement parasitaire, n'est pas une action en concurrence déloyale, mais une action en responsabilité civile de droit commun. Elle ne bénéficie pas, en ce qui concerne la preuve de la faute et du préjudice, des allègements que la jurisprudence admet en matière de concurrence déloyale.

Cependant de nombreux auteurs pensent aujourd'hui que le domaine de l'action en concurrence déloyale doit être élargi et qu'il doit s'étendre aux actions en responsabilité civile intentées en dehors de tout rapport de concurrence. La Cour de cassation consacre effectivement l'élargissement de l'action en concurrence déloyale, lorsqu'elle déclare que « l'action en concurrence déloyale, qui trouve son fondement dans les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, lesquels impliquent l'existence d'une faute commise par un demandeur préjudiciable au défendeur, peut être mise en œuvre, quel que soit le statut juridique de l'auteur de la faute alléguée » ⁷⁶⁵. Et mieux encore lorsqu'elle précise que « l'existence d'une situation de concurrence directe ou effective entre le fabricant et la victime n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale qui exige seulement que soient établis des faits fautifs générateurs d'un préjudice » ⁷⁶⁶.

La jurisprudence de la Cour de cassation affaiblit le caractère spécifique de l'action en concurrence déloyale. Pour prendre un exemple, l'action exercée sur la base de l'article 1382 du Code civil par une entreprise contre une association reconnue d'utilité publique qui s'est rendue coupable de dénigrement à son égard, est bien une action en responsabilité civile, mais elle ne devrait pas être qualifiée d'action en concurrence déloyale ⁷⁶⁷. L'existence d'un rapport de concurrence apporte un allègement de la preuve du préjudice et du lien de causalité que ne justifie pas une action en responsabilité de droit commun entre non concurrents.

§ 4. L'exercice de l'action en concurrence déloyale

647. Trois questions se posent.

1) Qui peut agir en concurrence déloyale ? Conformément au droit de la responsabilité civile, seules les victimes de l'acte de concurrence déloyale peuvent intenter l'action. Dans la conception étroite du droit de la concurrence déloyale, l'action en concurrence déloyale avait uniquement pour but *la protection des concurrents*. Seul un concurrent, victime de la concurrence déloyale, par exemple d'un dénigrement ou d'un acte entraînant la confusion ou la désorganisation, pouvait agir. Mais l'on a vu que la jurisprudence a étendu le domaine de l'action en concurrence déloyale en n'exigeant plus que la victime soit un concurrent de l'auteur de l'acte déloyal (*supra*, n° 646).

Le concurrent peut évidemment être une personne physique ou une personne morale, et il n'est pas nécessaire qu'il ait la qualité de commerçant. Il suffit qu'il exerce une activité économique. La collectivité des concurrents peut d'ailleurs agir par l'intermédiaire d'un syndicat professionnel, lorsque les agissements déloyaux portent atteinte à l'intérêt de tout ou partie de la profession. En revanche, ni les salariés, ni les consommateurs ou leurs unions ne peuvent agir en concurrence déloyale. Alors qu'ils peuvent agir en responsabilité civile lorsqu'ils font la preuve d'un préjudice certain.

2) Quelle est la juridiction compétente ? La plupart du temps ce sera le tribunal de commerce, car le litige oppose généralement deux commerçants. Ce sera plus rarement le tribunal de grande instance, lorsque la concurrence déloyale est le fait d'une entreprise non commerciale, par exemple d'une société civile, d'un artisan ou d'un membre d'une profession libérale. En outre, le tribunal de grande instance est exceptionnellement compétent lorsque l'acte de concurrence déloyale est connexe à un acte de contrefaçon. Le juge des référés peut également être saisi en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite, sur la base de l'article 873 CPC.

3) Quel est l'objet de la condamnation ? Nous avons déjà souligné que l'action en concurrence déloyale avait une double fonction. Le tribunal va d'abord accorder des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subi. Mais la jurisprudence admet que la meilleure réparation consiste à faire cesser le comportement fautif. Le tribunal a le pouvoir de délivrer une injonction, éventuellement assortie d'une astreinte.

Chapitre 3

Les droits de propriété industrielle

648. Les droits de propriété industrielle sont les brevets d'invention, les dessins et modèles, les marques de fabrique et de service et le nom commercial. Ils ont en commun de porter sur des objets immatériels : créations de l'esprit ou signes. Dans la classification des biens, ils appartiennent à la catégorie des propriétés incorporelles.

Ils n'ont été reconnus que tardivement par le droit. Ce n'est qu'à partir du XIX^e siècle que les inventions ont été protégées et il a fallu attendre la loi de 1844 pour que la protection atteigne une réelle efficacité. Le dépôt des marques de fabrique a été organisé pour la première fois par la loi de 1858.

Ils ont pris dans l'économie moderne une valeur considérable. Certaines inventions, décisives pour l'industrie, peuvent atteindre un prix bien supérieur à celui de n'importe quel bien matériel. De même, certaines marques très connues du public représentent un investissement publicitaire tel que leur prix est difficile à imaginer.

649. Il faut encore préciser la nature des droits de propriété industrielle.

Les droits de propriété industrielle sont des droits *opposables à tous*. À cet égard, ils s'apparentent aux droits réels. En effet ils confèrent un monopole d'exploitation qui est protégé par une *action en contrefaçon*.

L'action en contrefaçon sanctionne tout empiétement sur le monopole, même de la part d'une personne de bonne foi. Elle s'apparente à une action en revendication⁷⁶⁸. Par exemple, le titulaire d'un brevet d'invention peut faire valoir son droit et agir en contrefaçon contre toute personne qui, même de bonne foi, utiliserait l'invention sans son autorisation. Mais comme le droit de propriété industrielle ne porte pas sur une chose matérielle, il ne se confond pas non plus avec le droit réel. C'est pourquoi la doctrine classique avait rangé les droits de propriété industrielle dans une catégorie intermédiaire entre le droit réel et le droit de créance.

Aujourd'hui, une partie de la doctrine n'hésite plus à voir dans les propriétés industrielles de véritables droits réels, portant sur des créations immatérielles. Ainsi l'inventeur serait propriétaire, littéralement, de son invention, propriétaire de son idée. En effet rien n'autoriserait à distinguer selon que le droit de propriété a pour objet un bien matériel (une chose) ou un bien immatériel. Mais il semble difficile d'aller aussi loin. Il y a, entre la propriété des choses corporelles et la propriété industrielle une différence essentielle. Alors que toutes les choses corporelles sont susceptibles d'appropriation privée, seules certaines créations de l'esprit ou certains signes, présentant des caractères bien précis, peuvent faire l'objet d'un droit de propriété industrielle. Par exemple, l'invention, pour donner lieu à la délivrance d'un brevet, doit être absolument nouvelle et présenter un

certain niveau inventif. D'ailleurs, l'appropriation d'une chose matérielle, par l'occupation, ne nécessite aucune formalité particulière. Au contraire, les droits de propriété industrielle nécessitent pour leur protection l'accomplissement d'une formalité administrative : demande de brevet, dépôt du dessin ou enregistrement de la marque ⁷⁶⁹. Enfin, il ne faut pas oublier que le droit de propriété est perpétuel, alors que les droits de propriété industrielle ont une durée limitée. Par exemple, le brevet d'invention est accordé pour vingt ans. Après quoi l'invention tombe dans le domaine public.

Les droits de propriété industrielle sont organisés de manière tellement particulière, qu'il est bien difficile de les assimiler à des droits réels. Ce sont *des droits exclusifs d'exploitation qui dérogent au principe de la liberté d'entreprendre et dont l'acquisition requiert, pour cette raison, une intervention particulière de la puissance publique*.

Cela étant précisé, rien ne s'oppose à ce que le droit de propriété industrielle, conçu comme droit exclusif d'exploitation, ne soit lui-même l'objet d'un droit réel de propriété, d'usufruit ou de nantissement. En d'autres termes, si l'on n'est pas, par exemple, propriétaire de l'invention que l'on a faite, l'on est en revanche propriétaire du brevet qui la protège.

650. L'on étudiera d'abord les droits sur les créations (Section 1), puis les droits sur les signes (Section 2). En effet les premiers ont en commun d'être soumis à la condition de *nouveauté*, alors que les seconds obéissent à la condition de *distinctivité*.

Section 1

Les droits sur les créations

651. Ce sont les brevets d'invention (§ 1) et les dessins et modèles industriels (§ 2).

§ 1. Les brevets d'invention

A Généralités

Art. L. 611-1, al. 1^{er}, C. propr. intell. Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation.

652. En France, les brevets ont d'abord été organisés par la loi du 5 juillet 1844. Celle-ci fut remplacée par la loi plus perfectionnée du 2 juillet 1968, elle-même modifiée à plusieurs reprises. Les textes furent ensuite introduits dans le Code de la propriété intellectuelle.

Le Code de l'organisation judiciaire réserve au tribunal de grande instance de Paris une compétence exclusive pour connaître des actions en justice en matière de brevets d'invention ⁷⁷⁰.

1 - Raisons d'être de la protection des inventions

653. La protection des inventions procède du droit naturel : la création intellectuelle mérite le respect. Il est légitime de protéger le droit moral de l'inventeur. Mais cela ne suffit pas à fonder la technique de la protection par brevet.

En réalité l'institution du brevet a aussi pour but l'intérêt général. Sa finalité est le *développement de l'industrie* nationale. Le brevet récompense l'effort de recherche et l'innovation technique lorsque

ceux-ci suscitent des investissements industriels dans le pays de délivrance. C'est pourquoi la loi oblige le breveté à exploiter son invention sur le territoire national. L'exploitation de l'invention est la contrepartie du droit exclusif reconnu par la loi.

Le brevet a une autre fonction, la *diffusion des connaissances techniques*. En effet, la demande de brevet et le brevet lui-même comportent obligatoirement une description de l'invention et comme la demande et le brevet sont publiés, tout le monde a accès à l'invention. La connaissance de l'invention ouvre la voie à d'autres innovations.

2 - Le mécanisme de protection des inventions

654. Deux systèmes de protection sont possibles.

Selon un premier système, le brevet est délivré à tout déposant d'une demande. C'était le système de la loi de 1844, dans lequel le brevet était dit « sans garantie du gouvernement » (brevet SGD). Le système avait pour lui la simplicité des formalités de délivrance. Le prix d'obtention d'un brevet était peu élevé. En revanche, le brevet ne conférait aucune garantie quant à la qualité de l'invention. De nombreux brevets ne remplissaient pas la condition de nouveauté et ils étaient exposés à une action en nullité intentée par un concurrent.

Selon un second système, le brevet n'est délivré qu'après un examen préalable de sa validité, effectué par l'office des brevets. Le système est coûteux et le prix du brevet est élevé. En revanche le brevet est source de sécurité juridique aussi bien pour le titulaire que pour les tiers. Il atteste la valeur de l'invention. Ce système est celui du droit américain et du droit allemand. Le système français s'en rapproche aujourd'hui considérablement.

3 - Brevet et savoir-faire

655. Le savoir-faire est un procédé de fabrication impliquant la possession de connaissances techniques. On parle aussi de « technologie ». En cela il se rapproche du brevet. L'un et l'autre recouvrent des connaissances techniques ayant une application industrielle. Cependant il y a trois différences essentielles qui opposent le brevet au savoir-faire.

a) Différence quant aux effets

656. Le brevet confère un droit exclusif d'exploitation, protégé par la loi. Le savoir-faire au contraire ne confère aucun droit exclusif, mais seulement *un pouvoir de fait*. Pourquoi, dans ces conditions, le détenteur du savoir-faire ne demande-t-il pas un brevet, dont l'effet serait beaucoup plus puissant ? Il peut avoir deux raisons. Très souvent, le savoir-faire n'est pas brevetable car il ne présente pas une nouveauté suffisante. La demande de brevet risquerait d'être refusée par l'office au terme de la procédure d'examen. Il arrive aussi que le savoir-faire soit brevetable, mais que le détenteur préfère le conserver secret. Il ne dépose pas de demande de brevet afin que l'invention ne soit pas rendue publique. Nous avons vu en effet que les demandes de brevet sont publiées. Le savoir-faire est alors théoriquement brevetable, mais non breveté.

Le pouvoir de fait sur le savoir-faire résulte de deux facteurs. En premier lieu le secret qui entoure le procédé. Encore faut-il que le possesseur ait les moyens de conserver le secret. En second lieu, l'avance technologique. Alors le savoir-faire n'est pas secret, mais pour le mettre en œuvre il faut procéder à des investissements et à des essais qui nécessitent un temps assez long.

b) Différence quant au mode de protection

657. Le brevet donne naissance à un droit de propriété industrielle, qui est protégé par l'action en contrefaçon. Au contraire, le savoir-faire n'est pas protégé par un droit de propriété industrielle. Le savoir-faire non breveté se trouve dans le domaine public. Il est à la disposition de tous ceux qui l'utilisent sans faute. Il n'est protégé que par une action en responsabilité délictuelle, plus précisément par une action en concurrence déloyale. L'action ne peut alors aboutir qu'à la condition que le concurrent se soit approprié le savoir-faire de manière fautive, par exemple grâce à un espionnage industriel.

Le savoir-faire peut être éventuellement protégé par une action contractuelle. Tel est le cas lorsque le détenteur l'a communiqué à un partenaire qui s'est contractuellement engagé à le conserver secret. En cas de violation du secret, le détenteur initial pourra agir par la voie contractuelle contre son cocontractant.

c) Différence quant à l'exploitation

658. La jouissance du brevet ou du savoir-faire peut être transmise à un *licencié*, par un contrat de licence d'exploitation. La licence de brevet s'analyse en une simple autorisation d'exploiter l'invention décrite dans le brevet. La licence de savoir-faire est plus compliquée, car elle doit être accompagnée d'une communication des connaissances et même d'une formation du personnel du licencié.

En fait les deux types de licence sont souvent complémentaires. Il est rare que le brevet soit exploitable sans communication d'un certain savoir-faire qui est nécessaire à sa mise en œuvre. D'où la fréquence des contrats mixtes de licence de brevet et de transmission de savoir-faire. Les contrats industriels, comme les ventes d'usines ou les contrats de construction d'ensembles industriels associent en fait les deux types de licence. Cependant, la licence pure de brevet n'emporte pas par elle-même obligation de communication du savoir-faire accessoire. L'obligation de transmettre le savoir-faire accessoire nécessite l'accord du titulaire du brevet.

B L'invention brevetable

659. Le brevet n'est juridiquement valable que si les *conditions de brevetabilité* sont remplies.

1 - Les conditions de brevetabilité

660. Elles sont au nombre de quatre. L'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle les énumère.

1) Le *caractère industriel*. L'invention doit permettre la fabrication répétée d'objets matériels. En revanche les découvertes d'ordre théorique, les principes mathématiques et les lois physiques, ne peuvent pas être protégées par brevet.

2) L'appartenance au *domaine de la brevetabilité*. La loi exclut certaines inventions de la brevetabilité parce qu'elles sont protégeables à un autre titre. Ainsi, les obtentions végétales et les logiciels. Dans d'autre cas, l'exclusion de la brevetabilité a un fondement éthique. Ainsi, le corps humain et ses produits, ainsi que la connaissance de la structure d'un gène humain ne peuvent pas faire l'objet de brevets (art. L. 611-17 C. propr. intell.).

3) La *nouveauté*. Selon l'article L. 611-11, l'invention est nouvelle « si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ». Il faut alors définir *l'état de la technique*. Celui-ci comporte lui-même deux secteurs.

En premier lieu, fait partie de l'état de la technique tout ce qui a été rendu accessible au public avant le dépôt de la demande de brevet. Donc tout ce qui a été divulgué avant cette date. Dans la

conception française la nouveauté requise est absolue : n'importe quelle divulgation, sans limite d'espace ou de temps, détruit la nouveauté. L'invention divulguée, même par l'inventeur lui-même, tombe dans le domaine public. L'inventeur doit donc prendre soin de conserver son invention secrète jusqu'au jour de la demande de brevet.

En second lieu, fait partie de l'état de la technique, l'invention non divulguée mais qui fait l'objet d'une demande de brevet français. En effet l'invention n'est plus considérée comme nouvelle puisqu'elle est déjà revendiquée par un autre.

Traditionnellement la doctrine distingue quatre types d'inventions ; l'invention d'un produit nouveau, l'invention d'un procédé de fabrication nouveau, l'application nouvelle d'un moyen déjà connu et la combinaison nouvelle de moyens connus.

4) *L'activité inventive*. L'invention ne doit pas découler « d'une manière évidente de l'état de la technique ». L'invention doit donc procéder d'un effort inventif, qui dépasse la simple compétence d'un bon spécialiste.

2 - Les sanctions de la brevetabilité

661. La première sanction est préventive, c'est le rejet de la demande de brevet par le directeur de l'INPI (*infra*, n° 664).

L'autre sanction consiste dans la nullité du brevet qui aurait été délivré alors que toutes les conditions de brevetabilité n'étaient pas remplies. C'est alors le tribunal de grande instance de Paris (*infra*, n° 665) qui apprécie la validité du brevet ⁷⁷¹. La nullité produit un effet étendu : elle vaut à l'égard de tous, *erga omnes*. Cependant les actions en nullité sont très rares. Dans l'immense majorité des cas, la nullité est invoquée en défense, *par voie d'exception*, afin de paralyser une action en contrefaçon.

C Régime national du brevet

1 - Attribution du brevet

662. À qui est accordé le brevet ? En théorie, il existe deux systèmes possibles. Dans le premier système, le brevet est attribué au premier déposant, même s'il n'est pas l'inventeur. Ce système a l'avantage de provoquer le dépôt des inventions et les demandes de brevets. Dans le second système, le brevet est attribué à l'inventeur. Si une autre personne dépose la demande et obtient le brevet, le véritable inventeur a le droit de revendiquer le brevet.

La loi française, depuis la réforme de 1978 s'est ralliée au deuxième système, celui du brevet attribué à l'inventeur (art. L. 611-6 C. propr. intell.). Cependant les deux systèmes sont en pratique moins éloignés l'un de l'autre que l'on pourrait l'imaginer. En effet, en droit français la loi présume que le déposant est l'inventeur. C'est au véritable inventeur qu'il appartient de prouver sa qualité, preuve qu'il est souvent difficile de rapporter.

663. Il faut encore préciser deux choses.

Si l'invention est découverte en même temps par deux personnes différentes (ce qui n'est pas rare), le brevet est accordé au premier déposant. L'inventeur a donc intérêt à déposer le plus rapidement possible sa demande de brevet. C'est la date de la première demande qui est prise en considération pour trancher le conflit. Mais l'autre inventeur, s'il est de bonne foi, n'est pas totalement sacrifié. Il se voit reconnaître le droit d'exploiter l'invention pour son propre compte. C'est ce que l'on appelle le droit de *possession personnelle*. Ce droit n'est pas cessible, sinon avec l'entreprise au sein de laquelle l'invention a été réalisée.

En pratique, la plupart des inventions sont aujourd'hui réalisées dans des laboratoires de recherche, par des chercheurs salariés. L'invention est dite *de service* lorsqu'elle est l'œuvre du salarié opérant dans le cadre de sa mission. Alors l'invention appartient à l'employeur, en vertu d'une présomption légale de cession. Au contraire, l'invention *personnelle* est l'œuvre d'un salarié qui l'a réalisée en dehors de sa mission. Dans ce cas elle reste la propriété du salarié. La loi règle dans le détail certaines situations intermédiaires.

2 - La procédure de délivrance

664. Elle est décrite de façon précise par les articles L. 612-1 et suivants du Code. Il suffit de relever ici quelques points essentiels.

1) La **demande de brevet** comporte la *description* de l'invention, (en termes suffisamment précis pour qu'un bon spécialiste puisse reconstituer l'invention) et les *revendications*, qui définissent précisément l'objet de la protection réclamée.

La date du dépôt est essentielle. À partir de cette date, l'inventeur peut exploiter son invention au grand jour. En effet si le brevet est ensuite délivré, ses effets rétroagissent au jour du dépôt.

2) Il est procédé à un **examen préalable**. Un *rapport de recherche* est établi par des spécialistes. Il est obligatoire, mais ses conclusions ne lient ni le directeur de l'INPI, ni le tribunal s'il vient à être saisi.

3) Le directeur peut **rejeter la demande**. Ainsi, lorsque :

- la demande est irrégulière en la forme ou contraire à l'ordre public ;
- la demande ne comporte pas une description suffisante ou ne comporte pas de revendication ;
- l'invention ne présente pas un caractère industriel ou ne fait pas partie du domaine de la brevetabilité ;
- l'absence de nouveauté résulte manifestement du rapport de recherche.

4) Lorsque le brevet est délivré, il est publié au *Bulletin de la propriété industrielle* avec la demande de brevet et le rapport de recherche. Toute personne peut en avoir communication. Une publicité est également réalisée grâce aux banques de données informatiques de l'INPI.

3 - Les droits du breveté

665. Le brevet confère à son titulaire un droit exclusif d'exploitation. La durée de protection est de *vingt ans* à compter du jour du dépôt de la demande. À l'expiration des vingt ans, l'invention tombe dans le domaine public.

Le breveté peut exploiter lui-même l'invention, la céder ou en concéder la jouissance par un contrat de licence exclusive ou non exclusive.

Le breveté dispose de l'action en contrefaçon. Les actes de contrefaçon sont énumérés dans les articles L. 613-3 à 613-6 du Code ⁷⁷². Sont notamment interdits :

- la fabrication du produit breveté,
- l'utilisation du procédé breveté,
- la mise dans le commerce des produits obtenus par contrefaçon, ainsi que leur importation ⁷⁷³,
- l'utilisation des produits obtenus par contrefaçon.

En revanche ne sont pas des actes de contrefaçon, l'exploitation de l'invention dans un cadre privé, à des fins non commerciales, ainsi que les actes accomplis à titre expérimental.

Le tribunal de grande instance de Paris est exclusivement compétent pour connaître des actions en matière de brevets ⁷⁷⁴.

4 - Les obligations du breveté

666. Le breveté doit payer les taxes annuelles, appelées *annuités*. Le défaut de paiement est sanctionné par la déchéance du brevet.

Le breveté doit exploiter son invention sur le territoire national. Sinon le tribunal peut accorder une licence, appelée *licence obligatoire*, à toute personne qui en fait la demande et qui est susceptible d'exploiter l'invention. Le tribunal fixe la redevance due par le licencié.

D Régime international des brevets d'invention

1 - Le principe de territorialité

667. Pour bien comprendre l'importance des conventions internationales en matière de propriété industrielle, il faut partir du principe de la *territorialité* des droits de propriété industrielle. Le brevet a une portée territoriale en ce sens que ses effets sont limités au territoire de l'État qui l'a délivré. La protection légale s'arrête aux frontières de l'État de délivrance.

Cependant l'inventeur peut demander la protection de son invention dans tous les pays où il désire l'exploiter. C'est ce que l'on appelle le principe des « localisations multiples ». La même invention peut donc donner lieu à la délivrance de plusieurs brevets nationaux.

Exemple. Le brevet français, délivré par l'INPI, confère un monopole d'exploitation limité au territoire français. Il ne permet pas d'agir en contrefaçon contre un acte de fabrication ou de commercialisation réalisé en Italie ou au Japon. La contrefaçon ne commence qu'avec l'introduction sur le territoire français du produit contrefait. Pour agir en contrefaçon en Italie, il faudrait obtenir au préalable un brevet italien et, au Japon, un brevet japonais.

À la limite, pour obtenir une protection de l'invention à l'échelle mondiale, il faut demander et obtenir un brevet dans tous les pays qui disposent d'une législation protectrice des inventions. Les Conventions internationales tendent à corriger cet inconvénient, mais sans toutefois le supprimer totalement.

2 - Les conventions internationales

668. La convention la plus ancienne est la **Convention de Paris du 20 mars 1883**. Elle institue une Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, dont le siège est à Genève. L'Union regroupe la quasi-totalité des États du globe. La Convention pose trois grands principes :

Le principe de *l'assimilation de l'étranger au national*. Tout ressortissant d'un pays de l'Union est traité dans les autres pays comme un national de ce pays.

Le principe de la *priorité unioniste*. Celui qui a demandé un brevet dans un pays de l'Union dispose d'un délai d'un an pour déposer ses demandes dans les autres pays. Dans l'intervalle, il est protégé contre toute divulgation de l'invention ou antériorité d'une autre demande.

Le principe d'*indépendance* des brevets. Les causes de nullité, de déchéance ou d'extinction qui atteignent un brevet dans un pays de l'Union n'ont pas d'effet sur les brevets obtenus dans les autres pays, pour la même invention.

La **Convention sur l'Organisation mondiale du commerce** (Convention OMC), conclue à Marrakech le 15 avril 1994, comporte un accord particulier, l'Accord général sur les aspects de droits de propriété intellectuelle liés au commerce, dit *accord ADPIC* ⁷²⁵. Cet accord oblige les États signataires à assurer une protection, relativement complète, des droits de propriété industrielle et il institue un ensemble de sanctions. Il complète et prolonge la Convention de Paris de 1883 en lui assurant une plus grande efficacité.

La **Convention de Washington du 19 juin 1970** (*Patent Cooperation Treaty*), entrée en vigueur

pour la France en 1978, réunit aujourd'hui cent dix-sept États. La demande de brevet est déposée devant un office national, avec indication des pays dans lesquels la protection est réclamée. L'examen préalable, pratiqué par l'office national, a valeur internationale. La demande débouche sur la délivrance de brevets nationaux ⁷⁷⁶.

669. La Convention de Munich du 5 octobre 1973 est entrée en vigueur en 1977. Elle regroupe la plupart des États de l'Europe de l'Ouest ⁷⁷⁷. La Convention a mis en place une procédure unique de délivrance des brevets. Une seule demande est déposée à l'Office européen des brevets (OEB) et il est procédé à un seul examen préalable. Pour que cela soit rendu possible, il a fallu unifier les conditions de brevetabilité posées par les pays signataires. Les conditions de brevetabilité sont donc aujourd'hui les mêmes, que l'on demande un brevet en France en s'adressant à l'INPI ou que l'on demande un brevet européen en s'adressant à l'OEB. L'Office délivre un brevet européen qui, dans chacun des États signataires, produit les mêmes effets que les brevets nationaux. En 2012, l'OEB a délivré 65 700 brevets ⁷⁷⁸.

3 - Le droit de l'Union européenne

670. Le brevet européen unitaire est un brevet unique pour l'Union européenne, C'est en réalité un brevet européen, délivré par l'OEB, mais qui a les mêmes effets dans toute l'Union européenne. La convention de Luxembourg du 15 décembre 1975 qui instituait le « brevet communautaire » ⁷⁷⁹ n'est jamais entrée en vigueur, plusieurs États membres de l'Union ne l'ayant pas ratifiée ⁷⁸⁰. Devant la difficulté de faire ratifier la Convention par tous les États membres de la CE, la Commission européenne a d'abord présenté, le 1^{er} août 2000, une proposition de règlement qui reprenait, avec quelques changements, la plupart des dispositions de la convention de Luxembourg. Faute d'accord, cette proposition fut abandonnée. Une nouvelle proposition de règlement a été présentée par la Commission le 23 mai 2008, mais sans plus de succès.

Un pas décisif a été franchi avec une décision du Conseil de l'UE du 10 mars 2011 ⁷⁸¹ qui, sur la base de l'article 329 TFUE, autorise une coopération renforcée pour la création d'un brevet unitaire. La coopération renforcée unit 25 États membres, sans l'Espagne ni l'Italie. Deux règlements du 17 décembre 2012 organisent le brevet européen à effet unitaire ⁷⁸². L'accord international, signé le 19 février 2013, crée une juridiction unifiée, devant laquelle sera concentré le contentieux du brevet européen. La Cour a rejeté les recours de l'Espagne et de l'Italie contre la décision du 10 mars 2011 (CJUE, 16 avr. 2013, *Royaume d'Espagne, République italienne*, C-274/11 et C-295/11). En France, la loi n° 2014-199 du 24 février 2014 a autorisé la ratification de l'accord du 19 février 2013 ⁷⁸³.

§ 2. Les dessins et modèles

671. Comme les inventions, les dessins et modèles sont des créations qui sont protégées lorsqu'elles sont nouvelles. La loi accorde un droit exclusif d'exploitation à l'auteur du dessin ou du modèle, afin de stimuler la création et de permettre l'amortissement de ses investissements. La protection des dessins et modèles a longtemps résulté de la loi du 14 juillet 1909, incorporée en 1992 dans le livre V du Code de la propriété intellectuelle (art. L. 511 et s.). En 1998, a été adoptée la directive européenne n° 98/71 ayant pour but le rapprochement des législations nationales en matière de dessins et modèles ⁷⁸⁴. Celle-ci a été transposée en droit français par l'ordonnance du 25 juillet

2001, qui a modifié les articles L. 511-12 et suivants du Code de la propriété intellectuelle ⁷⁸⁵.

Ainsi, le droit français comporte un régime spécifique de protection des dessins et modèles. Mais comme les dessins et modèles constituent des créations originales, le droit français admet qu'ils puissent être également protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique. À la différence de certains droits étrangers, notre droit reconnaît donc ce que l'on appelle le « cumul de protection ».

A La protection spécifique

1 - Conditions de fond de la protection

672. L'acquisition d'un droit de propriété industrielle sur le dessin ou le modèle suppose tout d'abord des conditions de fond. Elles sont au nombre de trois.

— La première concerne l'objet protégé. L'article L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que peut être protégée l'apparence d'un produit caractérisé par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux. Ces caractéristiques peuvent être celles du produit lui-même ou de son ornementation. Ainsi par exemple sont susceptibles de protection, un modèle de papier peint, un motif pour de la dentelle, un caractère typographique, un élément décoratif pour une maison d'habitation, un élément d'une carrosserie d'automobile ⁷⁸⁶. Il faut que le dessin ou le modèle permettent une réalisation matérielle et une fabrication en série. Une idée abstraite ne peut être protégée. La forme du dessin ou du modèle ne doit pas être imposée par la fonction de l'objet. Il faut un minimum d'originalité.

— La deuxième condition est la nouveauté. Selon l'article L. 511-3 du Code de la propriété intellectuelle un dessin ou modèle est regardé comme nouveau si, à la date du dépôt de la demande d'enregistrement, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. La divulgation peut être le fait d'un tiers ou du créateur lui-même ; mais dans le cas du créateur, l'on ne prendra pas en considération les divulgations effectuées au cours de l'année précédant la demande d'enregistrement. En somme, la nouveauté consiste en ce que le dessin ou le modèle se distingue des œuvres existantes, lorsqu'elles ont été publiées. Ainsi, si le dessin ou le modèle est emprunté au domaine public, par exemple s'il reproduit un monument ancien et connu, il ne peut être protégé par un droit de propriété industrielle. Au contraire il le sera si le réalisateur ajoute une touche personnelle qui le distingue suffisamment de l'œuvre originale.

— La troisième condition a été introduite par la directive n° 98/71. Il s'agit du « caractère propre ». Selon l'article L. 511-4 du Code de la propriété intellectuelle un dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la demande d'enregistrement.

2 - Acquisition du droit de propriété industrielle

a) Fonction de l'enregistrement

673. Sous l'empire de la loi du 14 juillet 1909, la propriété du dessin ou modèle appartenait à celui qui l'avait créé ou à ses ayants droit. C'était la création qui donnait naissance au droit.

Cependant la création du dessin ou du modèle est un fait difficile à prouver. C'est pourquoi la loi du 14 juillet 1909 avait organisé la formalité du dépôt. Celui-ci servait à faire la preuve de la création et de sa date.

La directive européenne et l'ordonnance du 25 juillet 2001 ont profondément changé le régime de l'acquisition du droit : désormais le droit de propriété industrielle sur le dessin ou le modèle s'acquiert par l'enregistrement (art. L. 511-9 nouveau). Mais seul le créateur ou son ayant cause peut demander l'enregistrement.

b) Les formes de l'enregistrement du dépôt

674. La demande d'enregistrement est déposée au greffe du tribunal de commerce du domicile ou du siège social du déposant ou à Paris directement à l'INPI. La demande doit comporter l'identification du déposant et une reproduction du dessin ou du modèle.

D'autres dispositions relatives à la formalité du dépôt figurent dans la partie réglementaire du Code de la propriété intellectuelle (art. R. 512-1 à R. 512-19) ⁷⁸⁷.

Il existe aussi un dépôt en forme simplifiée pour les industries qui renouvellent fréquemment la forme et les décors de leurs produits (art. L. 512-2 C. propr. intell.).

675. La demande d'enregistrement peut être rejetée lorsqu'elle n'est pas présentée dans les conditions et formes prescrites ou lorsqu'elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'enregistrement peut être annulé par décision de justice lorsque le dessin ou le modèle ne remplit pas les conditions de fond de la protection ou lorsqu'il porte atteinte au droit d'un tiers.

3 - Le régime de la protection

a) Protection des dessins et modèles nationaux

676. L'enregistrement prévu par le Code de la propriété intellectuelle assure la protection pour une période de cinq ans, qui peut être prorogée par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans. Le droit nouveau est moins protecteur que la loi ancienne qui admettait une protection dont la durée totale pouvait aller jusqu'à cinquante ans.

Pendant le délai de protection, le titulaire est protégé par une action en contrefaçon. Selon l'article L. 513-4, sont interdits, à défaut du consentement du propriétaire du dessin ou du modèle, la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation ou la détention à ces fins, d'un produit incorporant le dessin ou modèle. La contrefaçon est sanctionnée pénalement ⁷⁸⁸ et civilement.

b) Protection des dessins et modèles de l'Union européenne

677. Le règlement n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 ⁷⁸⁹ a créé le dessin ou modèle communautaire. D'une façon générale, celui-ci doit répondre aux conditions de fond prévues par la directive 98/71. Mais il se distingue du dessin ou modèle national par son caractère unitaire : il produit les mêmes effets dans l'ensemble de l'Union. Le dessin ou modèle européen est enregistré auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur qui assure l'enregistrement des marques, dessins et modèles et dont le siège est à Alicante. Cependant la sanction de la contrefaçon reste de la compétence des juridictions des États membres.

Les créateurs de dessins et modèles ont donc le choix entre le régime national et le régime du règlement communautaire.

678. Le créateur du dessin ou du modèle peut aussi revendiquer, s'il y trouve intérêt, la protection résultant du droit de la propriété littéraire et artistique. Le droit français, à la différence de certains droits étrangers, admet le cumul de protection au nom de *l'unité de l'art*. D'ailleurs, l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle cite parmi les œuvres protégées par un droit d'auteur, « les œuvres des arts appliqués ».

L'intérêt de cette protection est qu'elle est tout à fait indépendante de l'enregistrement prévu par les articles L. 512-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. L'œuvre est protégée dès l'instant de sa création, sans autre condition que l'originalité de sa forme, révélant la personnalité de l'auteur. La durée de protection est plus longue que celle qui est fixée par la protection spécifique : elle est de soixante-dix ans après le décès de l'auteur.

679. Le droit d'auteur est protégé par une action en contrefaçon. Les sanctions sont à la fois pénales et civiles.

Section 2

Les droits sur les signes

680. Les signes protégés par un droit de propriété industrielle sont les marques de fabrique et les appellations d'origine. Nous laisserons de côté les appellations d'origine, dont le régime est très spécial. En revanche nous examinerons le nom commercial, qui n'est pas un droit de propriété industrielle à proprement parler, mais qui emprunte certains de ses traits aux marques de fabrique.

§ 1. Les marques de fabrique, de commerce ou de service

681. Les marques sont des signes visuels qui permettent de distinguer un produit ou un service des produits ou services concurrents. Les moyens modernes de communication et de publicité permettent aux marques de rallier et de fixer une clientèle extrêmement nombreuse. Elles peuvent posséder une grande valeur, qui dépasse largement les investissements industriels les plus coûteux.

Les marques ont été protégées, en tant que droits de propriété industrielle, pour la première fois par la loi du 23 juin 1857. Cette loi, remarquable pour l'époque, s'est imposée pendant plus d'un siècle. Elle a été remplacée par la loi du 31 décembre 1964. En 1988, a été adoptée la directive n° 89-104 du 21 décembre 1988 pour le rapprochement des législations des États membres relatives aux marques, aujourd'hui remplacée par la directive n° 2008/95 du 22 octobre 2008 ⁷⁹⁰. La loi du 4 janvier 1991, a repris l'ensemble de la matière, tout en transposant la directive en droit français, avant d'être finalement incorporée dans le livre 7 du Code de la propriété intellectuelle, sous les articles L. 711-1 et suivants. Le règlement du Conseil de l'Union européenne du 26 févr. 2009 a créé la marque communautaire.

A L'acquisition du droit sur la marque

682. L'acquisition dépend d'une triple condition : un signe susceptible de protection, un signe disponible, un enregistrement à titre de marque.

1 - Les signes susceptibles de protection

683. Le Code de la propriété intellectuelle se montre libéral quant à la nature du signe, mais rigoureux quant aux caractères qu'il doit revêtir.

a) Nature du signe

684. La loi est libérale quant à la nature du signe. Selon l'article L. 711-1, peut être l'objet d'une marque tout signe susceptible de représentation graphique, servant à désigner les produits ou les services d'une personne physique ou morale. L'article L. 711-1 donne ensuite une énumération, non limitative, de signes que l'on peut regrouper en trois catégories. La *marque nominale* consiste en un mot ou un groupe de mots. Ce peut être un nom patronymique ou une appellation de fantaisie, un nom géographique, un terme d'une langue étrangère ou un groupe de chiffres. La *marque figurative* est un dessin, une forme d'emballage ou de contenant, comme une bouteille. Ce peut même être une couleur ou une combinaison de couleurs. La *marque sonore* consiste en une phrase musicale ou un son particulier, à condition de pouvoir être représentés de façon graphique.

b) Caractère distinctif

685. Pour être protégé comme marque, le signe doit être *distinctif*.

Il en résulte que le signe ne doit pas être *générique* ou *nécessaire*, c'est-à-dire utilisé dans la langue courante pour désigner le produit ou le service dont il s'agit. Par exemple les mots « réfrigérateur », « moteur » ou « assurance » ne pourraient pas constituer une marque. En revanche, un groupe original de termes banals peut constituer une marque valable. Tout est question d'espèces. Ce qui est déterminant, c'est le caractère distinctif du signe.

Une marque distinctive, parfaitement valable, peut à l'usage devenir générique, à cause de son succès dans le public. Par exemple, le terme « frigidaire », original à l'origine est devenu générique, par son emploi usuel dans la langue quotidienne. La marque reste valable, car elle ne peut être victime de son succès. Le fait que le titulaire de la marque ait toléré les contrefaçons ultérieures n'est pas une cause de déchéance.

N'est pas distinctive, une marque *descriptive* qui se borne à reprendre les qualités usuelles du produit ou du service. Par exemple « incassable » pour un produit résistant ou « automatique » pour une montre. La marque, même originale, ne doit pas être *déceptive*, c'est-à-dire de nature à tromper le public ⁷⁹¹.

2 - La disponibilité du signe

686. Il ne faut pas qu'un tiers se soit déjà approprié le signe. Il se peut que le même signe fasse déjà l'objet d'une marque, mais aussi d'un nom commercial ou d'une appellation d'origine. Les conflits entre les utilisateurs du même signe sont fréquents. Les lois de 1857 et de 1964 ne tranchaient pas expressément de tels conflits et la jurisprudence avait dû y remédier. Mais depuis 1981, la loi pose des règles claires, qui figurent aujourd'hui dans l'article L. 711-4 du code.

L'article L. 711-4 pose d'abord un principe : ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs. Suit une énumération non limitative de signes appropriés. On peut les regrouper en trois catégories.

— En premier lieu, les marques antérieures enregistrées ou notoirement connues. Il faut cependant tenir compte du principe de spécialité de la marque. Le même signe peut être utilisé pour des marques appartenant à des titulaires différents désignant des produits ou des services différents, entre

lesquels aucune confusion n'est possible.

— En deuxième lieu, les signes servant à désigner une entreprise : le nom commercial, l'enseigne et la dénomination sociale. Mais à condition qu'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public entre ces signes appropriés et la marque ultérieurement enregistrée. En outre, le nom commercial et l'enseigne doivent être connus sur l'ensemble du territoire national.

— Enfin, les autres signes susceptibles d'être protégés par un droit de propriété intellectuelle : appellation d'origine, dessin ou modèle protégé, droit d'auteur. Il suffit que ces droits soient acquis antérieurement. La condition d'un risque de confusion dans l'esprit du public n'est pas requise, de sorte que l'indisponibilité est ici absolue. Il en est de même du nom patronymique d'une personne et du nom d'une collectivité territoriale, que cite encore l'article L. 711-4.

3 - L'enregistrement de la marque

687. Dans le système de la loi de 1857, la marque s'acquerrait par l'usage. Celui qui, le premier, avait exploité la marque en était le titulaire légitime. Le dépôt faisait simplement présumer l'antériorité de l'usage. Au contraire, dans le système actuel du droit positif, la marque ne s'acquiert que par la formalité de l'enregistrement. L'enregistrement donne naissance au droit de propriété industrielle ⁷⁹². La règle est expressément posée par l'article L. 712-1 du code, qui dispose : « La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement ».

Avant l'enregistrement la marque est cependant protégée par une action en concurrence déloyale (*supra*, n° 630). Il en est de même lorsque la marque est enregistrée de façon irrégulière ou lorsqu'elle est frappée de déchéance.

688. Les formalités de l'enregistrement sont déterminées par les articles L. 712-2 à L. 712-14 et R. 712-1 à R. 712-26 du Code de la propriété intellectuelle ⁷⁹³.

Le dépôt se fait à l'INPI ou au greffe du tribunal de commerce du domicile du déposant, qui le transmet à l'INPI. Il comporte une demande d'enregistrement, un modèle de la marque et l'indication des produits ou des services pour lesquels la marque est revendiquée, ainsi que l'indication de la classe ou des classes correspondantes. Les classes réglementaires de produits ou de services n'ont cependant qu'une simple valeur administrative et ne préjugent pas l'étendue de la protection.

L'INPI procède à l'examen préalable. Celui-ci porte sur la régularité formelle de la demande, la conformité à l'ordre public et les caractères du signe qui rendent possible son appropriation. Si les conditions ne sont pas remplies, le directeur de l'INPI rejette la demande.

L'examen préalable ne comporte pas de recherche d'antériorité. Cependant le Code organise une procédure d'opposition, qui est ouverte aux titulaires de droits antérieurement acquis (art. L. 712-4). Si l'opposition est justifiée, la demande d'enregistrement est rejetée.

Si la demande d'enregistrement est fondée, celui-ci est décidé par le directeur de l'INPI. L'enregistrement est publié au Registre national des marques. Il prend effet à la date du dépôt de la demande. Le droit de marque est réputé acquis à cette date.

689. Les marques dites *notoires* bénéficient d'une protection spéciale. On appelle marque notoire, une marque qui jouit d'une renommée dans l'ensemble du public. Le plus souvent ce sont des marques dont la renommée s'étend au-delà du territoire national. Le possesseur de la marque notoire, même s'il ne l'a pas fait enregistrer en France, peut demander l'annulation d'une marque enregistrée, prêtant à confusion.

La règle a son origine dans l'article 6 *bis* de la Convention de Paris de 1883. Elle figure dans l'article L. 711-4, qui dispose : « ne peut être adoptée comme marque, un signe portant atteinte à une marque notoirement connue au sens de l'article 6 *bis* de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ». Cependant la protection de la marque notoire ne va pas au-delà de la possibilité de demander la nullité de la marque concurrente enregistrée. Si le possesseur de la marque notoire veut agir en contrefaçon en France, il doit au préalable la faire enregistrer. Sinon, il

ne peut agir qu'en concurrence déloyale (art. L. 713-5).

B Protection de la marque

1 - La protection nationale de la marque

690. L'enregistrement confère au titulaire de la marque un droit de propriété industrielle, sanctionné par l'action en contrefaçon.

Comme l'a précisé la Cour de cassation, le droit de marque est un droit absolu qui s'étend sur tout le territoire français et qui confère une action contre tous ceux qui y portent atteinte, sous quelque forme que ce soit ⁷⁹⁴. L'on dit couramment que le titulaire est propriétaire de la marque et l'article L. 713-1 emploie le terme de *droit de propriété* sur la marque. En réalité il s'agit d'un droit de propriété industrielle qui confère un droit exclusif d'exploitation au profit de son titulaire (*supra*, n° 648).

L'enregistrement procure une protection de la marque pendant dix ans. Mais l'enregistrement peut ensuite être renouvelé pour de nouvelles périodes de dix ans, sans limitation. Cependant le titulaire a l'obligation d'exploiter. Si le titulaire de la marque néglige de l'exploiter pendant cinq ans, tout intéressé peut demander la déchéance en s'adressant au tribunal de grande instance. La disposition a pour but de faire obstacle à des marques, dites « de barrage », qui seraient enregistrées à seule fin d'empêcher les concurrents de les acquérir. Elle sert aussi à désencombrer le registre des marques.

691. L'action en contrefaçon sanctionne toute atteinte au droit du titulaire de la marque. Les articles L. 713-2 et L. 713-3 énumèrent les actes de contrefaçon.

Ce sont,

1) Pour des produits *identiques*, sans autorisation du titulaire, la reproduction, l'usage ou l'apposition de la marque par un tiers, ainsi que l'imitation ou l'usage de la marque imitée, la suppression ou la modification de la marque régulièrement apposée par le titulaire.

2) Pour des produits *similaires*, les mêmes faits, lorsqu'il en résulte une confusion dans l'esprit du public ⁷⁹⁵.

La pratique de réservation des « noms de domaine », qui permet d'être présent sur le réseau internet, entre fréquemment en conflit avec le droit des titulaires de marques. La réservation d'un nom de domaine reproduisant, sans l'autorisation du titulaire, une marque enregistrée en France, constitue une contrefaçon qui peut être poursuivie et sanctionnée en France sur le fondement des articles L. 713-1 et suivants. La loi française est compétente, même si le déposant du nom de domaine réside à l'étranger (*infra*, n° 698).

De même, un titulaire de marque peut s'opposer à la réservation de celle-ci comme mot-clé en vue d'un référencement payant, mais à condition de porter atteinte à l'une des fonctions essentielles de la marque ⁷⁹⁶. La Cour de justice de l'UE, interprétant la directive du 21 décembre 1988 (*supra*, n° 681), juge que sont des fonctions essentielles, la fonction d'indication d'origine, la fonction de publicité et la fonction d'investissement.

La contrefaçon sur internet est punissable au regard de la loi française, par un tribunal français, à une double condition : que l'annonce soit accessible sur territoire français et qu'elle soit destinée au public en France ⁷⁹⁷.

692. La sanction est *pénale* et *civile*. La contrefaçon est tout d'abord une infraction pénale, punie d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 300 000 euros ⁷⁹⁸. La contrefaçon est aussi un délit civil conduisant à l'allocation de dommages et intérêts réparant le préjudice subi et à l'interdiction pour l'avenir de la poursuite des actes de contrefaçon, au besoin sous astreinte. La victime peut porter son action civile soit devant le tribunal de grande instance ou devant une instance arbitrale, soit devant la juridiction pénale, accessoirement à l'action publique.

L'administration des douanes, à la demande écrite du titulaire de la marque, peut contrôler l'importation des marchandises et retenir les produits contrefaits. Le titulaire de la marque doit alors agir devant le tribunal compétent dans les dix jours, sinon la mainlevée est accordée de plein droit (art. L. 716-8 C. propr. intell.).

2 - La protection internationale de la marque

693. Comme pour les autres droits de propriété industrielle, la protection de la marque est territoriale. La protection s'étend au territoire national mais s'arrête à la frontière ⁷⁹⁹. La marque enregistrée en France ne permet pas d'agir contre les actes de contrefaçon commis à l'étranger. Pour assurer la protection de la marque à l'étranger, il faut la déposer et obtenir le droit correspondant dans chacun des pays où l'on désire obtenir la protection. Tel est le principe des localisations multiples. En outre, chaque marque, obtenue et protégée dans un pays, est indépendante de celles qui peuvent être obtenues dans les autres pays.

694. Les conventions internationales s'efforcent de corriger les inconvénients résultant du principe de territorialité. La **Convention de Paris de 1883** institue la règle de la priorité unioniste (*supra*, n° 668). Celui qui a déposé sa marque dans un pays de l'Union dispose d'un délai de six mois pour la déposer dans les autres pays, sans avoir à souffrir des antériorités qui seraient survenues dans l'intervalle. **L'arrangement de Madrid du 4 avril 1891** institue un dépôt international des marques ⁸⁰⁰. La marque est déposée au siège de l'OMPI à Genève qui communique le dépôt aux offices des autres pays signataires de l'arrangement. Le système débouche sur la reconnaissance de marques nationales dans les pays signataires, aux conditions prévues par ceux-ci.

695. L'Union européenne a voulu unifier le régime des marques. Nous avons signalé la directive n° 2008/95 du 22 octobre 2008 pour le rapprochement des législations des États membres relatives aux marques ⁸⁰¹. Mais l'Union européenne a aussi créé une *marque communautaire*. Le règlement de 1993 ⁸⁰², plusieurs fois modifié, a été remplacé par le règlement n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, actuellement en vigueur ⁸⁰³.

La marque communautaire est acquise par un enregistrement auprès de l'Office d'Alicante, en Espagne. La marque communautaire est unique pour l'ensemble de la Communauté européenne et ses effets sont précisés dans le règlement de 1999. Cependant, l'action en contrefaçon est régie, dans chaque État membre, par une combinaison complexe du droit communautaire et du droit national.

Le règlement instituant la marque communautaire n'a pas mis fin aux droits nationaux de protection des marques, qui subsistent intégralement. Les déposants ont donc le choix entre la demande d'une marque nationale, selon la procédure nationale, et la demande de la marque communautaire. Les deux types de marques coexisteront sans doute assez longtemps. À terme les marques nationales devraient cependant disparaître au profit de la marque communautaire.

§ 2. Le nom commercial

696. Au contraire de la marque, qui désigne un produit ou un service, le nom commercial désigne une entreprise. L'enseigne est une variété du nom commercial. Elle désigne plus particulièrement la localisation d'un établissement de l'entreprise, en le révélant au public.

Il y a une différence essentielle entre la marque et le nom commercial. Le nom commercial n'est pas protégé par un droit de propriété industrielle. Il ne confère pas l'action en contrefaçon. La loi n'organise d'ailleurs pas le dépôt ou l'enregistrement du nom commercial et de l'enseigne. L'immatriculation de l'entreprise ou de l'établissement secondaire au Registre du commerce et des sociétés n'est pas assimilée à un dépôt donnant naissance à un droit de propriété industrielle.

Cependant le nom commercial constitue incontestablement un bien patrimonial. Il peut être cédé avec le fonds de commerce dont il est un élément. Il peut avoir, de ce fait, une grande valeur.

En l'absence d'une formalité de dépôt, le nom commercial s'acquiert par le premier usage. C'est celui qui le premier s'en est servi pour faire connaître son entreprise qui en est titulaire. Le nom commercial est protégé par une action en concurrence déloyale. Le commerçant, titulaire du nom commercial, peut agir en responsabilité civile contre ceux qui, sans autorisation, l'utilisent indûment. Il doit prouver la faute de l'utilisateur concurrent, le préjudice qui lui est ainsi causé ainsi que le lien de causalité entre la faute et le préjudice (*supra*, n° 642 et s.). Le préjudice suppose un risque de confusion dans l'esprit du public. En pratique plusieurs sortes de litiges peuvent survenir.

697. Tout d'abord, le titulaire du nom commercial peut entrer en conflit avec un autre commerçant, utilisant le même nom pour désigner son entreprise. Il faut alors rechercher s'il y a un risque de confusion. Tout dépend de l'aire géographique dans laquelle le nom a été exploité et connu du public. Le nom peut être exploité localement ou dans une ère limitée et ne pas entrer en conflit avec le même nom utilisé dans une ère géographique différente. Il n'y a pas de confusion possible et les deux noms commerciaux peuvent coexister de façon parfaitement légitime. En revanche si les deux noms sont en concurrence dans la même aire géographique, notamment si l'un des deux noms a un rayonnement sur toute l'étendue du territoire national, le conflit est certain. Il se résout alors par la priorité d'usage.

698. Le titulaire du nom peut entrer en conflit avec le titulaire d'une marque enregistrée ou notoire. L'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle tranche le conflit. Le titulaire du nom commercial l'emporte, mais à une triple condition : le nom commercial doit être connu sur l'ensemble du territoire national ; il faut un risque de confusion ; le nom doit être acquis par l'usage avant le dépôt de la demande d'enregistrement de la marque. S'il n'y a pas de risque de confusion, le nom et la marque peuvent coexister. S'il y a un risque de confusion et si les deux autres conditions ne sont pas remplies, c'est la marque qui l'emporte.

Les mêmes règles s'appliquent, par analogie, au conflit entre le titulaire d'un nom commercial et le réservataire d'un nom de domaine ⁸⁰⁴.

En effet, la jurisprudence française récente reconnaît qu'un nom de domaine peut avoir une valeur commerciale pour l'entreprise qui en est propriétaire. Le nom de domaine peut alors être protégé contre les atteintes dont il est l'objet à condition que son propriétaire établisse ses droits sur la dénomination revendiquée, l'antériorité de son usage et le risque de confusion créé par le signe concurrent ⁸⁰⁵.

En revanche, « l'utilisation d'un nom commercial dans un nom de domaine, qui porte atteinte à la fonction d'identification ou de publicité du nom commercial antérieurement utilisé par un concurrent exerçant dans un même secteur d'activité et sur une même zone géographique, constitue un acte de concurrence déloyale » ⁸⁰⁶.

699. Le titulaire du nom commercial peut être en conflit avec le porteur d'un nom patronymique identique. En principe, le porteur du nom patronymique doit l'emporter. Il pourra interdire l'utilisation de son nom à des fins commerciales, mais à condition cependant qu'il y ait un risque de confusion et que le nom patronymique ne soit pas un nom répandu.

Si le titulaire du nom patronymique a donné son autorisation à l'utilisation commerciale de son nom, par exemple s'il a consenti à ce que son nom serve de dénomination sociale à une société commerciale, il ne peut plus se rétracter. La Cour de cassation, dans l'affaire *Bordas*, a jugé qu'« en raison de son insertion dans les statuts de la société, le patronyme est devenu un signe distinctif qui s'est détaché de la personne physique qui le porte pour devenir un objet de propriété incorporelle ». M. Bordas en se retirant de la société qu'il avait fondée, ne pouvait pas reprendre son nom et interdire à celle-ci d'en user. Son nom constituait un bien patrimonial, qu'il avait définitivement cédé à la société ⁸⁰⁷.

Titre III

La protection des marchés contre les restrictions de concurrence

700. Avec la protection des marchés, nous changeons de registre. Il ne s'agit plus seulement de régler un conflit d'intérêts entre deux entreprises, comme dans le droit de la concurrence déloyale. Il s'agit de veiller au respect d'un certain ordre économique, celui de l'économie de marché, c'est-à-dire de la soumission de la production et de l'offre au jeu de la concurrence entre les opérateurs.

C'est à ces règles destinées à protéger la concurrence sur les marchés, que l'on réserve en pratique l'expression de *règles de concurrence* ou de *droit de la concurrence*, au sens strict.

Il est vrai que la mise en œuvre des règles de concurrence intervient fréquemment à l'occasion de litiges d'ordre privé, opposant deux entreprises. Cependant le litige privé n'est alors que la circonstance qui déclenche l'application de la règle de concurrence dont les conséquences concernent l'ensemble du marché. L'on peut même dire que ce qui caractérise le droit privé économique, c'est justement la reconnaissance d'un droit subjectif à la concurrence, mais dont la mise en œuvre conduit à considérer les rapports collectifs de marché et à décider des mesures de restauration de la concurrence.

701. Le raisonnement économique qui sous-tend la confiance faite au jeu de la concurrence est connu :

— La compétition entre les opérateurs doit les conduire à utiliser les facteurs de production de la façon la plus efficace et la moins onéreuse pour la collectivité.

— La concurrence tend à abaisser les prix jusqu'au coût marginal de production. Elle tend à ajuster l'offre de produits et de services à la demande. Elle pousse à l'innovation. En dernier ressort, elle sert les intérêts des consommateurs.

Mais encore faut-il que le mécanisme concurrentiel ne soit pas faussé :

— par des **ententes** entre concurrents, qui cherchent à limiter l'offre et à empêcher la baisse des prix ;

— par des **concentrations** d'entreprises conduisant à la formation de **positions dominantes** sur le marché et à leur exploitation abusive.

702. Plan. Les règles de concurrence comprennent d'abord les interdictions qui frappent les *pratiques anticoncurrentielles* : interdiction des ententes, interdiction des abus de domination et interdiction des pratiques de prix abusivement bas. Le sous-titre II leur est consacré. Le *contrôle des opérations de concentration* sera l'objet du sous-titre III. Auparavant, un sous-titre I permettra de présenter l'histoire des règles de concurrence, d'en décrire les sources et d'en préciser le domaine d'application.

Sous-titre I

Histoire, sources et domaine des règles de concurrence

703. L'histoire de la formation des règles de concurrence et de ses raisons explique la place importante qu'elles tiennent aujourd'hui dans notre univers juridique (Section 1). L'exposé des sources actuelles du droit de la concurrence permet ensuite d'en préciser le rôle dans l'ordonnement juridique (Section 2). C'est enfin en considération du rôle et des limites qui doivent être reconnus au droit de la concurrence que la jurisprudence a précisé le domaine d'application de celui-ci (Section 3).

Section 1

Histoire des règles de concurrence

704. Le souci de protéger la concurrence, en interdisant les accords restrictifs entre opérateurs, est apparu en France au début du XIX^e siècle. Pendant le XIX^e siècle et la première moitié du XX^e, la lutte contre les restrictions de concurrence n'a pas été menée de façon très vigoureuse. Il faudra attendre les années 1960 pour que les règles de concurrence commencent vraiment à se développer en France.

§ 1. Les origines

705. La reconnaissance officielle du principe de libre concurrence remonte au Code pénal de 1810 dont l'article 419 punissait le délit *d'accaparement*.

Ce texte trouvait son origine dans la spéculation qui s'était développée pendant la Révolution et l'Empire. Des détenteurs de denrées de première nécessité s'étaient entendus pour constituer des stocks, pour faire monter exagérément les cours et réaliser des profits parfaitement immoraux. Le procédé était d'autant plus scandaleux qu'il portait sur des denrées alimentaires et que ses auteurs tiraient profit de la disette dont souffrait la population. C'est en souvenir de ces événements que l'article 419 du Code pénal punissait le fait pour des détenteurs de denrées ou marchandises de se réunir pour faire monter les cours *au-dessus des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce*.

Ainsi à l'arrière-plan d'une disposition répressive, qui visait un comportement bien déterminé, se profilait l'idée que les prix sont déterminés par le jeu de la libre concurrence.

Ainsi, très tôt la jurisprudence déclara :

« Attendu que l'article 419 du Code pénal a pour objet d'assurer la libre et naturelle concurrence des opérations commerciales et de réprimer toutes les coalitions et réunions, et toute manœuvre ayant pour but d'opérer par des voies frauduleuses la hausse ou la baisse du prix d'une même marchandise ou denrée, des papiers ou effets publics, au-dessus ou au-dessous du prix qu'aurait déterminé cette concurrence naturelle et libre ⁸⁰⁸ ».

C'était, avant la lettre, le rôle du marché qui était ainsi reconnu par la loi.

706. L'article 419 du Code pénal a connu un sort curieux. D'un côté, en contradiction avec le principe de l'interprétation restrictive de la règle pénale, la jurisprudence en a donné une interprétation large, estimant que le texte s'appliquait non seulement aux ventes de marchandises mais à *tout ce qui est l'objet des spéculations du commerce* ⁸⁰⁹, notamment aux ententes entre transporteurs ou assureurs. Mais d'un autre côté, le texte resta en pratique assez peu appliqué, les poursuites pénales étant peu fréquentes. Il est vrai que la jurisprudence civile déclarait nulles, pour cause illicite, les conventions qui contrevenaient à l'article 419 du Code pénal. Bien que modifié en 1926, pour en assouplir les conditions d'application, l'article 419 fut de moins en moins appliqué et il n'empêcha nullement le mouvement de cartellisation qui suivit la Première Guerre mondiale.

707. Le XIX^e siècle voit l'apparition du capitalisme moderne et de la grande entreprise industrielle. Cependant le droit de la concurrence reste à peu près inchangé. L'article 419 et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie restent les dispositions de base. En France, l'expansion des activités privées ne s'est pas accompagnée, comme aux États-Unis, d'une régulation antitrust.

Aux États-Unis, au contraire, le développement du capitalisme libéral et l'intégration des économies des États, grâce aux moyens de transport et de communication, ont suscité l'apparition d'une législation fédérale, réprimant les comportements contraires à la concurrence, connue sous le nom de *droit antitrust*. Le Sherman Act de 1890, dans sa section première, interdisait, en termes d'une extrême sévérité, les accords restrictifs de concurrence et la création de monopoles privés. Rien de semblable ne s'est produit ni en France, ni même dans les États européens.

708. Après 1918, on assiste à une cartellisation de l'économie, chaque branche de l'industrie s'efforçant de limiter la concurrence au moyen d'ententes plus ou moins perfectionnées. Le cartel, qui limite et répartit les moyens de productions, qui instaure des quotas de production, qui met en place des barèmes de prix, semble, dans les années 1930 la seule réponse efficace à la crise économique. Non seulement les pouvoirs publics se montrent peu empressés à faire respecter un régime de concurrence, mais encore ils paraissent tentés par l'instauration de cartels obligatoires.

Pendant la Seconde Guerre mondiale, le droit de la concurrence est évidemment relégué à l'arrière-plan. Les pouvoirs publics ont d'autres soucis. L'état de guerre justifie une mobilisation de tout l'appareil industriel. À l'inflation monétaire répond la réglementation des prix et le contrôle du système bancaire. Le Code des prix de 1941 permet à l'administration économique de fixer, par voie d'arrêtés, le prix de tous les produits et de tous les services. Des Comités d'organisation répartissent les matières premières. L'État doit lutter contre les pratiques de *marché noir*, qui se développent en marge de toute réglementation. La sévérité de la répression est à la mesure de son impuissance.

La fin des hostilités n'entraîne aucun assouplissement de la législation économique. Le Code des prix de 1941 est abrogé mais il est aussitôt remplacé par les deux ordonnances du 30 juin 1945, relatives aux prix et à la répression des infractions à la législation économique. L'administration contrôle étroitement le système bancaire. Les nationalisations de 1945 renforcent l'emprise de l'État sur l'économie. Le dirigisme et l'interventionnisme atteignent leur apogée dans les années 1945-1950. Le droit de la concurrence n'a dans ces conditions qu'un rôle résiduel. C'est en 1953 seulement que la libéralisation de l'économie fera une timide apparition.

§ 2. De 1950 à 1986

A Les décrets de 1953 et 1958

709. Plusieurs projets ou propositions de lois concernant la réglementation de la concurrence avaient été élaborés entre 1949 et 1953. Ils allaient dans des directions fort diverses. Certains prévoyaient un système d'ententes contrôlées mais pouvant être rendues obligatoires par extension à toute une branche d'activités. D'autres au contraire, qui allaient dans un sens libéral, prévoyaient une condamnation systématique de toutes les ententes. Aucun de ces projets ne vit le jour. Cependant le terrain était préparé. Finalement, c'est un décret du 9 août 1953 qui posa de nouvelles règles de concurrence. Ce décret fut partiellement annulé par le Conseil d'État, puis repris par un décret du 24 juin 1958.

L'on peut faire sur les décrets de 1953 et 1958 trois observations.

710. Quant aux règles de fond, la réglementation issue des décrets de 1953 et 1958 comportait deux volets bien distincts.

— Le premier volet était constitué par une interdiction générale des ententes entravant le plein exercice de la concurrence. Une dérogation était cependant admise en faveur des ententes imposées par la loi ou favorisant le progrès économique, par exemple les ententes de rationalisation ou de spécialisation.

— Le second volet était constitué par l'interdiction de certaines pratiques individuelles : refus de vente, fixation des prix à la revente, traitement discriminatoire des revendeurs. Ces dispositions, en assurant une certaine égalité entre les distributeurs, étaient censées favoriser la concurrence au stade du commerce de détail. Le gouvernement voulait favoriser l'essor de nouvelles formes de distribution, comme la distribution en libre-service, et susciter la concurrence entre revendeurs afin de freiner la hausse des prix.

Cette distinction entre les deux volets (pratiques collectives et pratiques individuelles) domine le droit français de la concurrence et on la retrouve aujourd'hui encore dans le Code de commerce ⁸¹⁰.

711. La mise en œuvre procédurale de ce nouveau droit de la concurrence reposait sur la distinction, déjà évoquée, entre les deux volets de la réglementation.

S'agissant de l'interdiction des *ententes* entravant le jeu de la concurrence, la procédure était essentiellement de nature administrative.

Certes, en théorie, l'interdiction des ententes était assortie de sanctions pénales, amende et emprisonnement, prononcées par le tribunal correctionnel après une instruction judiciaire. Cependant le ministre de l'Économie conservait la haute main sur les poursuites judiciaires car lui seul pouvait décider de transmettre le dossier administratif au parquet. En l'absence de cette transmission, les poursuites n'étaient pas possibles. Le ministre utilisait en fait la transmission du dossier au parquet comme une menace, afin de convaincre les entreprises coupables d'ententes d'exécuter les injonctions qu'il leur adressait. Une autre nouveauté consistait en ce que le ministre, avant de s'adresser aux entreprises, devait prendre l'avis d'un organe administratif spécialisé, la *Commission technique des ententes*. Cette commission, composée de magistrats et de représentants des milieux économiques, avait un rôle purement consultatif. Cependant son apport fut essentiel, car elle adopta une approche très moderne des problèmes de concurrence en donnant la priorité à l'analyse économique des situations. De façon réaliste, elle recherchait plutôt les moyens de rétablir une concurrence *praticable*, dans chaque cas d'espèce, que de sanctionner des comportements passés. D'ailleurs le ministre se rangeait presque toujours à l'avis de la Commission. C'est grâce à l'œuvre de la Commission technique des ententes que le droit de la concurrence est apparu de plus en plus comme le droit de *l'économie de marché*, à l'image de la conception qui prévalait dans les États de l'Europe occidentale.

S'agissant de l'interdiction des pratiques individuelles, comme le refus de vente ou les comportements discriminatoires émanant des fournisseurs, la procédure était principalement judiciaire. Le ministère public, à qui étaient transmis les procès-verbaux établis par les agents de l'administration économique, avait l'initiative des poursuites.

712. Les nouveaux textes, et c'est une troisième observation, étaient en effet essentiellement

conçus dans la perspective de la lutte contre la hausse des prix. À l'époque, le combat contre l'inflation et ses manifestations restait la préoccupation majeure des pouvoirs publics. Non seulement les prix étaient, la plupart du temps, taxés, mais la concurrence devait encore contrarier toute tendance à la hausse. Les règles de concurrence étaient donc conçues comme *des instruments dans la lutte contre les tendances inflationnistes de l'économie*.

Cette orientation était expressément soulignée dans le texte, puisque l'interdiction des ententes était soumise – outre la condition générale de l'entrave à la concurrence – à la condition spéciale, soit d'un obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, soit d'une contribution à la hausse artificielle des prix.

Les règles nouvelles étaient d'ailleurs introduites dans l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, relative aux prix. L'interdiction des pratiques individuelles figurait dans l'article 37 de l'ordonnance. Ces pratiques étaient assimilées à la pratique de prix illicite et sanctionnées comme telles. La présentation formelle des textes pouvait paraître paradoxale, puisque des dispositions d'inspiration libérale se trouvaient ainsi insérées dans un cadre, celui de l'ordonnance relative aux prix, qui était animé d'un esprit résolument dirigiste. En réalité, ce n'était pas totalement illogique, si l'on songe que le droit de la concurrence était un instrument mis au service de l'administration économique, plus précisément de la direction des prix.

B Le renforcement du droit de la concurrence

713. Après 1958, plusieurs réformes viennent perfectionner et compléter le droit de la concurrence, mais sans altérer profondément les orientations initiales des textes de 1953-1958.

714. Les réformes successives étaient d'origine tantôt législative, tantôt réglementaire. La loi du 2 juillet 1963 ajoutait à l'interdiction des ententes celle de l'abus de position dominante. L'ordonnance du 28 septembre 1967 élargissait l'interdiction des ententes en supprimant la condition d'un effet défavorable sur les prix. La loi du 19 juillet 1977, complétée par le décret du 25 octobre 1977, modifiait en profondeur le dispositif procédural de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante en renforçant les pouvoirs de sanction attribués au ministre de l'Économie. Celui-ci pouvait désormais prononcer lui-même des sanctions pécuniaires, d'un montant élevé, après avis de *Commission de la concurrence*. La loi de 1977 innovait également en introduisant, pour la première fois en droit français, un *contrôle des concentrations d'entreprises*.

715. Malgré ces réformes successives, le droit de la concurrence conservait ses caractères originaires. Formellement, l'interdiction des ententes et des abus de position dominante demeurait insérée dans l'ordonnance du 30 juin 1945. Du point de vue procédural, l'interdiction des ententes et des positions dominantes ainsi que le contrôle des concentrations relevait toujours du pouvoir de l'administration, d'ailleurs renforcé. L'interdiction des pratiques individuelles continuait de relever de la compétence de la juridiction pénale.

C L'émergence du droit communautaire de la concurrence

716. La France a signé et ratifié le traité de Rome du 25 mars 1957, instituant la Communauté économique européenne, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958. Pour le droit de la concurrence, le traité revêt une importance majeure. Les articles 81 et 82 CE (devenus articles 101 et 102 TFUE) interdisent respectivement les ententes restrictives de concurrence et l'abus de position dominante ⁸¹¹.

Le règlement du Conseil n° 17-62 du 6 février 1962, attribuait à la Commission des pouvoirs importants pour la mise en œuvre des articles 81 et 82, assortis d'un pouvoir de sanction lui permettant de prononcer des sanctions pécuniaires d'un montant élevé. Effectivement, la Commission a poursuivi une politique de concurrence particulièrement active, notamment à l'égard des accords

entre entreprises qui visent à maintenir les cloisonnements entre les marchés nationaux, ainsi qu'à l'égard des entreprises occupant une position dominante à l'échelle européenne. Les nombreuses décisions de la Commission et les arrêts de la Cour de justice ont fait une application extensive du droit communautaire de la concurrence.

§ 3. De 1986 à nos jours

A Les perfectionnements du droit communautaire

717. En 1989, le droit communautaire a été complété par un dispositif de contrôle des concentrations d'entreprises ⁸¹² contenu dans le règlement du Conseil n° 4064 du 21 décembre 1989.

Dans le domaine de la mise en œuvre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (appelée aussi *droit antitrust*), le règlement n° 1/2003, qui a remplacé le règlement du 6 février 1962, va dans le sens de la décentralisation des procédures et de la coopération des autorités nationales au sein d'un réseau dirigé par la Commission européenne ⁸¹³. Il a cependant conservé le pouvoir de sanction attribué à cette dernière.

L'importance du droit européen de la concurrence se manifeste de plusieurs façons. En premier lieu, les règles européennes de concurrence, en vertu de leur effet direct, s'intègrent dans le droit positif français, à l'intérieur duquel elles constituent un volet spécifique. Le droit français de la concurrence se compose désormais de deux corps de règles : le droit interne de la concurrence et le droit européen de la concurrence. En deuxième lieu, le principe de la primauté du droit de l'Union européenne exige que l'application des règles interne ne mette pas en péril l'application pleine et uniforme des règles européennes de concurrence. En troisième lieu, les dispositions des articles 101 et 102 TFUE du traité exercent une influence sur la rédaction des textes de droit interne, qui ont été plusieurs fois modifiés dans le sens d'un rapprochement avec les textes communautaires. Enfin, le droit de l'Union européenne, qui est d'inspiration libérale, a peu à peu habitué les juristes au maniement des concepts du droit de la concurrence. En France, il a manifestement préparé les esprits à la grande réforme du droit de la concurrence introduite par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

B L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

718. Les élections législatives de mars 1986 amenèrent à l'Assemblée nationale une majorité ouverte aux idées libérales et animée du souci de limiter les interventions de l'État dans le fonctionnement de l'économie. Parmi les projets à l'ordre du jour figurait, à côté des privatisations et de la libéralisation du secteur audiovisuel et des télécommunications, une réforme profonde du droit de la concurrence. Celui-ci, affranchi de la tutelle de l'administration, devait devenir la charte d'une économie néolibérale. Un groupe d'experts fut désigné pour préparer un nouveau texte. Les travaux préparatoires aboutirent rapidement. Le gouvernement hésitait sur la forme que devaient revêtir les nouvelles dispositions. Finalement la forme de l'ordonnance, sur habilitation du Parlement, prévalut.

719. Parmi les innovations de l'ordonnance de 1986 ⁸¹⁴, la plus spectaculaire était sans doute l'abrogation des deux ordonnances du 30 juin 1945. Même si, en fait, les dispositions des ordonnances qui instituaient la taxation des prix de tous les biens et services n'étaient plus appliquées, elles étaient jusque-là demeurées en vigueur et à tout moment un simple arrêté ministériel pouvait revenir à la fixation autoritaire des prix. Avec la suppression des ordonnances, le pouvoir exécutif a perdu un instrument d'intervention particulièrement puissant. L'article 1^{er} de l'ordonnance est éloquent :

Art. 1^{er}. L'ordonnance du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance, sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Cette disposition fondamentale ⁸¹⁵ rompait avec le droit antérieur : le droit de la concurrence n'était plus un instrument parmi d'autres de la lutte contre la hausse des prix. Le droit de la concurrence était érigé en mécanisme fondamental du fonctionnement de l'économie.

720. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a cependant conservé, au besoin en les modifiant et en les améliorant, de nombreuses dispositions de fond du droit antérieur. Ce fut le cas, notamment, des dispositions relatives à l'interdiction des ententes et des abus de positions dominantes, que l'ordonnance regroupe sous le nom de *pratiques anticoncurrentielles*, et au contrôle des concentrations. Une interdiction nouvelle faisait cependant son apparition, l'interdiction de l'abus de dépendance économique. Dans la ligne des textes antérieurs, l'ordonnance conservait, en dépit des hésitations des rédacteurs, l'interdiction des pratiques individuelles, qui étaient désormais désignées sous le nom de *pratiques restrictives* ⁸¹⁶. Il est vrai que le régime de ces interdictions était, dans une large mesure, atténué par la suppression des sanctions pénales, qui étaient remplacées par la simple responsabilité civile des auteurs des pratiques.

721. L'ordonnance de 1986 créait le Conseil de la concurrence. Dans sa composition, celui-ci s'apparentait aux commissions instituées par les textes précédents. Cependant, en matière d'ententes et d'abus de domination, la fonction du Conseil était profondément renouvelée. Trois innovations soulignaient cette mutation. Le Conseil de la concurrence n'était plus cantonné dans un rôle consultatif, il pouvait prendre lui-même les décisions et prononcer les sanctions prévues par l'ordonnance. Il pouvait être saisi directement par les entreprises et non plus seulement par le ministre de l'Économie. Les recours formés contre ses décisions étaient portés devant la cour d'appel de Paris et non pas devant la juridiction administrative.

Ainsi s'est fait jour l'idée que le droit de la concurrence, en tout cas la branche de ce droit qui concerne les ententes et les abus de domination, n'est plus un instrument d'intervention de l'administration au service d'une politique économique, mais bien *le cadre ordinaire des activités privées d'entreprise*.

722. Des lois postérieures ont modifié sur certains points, parfois importants, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Ainsi, quelques mois seulement après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la loi du 6 juillet 1987 modifiait l'article 15 afin de transférer à la cour d'appel de Paris le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence ⁸¹⁷. La loi du 31 décembre 1992 a modifié le régime des sanctions, ainsi que les règles de facturation et de paiement. Les lois du 29 janvier 1993 et du 1^{er} juillet 1996 ont modifié de nombreux articles de l'ordonnance, notamment en ce qui concerne la composition du Conseil de la concurrence, la sanction des prix abusivement bas et diverses pratiques restrictives. La loi sur les nouvelles régulations économiques (loi NRE du 15 mai 2001) a modifié le titre relatif au contrôle des concentrations et le titre relatif aux pratiques restrictives. La loi du 3 janvier 2008 a modifié les conditions de la revente à perte. La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (loi LME) a créé l'Autorité de la Concurrence, qui a remplacé le Conseil de la concurrence. L'ordonnance du 13 novembre 2008 a amélioré la procédure de répression des pratiques anticoncurrentielles. La loi du 20 novembre 2012 a introduit des dispositions particulières pour l'outre-mer.

Les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre ont été incorporées par l'ordonnance du 18 septembre 2000 dans le nouveau Code de commerce, où elles figurent sous un livre IV intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence » ⁸¹⁸ (art. L. 410-1 à L. 470-8). La codification a malmené le plan de l'ordonnance pour lui substituer, de façon peu convaincante, une nouvelle répartition des matières.

L'expression de « régulation économique » est devenue à la mode à partir des années 2000 ⁸¹⁹. Elle ne s'identifie pas à la réglementation, car elle suggère l'idée d'un contrôle souple, soucieux de ne pas trop contrarier le jeu des marchés et d'orienter les comportements des opérateurs économiques. Il semble qu'elle soit indissociable des notions de marché et de concurrence. D'un point de

vue technique, la régulation économique fait généralement appel à une autorité administrative indépendante (*supra*, n° 55), disposant de larges pouvoirs et chargée de préserver le jeu de la liberté économique. Plus précisément encore, la régulation se rencontre sur des marchés nouvellement ouverts à la concurrence, où la présence d'un opérateur historique en position dominante exige la mise en œuvre de règles spécifiques, par exemple, dans les secteurs des télécommunications ou de l'énergie.

C Le remplacement du Conseil de la concurrence par l'Autorité de la concurrence

723. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite « LME » et l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 ⁸²⁰ ont profondément modifié le paysage procédural du droit interne de la concurrence.

Depuis 1986, la France connaissait un régime procédural fondé sur la dualité des autorités administratives chargées de la mise en œuvre des règles de concurrence, le Conseil de la concurrence et le ministre de l'Économie par l'intermédiaire de la DGCCRF ⁸²¹. Le Conseil de la concurrence était chargé du contrôle des pratiques anticoncurrentielles : ententes, abus de domination et prix abusivement bas. Le ministre était chargé non seulement du contrôle des concentrations d'entreprises, mais encore de la plupart des enquêtes relatives aux pratiques visées par le livre IV du Code de commerce.

Rejoignant la majorité des États européens, qui connaissent un régime moniste de contrôle, la France s'est dotée avec la loi LME du 4 août 2008 d'une autorité unique, aux moyens accrus, chargée du contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations d'entreprises et disposant de tous les pouvoirs d'enquête et d'instruction nécessaires. Cette autorité indépendante, dénommée *Autorité de la concurrence* ⁸²², remplace le Conseil de la concurrence, dont les fonctions ont pris fin le 2 mars 2009. Le ministre de l'Économie, plus particulièrement la DGCCRF, conserve cependant ses pouvoirs d'enquête, parallèlement à l'Autorité dans le cas des pratiques anticoncurrentielles ⁸²³.

Section 2

Les sources du droit de la concurrence

§ 1. Les sources formelles du droit de la concurrence

724. Le droit positif français comporte, en matière de concurrence, deux ensembles de règles : les règles internes et les règles communautaires.

A Les sources du droit interne de la concurrence

1 - Les textes

725. Le texte fondamental est le livre IV du Code de commerce, intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence ».

Les articles du livre IV du Code de commerce sont répartis en sept titres dont les intitulés sont les suivants :

Titre I ^{er} Dispositions générales
Titre II Des pratiques anticoncurrentielles
Titre III De la concentration économique

Il existe aussi quelques lois spéciales qui se rattachent au droit de la concurrence entendu au sens large ⁸²⁴.

Depuis 1987, plusieurs décrets étaient intervenus pour l'application des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et du Code de commerce. En mars 2007, les décrets qui étaient en vigueur à cette date ont été intégrés dans la partie réglementaire du Code de commerce.

2 - La jurisprudence

726. Il s'agit essentiellement de la jurisprudence des juridictions civiles et commerciales. Elle joue un rôle particulièrement important en droit de la concurrence. Les textes du droit de la concurrence sont souvent formulés en termes très généraux de sorte que la compréhension de la matière requiert nécessairement la connaissance de la jurisprudence, en particulier celle de la cour d'appel de Paris, lorsqu'elle statue sur les recours dirigés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence. Ainsi par exemple, les notions de position dominante ou d'abus ne peuvent être comprises qu'en se référant à la jurisprudence.

L'on peut rapprocher de la jurisprudence, la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence puis de l'Autorité de la concurrence. Certes, les décisions du Conseil et de l'Autorité de la concurrence ne sont pas de nature juridictionnelle, mais dans la mesure où elles tranchent de nombreuses questions d'interprétation des articles L. 410-1 et 410-2 du Code de commerce, une autorité incontestable s'attache aux solutions qu'elles ont retenues. L'Autorité de la concurrence publie chaque année un rapport d'activité dans lequel se trouve décrite son action.

727. Les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris à la suite des recours dirigés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence, ainsi que les arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendus sur pourvoi contre les arrêts de la cour de Paris, sont rapportés dans le *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (BOCCRF)*. Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont obligatoirement publiées au *BOCCRF*. La publication par la voie électronique est aujourd'hui devenue la règle ⁸²⁵.

Le ministère de l'Économie et des Finances publie une revue spécialisée, la *Revue de la concurrence et de la consommation*. Il existe en langue française deux autres revues mensuelles, spécialisées dans le droit interne et le droit communautaire de la concurrence, la revue *Concurrences* et la *Revue Lamy de la Concurrence*. Les revues généralistes comportent des chroniques périodiques de droit de la concurrence.

B Les sources du droit communautaire de la concurrence

728. Ces sources sont nombreuses et diverses. Il faut se contenter d'en donner un aperçu. Des indications plus détaillées se trouvent dans les ouvrages spécialisés ⁸²⁶.

Les dispositions du droit communautaire *primaire* se trouvaient à l'origine dans le traité de Rome du 25 mars 1957. Elles figurent aujourd'hui dans le traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, *supra*, n° 43). Le TFUE comprend un chapitre consacré aux *Règles de concurrence*, à l'intérieur duquel figure une section qui regroupe les règles de concurrence

applicables aux entreprises. Les trois dispositions fondamentales de cette section sont l'article 101, qui interdit les ententes restrictives de concurrence, l'article 102, qui interdit l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur, et l'article 106 qui précise la situation des entreprises publiques au regard des règles de concurrence.

729. Le droit communautaire *dérivé* comporte d'abord les règlements du Conseil, pris pour l'application des articles 101 et 102 TFUE. Spécialement importants sont, d'une part, le règlement n° 134/2004 du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des opérations de concentration et, d'autre part, le règlement de procédure n° 1/2003 du 16 décembre 2002. Plusieurs règlements de la Commission portent exemption collective de certaines ententes. La Commission publie également des communications, notamment des « lignes directrices », qui n'ont pas de valeur juridique contraignante, mais qui ont une grande importance pratique (ce que l'on appelle la *soft law*). Les décisions individuelles prises par la Commission en matière d'ententes, d'abus de position dominante et de concentrations forment un *corpus* particulièrement précieux pour les juristes d'affaires qui sont confrontés au droit communautaire de la concurrence ⁸²⁷.

Enfin l'une des sources fondamentales du droit communautaire consiste dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Au premier rang viennent les arrêts qui sont rendus en interprétation des traités ou des règlements communautaires, sur renvoi préjudiciel des tribunaux nationaux, car ils tranchent généralement des questions de principe. Les arrêts rendus par le Tribunal de l'Union européenne à l'occasion des recours dirigés contre les décisions individuelles de la Commission, sont d'un abord plus difficile en raison de leur longueur. Les arrêts de la Cour et du Tribunal sont publiés dans le *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de première instance* ⁸²⁸.

Les revues *Concurrences* et *Lamy de la Concurrence* ainsi que les revues généralistes sont aujourd'hui consacrées au droit communautaire autant qu'au droit interne de la concurrence.

§ 2. L'influence de la doctrine économique

730. Le droit de la concurrence entretient des relations étroites avec la science économique. Cela se comprend, puisque les deux disciplines s'appliquent au même objet : le fonctionnement des marchés dans un régime de libre entreprise. Il est donc tentant de soutenir que le droit de la concurrence devrait se contenter de reprendre et de mettre en forme les conclusions de la micro-économie.

En réalité, les relations entre le droit et la théorie économique sont plus complexes. Il est vrai que dans un souci d'efficacité et d'objectivité, le droit de la concurrence s'appuie volontiers sur les résultats de l'analyse économique. Mais le droit est autonome par rapport à l'économie politique car il vise d'autres objectifs que l'efficacité économique. Tout d'abord, un système de droit doit absolument préserver la généralité et la stabilité des règles. Généralité et stabilité sont les conditions de la prévisibilité des situations juridiques et par conséquent de la sécurité juridique. La règle de droit ne peut s'accommoder ni de la rapidité ni des incertitudes des évolutions de la doctrine économique. Ensuite, l'élaboration de la règle de droit répond à un projet politique, qui ne vise pas uniquement à la réalisation effective d'un type de rapports économiques entre les entreprises, mais qui obéit aussi à des préoccupations de justice et de paix sociale.

L'influence des doctrines économiques sur le droit de la concurrence, si elle est certaine, reste donc partielle et diffuse. Il arrive que les autorités de la concurrence reprennent à leur compte certaines analyses ponctuelles, approuvées par la majorité des théoriciens de l'économie. Par exemple, en matière d'abus de position dominante, la Cour de justice de l'Union européenne et l'Autorité de la concurrence ont adopté de façon quasi officielle la théorie des prix prédateurs ou la

théorie des infrastructures essentielles. Mais le plus souvent, l'influence de la doctrine économique sur la jurisprudence se manifeste de façon moins précise. Ainsi, les autorités de concurrence se rallient à certaines approches méthodologiques caractéristiques de la théorie économique, comme la délimitation des marchés en cause ou la prise en considération du pouvoir de marché des entreprises ou encore, plus récemment, la prise en compte de l'efficacité économique. D'ailleurs, l'on observe que le droit de la concurrence affiche un retard sensible sur la doctrine économique. Il n'est pas rare que les autorités de concurrence consacrent certaines conquêtes de la théorie économique, plusieurs dizaines d'années après leur apparition.

731. Dans les années 1970 et 1980, la doctrine allemande de l'ordolibéralisme, héritée de l'école de Fribourg ⁸²⁹, a exercé une influence certaine sur la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence, spécialement sur la politique de concurrence de la Commission. Celle-ci ne refusait pas un certain dogmatisme juridique dans la qualification des restrictions de concurrence. La Cour de justice se montrait ouverte à une approche plus économique. Aujourd'hui, lorsque l'on parle de l'influence de la doctrine économique sur le droit de la concurrence, c'est principalement à la doctrine américaine que l'on pense ⁸³⁰. En raison de son ancienneté et de sa richesse, la pensée américaine a exercé son influence en Europe, à partir des années 1980, à la fois sur les autorités de la concurrence et sur la doctrine économique.

On ne peut évoquer que de façon très sommaire les évolutions de la pensée économique américaine en matière de concurrence.

732. La première formulation systématique du fonctionnement des marchés s'est faite sous la forme de la *concurrence pure et parfaite*. Ce modèle théorique, souvent désigné comme néoclassique, requiert des conditions bien précises et relativement contraignantes. Il suppose un marché sur lequel des opérateurs nombreux et de taille comparable sont à même, à tout moment, de connaître les caractéristiques de l'offre et de la demande (transparence du marché) de biens homogènes et de réagir immédiatement et sans entraves aux initiatives de leurs concurrents (fluidité du marché). En régime de concurrence parfaite, aucun opérateur ne peut influencer sur le comportement des autres. La concurrence pure et parfaite conduit à un prix d'équilibre unique et proche du coût marginal.

Les conditions de la concurrence pure et parfaite ne se rencontrent jamais dans la réalité. Il ne peut donc s'agir que d'un modèle abstrait. L'utilisation du modèle conduit alors à des solutions rigoureuses, toute diminution du nombre ou de la capacité des entreprises présentes sur le marché, toute limitation de leur liberté commerciale, pouvant être considérée comme une restriction de concurrence condamnable.

733. Le modèle néoclassique a été sévèrement critiqué par les économistes des écoles de Cambridge et de Harvard, à partir des années 1930. La critique part de l'observation que, dans les faits, les marchés révèlent de nombreuses causes de dysfonctionnements de la concurrence, tenant à l'absence d'homogénéité des produits et des services offerts sur le marché, à des différences importantes dans la taille des entreprises ou encore à des réglementations étatiques contraignantes. Ainsi s'est formée la théorie de la *concurrence imparfaite*. Sur chaque marché, les données structurelles font que la concurrence est plus ou moins imparfaite. Il faut se contenter de promouvoir la concurrence possible, propre à chaque marché particulier. L'École de Harvard a ainsi, dans les années 1940, développé l'approche *structuraliste* des marchés, qui débouche sur la théorie de la

concurrence praticable, dite encore la *concurrence effective* (*workable competition*).

Dans la recherche de la concurrence effective, les notions de marché, de concentration du marché et de pouvoir de marché sont déterminantes. Un marché est concentré lorsqu'il met en compétition un petit nombre d'entreprises puissantes, *a fortiori*, lorsque l'une des entreprises détient une position dominante ou se trouve en situation de monopole. Le pouvoir de marché d'une entreprise dépend de divers facteurs, le facteur principal étant l'importance de sa part de marché, c'est-à-dire de la proportion de son chiffre d'affaires par rapport à la somme des chiffres d'affaires des entreprises présentes sur le même marché. L'approche structuraliste a également mis l'accent sur l'importance des *barrières à l'entrée*. S'il n'existe pas de fortes barrières à l'entrée, les entreprises présentes sur un marché sont exposées à la concurrence potentielle de nouveaux entrants. Dans ce cas, les entreprises, même les entreprises en position dominante, se trouvent dans une situation précaire car elles ne peuvent pas tirer longtemps avantage de leur pouvoir de marché. Le marché est alors dit *contestable*. Si au contraire les barrières à l'entrée sont fortes (par exemple le coût élevé des investissements nécessaires pour se placer sur le marché), les entreprises en place bénéficient d'une rente de situation.

La théorie de la concurrence effective a connu un fort succès aux États-Unis à partir des années 1950. Loin d'affaiblir la lutte contre les restrictions de concurrence, elle a légitimé l'action des pouvoirs publics contre les ententes, tant horizontales que verticales, et les concentrations d'entreprises aboutissant à la formation de positions dominantes. Les thèses de l'École de Harvard ont ensuite influencé la politique de concurrence menée en Europe par les autorités communautaires et les autorités des États membres.

734. Une nouvelle approche, plus libérale, s'est développée à partir des années 1960, à la suite notamment des travaux de l'École de Chicago. Celle-ci met en doute que la concentration des entreprises et l'existence de forts pouvoirs de marché soient toujours défavorables à la concurrence et à l'efficacité économique. Autrement dit, une situation de monopole n'est pas forcément contraire à l'intérêt collectif, si elle ne conduit pas à un profit excessif et à la baisse de la qualité ou de l'innovation. D'une part, l'École de Chicago, délaissant l'analyse structuraliste des marchés, privilégie la recherche au cas par cas de l'efficacité réelle des entreprises et de leurs stratégies de coopération. D'autre part, elle critique les interventions excessives de l'État qui, sous prétexte de préserver la concurrence, pénalisent inutilement les entreprises. Elle a donc conduit à un affaiblissement de la politique antitrust des autorités américaines et à une plus grande confiance à l'égard de la libre action des entreprises.

En Europe, l'École de Chicago a exercé une certaine influence. Si les autorités de la concurrence ont assoupli certains aspects de leur politique de concurrence, par exemple à l'égard des restrictions verticales, elles restent encore très attachées à l'analyse structuraliste des marchés. D'ailleurs, l'école de Chicago n'a pas tardé à rencontrer ses propres contempteurs, qui plaident en faveur d'une application plus rigoureuse des règles de concurrence lorsque sont en jeu les intérêts des consommateurs. Il s'est formé une école « post Chicago ».

Section 3

Le domaine des règles de concurrence

735. On distingue traditionnellement le domaine matériel (§ 1) et le domaine territorial (§ 2) des règles de concurrence. Le domaine du droit européen de la concurrence est en outre déterminé par la condition de l'affectation du commerce entre États membres (§ 3).

§ 1. Le domaine matériel des règles de concurrence

736. Le critère d'application des règles européennes de concurrence diffère du critère d'application du droit interne. Alors que le droit européen de la concurrence s'applique à des comportements d'*entreprises*, le droit interne s'applique à des *activités* de production, de distribution ou de prestation de services. Mais en pratique, la mise en œuvre des deux critères aboutit à des solutions très proches, sinon semblables.

A Le domaine matériel du droit européen de la concurrence

737. L'article 101 TFUE interdit les ententes entre entreprises et l'article 102 l'exploitation abusive d'une position dominante par une ou plusieurs entreprises. De même, le règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 institue un contrôle communautaire des concentrations d'entreprises.

Le critère d'application du droit communautaire de la concurrence est donc à rechercher dans la notion d'entreprise. Cependant ni le traité ni aucun texte de droit dérivé ne donnent la définition de l'entreprise. La Cour de justice s'est longtemps montrée prudente, puis a finalement déclaré dans l'arrêt *Höffner* du 23 avril 1991 ⁸³¹ : « *La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». Cette définition a ensuite été reprise constamment par la Cour et par le Tribunal.

738. Une chose est sûre : l'entreprise, au sens du droit communautaire de la concurrence, n'est pas définie par sa forme juridique. Tout organisme, public ou privé, toute personne physique, toute personne morale ou même une entité dépourvue de la personnalité juridique, peut être qualifiée d'entreprise. En revanche, l'entreprise est définie par son objet, une activité économique.

La Commission européenne et la Cour de justice retiennent une conception extensive de l'activité économique. Elles décident que sont des activités économiques non seulement les activités industrielles, les activités de distribution et les activités de services comme l'assurance, la banque ou les transports, mais encore les activités des professions libérales, comme celles des architectes ⁸³², des médecins ⁸³³ et des avocats ⁸³⁴, ainsi que les activités sportives donnant lieu à rémunération ⁸³⁵. La Cour de justice a d'ailleurs défini l'activité économique comme « *le fait d'offrir des biens ou des services sur un marché donné* » ⁸³⁶.

739. Aussi extensive que soit la notion d'entreprise, au sens du droit européen de la concurrence, elle n'est pas sans rencontrer certaines limites.

D'abord, échappent à l'application du droit de la concurrence, les personnes qui, pour l'accomplissement d'une mission d'intérêt général, sont dotées de prérogatives de puissance publique. L'exercice de telles prérogatives ne saurait en effet être qualifié d'activité économique ⁸³⁷.

Ensuite, ne sont pas considérés comme des entreprises, les organismes qui remplissent une fonction de caractère exclusivement social, fondée sur le principe de solidarité. Ainsi les caisses de sécurité sociale, notamment lorsqu'elles versent des allocations calculées selon un système de répartition et non selon un système de capitalisation ⁸³⁸.

Enfin, la Cour de justice, dans sa jurisprudence la plus récente, reconnaît que certaines activités, en raison de l'objectif qui leur est assigné, ne relèvent pas *par nature* du droit de la concurrence. Par exemple, les conventions collectives, le règlement d'un ordre professionnel nécessaire au bon exercice de la profession ⁸³⁹ ou les règles « purement sportives », adoptées par une fédération sportive pour lutter contre le dopage ⁸⁴⁰.

740. Contrairement à l'article 101 TFUE, l'article L. 420-1 du Code de commerce ne se réfère pas explicitement à la notion d'entreprise. Le critère d'application du droit de la concurrence est en droit français non celui des opérateurs auteurs de la restriction de concurrence, mais celui de l'*activité* à propos de laquelle se révèle la pratique anticoncurrentielle. Contrairement au TFUE, le Code de commerce définit de manière générale le domaine d'application du droit de la concurrence :

Art. L. 410-1 C. com. Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégations de service public.

En réalité, la différence entre les deux droits est plus apparente que réelle. D'une part, le droit communautaire définit l'entreprise par référence à son activité, qui doit être une activité économique. D'autre part, l'application pratique des règles de concurrence internes montre que celles-ci s'adressent en fait à des entreprises privées ou publiques.

Le droit interne rejoint ainsi le droit européen pour reconnaître aux règles de concurrence un très large domaine d'application. L'interdiction des ententes et des abus de position dominante – et plus généralement l'ensemble des dispositions du livre IV du Code de commerce – s'applique à toutes les entreprises, qu'elles soient privées ou publiques, lorsqu'elles ont une activité économique.

741. La soumission des personnes publiques aux dispositions du livre IV du Code de commerce, lorsqu'elles exercent une activité de production, de distribution et de services, a notamment pour conséquence de consacrer la compétence de l'Autorité de la concurrence et, sur recours, de la cour d'appel de Paris, puis de la Cour de cassation, pour connaître de leurs comportements. Cette attribution de compétence, qui déroge aux règles traditionnelles fixant la compétence des autorités administratives, n'est pas allée sans soulever des difficultés et a suscité de vifs débats en jurisprudence et en doctrine. Le particularisme du droit administratif français devait conduire à préciser la compétence de l'Autorité de la concurrence et de l'autorité judiciaire pour appliquer le droit de la concurrence aux personnes publiques. C'est au Tribunal des conflits qu'il est revenu de trancher cette question de compétence.

742. L'examen de la jurisprudence du Tribunal des conflits révèle d'ailleurs quelques hésitations. Dans un premier temps, le Tribunal des conflits, par une décision du 6 juin 1989 ⁸⁴¹, relevant que les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenue le livre IV du Code de commerce) ne s'appliquaient aux personnes publiques *qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services*, a décidé que *l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité* et que *l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché*. Il en résultait, selon le Tribunal des conflits, qu'il n'appartenait qu'aux juridictions de l'ordre administratif de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'ordonnance.

Afin de trancher la question de compétence, le Tribunal des conflits retenait donc l'objet de l'acte pris par la personne publique : les actes ayant pour objet l'organisation et la dévolution d'un service public n'étant pas des actes de production, de distribution ou de services, échappaient à l'application du livre IV du Code de commerce et, par voie de conséquence, à la compétence du Conseil de la concurrence.

743. Mais dans un second temps, le Tribunal des conflits a privilégié un autre critère, celui des pouvoirs de la personne publique ayant pris l'acte litigieux. Cette analyse est apparue très clairement à propos des pratiques de l'entreprise publique *Aéroports de Paris*. Dans sa décision n° 03 174 du 18 octobre 1999, le Tribunal des conflits considère que, « si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence [aujourd'hui l'Autorité de la concurrence] agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe *au moyen de prérogatives de puissance publique*, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques » ⁸⁴².

Dans cette affaire, l'établissement public *Aéroports de Paris* avait décidé de regrouper le trafic du groupe *Air-France* dans l'aérogare d'Orly-Ouest, mais avait en même temps refusé à *TAT European Airlines*, compagnie concurrente d'Air France, d'ouvrir de nouvelles liaisons à partir de cette aérogare. *TAT European Airlines* saisissait alors le Conseil de la concurrence pour entente anticoncurrentielle entre *Aéroports de Paris* et *Air France* et abus de sa position dominante par *Aéroports de Paris*. Le Conseil de la concurrence faisant application des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenus art. L. 420-1 et L. 420-2 C. com.) prononçait des sanctions pécuniaires contre l'établissement public. À la suite d'un recours formé devant la cour de Paris contre la décision du Conseil de la concurrence, le préfet élevait le conflit et le Tribunal des conflits concluait à la compétence de la juridiction administrative. En effet, selon le Tribunal, la décision d'ouvrir de nouvelles lignes à partir de l'aérogare d'Orly Ouest, qui se rattachait à la gestion du domaine public constituait l'usage de *prérogatives de puissance publique* et était *indissociable* de la réorganisation des aérogares d'Orly décidée par l'établissement public. En revanche, le Tribunal des conflits, dans la même décision, a estimé que l'obligation faite à la Compagnie *TAT European Airlines* d'utiliser les services d'assistance en escale des *Aéroports de Paris* était *détachable* de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif et pouvait constituer un abus de position dominante ressortissant à la compétence du Conseil de la concurrence.

Il apparaît donc clairement que certaines activités des entreprises publiques sont des activités de production, de distribution ou de prestation de services, mais qu'elles échappent à la compétence de l'Autorité de la concurrence parce qu'elles sont assurées au moyen de *prérogatives de puissance publique*. Rien ne s'oppose à ce que les juridictions administratives appliquent les règles de concurrence du Code de commerce à de telles activités.

744. L'incompétence de l'Autorité de la concurrence et des juridictions judiciaires pour connaître des actes faisant usage de *prérogatives de puissance publique* est aujourd'hui reconnue par l'ensemble des autorités ⁸⁴³. En revanche, l'appréciation du caractère détachable ou non détachable d'un acte d'une mission de service public faisant appel à des *prérogatives de puissance publique*, demeure passablement incertaine ⁸⁴⁴.

Parachevant l'évolution de la jurisprudence, le Conseil d'État a décidé, dans son arrêt *Millon et Marais*, que les autorités de l'ordre administratif peuvent apprécier la légalité d'un acte administratif au regard des règles de concurrence du livre IV du Code de commerce et du traité CE ⁸⁴⁵.

§ 2. Le champ d'application territoriale des règles de concurrence

745. L'application territoriale du droit de la concurrence ne dépend pas de la localisation des entreprises auteurs d'une restriction de concurrence mais de la localisation des *effets* de cette restriction. En effet, les règles de concurrence visent essentiellement des restrictions de la concurrence *sur un marché*. Les règles internes de concurrence s'appliquent aux restrictions de concurrence qui produisent leurs effets sur le territoire français. Les règles européennes de concurrence s'appliquent aux restrictions de concurrence qui se manifestent sur le marché intérieur. C'est ce que l'on appelle le principe de « l'effet extraterritorial » du droit de la concurrence ou, selon

une terminologie préférable, le principe de la « territorialité objective ». Le principe de la territorialité objective comporte deux corollaires.

746. Les règles de concurrence sont applicables à des entreprises ayant leur domicile, leur siège social ou leur établissement à l'étranger, mais dont le comportement produit ses effets sur le marché national ou le marché communautaire.

Le principe a été très tôt appliqué en droit communautaire, à propos d'ententes anticoncurrentielles entre des entreprises établies à l'extérieur du marché commun. Selon la Cour de justice, dans un arrêt du 25 novembre 1971, « le fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers, ne fait pas obstacle à l'application de l'article 85 (devenu article 101 TFUE), dès lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun ⁸⁴⁶ ».

La Commission européenne et la Cour de justice ont précisé la portée du principe dans l'affaire des producteurs de pâte de bois. La Cour a retenu que le critère décisif pour l'application de l'article 81 CE (devenu art. 101 TFUE) était celui « du lieu où l'entente est mise en œuvre ». Elle n'a donc pas appliqué purement la théorie « de l'effet », ce qui l'aurait conduite à prendre en compte n'importe quel effet, notamment un effet indirect, sur le marché commun. De façon plus mesurée, la Cour s'attache à la *mise en œuvre concrète* de l'entente sur le marché intérieur.

L'espèce était particulièrement significative, car l'entente réunissait quarante et un producteurs de pâte de bois qui avaient tous leur siège à l'extérieur de la Communauté européenne et surtout ne possédaient ni filiales ni succursales sur le territoire de la Communauté. Les entreprises vendaient leurs produits dans la Communauté directement ou par l'intermédiaire de simples agents et il leur était reproché de s'être concertés sur les prix de vente. La Commission ayant condamné les producteurs, la Cour rejetait le recours contre sa décision, en relevant qu'il importait peu que les membres de l'entente aient fait appel ou non à des filiales, agents ou succursales établis dans la Communauté. Il suffisait, pour que l'article 81 fût applicable qu'ils aient vendu leurs produits dans la Communauté à des prix qui résultaient d'une action concertée ⁸⁴⁷.

Le principe de la territorialité objective s'applique de la même façon à l'interdiction de l'abus de position dominante (art. 102 TFUE), dès lors que l'auteur de l'abus détient une position dominante sur le marché intérieur. Il s'applique aussi au contrôle communautaire des concentrations, dès lors que les entreprises concernées ont une activité commerciale sur le territoire de l'Union (*infra*, n° 911).

Les autorités françaises de la concurrence appliquent également le principe de la territorialité objective ⁸⁴⁸, mais en se référant au fait que la pratique anticoncurrentielle est « susceptible de produire un effet sur le territoire national ⁸⁴⁹ ».

747. En revanche, échappent à l'application du droit interne ou communautaire de la concurrence, les comportements anticoncurrentiels qui produisent leurs effets exclusivement dans des pays tiers, alors même que les auteurs de ces comportements seraient établis en France ou dans l'Union européenne.

Ainsi, les ententes à l'exportation échappent généralement à l'application du droit national de la concurrence. De même les ententes concernant l'exportation vers des pays tiers échappent à l'application du droit communautaire de la concurrence. Par exemple, l'interdiction des ententes ne s'appliquera pas à un accord interdisant d'exporter vers des pays tiers ou fixant en commun les prix de vente sur le marché d'un pays tiers ou encore opérant une répartition de ce marché entre les participants ⁸⁵⁰.

Cependant la Commission et la Cour de justice se montrent circonspectes à l'égard des ententes qui sont dirigées vers des marchés étrangers. Elles vérifient que de tels accords n'ont pas, en fait, des répercussions indirectes et éventuelles sur la concurrence dans le marché intérieur ⁸⁵¹.

Depuis quelques années, sont apparus des accords internationaux qui organisent la coopération entre les autorités antitrust signataires. L'exemple le plus important est celui de l'accord conclu entre

la Commission européenne et le gouvernement des États-Unis, le 23 septembre 1991, accord qui a été approuvé par le Conseil, le 10 avril 1995 ⁸⁵².

§ 3. L'affectation du commerce entre États membres, condition particulière de l'application du droit européen de la concurrence

748. Les articles 101 et 102 TFUE comportent une condition d'application particulière : pour tomber sous le coup de ces dispositions, l'entente ou l'abus de position dominante doivent être « susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ».

Selon la Cour de justice de l'Union, cette disposition « tend à fixer le champ d'application de l'interdiction par l'exigence d'une condition prévisionnelle reposant sur la possibilité d'une entrave à la réalisation d'un marché unique entre les États membres ⁸⁵³ ». La condition de l'affectation du commerce entre États membres montre que le droit de la concurrence de l'Union concourt à la réalisation des objectifs des traités européens. Il ne s'intéresse pas aux comportements anticoncurrentiels dont les effets ne dépassent pas les frontières d'un État membre.

Les articles 101 et 102 CE poursuivent en effet un double objectif : un objectif général, le maintien de la concurrence sur le marché, et un objectif particulier : la réalisation du marché intérieur. L'Union européenne a pour objectif l'intégration des économies des États membres et la création d'un marché intérieur unique. Pour atteindre ce but, il ne suffit pas de supprimer les barrières institutionnelles, comme les droits de douane, les entraves non tarifaires et les contrôles aux frontières. Il faut veiller aussi à ce que les entreprises privées ne maintiennent pas ou ne reconstituent pas pour leur compte les cloisonnements nationaux, spécialement par des accords restrictifs du commerce.

D'ailleurs, malgré l'existence du réseau des autorités de concurrence, qui regroupe la Commission et les autorités nationales des États membres (*infra*, n° 877), ces derniers sont mal armés pour lutter séparément contre les ententes qui se forment à l'échelle européenne et que favorise l'interpénétration des économies.

Quant aux ententes et abus de position dominante qui ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre États membre, ils relèvent de l'application exclusive du droit national. En revanche, les ententes et les abus de position dominante qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres relèvent de l'application parallèle du droit de la concurrence de l'Union et du droit interne de la concurrence (*infra*, n° 876 et s.).

749. Les autorités communautaires, suivies par l'Autorité de la concurrence, retiennent une conception large de l'affectation du commerce entre États membres.

Selon une définition souvent reprise par la Cour de justice, à propos de l'interdiction des ententes, la condition de l'affectation du commerce entre États membres est remplie « si l'accord, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permet d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échange entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États ⁸⁵⁴ ».

En pratique, l'on considère que tombent sous le coup du droit communautaire non seulement les ententes entre des entreprises établies dans des États membres différents, mais aussi les ententes qui réunissent des entreprises établies dans un seul État membre, même si elles ne couvrent qu'une partie du territoire national, lorsqu'elles contribuent à isoler celui-ci. Cependant, l'affectation du commerce doit être *sensible* ⁸⁵⁵. Quant aux abus de position dominante, ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres lorsque la position dominante s'étend au moins au territoire d'un État

membre.

La Commission européenne a publié des Lignes directrices concernant la méthode d'appréciation de l'affectation du commerce entre États membres ⁸⁵⁶.

Sous-titre II

L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles

750. Le Code de commerce consacre le titre II du livre IV aux pratiques anticoncurrentielles. Ce sont les ententes, les abus de position dominante, les abus de dépendance économique et la pratique de prix abusivement bas, qui est en réalité une forme particulière de domination. Ces pratiques sont en principe interdites, sauf justifications exceptionnelles. De même, le droit européen interdit les ententes et les abus de position dominante. Les règles spéciales de procédure, tant nationales qu'européennes, sont communes à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles.

Le premier chapitre sera consacré à l'étude des règles de fond de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles : interdiction des ententes et interdiction des abus de puissance économique. La mise en œuvre procédurale de l'interdiction fera l'objet du second chapitre.

Chapitre 1

Les conditions de fond de l'interdiction

Section 1

L'interdiction des ententes

751. Sous le terme générique d'*entente*, l'on désigne tous les accords et toutes les concertations ayant pour but ou pour résultat de limiter la concurrence sur un marché. L'interdiction des ententes est la forme la plus ancienne de la lutte contre les restrictions de concurrence. Elle en constitue aussi une forme fondamentale, car elle vise au maintien de la première condition d'existence de la concurrence : l'indépendance des opérateurs qui sont en compétition sur un marché ⁸⁵⁷. Il n'est donc pas étonnant que l'interdiction des ententes figure en première ligne des règles de concurrence, tant en droit interne qu'en droit de l'Union européenne.

752. L'article L. 420-1 du Code de commerce pose le *principe d'interdiction* de toutes les ententes, quelle qu'en soit la forme. Cependant cette interdiction n'est pas absolue car l'article L. 420-4 du Code de commerce admet, exceptionnellement, certaines causes de justification.

Art. L. 420-1 C. com. Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Quant à l'article 101, § 1, TFUE (ex. art. 81 CE), il pose l'interdiction des ententes qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. L'article 101, § 3, prévoit des causes de justification.

Art. 101, § 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce

fait un désavantage dans la concurrence ;

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

L'interdiction résulte, en droit interne comme en droit de l'Union, de la réunion de trois conditions : une *concertation*, au sens large, entre des opérateurs économiques *autonomes* et une *incidence*, actuelle ou potentielle *sur la concurrence*.

§ 1. La concertation

753. L'article L. 420-1 du Code de commerce interdit, comme le faisaient déjà les textes antérieurs ⁸⁵⁸, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition. Quant à l'article 101, § 1, TFUE, il vise tous accords, toutes décisions d'associations et toutes pratiques concertées. Il est clair que les rédacteurs de l'ordonnance comme les rédacteurs du traité ont voulu consacrer une notion de l'entente qui fût la plus large possible. Conformément à l'article 101, § 1, TFUE, l'on peut classer les formes de concertation en trois grandes catégories auxquelles s'ajoute une catégorie créée par la jurisprudence.

A Les accords

754. La Cour de justice de l'Union européenne définit l'accord comme « l'expression de la volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée » ⁸⁵⁹. En droit interne, le Conseil de la concurrence a considéré que « la démonstration d'une entente suppose d'abord la démonstration d'un accord de volonté entre deux ou plusieurs entreprises » ⁸⁶⁰ et l'Autorité de la concurrence que « l'entente naît de la libre expression d'une volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché, peu important la forme d'expression de ces volontés » ⁸⁶¹.

L'accord peut être un *contrat* au sens du droit civil, c'est-à-dire une convention engendrant des obligations à la charge des parties. Les parties à l'entente sont alors juridiquement engagées les unes envers les autres. Mais l'accord, au sens des articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce, peut aussi ne pas comporter d'engagement juridiquement obligatoire. Un simple engagement d'honneur (*gentlemen's agreement*) ou un contrat nul au regard du droit civil peuvent révéler la volonté commune caractéristique de l'accord.

La forme de l'accord est indifférente. Peu importe que le contrat soit constaté par écrit. Il peut être verbal ou tacite ⁸⁶².

Les accords soulèvent deux difficultés. La première est classique, elle concerne la distinction entre les accords horizontaux et les accords verticaux. La seconde, plus nouvelle, concerne la preuve d'un accord tacite conclu entre un fabricant et ses distributeurs.

1 - Accords horizontaux et accords verticaux

755. L'accord *horizontal* est conclu entre des entreprises qui sont concurrentes les unes des autres sur un même marché. Les entreprises membres de l'entente se situent au même stade du processus production-distribution. Par exemple, des entreprises concurrentes mettent en place un barème de prix ou un système de rabais qu'elles s'engagent à respecter.

L'accord *vertical*, au contraire, unit des entreprises qui n'opèrent pas au même stade du processus

économique. Par exemple un fabricant et un distributeur, un entrepreneur principal et un sous-traitant. La forme la plus fréquente en pratique est le contrat de distribution : contrat de vente exclusive, contrat d'approvisionnement exclusif, contrat de distribution sélective ⁸⁶³.

756. La question de savoir s'il convenait de traiter les accords verticaux comme des ententes a été autrefois très discutée.

Les *adversaires* de l'assimilation faisaient valoir deux arguments. Un argument d'ordre pratique : il était impossible d'interdire les contrats de distribution, car les réseaux de vente étaient indispensables à l'économie. Un argument de logique, ensuite : les parties à l'accord de distribution n'étant pas concurrentes l'une de l'autre, l'on ne voyait pas comment elles auraient pu renoncer à se faire concurrence.

Les *partisans* de l'assimilation faisaient remarquer de leur côté que les textes interdisant les ententes étaient conçus en termes généraux et qu'il n'y avait pas lieu de distinguer là où la loi ne distinguait pas. D'ailleurs, il ne s'agissait pas d'interdire tous les réseaux de distribution, mais seulement ceux qui portaient atteinte à la concurrence sur un marché. Tous les contrats de distribution, soulignait-on, ne constituaient pas des ententes interdites, mais ils étaient susceptibles de constituer des ententes lorsqu'ils avaient, en raison des circonstances, une incidence sur la concurrence. Enfin, l'on faisait remarquer que la loi n'interdisait pas seulement la restriction *interne* de concurrence, celle que les opérateurs se font entre eux, mais aussi la restriction *externe* de concurrence, c'est-à-dire la concurrence faite par les tiers à l'accord. Ainsi un contrat d'exclusivité de vente limite la concurrence entre le concessionnaire de vente et les tiers, c'est-à-dire les autres revendeurs, car ceux-ci ne sont normalement pas en mesure de s'approvisionner en produits de la même marque auprès du fabricant.

757. La Cour de justice, en 1966, dans les arrêts *LTM* et *Grundig* s'est formellement prononcée dans le sens de l'application de l'article 81 CE aux accords verticaux ⁸⁶⁴. De son côté, l'Autorité de la concurrence n'hésite plus à appliquer l'article L. 420-1 du Code de commerce aux accords de distribution ⁸⁶⁵. Ceux-ci, lorsqu'ils ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de restreindre la concurrence, constituent donc une forme particulière d'entente.

Exemple 1. Dans l'affaire des *produits cosmétiques et d'hygiène corporelle*, les fabricants avaient mis en place un système de distribution qui interdisait la vente autrement qu'en pharmacie, alors que lesdits produits ne constituaient en aucune manière des médicaments. Les revendeurs autres que les officines pharmaceutiques, par exemple les parfumeurs ou les magasins en grande surface se heurtaient de la part des fabricants à un refus d'approvisionnement. Le Conseil de la concurrence dans sa décision du 9 juin 1987 ⁸⁶⁶ a estimé que les clauses d'exclusivité souscrites par les fabricants en faveur des officines pharmaceutiques constituaient des conventions tombant sous le coup de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 (aujourd'hui art. L. 420-1 C. com.). Elles limitaient la concurrence par les prix et privaient les autres distributeurs de la vente des produits. La cour d'appel de Paris, puis la Cour de cassation ont donné raison au Conseil de la concurrence ⁸⁶⁷.

Exemple 2. Dans l'affaire dite des *cuves d'hydrocarbures*, les compagnies pétrolières qui avaient conclu des contrats de distribution avec les gérants-libres des stations-services, avaient introduit dans les contrats une clause qui réservait leur propriété sur les installations de pompage de la station et sur les cuves de stockage de l'essence. À l'expiration du contrat de distribution – qui comportait un engagement d'approvisionnement exclusif auprès du fournisseur et une clause de non-concurrence ⁸⁶⁸ – la compagnie pétrolière propriétaire des installations et des cuves, était en droit de revendiquer leur restitution *en nature*. Pour la station-service, l'opération était coûteuse, car les travaux entraînaient l'immobilisation de la station et une perte de recettes pendant plusieurs semaines. Certains gérants, qui avaient reçu l'offre d'entrer dans le réseau d'une compagnie pétrolière concurrente, et qui pour cette raison ne désiraient pas renouveler leur contrat, proposaient à leur ancien fournisseur de restituer la *valeur* des cuves à l'état neuf. Devant le refus des compagnies pétrolières qui s'obstinaient à réclamer la restitution en nature des cuves usagées, le Conseil de la concurrence fut saisi. Le Conseil estima que les contrats de station-service conclus par les compagnies pétrolières avec leurs distributeurs, constituaient des conventions au sens de l'article 7 de l'ordonnance (aujourd'hui, art. L. 420-1 C. com.). Les gérants de stations-services, exposés aux frais de démontages des cuves, étaient en effet pratiquement contraints de renouveler leur contrat avec leur fournisseur. Un nouveau producteur, désireux de pénétrer sur le marché français de la distribution des carburants se serait heurté à la difficulté de constituer son propre réseau, faute de stations-services disponibles. Le Conseil de la concurrence a ordonné aux compagnies pétrolières de modifier leurs contrats et de remplacer la clause de restitution en nature par une clause de restitution en valeur ⁸⁶⁹.

758. Ainsi, constituent des ententes interdites, non seulement les accords spécifiques, destinés à limiter la concurrence, qui sont des accords horizontaux et que l'on désigne parfois sous le nom de cartels, mais encore des accords non spécifiques, qui sont des accords commerciaux ordinaires, répondant à la qualification de contrat-cadre ou de contrat de vente, lorsque ces contrats exercent un

effet restrictif sur la concurrence. Il en va de même des contrats-types de vente et des conditions générales de vente, que le droit de la concurrence considère sans difficulté comme des accords. Cette conception large de l'entente revêt une importance pratique et théorique considérable et il ne faut jamais la perdre de vue.

2 - Preuve de l'existence d'un accord tacite

759. Il est fréquent qu'un fournisseur et ses revendeurs, confrontés à l'application de l'article 101 TFUE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce, tentent de démontrer que la restriction de la concurrence n'est pas le résultat d'un accord passé entre eux, mais la simple conséquence d'une décision unilatérale prise par un fournisseur.

Exemple. Le fabricant d'un produit de marque le distribue par l'intermédiaire d'un réseau de revendeurs agréés. Un revendeur professionnel, qui désire entrer dans le réseau du fournisseur, se heurte à un refus d'agrément de la part du fournisseur, sans motif objectif. Selon la jurisprudence, le refus d'agrément constitue dans ce cas une restriction de concurrence. Mais le refus contrevient-il à l'interdiction des ententes ? Est-il la conséquence d'un accord entre le fournisseur et ses distributeurs agréés ou d'une décision prise unilatéralement par le fournisseur ?

Dans un premier temps, la jurisprudence communautaire admit que les mesures prises par le fournisseur pour l'organisation de la distribution de ses produits recevaient l'accord tacite des revendeurs faisant partie de son réseau de distribution. En France, le Conseil de la concurrence fit sienne cette analyse en décidant que « les conditions de vente et les engagements présentés à ses clients (par le fournisseur) sont acceptés explicitement ou tacitement par les revendeurs... et constituent entre le fournisseur et les membres de son réseau, des conventions susceptibles d'affecter la concurrence et d'entrer dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce » ⁸⁷⁰.

La Cour de justice devait ensuite abandonner sa position, qui reposait, il faut le dire, sur une présomption d'accord plutôt incertaine. Dans un arrêt *Bayer* du 6 janvier 2004 ⁸⁷¹, elle déclarait en effet :

« Pour qu'un accord au sens de l'article 81, § 1, du traité puisse être réputé conclu au moyen d'une acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractante visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commun d'un tel but... ».

En insistant sur le concours de volontés qui caractérise l'accord, au sens du droit de la concurrence, la Cour a adopté une conception plus rigoureuse de l'accord entre entreprises, proche de la conception civiliste du contrat. Un accord tacite ne peut résulter que de la rencontre d'une offre et d'une acceptation, l'une et l'autre devant être prouvées.

Bien qu'elle soit relative à l'interprétation de l'article 101 TFUE, la jurisprudence *Bayer* est sans aucun doute transposable en droit français interne, pour l'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce. C'est ce qu'ont admis le Conseil de la concurrence ⁸⁷² puis l'Autorité de la concurrence ⁸⁷³. En effet, même si elles n'y sont pas juridiquement obligées, les autorités nationales, lorsqu'elles interprètent leur droit interne, se rallient volontiers à la jurisprudence européenne, afin d'assurer l'unité des concepts fondamentaux du droit de la concurrence.

B Les ententes organiques

760. L'entente peut prendre la forme d'un groupement pourvu de la personnalité morale. Par exemple, des entreprises constituent une société commerciale qui centralise les commandes et assume la fonction d'une centrale de vente. La centrale limite la concurrence entre ses membres, puisqu'elle fixe des prix et des conditions de vente uniformes qui se substituent aux prix et aux conditions fixées

individuellement par chacune des entreprises associées. Ou bien, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, les membres de l'entente constituent une association, un syndicat ou un GIE, qui intervient dans la politique commerciale de ses membres. Autre exemple encore, un ordre professionnel régit l'activité des membres de la profession ⁸⁷⁴. Dans tous ces cas, se pose le problème de l'interdiction des ententes, lorsque le groupement induit des restrictions de concurrence.

L'article 101, § 1, TFUE interdit, à côté des accords et des pratiques concertées, les *décisions d'associations d'entreprises* lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet de fausser la concurrence. Bien que l'article L. 420-1 du Code de commerce ne comporte pas une distinction aussi tranchée entre l'accord et la décision d'association, son application aboutit à des solutions très proches des solutions du droit européen ⁸⁷⁵ : en droit interne comme en droit européen, l'existence du groupement suffit à faire la preuve de l'entente, dès lors qu'est établi un lien de causalité suffisant entre l'activité de ce groupement et la restriction de concurrence constatée. La simple création d'une société, d'un GIE ou d'une association, par des entreprises qui demeurent par ailleurs autonomes, n'est donc pas par elle-même constitutive d'une entente anticoncurrentielle. Elle ne l'est que si elle conduit à une restriction de concurrence sur le marché.

761. Deux situations doivent être distinguées.

Dans une première situation, le groupement a pour objet statutaire des décisions qui sont par nature restrictives de concurrence. Par exemple, le groupement a pour mission de déterminer un barème de prix commun à ses membres ou de mettre en place une centrale de vente, agissant exclusivement pour le compte de ses membres.

Dans une deuxième situation, le groupement n'a pas pour objet statutaire de générer des restrictions de concurrence, mais, outrepassant ses pouvoirs, il favorise ou provoque des restrictions de concurrence en la personne de ses membres. L'Autorité de la concurrence estime que l'association ou le syndicat qui va au-delà de sa mission de simple défense des intérêts professionnels et qui, sortant de sa mission statutaire, engendre des restrictions de concurrence, tombe sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Dans les deux cas, l'existence du groupement suffit à faire la preuve de l'entente dont il constitue le moyen. Dans de très nombreuses décisions, le Conseil de la concurrence a ainsi condamné des associations et des chambres syndicales, pour avoir diffusé des barèmes de prix, pour avoir institué des barrières à l'entrée de la profession ou avoir donné des consignes de boycott à l'égard de certaines entreprises. D'une façon générale, les associations professionnelles tombent sous le coup de l'article L. 420-1 lorsqu'elles mettent en place ou tentent de mettre en place un système corporatif, qui protège ses membres de la concurrence. Il suffit alors, pour que l'infraction à l'article L. 420-1 soit constituée, que les organes compétents du groupement, prennent des décisions qui sont de nature à restreindre la concurrence et qui s'imposent à ses membres. Il suffit même que le groupement adresse des recommandations à ses membres, qui sont susceptibles de provoquer une restriction de la concurrence.

Exemple 1. Le conseil d'administration d'une chambre syndicale met au point un barème de prix qu'il diffuse ensuite auprès de ses adhérents.

Exemple 2. Le GIE Carte bancaire, qui a pour mission de faciliter et de développer l'usage des cartes bancaires, institue des commissions interbancaires forfaitaires, sans justification objective, qui suppriment la négociation des commissions entre les établissements ou encore le niveau des commissions facturées aux clients. Le GIE va au-delà de sa mission statutaire, qui est la promotion de la carte bancaire. Il tombe sous le coup de l'article L. 420-1 de l'ordonnance dans la mesure où il induit des restrictions de concurrence entre ses membres ⁸⁷⁶.

Exemple 3. L'ordre des avocats auprès d'une cour d'appel diffuse un barème d'honoraires qui est recommandé à ses membres. L'article L. 420-1 lui est applicable ⁸⁷⁷.

762. Dans toutes ces hypothèses, l'autorité de concurrence a le choix entre trois possibilités.

— Poursuivre les membres du groupement. En adhérant au groupement, les membres ont donné par avance leur consentement aux mesures anticoncurrentielles décidées par lui dans le cadre de ses compétences statutaires.

— Poursuivre le groupement seul, comme ayant contribué de façon décisive à l'entente. Dans ce cas, le groupement supportera sur son patrimoine la sanction pécuniaire qui s'attache à la condamnation.

— Enfin, poursuivre et condamner à la fois le groupement, personne morale, et les membres ou même certains membres seulement qui ont participé plus directement à la commission de l'infraction.

Les autorités de la concurrence adoptent en pratique une attitude très pragmatique en retenant, selon les circonstances, l'une ou l'autre de ces trois solutions.

C L'action concertée

763. L'action concertée soulève un double problème de définition et de preuve.

1 - Définition de l'action concertée

764. L'action concertée se caractérise par des comportements coordonnés des entreprises, en l'absence d'accord fixant de manière précise une ligne d'action sur le marché. En fait, les entreprises créent sciemment et collectivement les conditions d'une restriction de la concurrence.

La Cour de justice de l'Union européenne définit l'action concertée comme « une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence » ⁸⁷⁸.

Exemple 1. Des entreprises, concurrentes sur un même marché, alignent spontanément et consciemment leurs prix sur ceux qui sont pratiqués et publiés par l'une d'entre elles. Il y a une adhésion tacite de leur part à la politique du chef de file. Elles renoncent à leur indépendance de décision.

Exemple 2. Des entreprises, qui pourraient se faire concurrence, s'abstiennent de prospecter la clientèle et de vendre sur le territoire traditionnel des autres. Elles observent tacitement une politique de « chacun chez soi ».

765. L'action concertée comporte ainsi deux éléments. D'une part, un comportement de nature à fausser la concurrence sur le marché, par exemple la pratique de prix similaires, non compétitifs. D'autre part, un élément intellectuel, la renonciation à adopter un comportement indépendant, dans la certitude que les autres procéderont de même. L'action concertée se caractérise par la réduction de la marge d'incertitude qui est inhérente à toute concurrence.

2 - Preuve de l'action concertée

766. La preuve de l'élément intellectuel de l'action concertée soulève des problèmes difficiles. La plupart du temps la preuve de l'élément intellectuel ne peut pas être rapportée directement. Il faut alors se fonder sur des présomptions.

Les autorités de la concurrence, tant européennes que nationales, décident que le simple *parallélisme des comportements* des entreprises ne suffit pas à faire présumer la concertation préalable. Il est parfaitement possible, par exemple, que plusieurs entreprises concurrentes augmentent leurs prix dans des proportions voisines, à quelques jours de différence, sans qu'elles se

soient nécessairement concertées au préalable. En effet, la science économique enseigne que sur certains types de marchés, des stratégies d'alignement peuvent se développer spontanément, en dehors de toute concertation.

Tel est le cas des *structures d'oligopole*. Le marché d'oligopole est un marché sur lequel un petit nombre d'entreprises, généralement comparables par la taille, se trouvent en concurrence. Comme ces entreprises sont en mesure de s'observer mutuellement, chacune agit en fonction de la réaction qu'elle attend des autres. Ainsi une entreprise augmentera ses prix parce qu'elle sait, par expérience, que les autres agiront nécessairement de même. Et c'est effectivement ce qui se passe : les autres alignent leurs prix sur ceux de la première. Tout se passe comme s'il y avait une entente, alors que l'on est en face d'une somme de comportements individuels. Le Conseil de la concurrence parle alors « d'effets coordonnés résultant d'un simple parallélisme de comportement » ou de « coordination implicite ». Cette situation ne révèle pas un comportement illicite ⁸⁷⁹.

La preuve de l'action concertée ne peut alors résulter que d'autres indices, venant s'ajouter aux comportements parallèles. La pratique de l'Autorité de la concurrence et de la Commission européenne montre que ces indices sont de deux sortes. *En premier lieu*, l'on peut tenir compte du fait que les entreprises concurrentes ont eu des contacts entre elles, qu'elles ont échangé des informations stratégiques ⁸⁸⁰ ou qu'elles ont organisé des réunions en commun, au cours desquelles leurs politiques industrielles ou commerciales étaient évoquées. *En second lieu*, l'on peut aussi trouver un indice dans l'extrême similitude des comportements des entreprises. Par exemple, elles ont pratiqué le même jour des hausses de prix dont les pourcentages étaient exactement les mêmes. Une similitude aussi poussée ne peut alors s'expliquer que par une concertation préalable.

Exemple. Affaire de la levure de panification. Sur ce marché, deux grandes entreprises de fabrication de levure étaient en concurrence. Entre juillet 1983 et février 1986, étaient intervenues quatre hausses générales des prix, à des dates identiques et pour des montants pratiquement semblables. Le Conseil de la concurrence a estimé qu'il y avait entente entre les deux entreprises car leur parallélisme de comportement ne s'expliquait ni par les conditions du marché, ni par la poursuite d'un intérêt individuel. *Premièrement*, selon le Conseil, la concurrence par les prix pouvait jouer sur ce marché (parce qu'en fait il ne fonctionnait pas comme un marché d'oligopole, notamment à cause de la possibilité pour les utilisateurs de recourir aux importations). *Deuxièmement*, le fait que l'une des entreprises annonce à l'avance les hausses importantes auxquelles elle allait procéder « ne pouvait correspondre à la recherche de son propre intérêt que si elle était assurée que (son concurrent) pratiquerait des prix identiques aux siens » et qu'elle ne pouvait avoir cette assurance sans une entente préalable avec son concurrent. Si elle n'avait pas eu cette assurance, elle aurait pris un trop grand risque, celui de voir le concurrent maintenir des prix plus bas et prendre des parts de marché ⁸⁸¹.

D Les ententes complexes

767. Les *cartels* sont des ententes de longue durée, réunissant les principaux producteurs d'un secteur de l'économie, afin de fixer les prix de vente, d'attribuer des quotas de production aux membres du cartel ou de répartir les marchés entre eux. Les cartels ont souvent une dimension internationale. Ils se manifestent le plus souvent par une série de réunions plus ou moins périodiques, au cours desquelles les représentants des entreprises discutent du niveau des prix, des volumes de production ou de la répartition des marchés et des clientèles.

Les cartels constituent assurément la forme la plus grave d'atteinte à la concurrence, en raison à la fois de leur objet, de leur dimension géographique et de leur durée. À compter des années 1990, les politiques de concurrences, notamment celle de la Commission européenne, se sont résolument orientées vers la répression des cartels, à laquelle les autorités de concurrence ont décidé de donner la priorité. Cependant, la preuve de la concertation, dans le cas des cartels, rencontre certaines difficultés. Celles-ci tiennent principalement au caractère complexe de l'entente et au secret qui entoure l'objet des réunions.

768. Une première difficulté concerne la qualification d'accord. Les réunions débouchent rarement sur un accord, mais la plupart du temps sur un ensemble de résolutions plus ou moins précises. Il se peut même qu'une réunion ne se traduise par aucune résolution formelle et donne seulement lieu à des

échanges d'informations. Les autorités de la concurrence admettent alors qu'il n'est pas nécessaire, pour faire la preuve de l'entente, de qualifier précisément et individuellement chacun des comportements collusoires mais qu'il suffit de relever l'existence d'un « ensemble d'accords et de pratiques concertées ». Selon la Cour de justice, le cartel constitue ainsi une « infraction unique et continue » ⁸⁸². L'Autorité de la concurrence retient aussi la qualification « d'infraction unique et complexe » ⁸⁸³.

769. Une deuxième difficulté provient du fait que toutes les entreprises membres du cartel ne sont pas représentées à toutes les réunions. Les autorités de la concurrence estiment qu'il suffit qu'une entreprise ait participé à certaines réunions pour que l'infraction à l'article 101 TFUE ou à l'article L. 420-1 du Code de commerce, puisse lui être imputée ⁸⁸⁴. Le fait qu'une entreprise n'ait participé qu'à quelques réunions seulement ne pourra être pris en compte qu'au moment du calcul de la sanction.

770. Enfin une troisième difficulté de preuve tient au fait que, même si une entreprise a assisté à une réunion, son attitude au cours de la réunion n'est pas toujours connue. Les entreprises prétendent alors qu'elles se sont désolidarisées des résolutions prises par les autres ou qu'en tout cas elles n'ont pas mis les résolutions en application. Pour échapper à cette difficulté, les autorités de la concurrence admettent une double présomption. En premier lieu, la présence du représentant d'une entreprise à une réunion permet de présumer que cette entreprise a adhéré aux résolutions adoptées au cours de la réunion. L'entreprise incriminée ne peut écarter la présomption qu'en rapportant la preuve qu'elle « s'est distanciée publiquement du contenu de cette réunion » ⁸⁸⁵. En second lieu, la présence d'une entreprise à une réunion permet de présumer, sauf preuve contraire, qu'elle s'est conformée en pratique aux résolutions prises au cours de cette réunion et qu'elle les a mises en œuvre ⁸⁸⁶.

§ 2. Les parties à l'entente

A La qualité d'entreprise

771. Nous avons vu précédemment que l'article 101, § 1, TFUE s'appliquait uniquement à des ententes conclues entre des *entreprises*, alors que l'article L. 420-1 du Code de commerce ne comportait pas cette précision (v. *supra*, n° 740). L'article L. 420-1 s'appliquerait ainsi aux accords passés entre toutes personnes, dès lors qu'ils ont une incidence sur la concurrence. Cependant, comme nous l'avons vu également (*supra*, n° 742), le Tribunal des conflits a jugé que les dispositions du livre IV du Code de commerce ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant qu'elles se livrent à des activités de production, de distribution et de services. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer la même règle aux personnes privées. Il en résulte que l'article L. 420-1 s'applique aux seules ententes entre personnes ayant une activité économique de production, de distribution ou de prestation de services, c'est-à-dire en fait aux ententes entre entreprises.

Il est vrai que le Conseil de la concurrence n'a pas hésité à appliquer l'article L. 420-1 à une entente entre plusieurs syndicats de salariés ⁸⁸⁷ en relevant qu'il ressort des termes mêmes de l'article 7 (devenu art. 420-1 C. com.) qu'il n'est pas nécessaire que l'entente soit mise en œuvre par des entreprises au sens du droit de la concurrence. Mais, sur recours, la cour d'appel de Paris a annulé la décision du Conseil de la concurrence en décidant que l'une au moins des parties à l'entente doit être considérée comme « un acteur économique exerçant une activité sur le marché » ⁸⁸⁸ et la Cour de cassation lui a donné raison ⁸⁸⁹.

B L'autonomie de décision

772. L'entente a pour objet ou pour effet de limiter la concurrence entre des opérateurs indépendants. On en tire trois conséquences.

En premier lieu, les accords conclus entre un mandant et son mandataire échappent à l'interdiction des ententes. La question intéresse surtout les mandataires professionnels, que l'on appelle aussi les agents commerciaux. Un contrat d'agence commerciale ne peut pas être considéré comme une entente. L'agent ne fait que représenter son mandant. Son activité n'est que le prolongement de celle du mandant. Il ne dispose pas d'une autonomie suffisante ⁸⁹⁰. De même, les salariés ne peuvent pas être considérés comme des entreprises ⁸⁹¹.

En deuxième lieu, les accords passés entre des sociétés appartenant au même groupe de sociétés ne constituent pas en général des ententes. La filiale, dont la personnalité morale est distincte de celles de la société mère, dispose de l'autonomie juridique, mais en fait, elle se trouve sous la domination de la société mère et ne dispose pas de l'autonomie dans ses décisions économiques. Selon une pratique constante, le Conseil de la concurrence (aujourd'hui l'Autorité de la concurrence) a décidé que les accords conclus entre la société mère et ses filiales ne tombaient pas sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce ⁸⁹². La même solution prévaut en droit européen ⁸⁹³.

En troisième lieu, lorsque deux entreprises fusionnent pour n'en faire plus qu'une seule, elles perdent définitivement leur indépendance économique et leur autonomie de décision. L'accord réalisant la fusion n'est pas une entente au sens de l'article L. 420-1. C'est une opération de *concentration*, qui relève des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce ou du règlement communautaire relatif au contrôle des concentrations.

§ 3. La restriction de la concurrence

773. L'article L. 420-1, comme l'article 101, § 1, TFUE, prohibe les ententes qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ⁸⁹⁴. Les trois termes, *empêcher*, *restreindre* et *fausser* ont des significations voisines. Dans les trois cas il s'agit d'une altération du jeu de la concurrence, que l'on désigne sous le terme générique de « restriction de la concurrence ».

Il est nécessaire de définir d'abord les notions de concurrence et de restriction de concurrence, il faut ensuite rechercher quels sont concrètement les comportements qui sont qualifiés de restrictions de concurrence.

A Les notions de concurrence et de restriction de concurrence

1 - Le choix d'un modèle de concurrence

774. Nous avons décrit, dans l'introduction du présent titre, les principaux modèles de concurrence proposés par la théorie économique (*supra*, n° 730 et s.). Selon le modèle retenu, (concurrence parfaite, concurrence imparfaite, concurrence praticable) les mêmes comportements d'entreprise seront ou non considérés comme des restrictions de concurrence.

Dans un modèle de concurrence pure et parfaite, sera considéré comme restrictif tout comportement qui réduit le nombre des compétiteurs, qui limite leur indépendance de décision ou qui porte atteinte à l'égalité des conditions de production. Il est alors possible de dresser, abstraitement, un catalogue des comportements restrictifs de concurrence. Par exemple seront considérés comme

restrictifs, le boycott d'un concurrent visant à l'écartier du marché, l'institution de barrières à l'entrée d'une profession au moyen de règles corporatistes, la fixation en commun de barèmes de prix ou de quotas de production ou encore de conditions de vente discriminatoires.

Dans un modèle de concurrence imparfaite ou praticable, à l'inverse, seules les restrictions réelles au jeu de la concurrence, compte tenu des contraintes propres à chaque marché, seront retenues. La détermination de la restriction de concurrence passe alors par la phase préalable et indispensable de *l'analyse du marché* ⁸⁹⁵. Ce n'est qu'une fois le marché défini et les possibilités de concurrence qui lui sont propres, mises en évidence, que l'on pourra savoir si un comportement d'entreprise est ou non susceptible de limiter le jeu de la concurrence sur le marché considéré. L'approche structuraliste des marchés conduit à tenir le plus grand compte des barrières à l'entrée, du pouvoir de marché des entreprises et du degré de concentration du marché. Cette méthode pragmatique comporte évidemment l'inconvénient d'entraîner une certaine insécurité juridique. La détermination des restrictions de concurrence s'opérant *a posteriori*, cas par cas, il est parfois difficile pour les entreprises de savoir à l'avance si leur comportement est prohibé ou non.

775. En pratique, les autorités de la concurrence utilisent les diverses méthodes avec beaucoup de liberté et de souplesse. Dans certains cas, elles se réfèrent implicitement au modèle de la concurrence parfaite et incriminent *per se* certains comportements. Ainsi, les ententes de boycott, les ententes horizontales de prix, les ententes de quotas, les partages de marché, les répartitions de clientèles sont considérées comme étant *par nature* restrictives de concurrence. Dans d'autres circonstances, lorsque la restriction de concurrence est plus difficile à qualifier, – notamment dans le cas des ententes horizontales de coopération et dans le cas des accords verticaux –, les autorités procèdent à une analyse préalable du marché et recherchent si l'entente contribue à en fausser le fonctionnement dans une perspective concurrentielle. Assez souvent, les autorités utilisent une méthode mixte. Elles déterminent l'existence d'une restriction *per se* et procèdent ensuite à une vérification ou à une atténuation de l'appréciation en fonction des données du marché. Finalement, dans beaucoup d'espèces, les autorités, utilisent un jeu assez subtil de présomptions ou de semi-présomptions, corrigées par les données propres à chaque cas d'espèce.

2 - Restrictions par l'objet et restrictions par l'effet

776. La distinction est commune à l'article 101, § 1, TFUE et à l'article L. 420-1 du Code de commerce, mais elle a été surtout systématisée par la Commission européenne ⁸⁹⁶. La distinction entre l'objet et l'effet de l'entente se situe sur le terrain de la preuve.

Les restrictions *par l'objet* sont celles dont on peut présumer, dans des limites raisonnables, qu'elles ont une incidence négative sur la concurrence. Cette présomption, qui part des termes de l'accord, de la décision d'association ou de la pratique concertée, est commandée par la gravité de l'atteinte à la concurrence. Ainsi, notamment, sont des restrictions par l'objet, la fixation concertée des prix, l'établissement en commun de quotas de production, le partage des marchés ou des clientèles. La Commission européenne les qualifie dans ses communications de restrictions caractérisées ou de restrictions flagrantes. Leur qualification, dans un cas d'espèce, ne nécessite pas une analyse du marché. Elles se déduisent des termes de l'entente.

L'*effet restrictif* de concurrence d'un comportement doit, au contraire, être directement prouvé, de façon concrète. La preuve passe donc par la détermination du marché en cause et par la recherche de l'incidence réelle de l'entente sur le fonctionnement de ce marché. Cette incidence doit être faite par

comparaison avec la façon dont aurait joué la concurrence en l'absence de l'entente incriminée.

3 - Le seuil de sensibilité

777. La recherche d'une concurrence effective conduit à ne condamner que les ententes qui menacent sérieusement le jeu de la concurrence sur un marché, autrement dit celles qui ont un *effet sensible* sur le marché. Il paraît en effet inutile de sanctionner les ententes d'importance mineure ⁸⁹⁷. Très tôt le droit communautaire a adopté le principe d'un seuil de sensibilité. La Cour de justice des Communautés l'a consacré dans des arrêts de 1969 et 1971 ⁸⁹⁸. Mais, dans un arrêt récent, du 13 déc. 2012, la Cour de justice de l'Union, en a limité le domaine en jugeant qu'un accord qui a un objet anticoncurrentiel constitue *par nature* une restriction sensible de la concurrence ⁸⁹⁹.

Le seuil de sensibilité a été précisé dans plusieurs communications successives de la Commission. La dernière en date est la communication du 30 août 2014 ⁹⁰⁰. Ainsi, la Commission estime que, dans le cas des accords horizontaux, le seuil n'est pas atteint tant que la part de marché cumulée détenue par les parties ne dépasse pas 10 % sur aucun des marchés affectés par l'accord. Mais la communication, tenant compte de l'arrêt précité du 13 décembre 2012, écarte de son champ d'application les accords anticoncurrentiels par leur objet, comme les ententes de fixation des prix, de limitation de la production ou de partage de marché.

La communication n'engage que la Commission. Elle ne s'impose pas aux autorités nationales lorsqu'elles appliquent l'article 101 TFUE (*infra*, n° 875) ⁹⁰¹. Cependant, l'Autorité de la concurrence reconnaît que « ce texte de *soft law* peut constituer un guide d'analyse utile pour les autorités nationales de concurrence » ⁹⁰².

778. En France, le Conseil de la concurrence a été longtemps hostile à l'adoption d'un seuil de sensibilité. Mais finalement la Cour de cassation s'était prononcée en faveur de la reconnaissance d'un tel seuil. Elle donnait raison à une cour d'appel qui avait refusé d'appliquer l'article L. 420-1 à un accord « n'ayant qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouvant porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence » ⁹⁰³. Le Conseil de la concurrence ne pouvait ensuite que s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de cassation, ce qu'il fit dans une décision de 1995 ⁹⁰⁴.

Le législateur est ensuite intervenu pour consacrer dans les textes l'existence du seuil de sensibilité. Les articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du Code de commerce ⁹⁰⁵ régissent aujourd'hui la matière. La première de ces dispositions institue, à l'image du droit communautaire, des seuils de sensibilité exprimés en parts de marché cumulées des entreprises parties à l'entente. Les seuils sont de 10 % du marché ⁹⁰⁶ dans le cas des accords horizontaux et de 15 % dans le cas des accords verticaux. Cependant, l'exonération n'est pas automatique. L'article L. 464-6-1 prévoit seulement que l'Autorité de la concurrence « peut décider » lorsque les seuils ne sont pas dépassés « qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure ». De plus, l'article L. 464-6-2 prive de toute possibilité d'exonération les accords qui contiennent l'une des restrictions caractérisées qu'il énumère.

B Principales restrictions de concurrence résultant des ententes

779. L'article L. 420-1 du Code de commerce interdit notamment les ententes qui tendent à :

1. Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
2. Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement

leur hausse ou leur baisse ;

3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

De même, l'article 101, § 1, TFUE déclare notamment interdits les accords, décisions d'associations et pratiques concertées qui consistent à :

a) Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;

b) Limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;

c) Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;

d) Appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;

e) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

780. Ces listes ne sont pas limitatives. Elles n'empêchent nullement de condamner une entente qui n'entrerait dans aucune des listes textuelles. En outre elles n'ont aucun caractère contraignant. Les autorités et les juges ne sont pas tenus de qualifier les restrictions qu'ils condamnent en les rattachant à une ou plusieurs des rubriques de l'une des listes. Il s'agit plutôt d'exemples qui doivent aider dans la détermination d'une restriction de concurrence.

781. Les listes d'exemples données par l'article L. 420-1 du Code de commerce et par l'article 101, § 1, TFUE permettent de proposer une classification des principaux types d'ententes, en fonction des restrictions de concurrence qu'elles comportent.

— Ententes de prix

Le 2° de l'article L. 420-1 et le a) de l'article 101 TFUE condamnent toutes les ententes de prix : accords de prix uniformes, élaboration de barèmes par les associations professionnelles, même si le barème est simplement indicatif, diffusion de modes de calcul des prix, accords de rabais, accords de revente à prix imposé. Il faut y ajouter les accords de communication de renseignements portant sur les prix.

— Ententes de limitation et de répartition de la production.

Tombent sous le coup du 3° de l'article L. 420-1 et du b) de l'article 101 TFUE, les accords de quotas. Ceux-ci déterminent forfaitairement les volumes de production que les membres ne devront pas dépasser. Ils sont éventuellement assortis d'un système de pénalités pour dépassement et d'indemnités en cas d'insuffisance de chiffre d'affaires. Les accords de crise cherchent à limiter les investissements excédentaires, à geler les investissements existants ou à fermer certaines usines. Les accords de spécialisation relèvent également de cette catégorie.

— Ententes de répartition des marchés ou des clientèles

Le 4° de l'article L. 420-1 vise expressément les accords de partage de marché : répartition des marchés géographiques, partage de la clientèle et ententes de soumission. Ces dernières, réunissent des entreprises qui désirent répondre aux appels d'offres, dans le cadre des marchés publics, la plupart du temps dans les domaines de la construction et des travaux publics, mais en échappant à la concurrence. Il arrive que les entreprises s'entendent pour se répartir les différents marchés, en désignant d'avance l'entreprise qui proposera la meilleure offre, les autres produisant des « offres de

couverture », créant ainsi une apparence de concurrence trompant le maître d'ouvrage. Entrent également dans la rubrique des ententes de répartition, les accords verticaux de distribution qui entraînent un cloisonnement territorial des marchés, tels les accords de vente exclusive et les clauses d'interdiction d'exporter. Le b) de l'article 101 TFUE est conçu en termes suffisamment généraux pour s'appliquer aux ententes de répartition.

— Ententes d'exclusion

Elles sont spécialement visées par le 1° de l'article L. 420-1. Le texte s'applique en particulier aux accords de boycott et aux règlements d'inspiration corporatiste limitant l'accès à une profession. D'une façon plus générale, le texte vise les accords créant des barrières à l'entrée des marchés, notamment les clauses d'exclusivité d'approvisionnement de longue durée. Les ententes d'exclusion sont également visées par le b) de l'article 101 TFUE dans la mesure où elles limitent les débouchés au préjudice des consommateurs.

— Discriminations

Elles sont spécialement visées par l'article 101 TFUE, sous c). En revanche, l'article L. 420-1 ne les condamne pas formellement. Les accords discriminatoires peuvent cependant constituer des « limitations au libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises », que prohibe le 1° de l'article L. 420-1.

— Prestations liées

Elles sont spécialement interdites par l'article 101 TFUE, sous d), mais non par l'article L. 420-1.

782. Les clauses de non-concurrence ou de non-rétablissement, incluses dans les contrats de vente de fonds de commerce, dans les baux commerciaux ou dans les contrats de distribution, soulèvent une difficulté particulière. À supposer qu'une clause de non-concurrence soit conforme au principe de la liberté d'entreprendre, parce qu'elle est limitée dans son étendue et justifiée par sa fonction (*supra*, n° 595 et s.), ne va-t-elle pas cependant tomber sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce ?

En général, la réponse sera négative, car l'article L. 420-1 suppose une restriction de concurrence « sur un marché ». La limitation de liberté économique qu'entraîne la clause ne suffit pas à créer une telle restriction. En outre, l'incidence de la clause se situera le plus souvent en dessous du seuil de sensibilité.

Cependant il n'est pas exclu que, dans un contexte particulier, la clause ne puisse restreindre la concurrence sur le marché. Tel serait le cas d'une clause de non-concurrence conclue entre deux très grandes entreprises, qui détiendraient un fort pouvoir de marché. Mais il resterait encore à savoir si la clause n'est pas justifiée par le progrès économique ou par son caractère accessoire, ce qui sera sans doute le cas si la clause de non-concurrence est nécessaire et proportionnée à l'objectif du contrat principal (*infra*, n° 793).

§ 4. La justification des ententes

783. L'examen des législations étrangères montre que l'interdiction des ententes n'est jamais absolue. Elle doit être tempérée par des exceptions. C'est le cas aux États-Unis où la section 1 du *Sherman Act* a dû être assouplie par la jurisprudence fédérale qui a admis une règle de raison. C'est également le cas de la loi allemande sur les restrictions de concurrence, dont le principe d'interdiction est corrigé par les nombreuses exceptions des § 2 et suivants.

La raison de la justification de certaines ententes est claire. Elle repose sur l'idée que la concurrence, même si elle sert le progrès économique, n'est pas une fin en soi. Il est parfois nécessaire d'écarter le jeu de la concurrence pour sauvegarder d'autres valeurs. D'abord la loi doit pouvoir intervenir pour sauvegarder des objectifs non économiques, d'une valeur jugée supérieure à la performance économique, comme par exemple la solidarité sociale. Ensuite, il peut arriver que les ententes aient des effets économiques positifs, justifiant une limitation de la concurrence.

Les causes de justification sont de deux sortes. Les premières sont textuelles. Elles sont expressément prévues en droit interne par l'article L. 420-4 du Code de commerce et en droit de l'Union par le paragraphe 3 de l'article 101 TFUE. Les secondes sont d'origine jurisprudentielle. Les autorités de la concurrence décident en effet que certaines restrictions de concurrence peuvent être nécessaires à la réalisation d'opérations jugées elles-mêmes légitimes.

A Les justifications prévues par les textes

784. L'article L. 420-4 du Code de commerce admet deux causes de justification qui sont traditionnelles en droit français : la justification par la loi et la justification par le progrès économique. L'article 101, § 3, TFUE ne prévoit que la justification par le progrès économique.

1 - La justification par la loi

Art. L. 420-4 I. C. com. Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2, les pratiques :
1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application...

785. La justification est conçue, on le voit, en termes stricts. Elle ne peut résulter que d'une loi ou d'un règlement d'application lui-même prévu par la loi. Il n'y a rien d'étonnant à cela. C'est le principe qui gouverne les limitations qui peuvent être apportées à la liberté d'entreprendre ⁹⁰⁷, dont la liberté de concurrence est une conséquence.

Le Conseil de la concurrence a retenu une interprétation particulièrement restrictive du texte. Pour être exemptée de la prohibition de l'article L. 420-1, l'entente doit être « la conséquence directe et inéluctable » de la loi ou du règlement d'application invoqués. En d'autres termes, pour être sauvée, l'entente doit être la conséquence d'une obligation légale et non le fruit d'une simple tolérance ou d'une invitation.

Ainsi, quoique la dérogation de l'article L. 420-4-I, 1° soit fréquemment invoquée par les auteurs d'une entente, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence n'ont jamais constaté que les conditions en fussent réunies. Le texte n'a reçu depuis 1986 aucune application.

2 - La justification par le progrès économique

786. Dès 1953, le droit français avait admis cette cause de justification comme un correctif nécessaire de l'interdiction des ententes. La justification par le progrès économique était conçue en termes très larges. L'article 101, § 3, TFUE (ex art. 81, § 3, CE), de son côté, retenait aussi la justification des ententes par le progrès économique, mais en la concevant plutôt comme une exception, soumise à des conditions restrictives. En 1986, les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre ont maintenu la justification, mais en s'inspirant du texte communautaire. Il en résulte qu'en dépit de quelques différences de rédaction, l'article L. 420-4 du Code de commerce et le § 3 de

l'article 101 TFUE ont, quant aux conditions de fond, des contenus très semblables. En revanche, le droit français et le droit communautaire diffèrent en ce qui concerne la forme de la justification. Le droit français privilégie la forme de l'exemption individuelle, accordée au cas par cas. Le droit communautaire donne au contraire une place prépondérante aux exemptions collectives.

a) Conditions de fond de l'exemption

Art. L. 420-4-I C. com. I. – Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques... ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

Art. 101, § 3, TFUE. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises,
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

787. En France, l'ancienne Commission technique des ententes, dans les années 1950, avait inventé la méthode dite du *bilan économique*. Pour savoir si une entente était nuisible ou bénéfique, il fallait dresser le bilan de ses effets. À l'actif, la contribution au progrès économique. Au passif la restriction de concurrence et les obstacles au développement du secteur économique intéressé qui en résultaient. Si le bilan était globalement positif, l'entente échappait à l'interdiction.

Plusieurs auteurs continuent d'enseigner que le droit français de la concurrence fait appel à la méthode du bilan économique. En réalité ce n'est plus vrai.

En premier lieu, la méthode du bilan économique laisse penser qu'il existerait deux voies pour parvenir au progrès économique : la voie de la concurrence, d'une part, et la voie de l'organisation des facteurs économiques par des accords professionnels, d'autre part. La méthode du bilan permettrait de déterminer cas par cas, de façon pratique, qu'elle est la voie qui est la plus efficace. Le bilan économique apparaît ainsi comme un instrument de l'*économie mixte* ou de l'*économie concertée*. Mais ce qui était vrai dans les années 1950, ne l'est plus depuis que l'ordonnance de 1986 a donné la primauté à la libre concurrence comme facteur d'efficacité économique. Les autres voies pour parvenir au progrès ne sont admises qu'à titre exceptionnel et lorsque sont réunies des conditions précises.

En second lieu, la méthode du bilan n'exige pas que l'entente soit le seul moyen de parvenir au progrès. Elle se contente de mettre en balance la somme des avantages et la somme des inconvénients constatés. Or rien de tel dans les articles L. 420-4 et 101, § 3, TFUE, qui reposent sur les principes de nécessité (la restriction de concurrence est indispensable au progrès) et de proportionnalité (la restriction de concurrence ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire).

En droit de l'Union, la Commission insiste également sur la hiérarchie qui sous-tend l'article 101 TFUE. Par rapport à l'interdiction des ententes, qui constitue le principe, l'exemption prévue par le § 3 a un caractère exceptionnel. La Commission a précisé les conditions de l'exemption dans d'importantes lignes directrices, parues en avril 2004 ⁹⁰⁸.

788. La lecture des textes montre que quatre conditions doivent être réunies pour que joue l'exemption par le progrès économique.

La première est l'assurance d'un progrès économique. On parle aujourd'hui plus volontiers d'un « gain d'efficience ». Il s'agit d'un effet positif et non d'une simple contribution à la stabilité, par exemple à la stabilité des prix. Le progrès peut consister dans une meilleure information ou dans les services de garantie et d'après-vente dont bénéficient les consommateurs. Il peut consister aussi dans la mise en place d'une structure de recherche ou le développement d'une technologie nouvelle ou encore dans la rationalisation de certaines relations commerciales. La loi NRE du 15 mai 2001 a ajouté la prise en considération de la création ou du maintien de l'emploi ⁹⁰⁹.

Deuxième condition, une partie équitable du profit résultant du progrès économique doit être réservée aux utilisateurs. Ainsi le progrès ne doit pas uniquement profiter aux entreprises membres de l'entente, ni même aux autres entreprises de la même branche. Le profit doit se répercuter en aval. Par exemple, si le progrès économique se traduit par une baisse des coûts de production, le bénéfice de l'article L. 420-4-I, 2° ne sera accordé que si la baisse se répercute en aval sur les prix aux consommateurs. Dans le cas du GIE Carte bancaire, le Conseil de la concurrence a reconnu que l'institution de commissions fixes interbancaires, profitait aux consommateurs car elle favorisait « l'interbancaire » et le développement d'un nouveau moyen de paiement.

Troisième condition, l'entente ne doit pas donner aux entreprises intéressées – ce qui semble viser essentiellement les membres de l'entente – la possibilité d'éliminer la concurrence. L'on peut parler de la nécessité de conserver une *dose minimale de concurrence* sur le marché. Le Code de commerce, comme le droit européen, établit une hiérarchie entre le principe de concurrence et la recherche du progrès économique. Le progrès économique peut justifier une certaine restriction de la concurrence, mais jamais l'élimination de la concurrence.

La quatrième condition enfin consiste dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité. La restriction de concurrence ne doit pas aller au-delà de ce qu'exige l'objectif de progrès. Le Conseil de la concurrence a fait une application rigoureuse de cette condition. Il a estimé que, pour que joue la dérogation de l'article L. 420-4, le progrès économique devait être la conséquence *directe* et *nécessaire* de la restriction de concurrence. Le progrès ne doit pas pouvoir être atteint par un autre moyen moins dommageable pour la concurrence.

Exemple. Les contrats de distribution qui réservent la vente de produits cosmétiques aux seules officines pharmaceutiques, comportent une restriction de concurrence qui ne peut pas bénéficier de l'exemption au titre du progrès économique. En effet, si le fait pour un consommateur de bénéficier des conseils d'un spécialiste de la santé constitue bien un progrès, il ne justifie pas que la distribution de ces produits se limite à la vente en pharmacie. Il suffit qu'un pharmacien diplômé soit présent sur le lieu de vente, par exemple dans un supermarché, pour informer et conseiller la clientèle.

789. Le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence ont fait un usage plus que prudent de la dérogation de l'article L. 420-4-I, 2°. L'on ne compte en effet qu'une dizaine de cas d'application de cette disposition depuis 1986. Au contraire, la Commission européenne a utilisé largement la faculté d'accorder des exemptions, particulièrement des exemptions catégorielles.

C'est pourquoi le législateur français, qui est favorable à la constitution d'ententes entre producteurs agricoles, susceptibles de répondre aux aléas de la production et des prix, a introduit dans l'article L. 420-4-I, 2° une disposition spéciale, concernant les pratiques « qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun » ⁹¹⁰. Les ententes répondant à ces conditions devraient bénéficier de l'exemption si elles sont nécessaires et proportionnées.

b) Mise en œuvre de l'exemption

Art. L. 420-4-I C. com.

I. – Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques

II. – Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence.

790. Il résulte de la disposition de l'article L. 420-4-II du Code de commerce, que l'exemption peut être mise en œuvre de trois façons différentes.

— En principe, ce sont les autorités chargées d'appliquer l'article L. 420-1 du Code de commerce, c'est-à-dire l'Autorité de la concurrence et les juridictions judiciaires, qui ont à décider si les

conditions de l'exemption sont remplies. C'est ce que l'on peut appeler l'exemption individuelle ordinaire. Remarquons que le droit français ignore le système de la notification obligatoire des ententes. L'exemption ne dépend pas d'une notification ou déclaration à l'autorité publique. La demande d'exemption est présentée en même temps que les autres moyens de défense lorsqu'est déclenchée une procédure fondée sur l'article L. 420-1.

— Depuis la réforme du 1^{er} juillet 1996, l'exemption d'un accord déterminé peut être accordée par décret, sur avis conforme de l'Autorité de la concurrence. On peut parler d'une exemption individuelle par décret. L'exemption intervient alors à titre préventif, avant même que soit ouverte une procédure de poursuite sur la base de l'article L. 420-1.

— L'exemption peut enfin résulter d'un décret concernant une catégorie d'accords et pris sur avis conforme de l'Autorité de la concurrence. On parlera alors d'une exemption collective par décret. Ici encore, l'exemption intervient à titre préventif et elle bénéficie de plein droit à toutes les ententes qui entrent dans la catégorie exemptée.

En France, la doctrine s'est montrée plutôt hostile à la méthode des exemptions par catégorie, dont elle redoute le caractère technocratique et interventionniste. Malgré tout, les rédacteurs de l'ordonnance de 1986 ont désiré introduire le procédé en droit interne. L'innovation n'a pas été un grand succès, puisqu'il a fallu attendre l'année 1996 pour voir apparaître le premier décret d'exemption.

Les seuls décrets d'exemption pris à ce jour sur la base de l'article L. 420-4 du Code de commerce sont le décret n° 1996-500 du 7 juin 1996, qui accorde l'exemption à deux grandes catégories d'accords – les accords entre producteurs agricoles adoptant une politique commerciale commune et les accords entre des producteurs agricoles et d'autres entreprises, pour parer à une situation de crise –, et le décret n° 1996-499, du même jour, qui accorde l'exemption à des accords entre entreprises ayant pour but la valorisation d'un signe de qualité.

791. Les autorités européennes ont fait, en revanche, un très large usage de l'exemption collective, par le moyen de règlements dits d'exemption par catégorie.

La possibilité d'adopter des règlements d'exemption par catégorie résulte des termes exprès de l'article 101, § 3, TFUE. Elle a été réaffirmée par le règlement de procédure n° 1/2003.

La Commission, habilitée par le Conseil, a édicté plusieurs règlements d'exemption, d'une grande importance pratique, dans les domaines de la distribution (*infra*, n° 1070 et s.), mais aussi de la propriété industrielle, de la coopération ⁹¹¹ et des transports.

B Les justifications admises par la jurisprudence

1 - Justification par une « règle de raison »

792. L'appellation de *règle de raison* a été empruntée au droit antitrust américain. La Section 1 du *Sherman Act* de 1890 pose une interdiction générale et absolue des ententes qui restreignent le commerce. Il est apparu rapidement qu'une règle aussi rigoureuse était en fait inapplicable. La Cour suprême des États-Unis a admis très tôt que l'interdiction ne devait pas s'appliquer aux accords *raisonnables*, c'est-à-dire à ceux qui sont indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'une des parties. Une jurisprudence souple et complexe s'est développée qui conduit à distinguer les restrictions de concurrence interdites *per se* et celles qui ne le sont qu'au terme d'un examen de leur caractère raisonnable ou non.

793. En droit français interne, comme en droit européen, il n'y a pas lieu normalement de recourir à une règle de raison, puisque, dans les deux systèmes, l'on connaît déjà une exception fondée sur le progrès économique, qui laisse une assez grande latitude de décisions aux autorités de la concurrence. Cependant plusieurs auteurs ont fait observer que les autorités françaises comme les autorités communautaires ont, à plusieurs reprises, accueilli une méthode qui rappelle celle de la règle de raison. Ce qui caractérise la règle de raison, c'est qu'elle fait intervenir la justification au moment de la qualification de la restriction de concurrence et non après que cette qualification a été retenue, comme dans le cas de l'exemption. Formellement la justification intervient à propos de l'application de l'article 101, § 1, TFUE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce et non de l'application des articles 101, § 3 ou L. 420-4.

Exemple 1. Dans certaines circonstances, une clause de non-concurrence accessoire à une vente de fonds de commerce peut tomber sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce (*supra*, n° 782). Elle restreint le jeu de la concurrence car elle écarte du marché un concurrent du cessionnaire du fonds. Cependant la clause répond aussi à un intérêt légitime, car elle est justifiée par la nécessité de garantir les transmissions de clientèles. De plus elle n'interdit pas la concurrence de la part des tiers. Le Conseil de la concurrence a estimé que la clause ne fausse pas le jeu de la concurrence sur le marché lorsqu'elle est nécessaire et proportionnée ⁹¹².

Exemple 2. Les accords de distribution sélective. La Commission européenne puis le Conseil de la concurrence (aujourd'hui l'Autorité de la concurrence), estiment que les systèmes de distribution sélective peuvent être conformes à la concurrence, lorsque la sélection des revendeurs se fait sur la base de critères objectifs, tenant à la qualification du revendeur et à la qualité de ses locaux. À première vue, la sélection pourrait être jugée comme limitative de concurrence, puisqu'elle limite le nombre des revendeurs (ce qui se traduit du reste par des prix plus élevés), mais si l'on va plus loin dans la réflexion, l'on constate que la sélection renforce la qualité du service, bénéficie au consommateur et renforce finalement la concurrence entre les fabricants ⁹¹³.

Exemple 3. Il s'agissait de contrats conclus entre des propriétaires de terrains et une agence de location de panneaux publicitaires. Les contrats contenaient une clause d'exclusivité, le propriétaire du terrain ne devait pas, sur le même terrain, louer un autre emplacement à une autre agence de location de panneaux. Le Conseil valide la clause d'exclusivité : une accumulation de panneaux publicitaires sur le même emplacement compromettrait la valeur de chaque panneau. La clause renforce l'efficacité de l'affichage et la compétitivité de l'agence de location. Ici encore, le Conseil raisonne uniquement sur la base de l'article L. 420-1.

Ces exemples permettent de voir ce qui caractérise l'emploi de la règle de raison : elle conduit à un arbitrage entre deux modèles de concurrence. Un accord restrictif d'une forme de concurrence est justifié parce que l'accord favorise aussi un autre type de concurrence. C'est tout à fait évident dans le cas de la distribution sélective ou des clauses d'exclusivité : l'accord renforce la qualité du service rendu et accroît la concurrence entre fabricants. Mais cela se constate aussi dans le cas des clauses de non-concurrence accessoires aux cessions d'entreprises : la clause garantit la valeur d'un investissement intellectuel et publicitaire, qui se traduit par l'existence de la clientèle. Elle assure la mobilité des entreprises, ce qui est aussi un facteur de concurrence.

794. L'utilisation de la « règle de raison » a été formellement condamnée par le Tribunal de première instance des CE dans un arrêt du 18 septembre 2001, rendu dans l'affaire *Métropole TV* ⁹¹⁴. Le TPI estime que la mise en balance des aspects pro et anticoncurrentiels d'un accord ne peut intervenir qu'au stade de l'application du paragraphe 3 de l'article 101. Le Tribunal a donné, dans le même arrêt, deux précisions importantes. D'abord la condamnation de la règle de raison ne signifie pas que la recherche de la restriction de concurrence, dans le cadre de l'application du paragraphe 1 de l'article 81, doit être faite de façon abstraite. Elle doit au contraire tenir compte du contexte économique et juridique de l'affaire, notamment de la structure du marché en cause. Ensuite, le Tribunal admet la validité des *restrictions accessoires*.

2 - Justification des restrictions accessoires

795. La théorie des restrictions accessoires permet de soustraire à l'interdiction des ententes les restrictions à la liberté commerciale qui sont directement liées et objectivement nécessaires à la

réalisation d'une opération commerciale licite.

En fait, plusieurs restrictions de concurrence qui, selon la doctrine, étaient justifiées au titre de la règle de raison, continueront de l'être au titre des restrictions accessoires. Cependant, les conditions de la qualification de la restriction accessoire sont plus rigoureuses que celles de la règle de raison.

Section 2

L'interdiction des abus de puissance économique

796. La concurrence peut être faussée sur un marché par le fait de grandes entreprises. Celles-ci sont en mesure de s'affranchir des contraintes de la concurrence et même de réduire la marge de concurrence qui demeure sur le marché. La grande taille n'est pas interdite en soi, seul l'abus de la puissance économique est prohibé lorsqu'il aboutit à une limitation de concurrence ⁹¹⁵.

Historiquement, c'est d'abord *l'abus de position dominante* qui a été sanctionné. Le droit français et le droit de l'Union européenne interdisent, dans des termes très proches, l'exploitation abusive par une entreprise de sa position dominante sur le marché.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ont complété l'arsenal du droit interne de la concurrence en interdisant également *l'abus d'une situation de dépendance économique*. Alors que la position dominante consiste en une domination absolue ou quasi-absolue qui est exercée sur l'ensemble des entreprises présentes sur un marché, la dépendance correspond à une domination relative, exercée par une entreprise sur une autre. Enfin, le droit français interdit la pratique de *prix abusivement bas*. Théoriquement, le prix abusivement bas est sanctionné, quelle que soit la position sur le marché de l'entreprise qui le pratique. Mais en fait, seules de grandes entreprises sont en mesure d'adopter un tel comportement. La pratique de prix abusivement bas peut donc être rattachée au phénomène de domination.

Le droit européen se contente d'interdire l'abus de position dominante. Il s'écarte du droit français interne en ce qu'il n'interdit ni l'abus de dépendance économique ni la pratique de prix abusivement bas.

En pratique, l'on observe que les autorités de la concurrence, nationales et européennes, poursuivent la répression des abus de position dominante de façon très active (§ 1). Il n'en va pas de même de la sanction des abus de dépendance (§ 2) et des prix abusivement bas (§ 3) qui ne débouche que très rarement sur des condamnations.

§ 1. L'interdiction de l'abus de position dominante

797. Les deux textes de base sont l'article L. 420-2 du Code de commerce et l'article 102 TFUE. Ils sont rédigés en termes, sinon identiques, du moins très voisins.

Art. L. 420, al. 1^{er} C. com. Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Art. 102 TFUE. Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent, notamment, consister à :

- a) Imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables ;
- b) Limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;
- c) Appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- d) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Les deux textes soumettent l'interdiction à une double condition : l'existence d'une position dominante, d'une part, et l'exploitation abusive de cette position, d'autre part.

A La position dominante

798. Trois questions se posent concernant respectivement la *définition*, la *preuve* et la *détermination des titulaires* de la position dominante.

1 - Définition de la position dominante

799. Ni l'article L. 420-2 du Code de commerce, ni l'article 102 TFUE ne définissent la position dominante.

L'ancien article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 visait « une situation de monopole » ou « une concentration manifeste de la puissance économique ». Ces précisions étaient de peu d'intérêt. Si l'on excepte le cas de certains monopoles d'État, il est extrêmement rare qu'une entreprise, aussi puissante soit-elle, arrive à occuper une situation de monopole. Quant au critère de la concentration de puissance économique, il n'apporte rien puisque toute la question est justement de savoir à partir de quel degré de concentration commence la position dominante. Il est heureux que les rédacteurs de l'article 8 de l'ordonnance de 1986 aient abandonné ces précisions qui étaient inutiles.

Il faut donc revenir au but des textes : la préservation d'un minimum de concurrence. La position dominante doit se définir par rapport aux concurrents et aux partenaires économiques. L'entreprise en position dominante non seulement jouit d'une indépendance de comportement par rapport à ses concurrentes et à ses partenaires, mais encore est en mesure d'exercer un pouvoir sur eux. C'est en ce sens que se sont prononcés la Cour de justice et le Conseil de la concurrence (aujourd'hui l'Autorité de la concurrence).

800. Le Conseil de la concurrence a défini la position dominante comme étant « la situation sans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents » ⁹¹⁶.

Il a d'ailleurs précisé qu'il adoptait une analyse conforme à la jurisprudence dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes.

Selon la Cour de justice, en effet, « La position dominante visée par l'article 82 CE (devenu art. 102 TFUE) concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs » ⁹¹⁷.

Dans un autre arrêt célèbre ⁹¹⁸, la Cour de justice a apporté une précision intéressante : « la position dominante, à la différence d'une situation de monopole ou de quasi-monopole, n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence, mais met la firme qui en bénéficie en mesure sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte

et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice ».

Finalement la position dominante n'est pas la domination absolue du marché. Elle peut laisser la place à une certaine concurrence. Mais l'entreprise qui la détient est en mesure de s'abstraire de cette concurrence.

2 - Preuve de la position dominante

801. Les autorités communautaires se réfèrent à un critère principal de la position dominante, qui peut être complété, le cas échéant, par des critères secondaires. La démarche de l'Autorité de la concurrence est tout à fait semblable.

a) Critère principal

802. Le critère principal est celui de la *part de marché* détenue par l'entreprise en position dominante. Une très forte part du marché suffit à faire la preuve de la position dominante. Évidemment il n'existe pas de chiffre précis, mais l'on admet généralement que lorsque la part de marché dépasse les 80 %, la position dominante peut être présumée.

La détermination du marché constitue en matière de position dominante un point de passage obligé du raisonnement. Le Conseil de la concurrence a rappelé que le marché est défini comme *le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique*. Il convient d'en décrire les deux composantes : le marché du produit ou du service et le marché géographique ⁹¹⁹.

Il faut tout d'abord déterminer le produit ou le service qui constitue le marché (« le marché du produit »). Le produit est déterminé en fonction de sa nature et de ses qualités objectives, d'une part, et en fonction des utilisateurs, d'autre part. Le marché n'est pas le même selon que la demande provient d'utilisateurs industriels ou de consommateurs finals. Il peut ainsi exister plusieurs marchés pour un même produit ou service. La difficulté consiste à cerner les produits ou services *substituables* qui font partie du marché et les produits et services non substituables qui en sont écartés. La substituabilité s'apprécie par rapport à la demande, c'est-à-dire aux exigences et aux goûts des consommateurs, compte tenu des usages ⁹²⁰. Il existe des méthodes statistiques qui permettent de préciser les frontières de la substituabilité (notamment l'établissement des courbes d'élasticité croisées) ⁹²¹. Subsidiairement, les caractères de l'offre peuvent concourir à la définition du marché. Notamment lorsque les producteurs sont capables de réorienter rapidement leur production, à faible coût, pour concurrencer les produits existants.

Ensuite, il faut déterminer la dimension géographique du marché en tenant compte des possibilités réelles d'approvisionnement des utilisateurs ⁹²². Le marché étant ainsi défini, il faut alors examiner quelles sont les conditions et les limites de la concurrence qu'il est possible d'atteindre.

Exemples. Le marché de la vente d'espaces publicitaires dans les annuaires destinés aux abonnés du téléphone ⁹²³. Le marché de la chaussure de football de marque ⁹²⁴. Le marché des stylographes rechargeables, qui ne comprend pas les instruments à écrire jetables ⁹²⁵. En matière pharmaceutique, chaque type de vitamine (A, B, C...) constitue un marché en soi ⁹²⁶. À propos des pistolets de scellement, la Commission des Communautés a distingué trois marchés distincts : celui des pistolets eux-mêmes, celui des chargeurs et celui des clous utilisés dans les pistolets ⁹²⁷.

b) Critères secondaires

803. Ils sont de nature diverse. Il faut d'abord considérer l'importance relative des parts de marché des autres concurrents. Par exemple, une part de marché de 50 % confère une position dominante si aucune des autres entreprises concurrentes n'a une part supérieure à 5 %. Il faut tenir

compte de l'existence de barrières à l'entrée, ainsi la nécessité de procéder à des investissements coûteux si l'on veut s'introduire sur le marché ou, à l'inverse, l'absence de véritables barrières à l'entrée. Enfin l'on peut se référer aux facteurs d'indépendance de l'entreprise en position dominante : avancée sur le plan technologique, possession d'une marque renommée, appartenance à un groupe mondial, accès au marché international des capitaux.

3 - Titulaire de la position dominante

804. L'article L. 420-2 du Code de commerce vise l'exploitation abusive par une entreprise *ou un groupe d'entreprises*. L'article 102 TFUE vise le fait pour *une ou plusieurs entreprises* d'exploiter de façon abusive une position dominante. Dans la majorité des cas, la position dominante est occupée par une seule entreprise. Il arrive cependant que la position dominante soit *collective*. Pour que plusieurs entreprises détiennent ensemble une position dominante sur un marché, il faut qu'elles soient unies entre elles par certains liens ou certains facteurs de corrélation qui leur donnent le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché ⁹²⁸. La plupart du temps, il s'agit de liens structurels ou d'accords formalisés. Ainsi dans le cas d'entreprises liées, qui constituent un groupe de sociétés. L'addition des parts de marché détenues par la société-mère et ses filiales, peut placer le groupe en position dominante, alors qu'aucune des sociétés du groupe, considérée isolément ne disposerait d'une telle position. Ainsi encore, des entreprises qui seraient unies par des liens contractuels pourraient détenir ensemble une position dominante.

En l'absence de tels liens, la seule structure du marché peut permettre de mettre en évidence une position dominante collective si certains facteurs de corrélations se trouvent réunis : la structure oligopolistique et la transparence du marché, la possibilité d'exercer des représailles à l'encontre des entreprises déviant de la ligne d'action commune et l'absence de concurrence potentielle ⁹²⁹. Ces liens contractuels peuvent résulter d'un accord tacite entre les membres d'un oligopole ⁹³⁰.

B L'exploitation abusive

805. Ni l'article L. 420-2 du Code de commerce, ni l'article 102 TFUE ne donnent de définition de l'exploitation abusive. Cependant les exemples d'abus qui sont donnés par les deux textes fournissent des guides assez précis.

Il est possible de ranger les divers cas d'abus dans deux grandes catégories.

— Dans certains cas, l'abus se présente comme un acte anormal par rapport à celui qu'imposerait un régime de concurrence. On parle alors d'un abus de comportement ou d'abus d'exploitation. Ainsi le refus de vente ou la rupture des relations commerciales. De même, la pratique de prix excessivement élevés peut constituer un abus de la position dominante ⁹³¹. L'article 102 vise expressément cette dernière hypothèse alors que l'article L. 420-2 ne la mentionne pas, mais cela ne suffit pas, en droit interne, à en écarter l'hypothèse.

— Dans d'autres cas, l'acte est abusif parce qu'il modifie les conditions de la concurrence. Il réduit la faible marge de concurrence qui subsistait encore sur le marché. L'on parle alors d'un abus de structure ou d'un abus d'éviction. L'entreprise en position dominante peut renforcer sa domination en excluant d'autres entreprises du marché. Par exemple elle cherchera à éliminer un petit concurrent, peu dangereux mais agressif, en pratiquant des prix prédateurs. L'entreprise puissante a la possibilité de baisser ses prix, tout au moins temporairement, au-dessous du coût moyen. La petite entreprise,

contrainte à la baisse, n'a pas la même capacité de résistance et elle se trouve acculée à la faillite. Bien souvent elle préférera quitter le marché avant qu'il ne soit trop tard ⁹³². Est également abusif, le dénigrement systématique des médicaments génériques concurrents du médicament princeps, afin de faire obstacle à leur entrée sur le marché ⁹³³.

L'entreprise en position dominante peut aussi modifier les structures de marché en étendant sa domination, soit sur le marché où elle dispose de la position dominante, soit sur un autre marché ⁹³⁴. Ainsi, en faisant signer à ses clients des contrats d'approvisionnement exclusif à long terme et en leur consentant des rabais de fidélité, elle renforce sa position commerciale et crée une barrière à l'entrée de nouveaux concurrents ⁹³⁵. Ou encore, l'entreprise qui est en position dominante sur le marché d'une certaine machine étend sa domination sur le marché des matières premières alimentant les machines ou sur le marché des pièces détachées, en obligeant ses clients à accepter des ventes liées ⁹³⁶.

806. Curieusement, le droit interne admet la possibilité d'exempter un abus de position dominante. En effet l'article L. 420-4 du Code de commerce déroge de façon expresse aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2. Il est arrivé que des entreprises fassent valoir que la position dominante qui était la leur, avait son origine dans une disposition légale, par exemple dans le cas d'un monopole d'État. Mais cela ne suffit pas. Pour que joue l'exemption il faudrait que ce soit l'abus lui-même qui soit la conséquence inéluctable du texte légal, ce qui est assez difficile à imaginer. En fait aucune exemption n'a jamais été accordée dans le cas d'un abus de position dominante. De son côté, l'article 102 TFUE ne comporte aucune possibilité d'exemption. Cependant l'article 106, § 2, TFUE écarte l'application des règles de concurrence aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, dans la mesure où elles font « échec à l'accomplissement de la mission particulière qui leur a été impartie ».

807. En décembre 2005, la Commission européenne a entamé une réflexion en vue d'une nouvelle approche de l'abus de position dominante ⁹³⁷. Cette approche, qui a débouché sur une communication du 9 février 2009 ⁹³⁸, devrait privilégier l'appréciation des effets réels des abus, au cas par cas, selon des critères économiques. Elle conduirait à l'abandon d'un catalogue d'abus définis de façon formelle. La doctrine s'est généralement montrée favorable à cette orientation. La Cour de justice semble en revanche plus conservatrice. Elle a réaffirmé en effet à plusieurs reprises une conception plus traditionnelle de l'abus de position dominante.

§ 2. L'interdiction de l'abus de dépendance économique

Art. L. 420-2, al. 2, C. com. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.

808. Cette interdiction constituait une innovation de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Avant 1986, l'on avait regretté l'absence d'une telle interdiction, qui aurait permis, pensait-on, de résoudre le problème posé par la puissance d'achat de la grande distribution. La question était apparue à l'occasion de certaines pratiques des centrales d'achat. Les centrales, qui regroupent les commandes d'une chaîne de supermarchés et qui sélectionnent les fournisseurs de la chaîne en les *réfèrent*,

détiennent en effet un pouvoir de négociation considérable. Elles sont souvent tentées d'exiger des fournisseurs, spécialement des fabricants de produits de marque, des avantages en matière de prix, de rabais ou de délais de paiement. Avant 1986, les centrales échappaient la plupart du temps à l'application du droit de la concurrence, car elles ne constituaient pas des ententes et ne détenaient pas une position dominante sur le marché. Le droit allemand, au contraire, comportait une disposition qui permettait de sanctionner les abus de dépendance. S'inspirant de l'expérience allemande, les rédacteurs de l'ordonnance de 1986 ont créé une nouvelle interdiction, qu'ils faisaient figurer à l'article 8 de l'ordonnance, à côté de l'interdiction de l'abus de position dominante. L'interdiction de l'abus de dépendance, comme en droit allemand, est de portée générale. Elle ne vise pas uniquement la puissance d'achat, mais toutes les formes de dépendance qui placent une entreprise sous la domination relative d'une autre.

Avec la codification, la disposition est passée dans l'article L. 420-2 du Code de commerce. Elle a été plusieurs fois modifiée sur des points de détail ⁹³⁹.

Ici encore, il faut distinguer l'état de dépendance de l'abus qui peut en être fait.

A L'état de dépendance économique

809. L'article L. 420-2, alinéa 2, concerne le cas d'une entreprise qui se trouve sous la dépendance d'une autre entreprise qui dispose d'une puissance économique certaine, mais dont la puissance ne va pas jusqu'à lui conférer une position dominante sur le marché.

Dans sa rédaction originaires, celle de l'ordonnance de 1986, l'article L. 420-2 donnait le critère de la dépendance économique : c'était le fait que l'entreprise dépendante *ne disposât pas de solution équivalente*. Dans le souci d'élargir la notion de dépendance, la loi NRE de 2001 a supprimé cette précision. Il est cependant douteux que, sur ce point, la réforme ait une véritable portée pratique. Postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE, le Conseil de la concurrence a d'ailleurs fait savoir que pour lui une entreprise dépendante était une entreprise qui, par définition, ne disposait pas de solution équivalente ⁹⁴⁰ ! Et la Cour de cassation lui a donné raison ⁹⁴¹.

Les affaires dont a eu à connaître le Conseil de la concurrence par le passé, correspondent à deux types de dépendance : la dépendance de marque et la dépendance d'achat.

1 - La dépendance de marque

810. La dépendance de marque est celle dans laquelle se trouve un distributeur, revendeur indépendant, par rapport au fabricant d'un produit de marque. Le revendeur fait valoir qu'il lui est impossible d'exercer son activité s'il n'a pas accès aux produits du fabricant, en raison de leur forte notoriété auprès des consommateurs. C'est souvent à l'occasion de la rupture des relations commerciales, que le revendeur, exclu du réseau de distribution du fabricant, invoque l'abus de dépendance de marque. Mais la dépendance peut être invoquée également par un distributeur qui ne fait pas partie du réseau du fabricant, mais qui désire y entrer et se heurte à un refus de ce fabricant. La dépendance peut en effet résulter de la situation purement économique dans laquelle se trouve une entreprise par rapport à une autre, elle ne suppose pas nécessairement un lien juridique préétabli.

811. Le Conseil de la concurrence, qui a été maintes fois saisi à l'occasion de la rupture de relations d'affaires, a interprété de façon rigoureuse la notion de dépendance. Il a établi une doctrine, aux termes de laquelle quatre conditions sont exigées.

La première condition est la *notoriété de la marque du fournisseur*. La notoriété s'apprécie par référence à l'opinion des

consommateurs du produit en cause et plus particulièrement des consommateurs avertis. Par exemple, l'opinion est répandue parmi ceux-ci que telle marque de magnétoscopes est techniquement l'une des meilleures du genre.

Deuxième condition, *la place du fabricant sur le marché*. Il doit détenir une place significative sur le marché. Une part de 7 % a été jugée insuffisante ⁹⁴². Il faut d'ailleurs tenir compte de la part détenue par les concurrents. Une part de marché de 17 %, détenue par l'un des deux principaux fournisseurs peut être à l'origine d'un état de dépendance.

La troisième condition est la *part du produit dans le chiffre d'affaires du revendeur*. Cette part doit être substantielle, mais elle est appréciée dans une perspective de développement. L'on devrait l'estimer à au moins 25 %.

Enfin une quatrième condition consiste dans *l'impossibilité de trouver une solution alternative*, c'est-à-dire de trouver d'autres fournisseurs offrant des conditions équivalentes. Cette impossibilité doit être appréciée de façon objective. Les frais entraînés par un changement de fournisseur ne remplissent pas la condition ⁹⁴³.

Le Conseil de la concurrence n'a pas voulu se substituer au juge de droit commun dans la sanction de la rupture de relations d'affaires, fût-elle abusive et l'Autorité de la concurrence adoptera sans doute la même position. L'article L. 420-2 a pour but la sanction d'une pratique anticoncurrentielle et non la protection du cocontractant. Son application ne doit pas être un obstacle à la flexibilité des structures de distribution.

2 - La dépendance d'achat

812. Ici c'est le fabricant qui se trouve sous la dépendance du distributeur. Celui-ci est généralement un grand distributeur, une chaîne de supermarchés et d'hypermarchés, représenté par une centrale d'achat qui joue le rôle de mandataire ou de commissionnaire. L'entreprise dépendante n'est pas forcément une petite entreprise. Certains grands fabricants estiment se trouver sous la dépendance de la grande distribution.

813. Dans l'affaire *Cora* ⁹⁴⁴, des fournisseurs de taille modeste s'opposaient à la centrale d'achat d'un important distributeur. Ils se plaignaient notamment des avantages financiers, sous forme de remises rétroactives et d'un allongement des délais de paiement, que le distributeur avait exigé à la suite d'une fusion qui lui avait permis d'étendre son activité. Le distributeur prétendait qu'en élargissant son domaine d'activité il apporterait à ses fournisseurs un supplément de chiffre d'affaires (procédé qui est connu dans la pratique commerciale sous le nom plaisant de « corbeille de la mariée »).

Le Conseil de la concurrence a adopté dans cette affaire une interprétation rigoureuse de la notion de dépendance. Alors que les fournisseurs étaient de petites entreprises, réalisant entre 22 et 60 % de leur chiffre d'affaires avec la centrale, il a estimé que n'était pas rapportée la preuve qu'il n'existait pas pour eux de solution alternative dans la région et qu'ils n'étaient pas en mesure de trouver d'autres débouchés pour leurs produits.

Le Conseil a précisé à cette occasion les conditions de la dépendance d'achat. Ce sont : l'importance du distributeur sur le marché, la part du chiffre d'affaires du fournisseur réalisée avec le distributeur, les raisons concrètes justifiant l'importance du distributeur pour le fournisseur et l'absence de solution alternative.

814. Un autre exemple concerne le marché des espaces publicitaires ⁹⁴⁵. Sur ce marché, des entreprises appelées « centrales d'achat d'espaces » négocient avec les supports de publicité (chaînes de télévision et de radio, organes de la presse écrite) la réservation d'espaces publicitaires pour le compte des annonceurs et des agences de publicité. En regroupant les demandes de nombreux annonceurs, les chaînes ont acquis un pouvoir de négociation considérable dans leurs rapports avec les supports. Le Conseil de la concurrence a constaté que la centrale la plus puissante tenait les supports de publicité sous sa dépendance. À elle seule elle représentait environ 30 % du chiffre d'affaires des chaînes de télévision résultant de la vente de plages horaires réservées à la publicité.

Le Conseil a estimé que les chaînes de télévision ne disposaient pas de solution alternative. Une preuve supplémentaire de la dépendance se trouvait dans le fait que la centrale, tout en exigeant des remises plus importantes que celles qui étaient consenties à ses concurrents, était en mesure de s'opposer aux tentatives des chaînes de télévision de changer d'acheteur.

B L'exploitation abusive

815. L'article L. 420-2, alinéa 2 du Code de commerce n'interdit pas la dépendance en elle-même, mais seulement l'abus qui en est fait. Les exemples d'abus, donnés par l'article L. 420-2, alinéa 2, sont le refus de vente, l'obligation d'accepter des ventes liées et l'imposition de conditions discriminatoires, ils correspondent plutôt à des abus de dépendance de marque, commis par le fournisseur.

816. De plus, pour que le comportement de l'entreprise dominante soit abusif, il faut qu'il soit susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence. L'article L. 420-2 n'a pas simplement pour fonction de régler de façon équitable la relation commerciale bilatérale entre l'entreprise en situation de dépendance et l'entreprise dominante. Il a aussi pour fonction de préserver la concurrence sur le marché en cause. Cette précision a été ajoutée par la loi NRE du 15 mai 2001. Elle consacre une solution qui avait déjà été admise par le Conseil de la concurrence, sous l'empire du texte ancien. Le Conseil de la concurrence avait en effet décidé que l'abus de dépendance économique n'était prohibé que lorsqu'il conduisait à une restriction de la concurrence sur le marché.

Les conditions de l'article L. 420-2, alinéa 2, sont tellement rigoureuses que le texte a reçu très peu d'applications pratiques.

§ 3. L'interdiction des prix abusivement bas

817. Depuis de nombreuses années, le commerce traditionnel se plaint de la concurrence de la grande distribution. Il la juge excessive, notamment en raison de la pression considérable qu'elle exercerait sur les prix. Mais les commerçants du secteur traditionnel ne sont pas les seuls à protester. Par exemple, les compagnies pétrolières estiment déloyale la vente de l'essence telle qu'elle est pratiquée par les supermarchés, avec une faible marge bénéficiaire ou même en renonçant à toute marge. Elles estiment que la grande distribution fait des carburants de simples produits d'appel. D'ailleurs, d'une façon générale les fabricants dont les produits sont vendus par l'intermédiaire de la grande distribution estiment que celle-ci exerce une pression excessive sur les prix.

Les espoirs que l'on avait cru pouvoir placer dans l'interdiction de l'abus de dépendance économique ont été déçus. Le législateur est à nouveau intervenu à l'occasion de la première réforme de grande ampleur de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. La loi du 1^{er} juillet 1996, *destinée à rétablir la loyauté et l'équilibre des relations commerciales*, a introduit dans l'ordonnance de 1986 un article 10-1 nouveau, prohibant la pratique de prix abusivement bas. Le texte a été conservé tel quel dans l'article L. 420-5 du Code de commerce.

Art. L. 420-5 C. com. Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation ou de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et

réglementaires liées à la sécurité des produits.

Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public.

818. La pratique de prix abusivement bas constitue, comme le montre la place de l'article L. 420-5 dans le titre II du livre IV du Code de commerce, un nouveau type de pratique anticoncurrentielle. Cela a pour conséquence que les prix abusivement bas ne seront sanctionnés qu'à la condition de fausser la concurrence sur un marché. D'ailleurs le texte a un domaine d'application réduit, contrairement aux ambitions de certains défenseurs du projet de loi. Finalement ni le gouvernement, ni le Parlement n'ont voulu prendre le risque de revenir à une sorte de contrôle des prix, alors que ce contrôle est expressément condamné par l'article L. 410-2 du Code de commerce.

819. Les éléments constitutifs de la pratique de prix abusivement bas sont les suivants.

1) L'article L. 420-5 prohibe les *offres de prix* et les *pratiques de prix*. Les offres et pratiques doivent avoir une certaine généralité. Un acte isolé ne tomberait pas sous le coup du texte. L'article 420-5 ne vise que les ventes. Une interprétation littérale conduirait à penser qu'il ne peut s'agir que de ventes de produits. Cependant, comme les autres pratiques anticoncurrentielles du titre II, celle-ci devrait également englober les prestations de services ⁹⁴⁶.

2) Les offres et les ventes doivent être faites aux consommateurs. L'article L. 420-5 ne concerne pas les relations commerciales entre professionnels ⁹⁴⁷.

3) Les produits offerts ou vendus doivent avoir subi une transformation. En effet l'article L. 420-5 n'est pas applicable en cas de revente de produits en l'état. Cette condition s'explique sans doute par le fait que la revente à perte des produits en l'état est déjà sanctionnée par l'article L. 442-2 du Code de commerce.

Le texte prévoit une exception pour les enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et les vidéogrammes. Cette exception peut paraître étrange et son fondement obscur. En réalité, il s'agit d'un texte de circonstance : les disquaires spécialisés demandaient en leur faveur une loi comparable à la loi sur le prix du livre, qui prévoit que le prix de revente est déterminé par l'éditeur ou l'importateur. Il semble que le gouvernement ait renoncé à déposer un projet de loi allant dans ce sens et qu'il ait, en compensation, suggéré au Parlement d'étendre le domaine d'application de l'interdiction des prix abusivement bas à la vente des disques en l'état.

4) Le prix doit être abusivement bas. Il s'agit, semble-t-il, d'une notion objective, qui s'apprécie, comme le texte le suggère, par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation. L'on peut penser que le prix est abusivement bas lorsque le prix unitaire de vente se situe en dessous du coût unitaire moyen. Cependant il semble que le Conseil de la concurrence ait aussi admis une comparaison des prix avec ceux qui sont pratiqués par une entreprise aux coûts d'exploitation similaires ⁹⁴⁸.

5) La pratique a pour objet ou peut avoir pour effet d'éliminer une entreprise ou un produit du marché ou de leur en interdire l'accès. Il s'agit de ce que l'on appelle un *prix prédateur* ⁹⁴⁹. S'agissant de prix pratiqués par une entreprise en position dominante, le Conseil de la concurrence a estimé qu'un prix avait un caractère prédateur soit lorsqu'il était inférieur à la moyenne des coûts variables, soit lorsqu'il était inférieur à la moyenne des prix totaux et s'accompagnait de la preuve de l'intention d'éliminer un concurrent. Il n'y a pas de raison de penser que les critères des prix prédateurs ne s'appliquent pas aux prix abusifs visés à l'article 420-5.

820. Finalement, le texte a une portée restreinte. L'interdiction ne vise en pratique que trois situations particulières :

- les offres et ventes directes aux consommateurs par des producteurs,
- les offres et ventes aux consommateurs par des revendeurs qui ont transformé le produit,
- les offres et ventes aux consommateurs par des revendeurs de supports d'enregistrements audio ou vidéo.

Et dans cette marge étroite, le caractère prédateur du prix, c'est-à-dire la volonté d'écarter du marché un concurrent déterminé, devra être démontré. Mais une entreprise qui agit en dehors d'une entente de boycott et qui n'occupe pas une position dominante sur le marché, a-t-elle vraiment les moyens de pratiquer de tels prix ?

Chapitre 2

La mise en œuvre procédurale de l'interdiction

821. Le droit interne de la concurrence, d'une part, le droit européen de la concurrence, d'autre part, ont chacun leur système de mise en œuvre des interdictions qu'ils comportent. Mais alors que le droit interne est appliqué par les seules autorités et juridictions nationales (Section 1), le droit de l'Union européenne peut être mis en œuvre soit par les autorités et juridictions de l'Union, soit par les autorités et juridictions nationales (Section 2).

Section 1

La mise en œuvre des règles internes de concurrence

822. Le système français de mise en œuvre du droit de la concurrence repose sur trois données fondamentales.

Le *but du contrôle* effectué par les autorités de la concurrence constitue la première donnée. Le but est bien de restaurer la concurrence sur les marchés et de mettre fin aux comportements anticoncurrentiels. L'aspect correctif accompagne l'aspect répressif de la procédure. Cependant ce dernier reste important. Les sanctions pécuniaires peuvent être d'un montant élevé. Les pouvoirs d'enquête et de perquisition des agents de l'administration sont étendus. Le droit de la concurrence se doit en contrepartie de protéger les droits de la défense.

La deuxième donnée est relative à la *méthode de contrôle*. La mise en œuvre pratique du droit de la concurrence suppose une approche de type économique. Les pratiques anticoncurrentielles doivent être appréciées, en principe, dans le cadre de chaque marché particulier. Le contrôle se fait cas par cas, en fonction de la structure du marché. Les considérations de fait sont importantes. Mais la répression des pratiques anticoncurrentielles s'inscrit dans un système de droit. Elle doit obéir à une certaine prévisibilité garantissant la sécurité juridique. Les autorités de la concurrence tiennent compte des précédents. Une jurisprudence se forme qui assure une constance et une cohérence des solutions. Parfois, le recours à l'analyse du marché devient inutile et certaines pratiques, spécialement en matière d'ententes, sont condamnées *per se*.

Le *moment* du contrôle constitue la troisième donnée. Le droit français est traditionnellement hostile à un système de déclaration et de contrôle préalable des comportements d'entreprises, exercé par une autorité administrative. Il reste fidèle au système du contrôle opéré *a posteriori*, à l'initiative de l'administration, d'un concurrent ou d'une association de consommateurs. C'est essentiellement à propos de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles que ce caractère se manifeste. En droit français, les ententes ne sont soumises à aucune obligation de déclaration et leur exemption ne dépend

pas d'une autorisation préalable. C'est après coup, à l'occasion d'une poursuite diligentée devant l'Autorité de la concurrence ou à l'occasion d'un procès civil, que le contrôle de la licéité intervient. L'interdiction est alors appliquée, avec son cortège de sanctions, ou, au contraire, l'exemption reconnue. La décision rétroagit et l'entente est déclarée nulle ou licite, dès son origine.

Finalement, le droit français évite la lourdeur du contrôle administratif préalable, comme celui que connaît le droit allemand. Le droit français laisse aux entreprises le soin d'apprécier si leurs accords sont ou non conformes au droit de la concurrence. Les ententes se constituent librement, mais sous la menace d'une poursuite ou d'un procès civil qui viendra après coup révéler leur caractère illicite.

823. La mise en œuvre du droit de la concurrence est confiée à la fois aux autorités spécialisées, l'Autorité de la concurrence et la cour d'appel de Paris (§ 1), et aux juridictions ordinaires (§ 2).

§ 1. La mise en œuvre par les autorités spécialisées

824. Les autorités spécialisées sont l'Autorité de la concurrence et, sur recours, la cour d'appel de Paris. La procédure devant l'Autorité de la concurrence respecte le principe du contradictoire. L'Autorité de la concurrence dispose d'un important pouvoir de sanction. Les recours sont portés devant la juridiction judiciaire.

Sur tous ces points, les dispositions du Code de commerce, issues elles-mêmes de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ont été considérablement enrichies par des lois et ordonnances subséquentes. Les dispositions des décrets d'application se trouvent dans la partie réglementaire du Code de commerce, sous les articles R. 420-1 et suivants.

L'organisation du contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations d'entreprises a connu, en droit français, une évolution remarquable.

Avant 1986, le contrôle était confié au ministre de l'Économie et à ses services, qui disposaient de l'essentiel des pouvoirs d'enquête, d'instruction et de sanction. La Commission de la concurrence n'avait qu'une fonction consultative. Avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence, le pouvoir de contrôle a été confié à deux autorités distinctes et le système français est devenu bicéphale. Le ministre de l'Économie et les services de la DGCCRF conservaient la haute main sur l'exercice des enquêtes, y compris celles relatives aux pratiques d'ententes et d'abus de domination, et sur le contrôle des concentrations. Le Conseil de la concurrence de son côté était chargé, sous le contrôle de la juridiction judiciaire, de l'instruction et de la sanction des ententes et des abus de domination. Il donnait des avis sur les questions générales de concurrence et, à la demande du ministre, sur les opérations de concentration.

La loi LME du 4 août 2008 représente une troisième étape en réalisant la *fusion des contrôles*, à l'image des systèmes de la plupart des États européens. Désormais, l'Autorité de la concurrence procède aux enquêtes, à l'instruction et au traitement des ententes, des abus de domination et des concentrations d'entreprises. Les moyens qui relevaient des services du ministère ont été transférés à l'Autorité de la concurrence. Le ministre conserve le contrôle des pratiques anticoncurrentielles lorsqu'elles interviennent sur des marchés locaux et le pouvoir de s'opposer à une décision de l'Autorité de la concurrence en matière de concentrations. Les services de la DGCCRF conservent également les pouvoirs d'enquête relatifs aux pratiques restrictives du titre IV.

A L'Autorité de la concurrence

1 - Composition de l'Autorité de la concurrence

825. Le Code de commerce consacre le titre sixième du livre IV à l'Autorité de la concurrence ⁹⁵⁰. Les articles L. 461-1 et L. 461-4, fixent sa composition. L'Autorité de la concurrence comporte un *collège*, qui prend les décisions, et des services d'instruction.

Le collège comprend dix-sept membres, nommés par décret pour une durée de cinq ans. La composition en est originale. Elle associe des magistrats, des représentants des activités économiques et des spécialistes de la concurrence. Cette association de compétences diverses est traditionnelle en France. Elle a caractérisé toutes les autorités spécialisées en matière de concurrence depuis la Commission des ententes créée en 1953.

Le président est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique.

Six membres sont des magistrats, issus du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires. Cinq membres sont choisis en raison de leur compétence en matière d'économie, de concurrence ou de consommation. Cinq membres sont issus des milieux professionnels.

Parmi les seize membres précédents, sont désignés quatre vice-présidents. L'article L. 461-2 prévoit que le président et les vice-présidents exercent leurs fonctions à plein-temps.

Les services d'instruction sont dirigés par un rapporteur général ⁹⁵¹. Celui-ci nomme des rapporteurs généraux adjoints, des rapporteurs et des enquêteurs. L'on verra par la suite que la loi nouvelle a veillé à la séparation des fonctions d'instruction et de décision.

Enfin, la loi LME du 4 août 2008 a institué un personnage nouveau, le **conseiller auditeur**, qui veille au respect du contradictoire et des règles de procédure ⁹⁵².

Le ministre de l'Économie est représenté auprès du Conseil par un **commissaire du gouvernement**.

2 - Les fonctions de l'Autorité de la concurrence

a) *La fonction de décision en matière de pratique anticoncurrentielles*

Art. L. 462-6, al. 1^{er}, C. com. L'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Elle prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions.

826. L'Autorité de la concurrence dispose du pouvoir de décision, notamment du pouvoir de sanction, en matière de pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire en matière d'ententes, d'abus de domination et de prix abusivement bas. Elle dispose aussi dorénavant du pouvoir de décision en matière de concentrations d'entreprises (*infra*, n° 890 et s.).

b) *La fonction consultative*

827. L'Autorité de la concurrence assure d'abord une mission de consultation *générale*. Celle-ci est prévue par l'article L. 462-1 du Code de commerce.

L'Autorité de la concurrence donne son avis sur « toute question de concurrence » à la demande des commissions parlementaires, du gouvernement et d'un certain nombre de personnes morales « en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge » : collectivités territoriales, syndicats, organisations de consommateurs agréées, chambres de commerce et d'industrie, notamment.

Elle peut être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de loi.

Par une disposition nouvelle, l'article L. 462-4 prévoit que l'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question de concurrence et que cet avis est public. Mais, quelle que soit l'ampleur de la publicité dont ils font l'objet, les avis ne sont pas des décisions

faisant grief et le recours pour excès de pouvoir formé contre eux est irrecevable ⁹⁵³.

828. L'Autorité de la concurrence remplit ensuite de nombreuses missions *spéciales* de consultation. On peut les classer en deux grandes catégories :

— Consultation par le gouvernement sur des projets de textes réglementaires concernant un régime exceptionnel de taxation des prix (art. L. 410-2, al. 2, C. com.), d'organisation d'une profession ou d'accès à un marché (art. L. 462-2) ou concernant l'exemption par décret d'un accord ou d'une catégorie d'accords restrictifs de concurrence (art. L. 420-4-II, prévoyant un avis conforme).

— Consultation par les juridictions d'instruction ou de jugement sur des pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies ⁹⁵⁴ (art. L. 462-3) et consultation par les régulateurs sectoriels ⁹⁵⁵.

3 - Nature de l'Autorité de la concurrence

829. Une question discutée est de savoir si l'Autorité, lorsqu'elle prononce une décision, exerce une fonction d'administration ou une fonction juridictionnelle. Statuant à propos de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 janvier 1987, a déclaré que le Conseil de la concurrence était un *organisme administratif non juridictionnel* et l'accord s'était fait en doctrine pour reconnaître au Conseil la nature d'une *autorité administrative indépendante*, non juridictionnelle.

La loi LME interdit aujourd'hui toute hésitation. L'article L. 461-1, alinéa 1^{er} précise que l'Autorité de la concurrence « est une autorité administrative indépendante » ⁹⁵⁶.

830. L'évolution pourrait aller dans le sens de la reconnaissance de la fonction juridictionnelle de l'Autorité de la concurrence. L'autorité de la concurrence dit le droit et statue sur sa propre compétence. Elle tranche un litige qui oppose soit le ministre à des entreprises, soit des entreprises entre elles. La procédure est pleinement contradictoire et elle prend des décisions obligatoires, qui peuvent seulement faire l'objet d'un recours devant une juridiction.

On notera aussi que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits est applicable à la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence. L'article 25 de l'ordonnance de 1986 qui prévoyait la présence du rapporteur pendant le délibéré, a été ainsi jugé contraire à l'article 6-1 de la Convention (*infra*, n° 842). Il n'est pas douteux que la procédure suivie devant l'Autorité sera, elle aussi, soumise à l'article 6 de la CEDH. La séparation entre l'instruction, qui est assurée par les rapporteurs sous l'autorité du rapporteur général, et la décision, qui est l'apanage du collège va en ce sens. En revanche, le fait que la procédure ne soit pas publique n'a pas été jugé contraire à la Convention (*infra*, n° 841).

B La procédure devant l'Autorité de la concurrence

1 - La saisine de l'Autorité de la concurrence

831. L'article L. 462-5 du Code de commerce admet trois types de saisine : par le ministre de l'Économie, par les entreprises ou certains organismes et enfin la saisine d'office à la demande du rapporteur général.

832. L'article L. 462-5-I a conservé la *saisine par le ministre*. Avant la réforme de 2008, la saisine du Conseil de la concurrence par le ministre était fréquente puisqu'elle intervenait dans à peu près la moitié des affaires d'ententes ou d'abus de position dominante. Cela se comprenait, puisque

les enquêtes préalables étaient l'œuvre de la DGCCRF. C'était à l'issue de l'enquête administrative préalable que le ministre décidait de saisir ou non le Conseil de la concurrence. Avec la réforme, la saisine par le ministre devrait devenir exceptionnelle puisque c'est maintenant l'Autorité de la concurrence qui ordonne les enquêtes. La saisine par le ministre devrait se limiter aux cas dans lesquels la DGCCRF conserve la compétence des enquêtes, c'est-à-dire concrètement dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles sur les marchés locaux.

Cependant les textes concernant les pouvoirs du ministre sont rédigés en termes très généraux. L'article L. 450-1-II prévoit que « des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application du présent livre » et l'article L. 462-5-I dispose que « L'Autorité de la concurrence peut être saisie par le ministre chargé de l'économie de toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5, ou de faits susceptibles de constituer une telle pratique ». L'article L. 450-5 précise que « le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence est informé avant leur déclenchement des investigations que le ministre chargé de l'économie souhaite voir diligenter sur des faits susceptibles de relever des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 et peut, dans un délai fixé par décret, en prendre la direction ».

En pratique, la DGCCRF conserve un rôle important en matière d'enquêtes, grâce à la répartition territoriale de ses enquêteurs. Lorsque les agents de la DGCCRF détectent des indices de pratiques anticoncurrentielles, la DGCCRF informe le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, qui dispose d'un délai d'un mois pour décider de prendre la direction de l'enquête ou non. Si le rapporteur général confie à la DGCCRF le soin d'effectuer l'enquête, celle-ci est consignée dans un rapport final au vu duquel le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office. Dans l'hypothèse où le rapporteur général ne propose pas au collège de se saisir d'office, le ministre conserve la possibilité de saisir lui-même le collège ⁹⁵⁷.

833. La *saisine par les entreprises* est prévue par l'article L. 462-5-II du Code de commerce. Ce fut l'une des grandes innovations de l'ordonnance de 1986. Auparavant, le ministre était le seul maître des poursuites et le droit de la concurrence était l'instrument exclusif de la politique économique du gouvernement. À partir de 1986, les entreprises victimes d'une pratique anticoncurrentielle ont pu faire valoir directement leurs droits devant le Conseil de la concurrence et c'est aussi le cas devant l'Autorité de la concurrence. Les entreprises ont donc un droit subjectif à la concurrence qu'elles font valoir en saisissant l'Autorité de la concurrence.

834. Peuvent également saisir l'Autorité de la concurrence les organismes mentionnés à l'article L. 462-1, alinéa 2 : collectivités territoriales, organisations professionnelles et syndicales, organisations de consommateurs agréées, chambres d'agriculture, de métiers ou de commerce et d'industrie « pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge ». Cette saisine contentieuse, qui vise des faits déterminés d'entente ou d'abus de domination, ne se confond pas avec la demande d'avis « sur toute question de concurrence », prévue par l'article L. 462-1, alinéa 2.

835. L'Autorité de la concurrence peut se saisir d'office de toute pratique anticoncurrentielle, à la demande de son rapporteur général. Comme, en application de l'article L. 461-4, alinéas 1 et 2, les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence procèdent maintenant aux investigations nécessaires à l'application du titre II, la saisine d'office est beaucoup plus fréquente qu'autrefois et tend à se substituer à la saisine par le ministre.

Saisi d'une QPC par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions relatives à la composition, aux règles de délibération et aux modalités de saisine de l'Autorité respectaient les principes d'indépendance et d'impartialité posés par l'article 16 de la Déclaration de 1789. Ces dispositions n'opèrent pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les fonctions de jugement au sein de l'Autorité ⁹⁵⁸.

836. Selon l'article L. 462-7 du Code de commerce, l'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. Si la pratique anticoncurrentielle est continue, comme dans le cas d'un cartel de longue durée, le délai ne commence à courir qu'à compter de la cessation de la pratique ⁹⁵⁹. Ce *délai de prescription* de cinq ans est très important dans la pratique. Mais il est parfois difficile de savoir quels sont les actes interruptifs de la prescription. Une demande d'audition par un rapporteur est un acte interruptif, de même que la saisine de l'Autorité de la concurrence. En revanche la désignation d'un rapporteur n'interrompt pas la prescription ⁹⁶⁰. L'interruption de la prescription produit effet à l'égard de toutes les parties qui sont impliquées dans la procédure, même de celles qui n'ont pas été entendues dans le cadre de l'instruction ⁹⁶¹.

L'ordonnance du 13 novembre 2008 a ajouté à l'article L. 462-7 une disposition favorable aux auteurs de pratiques anticoncurrentielles. En tout état de cause, la prescription est désormais acquise dix ans après la cessation de la pratique, si l'Autorité de la concurrence n'a pas statué sur celle-ci.

2 - L'instruction par l'Autorité de la concurrence

837. Elle comprend deux phases. : l'enquête et les investigations du rapporteur, séparées par la notification des griefs.

a) L'enquête préalable

Art. L. 461-4 C. com. L'Autorité de la concurrence dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collège.

Ces services procèdent aux investigations nécessaires à l'application des titres II et III du présent livre.

838. L'enquête préalable n'est plus l'œuvre des services de la DGCCRF. Son exercice est désormais transféré à l'Autorité de la concurrence, à laquelle ont été rattachés les enquêteurs qui dépendaient du ministre de l'Économie.

Art. L. 450-1-I, al. 1^{er}, C. com. Les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions des titres II et III du présent livre.

Néanmoins, il n'est pas impossible que les services de la DGCCRF continuent à diligenter certaines enquêtes au niveau national ou européen (*supra*, n° 832, à propos de la saisine par le ministre). Mais en tout état de cause le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence devra en être informé et pourra en prendre la direction (art. L. 450-5).

Le rapporteur général désigne pour l'examen de chaque affaire un ou plusieurs rapporteurs (L. 450-6).

En réaction contre l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945, qui accordait des prérogatives exorbitantes aux agents de l'administration, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a voulu mieux protéger la liberté individuelle. Le titre cinquième du livre IV du Code de commerce est entièrement consacré aux pouvoirs d'enquête, qui sont encadrés par des règles strictes. L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 et la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ont encore renforcé les garanties des entreprises dans le cas des perquisitions et saisies ⁹⁶².

839. Les deux dispositions fondamentales sont les articles L. 450-3 et L. 450-4 du Code de commerce. Ces dispositions n'instituent pas deux types d'enquête, comme les commentateurs le soutiennent parfois ⁹⁶³, mais concernent respectivement *l'étendue des pouvoirs des enquêteurs*, d'une part, et *les modalités de l'enquête*, d'autre part.

L'article L. 450-3 donne aux enquêteurs *les pouvoirs les plus étendus* : accéder à tous locaux à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. Ils peuvent demander la désignation d'un expert ⁹⁶⁴.

L'article L. 450-4, beaucoup plus long, concerne *les modalités d'exercice des pouvoirs* décrits à l'article L. 450-3. Lorsqu'elle nécessite une visite des locaux professionnels et une saisie des éléments de preuve, l'enquête obéit à des règles strictes, édictées pour la protection de la liberté individuelle. Il faut tout d'abord que l'enquête soit demandée par le rapporteur général l'Autorité de la concurrence, par la Commission européenne ⁹⁶⁵, ou par le ministre de l'Économie. Les agents habilités ne peuvent donc pas intervenir de leur propre chef. Il faut ensuite que la visite et la saisie soient autorisées par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance, statuant par voie d'ordonnance.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation exige que l'exercice des droits de la défense soit respectée dès le stade de l'enquête préalable des agents de l'Autorité de la concurrence ⁹⁶⁶.

L'article L. 450-4 décrit de façon précise les diverses mesures protectrices de la liberté individuelle ⁹⁶⁷. 1) Le juge doit vérifier que la demande qui lui est présentée est fondée. La Cour de cassation exige que l'ordonnance du président soit motivée avec précision et elle contrôle cette motivation ⁹⁶⁸. L'ordonnance doit relater, au moins succinctement, les éléments d'information présentés par le rapporteur et qui permettent de présumer l'infraction motivant la visite. 2) La visite et la saisie demeurent sous l'autorité du juge qui les a autorisées. Celui-ci désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister aux opérations et de le tenir informé. Il peut lui-même se rendre sur place. Il peut enfin à tout moment décider la suspension ou l'arrêt de la visite. 3) L'ordonnance du juge des libertés et de la détention est notifiée à l'occupant des lieux ou à son représentant. L'ordonnance peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel, dans les dix jours suivant la notification ⁹⁶⁹. 4) La visite ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures. Elle a lieu en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. Désormais, l'occupant des lieux ou son représentant peuvent faire appel à un avocat qui les assistera. 5) Le déroulement des opérations de visite et de saisie, s'il donne lieu à contestation, peut faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel. Compte tenu de l'existence de cette voie de recours, la régularité des opérations de saisie ne peut être contestée ni devant l'Autorité de la concurrence, ni devant la Cour d'appel de Paris saisie d'un recours contre une décision de celle-ci ⁹⁷⁰.

La saisie des fichiers informatiques soulève des difficultés particulières. L'article L 450-3 du Code commerce, modifié par la loi Hamon du 17 mars 2014, dispose que « pour le contrôle des opérations faisant appel à l'informatique, (les enquêteurs) ont accès aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leurs missions ». Cependant les enquêteurs ne peuvent pas matériellement passer en revue sur place toutes les données afin de distinguer celles qui se rapportent aux agissements incriminés et celles qui leur sont étrangères. La chambre criminelle de la Cour de cassation a validé la saisie *globale*, c'est-à-dire la saisie de l'intégralité de disques durs ou de messagerie informatiques, lorsque les données ne sont pas divisibles et ne sont pas étrangères à l'objet de la perquisition ⁹⁷¹.

Bien que l'article L 450-4 ne le précise pas, l'avocat de l'entreprise qui fait l'objet de la perquisition est en droit de prendre connaissance des pièces et des documents avant leur saisie ⁹⁷².

840. Cela dit, toutes les enquêtes ne sont pas nécessairement soumises aux formes de l'article L. 450-4. Celles-ci ne s'imposent que lorsque l'occupant des lieux s'oppose à la visite ou à la saisie des documents. Les règles protectrices de l'article L. 450-4 accompagnent donc uniquement les enquêtes effectuées par surprise ou sous la contrainte. Si au contraire la personne chez laquelle il est enquêté accepte librement la visite, remet spontanément les pièces qui lui sont réclamées et répond aux demandes de renseignements, il n'y a pas lieu de recourir aux formes de l'article L. 450-4. C'est en ce sens que l'on peut parler d'une *enquête légère* ou d'une *enquête simple*, par rapport à l'enquête lourde, soumise aux formalités de l'article L. 450-4 ⁹⁷³. En fait les enquêtes lourdes sont l'exception et sont relativement rares. La plupart du temps les représentants de l'entreprise préfèrent collaborer à

l'enquête.

b) L'instruction contradictoire

841. La *deuxième phase* commence avec ce que l'on appelle la **notification des griefs**. Il s'agit d'un document écrit, par lequel le rapporteur général fait savoir aux intéressés quelles sont, sur la base des faits relevés, les pratiques anticoncurrentielles qui leur sont reprochées. La notification des griefs est également communiquée au commissaire du gouvernement (art. L. 463-2 C. com.).

À partir de ce moment ⁹⁷⁴, la procédure devient contradictoire. Cela signifie que les *intéressés* ⁹⁷⁵ ne pourront être condamnés que sur la base des faits et des qualifications qu'ils ont été en mesure de discuter, à tous les stades de la procédure faisant suite à la notification des griefs. Cela signifie aussi que tous les arguments doivent être échangés entre les *parties*, le commissaire du gouvernement et les ministres intéressés.

À partir de la notification des griefs, les intéressés peuvent consulter le dossier.

842. Les parties ont un délai de deux mois pour présenter leurs observations écrites. Il en est de même du commissaire du gouvernement.

Puis le rapporteur rédige son rapport, dans lequel il fait valoir son point de vue définitif, suite aux observations qu'il a reçues. Le rapport comporte en annexe la notification des griefs, les observations des intéressés et du commissaire du gouvernement et la copie des procès-verbaux et des pièces du dossier qui établissent la matérialité des faits, comme des lettres, des factures, des extraits de presse.

Le rapport est notifié aux parties, au commissaire du gouvernement et aux ministres intéressés.

Les parties ont un nouveau délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse.

Les parties, le commissaire du gouvernement et les ministres intéressés peuvent consulter les mémoires en réponse, au siège de l'Autorité de la concurrence, dans les quinze jours qui précèdent la séance.

Une *procédure simplifiée* permet, sur décision du rapporteur général, lors de la notification des griefs, de traiter l'affaire sans établissement d'un rapport (art. L. 463-3). Les sanctions prononcées par la Commission permanente ne peuvent alors excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs des pratiques prohibées (art. L. 464-5).

3 - La séance du Collège de l'Autorité de la concurrence

843. La séance du Collège est la phase des débats oraux. L'audience n'est pas publique (L. 463-7).

Il a été soutenu que le fait que la procédure ne soit pas publique était contraire à l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais l'argument a été écarté par la Cour de cassation qui s'est appuyée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les autorités administratives, telles que l'Autorité de la concurrence, ne sont pas astreintes au respect de toutes les prescriptions de l'article 6-1 de la Convention, dès lors que leurs décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel devant un tribunal offrant toutes les garanties requises par ledit article 6-1 (en matière de concurrence, la cour d'appel de Paris).

Les parties comparaissent devant la formation du collège compétente. Selon l'importance de l'affaire il s'agit de la formation plénière, de l'une des sections ou de la commission permanente ⁹⁷⁶. Les parties, c'est-à-dire, on l'a vu, les personnes poursuivies et les personnes et organismes saisissants, peuvent comparaître soit en personne (les personnes morales étant représentées par leurs dirigeants), soit par l'intermédiaire d'un avocat. Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du gouvernement sont présents, ainsi que toute personne que le Collège juge bon d'entendre. Les parties et le commissaire du gouvernement font valoir oralement leurs arguments. Le rapporteur et le rapporteur général présentent leurs observations.

844. À la suite de l'audience, l'Autorité délibère et prend sa décision.

L'article 25, *in fine* de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoyait que le rapporteur général et le rapporteur *assistaient au délibéré, sans voie délibérative*. Cette disposition a été souvent critiquée comme contraire à l'égalité des armes et il a été soutenu

qu'elle était contraire à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La cour d'appel de Paris avait tout d'abord estimé que la présence du rapporteur général et du rapporteur n'entachait pas la décision de nullité, dès lors qu'il existait un recours devant une juridiction remplissant toutes les conditions de protection édictées par la Convention ⁹⁷⁷. Puis, revenant sur sa jurisprudence, elle a jugé que la présence des rapporteurs au délibéré était contraire à l'article 6-1 de la Convention et qu'elle entraînait la nullité de la décision du Conseil ⁹⁷⁸. La chambre commerciale de la Cour de cassation a mis fin à la discussion en décidant qu'il convenait effectivement de faire application des principes posés par l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde ⁹⁷⁹. Selon une formulation compliquée, l'article L. 463-7 dispose dorénavant que le rapporteur général et le rapporteur assistent au délibéré sans voix délibérative *sauf lorsque l'Autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L. 462-5*.

C Les décisions prises par l'Autorité de la concurrence

845. Les décisions prises par l'Autorité de la concurrence sont de plusieurs sortes ⁹⁸⁰.

1 - Décisions d'irrecevabilité ou de rejet de la saisine

846. Deux types de décisions, prévues par l'article L. 462-8, peuvent intervenir au début ou au cours de la phase d'instruction.

En cas de saisine par une entreprise, l'Autorité peut tout d'abord être amenée à prononcer une *décision d'irrecevabilité* de la saisine. Tel est le cas, selon l'article L. 462-8 du Code de commerce, lorsqu'elle s'estime incompétente ou lorsque la prescription est acquise.

L'Autorité peut aussi prendre une *décision de rejet* de la saisine lorsque les faits invoqués à l'appui de celle-ci ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants. L'auteur de la saisine est convoqué et l'irrecevabilité ou le rejet est décidé par l'une des formations du collège.

Elle peut aussi prendre une décision de rejet lorsque, par l'intermédiaire du réseau des autorités nationales de concurrence de l'Union européenne, elle est informée qu'une autre autorité nationale d'un État membre traite des mêmes faits au titre des articles 101 ou 102 TFUE ou les a déjà traités.

Le Conseil peut également prendre une décision de *sursis à statuer* et ordonner un supplément d'information, voire la notification de nouveaux griefs.

2 - Décision ordonnant des mesures conservatoires

847. L'Autorité de la concurrence peut être amenée à prononcer des *mesures conservatoires* qui sont demandées par la partie saisissante. Ici encore, il se prononce après un débat contradictoire. Selon l'alinéa 2 de l'article L. 464-1 « Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante ».

3 - Décisions définitives

848. Les décisions *définitives* sont soit des décisions constatant l'absence d'infraction, soit des décisions de condamnation.

Dans tous les cas de saisine, le rapporteur peut acquérir, au cours de l'instruction, la conviction que l'infraction n'est pas constituée. Après un débat contradictoire, l'Autorité de la concurrence peut alors, en formation collégiale, décider *qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure* ⁹⁸¹ (art. L. 464-6 C. com.). Tel est en particulier le cas lorsque l'entente est considérée comme d'importance mineure (*supra*, n° 778).

Lorsque l'Autorité entre en condamnation, l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit trois

sortes de sanctions :

- l'injonction, c'est-à-dire l'ordre de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles et d'exécuter les mesures précisées par la décision, par exemple la modification des clauses d'un contrat ;
- la sanction pécuniaire ;
- la publication de la décision dans les journaux et publications désignés par l'Autorité.

Les décisions sont publiées. L'article D. 464-8-1 du Code de commerce précise que les décisions sont publiées sur le site internet de l'Autorité ⁹⁸².

849. La loi NRE du 15 mai 2001 a considérablement renforcé les sanctions pécuniaires. Pour une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 10 % du chiffre d'affaires ⁹⁸³. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros.

Les sanctions pécuniaires appellent trois remarques.

1) Le Conseil de la concurrence n'a pas hésité par le passé à prononcer des sanctions d'un montant élevé, en cas de violations graves et répétées des articles L. 420-1 et L. 420-2. Par exemple, 148 millions à la charge de l'un des majors de la profession, dans une affaire d'ententes dans le secteur du génie civil ⁹⁸⁴ et un total de 534 millions d'euros frappant les trois opérateurs de téléphonie mobile ⁹⁸⁵. Ce sont évidemment des exemples extrêmes. Mais dans beaucoup d'affaires, les sanctions atteignent plusieurs dizaines de milliers d'euros. L'Autorité de la concurrence adopte la même politique de rigueur. Il faut ajouter que le maximum légal est doublé en cas de récidive dans les deux années suivant la première condamnation (art. L. 470-3).

2) L'Autorité de la concurrence est en contrepartie tenue de motiver soigneusement sa décision. L'article L. 464-2-I du Code de commerce énumère les quatre facteurs qui doivent être pris en considération pour le calcul de la sanction : la sanction pécuniaire doit être proportionnée à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie ⁹⁸⁶, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient ⁹⁸⁷ et aux faits de récidive. L'Autorité de la concurrence a d'ailleurs publié, le 16 mai 2011, un communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires en cas d'infraction aux règles de concurrence. Afin d'assurer une plus grande transparence le communiqué informe les entreprises intéressées sur la méthode que l'Autorité suit au cas par cas pour fixer le montant des sanctions quand elle décide d'en imposer.

3) Il faut remarquer enfin que l'Autorité de la concurrence, n'a pas compétence pour se prononcer sur les conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielle. Elle ne peut ni déclarer la nullité d'un accord, ni allouer des dommages et intérêts ⁹⁸⁸.

4 - Les procédures alternatives de restauration de la concurrence

850. S'inspirant des récentes évolutions du droit européen de la concurrence, le législateur français a introduit dans le droit interne des procédures particulières qui prennent en compte la collaboration active des entreprises suspectées d'une pratique d'entente ou d'abus de position dominante. En s'assurant du concours volontaire des entreprises, l'autorité de concurrence cherche à renforcer l'efficacité de son action ⁹⁸⁹.

À cette fin, la loi NRE du 15 mai 2001, l'ordonnance du 4 novembre 2004 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 ont progressivement enrichi l'article L. 464-2 du Code de commerce. Celui-ci offre désormais aux entreprises trois possibilités de réduction de la sanction qui les menace : la non-contestation des griefs, la déclaration d'engagements et la procédure de clémence.

a) Procédure de non contestation des griefs

851. Cette procédure, qui est prévue au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, ne s'ouvre qu'après la notification des griefs aux intéressés par le rapporteur général ⁹⁹⁰. Si l'entreprise ne conteste pas la réalité des griefs, c'est-à-dire la réalité des pratiques anticoncurrentielles qui lui sont reprochées, le montant maximum de la sanction est réduit de la moitié. Si en outre l'entreprise s'engage à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de réduire le montant de la sanction.

La non-contestation des griefs, appelée aussi parfois « procédure de transaction », permet d'accélérer le cours de la procédure. Une négociation s'engage entre l'entreprise et le rapporteur général sur le contenu des engagements et le taux de réduction de l'amende. Si le rapporteur général donne son accord il en est dressé procès-verbal. La procédure se poursuit mais sans établissement d'un rapport. L'Autorité n'est pas liée par les termes du procès-verbal. Dans la limite de la moitié du maximum, elle applique le taux de réfaction qu'elle retient. Le non-respect des engagements donne lieu à une nouvelle sanction.

b) Procédure d'engagements

Art. L. 464-2-I, al. 1, C. com. L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5.

852. L'ordonnance du 4 novembre 2004 avait donné au Conseil de la concurrence le pouvoir d'accepter, de façon générale, les engagements proposés par les entreprises poursuivies afin de restaurer la concurrence. Cette procédure, qui est prévue au I de l'article L. 464-2, a été conservée par l'ordonnance du 13 novembre 2008. Elle fait également l'objet d'un communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 ⁹⁹¹. La procédure d'engagements n'est pas subordonnée à une reconnaissance des griefs. Elle se situe nécessairement *avant* la notification des griefs par le rapporteur général. La procédure d'engagements a pour but d'accélérer la résolution des affaires en privilégiant le rétablissement volontaire de la concurrence. Elle suppose par conséquent que soit établie l'existence d'une situation susceptible de porter atteinte à la concurrence. L'Autorité est juge de l'opportunité de faire usage de la procédure d'engagements. La procédure débouche sur une décision de classement qui met fin aux poursuites mais formalise les engagements.

La procédure est décrite par l'article R. 464-2 du Code de commerce ⁹⁹². L'entreprise qui envisage de prendre des engagements prend contact, de façon informelle avec le rapporteur. Le rapporteur procède à une « évaluation préliminaire » des pratiques en cause, qui identifie les problèmes de concurrence. L'évaluation préliminaire n'est pas un acte d'accusation et n'a pas pour objet, comme la notification des griefs, de qualifier juridiquement les pratiques constatées. L'évaluation préliminaire est adressée aux parties et au commissaire du gouvernement. L'entreprise dispose d'un délai, fixé par le rapporteur, qui ne peut être inférieur à un mois, pour faire connaître sa proposition d'engagements. À la réception des engagements, le rapporteur général en communique le contenu aux autres parties et au commissaire du gouvernement. Il les publie, afin que soient recueillies les observations des tiers. Cette phase de la procédure est appelée *test de marché*. Après un nouveau délai, a lieu la séance de l'Autorité de la concurrence. Celle-ci, en formation collégiale, entend les diverses observations et évalue les engagements, dont elle peut demander une nouvelle version. L'acceptation des engagements par l'Autorité met fin à la procédure. La décision ne comporte aucun constat d'infraction ni de culpabilité des entreprises en cause. Cependant elle rend les engagements obligatoires et leur non-respect est sanctionné comme une pratique anticoncurrentielle.

853. Très souvent, les engagements portent sur le comportement unilatéral d'une entreprise en position dominante. Par exemple, la cession d'une licence d'exploitation pour l'accès à une ressource rare ⁹⁹³ ou la suppression d'une clause de couplage obligatoire entre des prestations confiées par des titulaires de droits de propriété littéraire et artistique à une société de gestion collective de droits d'auteurs ⁹⁹⁴.

854. Les entreprises adoptent volontiers des *programmes de conformité*, dans lesquels elles

prennent des mesures internes à l'entreprise assurant le respect des règles de concurrence. L'Autorité de la concurrence les encourage à adopter de tels programmes, mais le fait d'en avoir adopté ne constitue pas une circonstance atténuante en cas d'infraction ⁹⁹⁵.

c) Procédure de clémence

Art. L. 464-2-IV, 1^{re} phrase, C. com. Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement.

855. Depuis une dizaine d'années, les autorités de la concurrence ont décidé d'intensifier leur lutte contre les ententes horizontales de prix et de quotas, souvent de caractère international et de longue durée, que l'on désigne sous le nom de *cartels*. Parallèlement, les entreprises, conscientes de la gravité des sanctions encourues, prennent de plus en plus de précautions pour dissimuler les preuves de ce type d'ententes. Les procédures de clémence ont pour but à la fois de faciliter la preuve des cartels, en incitant à la dénonciation, et de déstabiliser leurs membres, qui ne peuvent plus compter de façon certaine sur le caractère secret des accords.

Les programmes de clémence se sont d'abord développés aux États-Unis puis en Europe à l'instigation de la Commission européenne. En France, la procédure de clémence a d'abord été introduite par la loi NRE du 15 mai 2001. Le dispositif a été remanié dans le sens d'une plus grande efficacité par l'ordonnance du 4 novembre 2004, qui a modifié en profondeur le IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce. À l'image du programme communautaire de clémence, le droit français a cherché à accroître son efficacité. D'une part, il a prévu une exonération totale de l'amende. D'autre part, il a accru la prévisibilité de l'exonération en lui conférant un caractère quasi automatique. Les détails de la procédure sont précisés par l'article R. 464-5 du Code de commerce ⁹⁹⁶. L'ensemble des conditions de la clémence totale ou partielle ainsi que la procédure d'obtention sont reprises par le *communiqué de procédure* de l'autorité de la concurrence du 2 mars 2009 ⁹⁹⁷.

856. La procédure de clémence a un champ d'application relativement large, puisqu'elle peut jouer théoriquement dans tous les cas d'ententes prohibées par l'article L. 420-1. En pratique, le Conseil de la concurrence n'a accordé la clémence que dans le cas des cartels injustifiables.

La clémence n'obéit pas aux mêmes conditions selon que l'Autorité de concurrence ne dispose pas encore ou dispose déjà d'informations sur l'existence de l'entente.

Lorsque le rapporteur général ne possède aucune information sur l'entente, le demandeur qui révèle l'existence de celle-ci peut obtenir automatiquement une immunité totale de sanction.

L'Autorité de la concurrence exige pour cela que six conditions soient réunies :

- le demandeur de clémence est le premier à informer l'Autorité de concurrence ;
- il apporte des informations nouvelles démontrant l'existence de la pratique et permettant d'en identifier les auteurs ;
- il ne doit pas avoir contraint d'autres entreprises à participer à l'infraction ;
- il doit cesser sa participation à l'infraction ;
- il doit apporter à l'Autorité de la concurrence une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure ;
- il ne doit pas avoir informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause.

Lorsque l'Autorité de concurrence possède déjà des informations sur l'entente mais qui ne permettent pas d'établir l'existence d'une infraction, les informations apportées doivent permettre à elles seules d'établir l'existence de l'infraction. Le demandeur peut alors prétendre à une immunité totale.

Lorsque le demandeur apporte des informations qui ne suffisent pas à démontrer l'existence de la pratique, il peut obtenir une réduction partielle de l'amende. Le demandeur doit fournir des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en sa possession.

857. Les détails de la procédure sont précisés par les articles L. 464-2 et R. 464-5 du Code de commerce et par le communiqué de procédure du 2 mars 2009. Le demandeur s'adresse d'abord au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence soit par écrit, soit oralement. En pratique, les entreprises préfèrent la communication orale qui préserve davantage la confidentialité de leur démarche. La communication est généralement l'occasion de contacts préliminaires et informels entre le demandeur et l'autorité de concurrence. Si la démarche se précise, la demande est enregistrée avec la date de la démarche. En effet, de cette date dépendent les conditions de la clémence. Après une phase d'instruction, qui peut être entièrement orale, le rapporteur auprès de l'Autorité de la concurrence rédige un rapport proposant l'exonération de sanction et ses conditions. Le demandeur est convoqué à une séance de l'Autorité. Celle-ci rend soit un *avis de clémence*, soit un avis négatif. L'avis de clémence constate que les conditions requises, qu'il peut préciser, sont remplies. Dans le cas d'une demande d'immunité, celle-ci est accordée automatiquement par l'Autorité. L'Autorité de la concurrence peut aussitôt se saisir d'office afin de mettre en mouvement la procédure ordinaire. En pratique, toute cette première phase de la procédure peut être très rapide et ne prendre que quelques jours.

La Commission européenne a édicté des règles particulières assurant la protection des entreprises demandant la clémence, dans le cadre de la coopération au sein du réseau européen des autorités ⁹⁹⁸.

D Les voies de recours

Art. L. 464-8, al. 1^{er}, C. com. Les décisions de l'Autorité de la concurrence mentionnées aux articles L. 462-8, L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5, L. 464-6 et L. 464-6-1 sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie, qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris ⁹⁹⁹.

858. La question de la compétence de la cour d'appel de Paris a été vivement discutée. Avant 1986, les recours contre les décisions prises par le ministre de l'Économie en matière d'ententes et d'abus de position dominante étaient naturellement portés devant le Conseil d'État statuant au contentieux. En 1986, les partisans de la solution traditionnelle ont fait valoir, non sans raison, que le Conseil de la concurrence ne faisait que prendre la place du ministre, qu'il était comme lui une autorité administrative et qu'il n'y avait aucune raison d'écarter la compétence de la juridiction administrative.

Deux arguments cependant militaient en faveur de la reconnaissance de la compétence de la juridiction judiciaire. En premier lieu, il fallait bien admettre que l'ordonnance rompait avec le régime de l'économie administrée. Le droit de la concurrence devenait désormais le cadre de l'activité privée des entreprises. Le contrôle de son application devait revenir à l'autorité judiciaire. En second lieu, l'on pouvait faire valoir un argument de technique juridique : la nécessité d'unifier le

contentieux de la concurrence.

859. En effet, les juridictions civiles et commerciales sont amenées à statuer sur les demandes en nullité des accords restrictifs de concurrence et sur les demandes en dommages et intérêts tendant à réparer le préjudice subi par la victime d'une entente ou d'un abus de position dominante. Ce contentieux des conséquences civiles de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante relève, de toute manière, de la compétence des tribunaux judiciaires et, en dernier ressort, de la compétence de la Cour de cassation. En attribuant au Conseil d'État la compétence pour statuer sur les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence, l'on prenait le risque de voir naître des conflits de jurisprudence, puisque la Cour de cassation, d'une part, et le Conseil d'État, d'autre part, pouvaient se livrer à des interprétations différentes des articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce.

Cependant, les partisans de la compétence du Conseil d'État l'emportèrent et, dans sa version originale, l'ordonnance reprenait la solution traditionnelle. Mais, le 20 décembre 1986, le Parlement votait une loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence. La loi fut annulée par le Conseil constitutionnel le 23 janvier 1987 ¹⁰⁰⁰. Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas jugé que le transfert du contentieux fut en lui-même contraire à la Constitution. Il a seulement reproché à la loi du 20 décembre de ne pas avoir prévu, en cas de recours, un sursis à exécution de la décision du Conseil de la concurrence. Cette lacune privait les justiciables d'une garantie essentielle.

Finalement, la loi du 6 juillet 1987 a de nouveau consacré le transfert du contentieux à la juridiction judiciaire, en prenant soin, cette fois, d'aménager le sursis à exécution ¹⁰⁰¹ (art. L. 464-7, al. 2, C. com.).

Sur plusieurs points, les règles de la procédure devant la cour d'appel de Paris dérogent aux dispositions du Code de procédure civile. Elles suivent alors les dispositions des articles R. 464-10 et suivants du Code de commerce. C'est ainsi que l'Autorité de la concurrence est partie à l'instance devant la cour d'appel ¹⁰⁰².

Les arrêts de la cour d'appel de Paris peuvent être frappés d'un pourvoi en cassation, dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'arrêt. Le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité ¹⁰⁰³. Le pourvoi est généralement jugé par devant la chambre commerciale de la Cour de cassation.

860. L'attribution de la compétence à la Cour d'appel de Paris est cependant limitée au seul contentieux relatif aux décisions de l'Autorité de la concurrence. Le juge administratif est seul compétent pour statuer sur la responsabilité d'une personne publique, même lorsque le dommage résulte d'une activité de production, de distribution ou de services exercée par celle-ci ¹⁰⁰⁴.

Exemple. Un établissement public organise une exposition publique d'œuvres d'art renommées, dont il est propriétaire. Puis l'établissement public décide de vendre certaines de ces œuvres et il en confie la vente à un galeriste privé. Un galeriste concurrent reproche à l'établissement public d'avoir faussé le jeu de la concurrence et il l'assigne en réparation du dommage causé. Seul le juge administratif sera compétent pour statuer sur la responsabilité de l'établissement public.

De même, les recours contre les décisions du Rapporteur général refusant la protection du secret des affaires (art. 1. 463-4 C. com.) ressortissent à la compétence la juridiction administrative, plus précisément du Conseil d'État ¹⁰⁰⁵

E Les décisions du ministre concernant les pratiques anticoncurrentielles affectant un marché de dimension locale

861. En dépit des réticences du Conseil de la concurrence et d'une grande partie de la doctrine,

l'ordonnance du 13 novembre 2008 a confié au ministre de l'Économie un pouvoir d'instruction, d'injonction et de transaction à l'égard des pratiques d'importance locale, appelées parfois les « micro-PAC » ¹⁰⁰⁶. L'article L. 464-9 du Code de commerce est consacré à cette question.

Les pratiques visées sont les ententes, les abus de position dominante, les abus de dépendance économiques et les pratiques de prix abusivement bas qui affectent un marché de dimension locale. Il faut entendre par là un marché géographique inférieur à la dimension nationale.

En outre, les pratiques ne doivent pas :

— relever de l'application des articles 101 et 102 TFUE ;

— dépasser un certain seuil exprimé en chiffre d'affaires : aucune des entreprises ne doit avoir réalisé en France un chiffre d'affaires annuel de plus de 50 millions d'euros et leurs chiffres d'affaires cumulés ne doivent pas dépasser 200 millions d'euros ¹⁰⁰⁷ ;

— avoir fait l'objet d'une saisine de l'Autorité de la concurrence.

862. Nous avons vu que le ministre peut faire procéder à des enquêtes par les fonctionnaires de la DGCCRF. À l'issue de l'instruction, il peut enjoindre aux entreprises de mettre fin aux pratiques constatées. Il peut également proposer une transaction aux entreprises. Le montant doit être inférieur à la fois à 150 000 euros ou à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France. L'exécution de l'injonction et l'acceptation de la transaction font obstacle à la saisine de l'Autorité de la concurrence. Mais celle-ci est tenue informée de la transaction.

En cas de refus de l'entreprise de transiger ou d'inexécution de l'injonction, le ministre saisit l'Autorité de la concurrence.

§ 2. La mise en œuvre par les juridictions ordinaires

A La répression pénale des pratiques anticoncurrentielles

Art. L. 420-6, al. 1^{er}, C. com. Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2.

863. Avant 1986, sous l'empire des deux ordonnances du 30 juin 1945, toute infraction à l'interdiction des ententes et des abus de position dominante était en principe pénalement réprimée, sous la qualification de pratique assimilée à la pratique de prix illicite. Le champ de l'incrimination était très large. La preuve de l'intention délictueuse n'était même pas exigée. En outre, il ne faut pas oublier que l'article 419 du Code pénal était resté en vigueur, qui permettait de poursuivre les auteurs d'ententes qui recherchaient un profit anormal. Mais si les textes étaient sévères, ils étaient en pratique rarement appliqués.

L'ordonnance de 1986 a largement *dépénalisé* la matière. Les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence remplacent les sanctions pénales. Cependant les rédacteurs de l'ordonnance ont tenu à conserver une incrimination pénale spéciale, dont les contours sont étroitement délimités. Tel est l'objet de l'article L. 420-6, alinéa 1^{er} du Code de commerce ¹⁰⁰⁸.

864. Les éléments constitutifs de l'infraction sont au nombre de quatre.

1) Elle doit être l'œuvre d'une personne physique.

La loi du 16 décembre 1992, d'introduction du nouveau Code de procédure pénale, avait cru bien faire en introduisant dans

l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 un article 17-1, *nouveau*, qui étendait le domaine de l'infraction de l'ancien article 17 aux personnes morales. Mais il est apparu que les personnes morales étaient déjà exposées aux lourdes sanctions de l'article 13 de l'ordonnance, prononcées par le Conseil de la concurrence. La loi du 1^{er} février 1994 a donc abrogé l'article 17-1, avant même qu'il entre en vigueur.

2) Elle est une pratique anticoncurrentielle d'entente, d'abus de position dominante ou d'abus de dépendance économique. En revanche, la participation à une pratique de prix abusivement bas n'est pas incriminée, peut-être par suite d'une inadvertance du législateur. Il faut d'ailleurs admettre que si l'une des justifications de l'article L. 420-4 est prouvée, l'infraction n'est pas constituée.

3) L'auteur doit avoir pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle. Le dirigeant de l'entreprise n'est donc pas, du seul fait de sa qualité, l'auteur de l'infraction. Le texte écarte toute présomption de culpabilité. En revanche un subordonné peut être responsable pénalement en raison de sa participation personnelle et déterminante à l'infraction.

4) L'acte doit être commis frauduleusement. Le sens de cette condition n'est pas clair. La simple conscience de nuire ne devrait pas suffire. Selon une interprétation stricte, qui s'impose en matière pénale, il faut au moins prouver l'intention de fraude, la *volonté de tromper* les partenaires économiques. Finalement l'on peut se demander si cette condition n'impose pas que soit rapportée la preuve du caractère occulte de la pratique anticoncurrentielle, qui se dissimule sous l'apparence d'un comportement commercial normal.

865. Les poursuites pénales obéissent aux règles de droit commun. L'action publique est mise en mouvement par le ministère public. L'article L. 462-6, alinéa 2, dispose que l'Autorité de la concurrence adresse le dossier au procureur de la République « lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 ». Les victimes peuvent également mettre en mouvement l'action publique, dans les conditions du droit commun ¹⁰⁰⁹.

B L'application du droit de la concurrence par les juridictions civiles et commerciales

866. Les litiges relatifs à l'application de l'interdiction des ententes, des abus de domination et de la pratique de prix abusivement bas, ainsi que de l'interdiction communautaire des ententes et des abus de position dominante peuvent être portés devant les tribunaux de grande instance ou les tribunaux de commerce. Cependant l'article L. 420-7 du Code de commerce ¹⁰¹⁰ limite le nombre des juridictions territorialement compétentes. Les articles R. 430-3 et R. 420-4 du Code de commerce attribuent une compétence exclusive à huit tribunaux de grande instance et tribunaux de commerce : les tribunaux de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort de France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes. En appel, une seule juridiction est reconnue compétente : la cour d'appel de Paris.

L'application des règles de concurrence se rencontre à l'occasion de deux types de litiges.

1 - Le contentieux de la validité des actes

867. Une première catégorie de litiges concerne la *validité* des actes juridiques conclus en violation des dispositions des articles précités. Selon l'article L. 420-3, « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 ». Quant à l'article 101 TFUE, il dispose en son paragraphe 2 que « les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit ».

L'exemple le plus simple est évidemment celui d'un contrat constituant une entente interdite, contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce ou à l'article 101, § 1, TFUE. Un tel contrat est nul d'ordre public. En pratique, la nullité atteindra souvent une clause particulière d'un contrat, par exemple une clause d'exclusivité d'approvisionnement. Dans ce cas, la clause est-elle réputée non écrite ou

entraîne-t-elle la nullité du contrat dans son ensemble ? Pour répondre à cette question, l'on appliquera la théorie de la cause : la nullité d'une clause anticoncurrentielle entraîne celle du contrat si, pour les parties, cette clause constituait l'élément déterminant de la conclusion du contrat.

Il se peut aussi que l'acte juridique soit nul parce qu'il constitue un abus de position dominante ou un abus de dépendance économique, contrevenant à l'article L. 420-2 du Code de commerce ou à l'article 102 TFUE.

868. L'on remarquera que l'article L. 420-3 ne vise pas l'article L. 420-5 concernant la pratique de prix abusivement bas. Est-ce à dire que les conventions relatives à des prix abusivement bas échapperaient à la nullité ? La question n'est pas purement théorique. Elle se poserait inévitablement à propos des contrats de vente stipulant un prix qui se révélerait par la suite être abusif. Bien que l'article L. 420-3 ne vise pas expressément l'article L. 420-5, il faut décider, par application de l'article 6 du Code civil, que le contrat de vente serait nul, de nullité absolue, comme contrevenant à une disposition *intéressant l'ordre public*. L'article L. 420-3 ne fait que rappeler une solution qui résulte déjà de l'application des principes généraux.

La nullité étant une nullité absolue, d'ordre public, elle peut être invoquée par tout intéressé et le tribunal doit la soulever d'office. En pratique, les actions en nullité sont peu fréquentes. C'est par la voie de *l'exception de nullité*, en réponse à une demande d'exécution ou de résolution judiciaire d'un contrat et de dommages et intérêts, que la nullité sera invoquée.

L'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour statuer sur la validité civile d'un contrat. Il ne peut que constater l'existence d'une pratique anticoncurrentielle prohibée par l'ordonnance, sans pouvoir en tirer lui-même les conséquences civiles. En application de l'article L. 462-3 du Code de commerce, le tribunal devant lequel la nullité est invoquée a la possibilité de consulter l'Autorité de la concurrence, sans cependant être lié par l'avis délivré par celui-ci.

2 - Le contentieux de la réparation

869. Cette deuxième catégorie de litiges concerne la *responsabilité extracontractuelle* des auteurs de pratiques anticoncurrentielles ¹⁰¹¹. La victime de l'entente ou de l'abus de domination demande alors réparation du préjudice qu'elle subit. Elle demande soit l'allocation de dommages et intérêts, soit l'interdiction de poursuivre la pratique prohibée. L'action est la mise en œuvre du principe de la responsabilité civile, posé par les articles 1382 et 1383 du Code civil. La conclusion ou la mise en œuvre d'une entente, la commission d'un abus de position dominante ou d'un abus de dépendance économique, constitue une faute civile, imputable à la personne morale ou à la personne physique exploitant l'entreprise auteur du comportement anticoncurrentiel ¹⁰¹². Cependant, comme chaque fois qu'il s'agit d'une atteinte à la capacité concurrentielle d'une entreprise, le dommage sera difficile à chiffrer. La vraie sanction se trouve plutôt dans l'interdiction pour l'avenir du comportement anticoncurrentiel, sauf que le tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner la modification d'un contrat ¹⁰¹³. C'est peut-être ce qui explique le nombre relativement limité des actions en responsabilité pour violation des règles de concurrence.

Depuis quelques années, la Commission européenne souhaite voir se développer les actions civiles en dommages et intérêts, à l'image de ce qui se passe aux États-Unis, où ces actions sont très fréquentes, car elle y voit un puissant moyen de lutte contre les ententes injustifiables ¹⁰¹⁴. Elle a notamment recommandé aux États membres de développer la possibilité d'actions collectives en responsabilité ¹⁰¹⁵. Elle a adopté le 26 novembre 2014 la directive n° 2014/104 relative aux actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles. Celle-ci devra être transposée par les États membres avant le 28 décembre 2016. Elle pose le principe du droit à la réparation intégrale. Elle

fixe la production des preuves et les conditions de la responsabilité solidaire des entreprises ayant participé à l'infraction ¹⁰¹⁶.

En France, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite *loi Hamon*) a introduit dans le Code de la consommation, aux articles L 423-2 et s., une « **action de groupe** », qui permet à un groupe de consommateurs d'obtenir la réparation d'un préjudice consécutif au manquement d'un professionnel au droit de la consommation ou de la concurrence ¹⁰¹⁷. L'action, de groupe est portée devant le tribunal de grande instance ¹⁰¹⁸ par une association de consommateurs agréée. Dans son jugement, le tribunal se prononce sur la responsabilité du professionnel et définit le groupe de consommateurs à l'égard desquels cette responsabilité est engagée. Il ordonne les mesures propres à informer les consommateurs pouvant appartenir au groupe et fixe un délai pour y adhérer. L'adhésion au groupe vaut mandat donné à l'association aux fins d'obtenir l'indemnisation. Le professionnel doit indemniser chaque consommateur ayant adhéré au groupe dans les conditions limites et délais fixés par le jugement.

Lorsque l'action de groupe a pour objet la réparation des préjudices résultant d'une pratique anticoncurrentielle, la responsabilité du professionnel ne peut être engagée que si elle est la suite d'une **décision** d'une autorité ou d'une juridiction de concurrence, nationale ou européenne, établissant l'existence de la pratique et contre laquelle toutes les voies de recours sont épuisées (art. L 423-17 *C. consom.*).

On peut craindre que les associations se heurteront à la difficulté de savoir si les recours portent réellement sur l'établissement de la pratique ou sur d'autres questions comme la sanction ou la procédure suivie. De plus, comme les procédures en matière de concurrence, notamment devant les instances européennes, sont parfois très longues, on peut craindre que les entreprises condamnées ne forment des recours très généraux, englobant systématiquement la preuve des pratiques litigieuses, afin de retarder l'exercice de l'action de groupe. Des craintes particulières concernent aussi l'efficacité de la non-contestation des griefs et de la procédure de clémence.

Une question importante est celle de la réparation du préjudice des victimes indirectes, en fait les sous-acquéreurs d'un produit dont le prix a été faussé par une entente entre producteurs. La Cour de cassation admet l'action en réparation intentée par le sous-acquéreur contre les responsables de l'entente à condition qu'il prouve que l'acquéreur intermédiaire a répercuté sur ses clients le prix résultant de l'entente et que le sous-acquéreur ne l'a pas lui-même répercuté sur ses propres clients ¹⁰¹⁹.

870. Une autre question est celle de la transmission à la juridiction civile ou commerciale des actes dressés par l'Autorité de la concurrence à l'occasion des procédures mises en œuvre devant elle, notamment les procédures de clémence.

L'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 a été modifié par la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, afin de déclarer non communicables, à ceux qui en feraient la demande, « les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision ».

Plus précisément, la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 a modifié l'article L. 462-3 du Code de commerce en lui ajoutant un alinéa nouveau : « L'Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction » ¹⁰²⁰.

La mise en œuvre des règles européennes de concurrence

871. Le traité instituant la Communauté européenne n'avait pas organisé la mise en œuvre des articles 81 et 82. L'article 83 confiait ce soin au Conseil, intervenant par voie de règlement.

En 1962, le Conseil avait adopté un premier règlement d'application des articles 81 et 82 du traité ¹⁰²¹. Quarante ans plus tard, ce premier règlement a été abrogé et remplacé par le règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (devenus art. 101 et 102 TFUE) ¹⁰²².

Le règlement 1/2003 est consacré à la *répression* des ententes et des abus de position dominante interdits par les articles 101, § 1, et 102 TFUE. Il convient cependant de rappeler les formes de l'*exemption* des ententes prévue par l'article 101, § 3, TFUE.

§ 1. La répression des ententes et des abus de position dominante

872. Le règlement 1/2003 a conservé une règle qui figurait dans l'ancien règlement 17/62, celle des compétences parallèles. À la compétence de l'autorité communautaire s'ajoute celle des autorités nationales.

A Compétence de l'autorité communautaire

873. Le règlement 1/2003 confie à la Commission européenne le soin de veiller au respect des interdictions des articles 101 et 102 TFUE.

La Commission peut se saisir d'office ou être saisie par une *plainte* d'un État membre ou d'une personne physique ou morale faisant valoir un intérêt légitime. La Commission doit alors procéder à un premier examen de l'affaire. Si elle estime que la plainte présente un intérêt communautaire suffisant ¹⁰²³ et que les faits sont suffisamment étayés, elle décide d'ouvrir la procédure. Dans le cas contraire elle en avise le plaignant, en donnant les motifs de sa décision de rejet.

La Commission dispose de pouvoirs d'enquête étendus. Les fonctionnaires européens peuvent procéder, sur mandat écrit de la Commission, à des auditions et à des perquisitions dans les locaux des entreprises, sur toute l'étendue de l'Union européenne. Mais le règlement 1/2003 prévoit, d'une part, que la Commission mène les enquêtes en liaison avec les autorités compétentes des États membres ¹⁰²⁴ et, d'autre part, que la Commission doit respecter les dispositions nationales relatives à la protection des libertés individuelles ¹⁰²⁵. Ainsi, une perquisition menée en France devra respecter les garanties de l'article L. 450-4 du Code de commerce (*supra*, n° 839).

La procédure est contradictoire : avant toute décision, la Commission doit donner aux entreprises la possibilité de faire valoir leur point de vue et de contester les faits prétendument relevés ainsi que les qualifications retenues. L'entreprise ne peut être condamnée que sur des griefs qui ont été portés à sa connaissance. De même, l'entreprise peut avoir accès au dossier. Le respect des droits de la défense est un droit fondamental, qui fait partie intégrante des principes généraux du droit européen dont la Cour de justice assure l'efficacité ¹⁰²⁶.

874. La Commission peut prendre une décision enjoignant aux entreprises de mettre fin au comportement anticoncurrentiel, de prendre les mesures correctives de nature structurelle ou comportementale qu'elle juge nécessaires ¹⁰²⁷ et dans les cas graves, prononcer une sanction

pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise au cours de l'exercice précédent ¹⁰²⁸. En pratique, la Commission n'hésite pas à prononcer des amendes élevées, parfois de plusieurs millions d'euros, destinées à sanctionner les manquements les plus graves aux articles 101 et 102 TFUE ¹⁰²⁹.

L'amende qui frappe une filiale est imputable, solidairement, à sa société mère lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché et, de ce fait, forme avec la société mère une même entreprise, au sens du droit européen de la concurrence. On peut présumer que la filiale dont le capital est détenu en totalité ou en quasi-totalité par sa société mère ne détermine pas de façon autonome son comportement ¹⁰³⁰.

La Commission peut aussi accepter les engagements proposés par les entreprises incriminées et les déclarer obligatoires. L'acceptation des engagements met fin à la procédure.

La décision est publiée. Un recours, en annulation ou de pleine juridiction, est ouvert devant le Tribunal de première instance de l'Union européenne.

Les affaires sont traitées par la direction de la concurrence de la Commission. Celle-ci dispose de moyens limités et ne peut instruire de façon approfondie que quelques dizaines d'affaires chaque année. C'est pourquoi le règlement 1/2003 reconnaît de larges pouvoirs aux autorités de concurrence des États membres.

B La compétence des autorités et juridictions nationales

875. Les autorités nationales sont compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE. Mais leur compétence n'a pas le même fondement selon qu'il s'agit des autorités spécialisées ou des juridictions ordinaires.

876. Le règlement 1/2003 attribue une compétence particulière aux autorités nationales (les ANC), spécialisées dans le droit de la concurrence (par exemple, en France, l'Autorité de la concurrence et la cour d'appel de Paris) afin d'appliquer l'interdiction des ententes et des abus de position dominante ¹⁰³¹.

Bien plus, l'article 3, § 1^{er}, du règlement 1/2003 *fait obligation aux autorités et juridictions nationales d'appliquer les articles 101 et 102, au besoin d'office*, lorsqu'elles appliquent leur droit national à une entente ou à un abus de position dominante qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

L'autorité nationale procède selon les règles de procédure de son droit interne ¹⁰³². En pratique, l'Autorité de la concurrence applique cumulativement les interdictions du droit interne et les interdictions du droit européen. Ainsi, les entreprises parties à une entente interdite peuvent être poursuivies et condamnées sur la base, à la fois, de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 101, § 1, TFUE.

Le règlement de procédure 1/2003 institue une coopération étroite entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres. Il met en place un réseau des autorités qui permet un échange permanent et complet de toutes les informations en matière de poursuite des ententes et des abus de position dominante ¹⁰³³.

Cependant, la compétence de l'autorité nationale n'est que subsidiaire. Si la Commission européenne décide de son côté d'ouvrir une procédure dans la même affaire, l'autorité nationale doit interrompre ses poursuites. Lorsque plusieurs autorités nationales sont saisies d'une plainte au titre de l'article 101 ou de l'article 102 à propos d'un même accord ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant de rejet de la plainte.

Enfin, pour éviter des contradictions de décisions, l'article 3 du règlement 1/2003 prévoit expressément que l'application du droit

national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'une entente qui, soit ne fausse pas la concurrence, au sens de l'article 101, § 1, TFUE, soit bénéficie d'une exemption, individuelle ou par catégorie, fondée sur l'article 101, § 3.

877. Les juridictions civiles et commerciales sont également compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE dans le cadre des litiges privés dont elles sont saisies. La juridiction nationale est alors compétente en vertu de *l'effet direct* du droit de l'Union. Par leur effet direct, les articles 101 et 102 créent en effet des droits au profit des particuliers, que ceux-ci peuvent faire valoir devant les juridictions ordinaires (*supra*, n° 46). Cette compétence est d'ailleurs confirmée par l'article 6 du règlement 1/2003. Sur la base des interdictions édictées par les articles 101 et 102 TFUE, le tribunal peut constater la nullité d'un acte juridique ou retenir la responsabilité civile de l'entreprise auteur d'un comportement anticoncurrentiel ¹⁰³⁴. L'article 15 du règlement 1/2003 institue une coopération entre la Commission et les juridictions des États membres ¹⁰³⁵.

§ 2. L'exemption des ententes compatibles avec le marché intérieur

878. Les ententes qui remplissent les conditions posées par l'article 101, § 3, peuvent bénéficier d'une exemption ¹⁰³⁶. Il existe deux procédures d'exemption : la procédure de l'exemption individuelle et la procédure de l'exemption collective, dite encore par catégorie.

A L'exemption individuelle

879. Dans le système retenu par le règlement 17/62 de 1962, la procédure communautaire de l'exemption individuelle différait radicalement du système français. Elle était en effet fondée sur le principe de la *notification obligatoire* des ententes.

Le régime communautaire se caractérisait alors par trois traits essentiels.

1) Le règlement 17/62 attribuait à la Commission européenne une *compétence exclusive* pour accorder les exemptions. *A contrario*, les autorités et juridictions nationales n'étaient jamais compétentes pour accorder une exemption sur la base de l'article 81, § 3 du traité (devenu art. 101, § 3, TFUE). On aboutissait à cette conséquence qu'une autorité ou une juridiction nationale était obligée de condamner une entente, si elle constatait que les conditions de l'article 81, § 1, étaient remplies, alors même qu'il apparaissait que l'entente satisfaisait aux critères posés par l'article 81, § 3.

2) Les entreprises qui désiraient obtenir une exemption individuelle devaient procéder à la notification de leur entente. La notification était faite sur un formulaire spécial adressé à la Commission. La notification était la condition préalable et nécessaire de l'exemption.

3) Tant que l'exemption n'avait pas été accordée, par une décision formelle de la Commission, l'entente était réputée illicite et nulle de plein droit. Au fil du temps, la procédure d'exemption avait été jugée trop lourde par la Commission elle-même et une réforme du système communautaire était envisagée ¹⁰³⁷.

880. Le règlement 1/2003 remplace aujourd'hui le système de la notification des ententes par le système dit de l'« **exception légale** ». L'article 1^{er} du règlement dispose que les accords, décisions et pratiques concertées visées à l'article 101, § 1, TFUE qui remplissent les conditions de l'article 101, § 3, « ne sont pas interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet ». Il en résulte que toute autorité ou toute juridiction compétente pour appliquer l'interdiction édictée au paragraphe 1^{er} de l'article 101 TFUE, l'est aussi pour accorder l'exemption sur la base du paragraphe 3. Le système européen de l'exemption individuelle est donc identique à celui du droit interne.

B L'exemption par catégorie

881. L'exemption par catégorie résulte d'un règlement pris par la Commission, sur habilitation du

Conseil. Le règlement d'exemption définit une catégorie d'accords, dont on présume qu'ils remplissent les quatre conditions posées par l'article 101, § 3, notamment la contribution à l'amélioration de la production ou de la distribution dans l'intérêt des utilisateurs. En principe, les accords qui entrent dans la catégorie définie par le règlement bénéficient de plein droit de l'exemption.

La Commission a fait un large usage des règlements d'exemption par catégorie, ainsi notamment dans les domaines de la distribution ¹⁰³⁸, de la recherche et développement, des transferts de technologie et des transports.

882. L'article 29 du règlement 1/2003 reconnaît à la Commission le pouvoir de retirer le bénéfice d'un règlement d'exemption lorsqu'elle estime, dans un cas déterminé, que les conditions de l'article 101, § 3, ne sont pas remplies. L'article 29 reconnaît aux autorités de concurrence des États membres le même pouvoir lorsqu'une entente produit sur le territoire national de cette autorité des effets incompatibles avec l'article 101, § 3.

883. En conclusion, lorsque l'on veut examiner un accord particulier au regard de l'article 101 TFUE, d'un point de vue purement pratique, il faut successivement :

- rechercher si l'accord correspond à une catégorie bénéficiant d'un règlement d'exemption ; si la réponse est affirmative, l'accord est réputé compatible avec le droit de l'Union européenne ;
- dans le cas contraire, rechercher si l'accord remplit les conditions de l'article 101, § 1, (a-t-il pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence dans le marché commun ? est-il susceptible d'affecter le commerce entre États membres ?) ; si la réponse est négative, l'accord échappe à l'interdiction ;
- si la réponse à la question précédente est affirmative, il convient d'examiner si l'accord peut bénéficier d'une exemption individuelle (remplit-il les conditions de l'article 101, § 3 ?) ;
- si la réponse à la question précédente est négative, il est conseillé de mettre fin à l'accord ou de le modifier.

Sous-titre III

Le contrôle des concentrations d'entreprises

884. La concentration consiste en un regroupement d'entreprises entraînant une modification durable des structures de marché, une perte de l'indépendance des différentes entreprises regroupées et un renforcement du pouvoir économique de l'ensemble.

En raison des transformations profondes et durables qu'entraîne la concentration sur les conditions de la concurrence, la plupart des systèmes juridiques organisent leur contrôle par une autorité de concurrence. En droit français interne, ce sont les dispositions du titre III du livre IV du Code de commerce qui organisent le contrôle des concentrations (Chapitre 1). En droit européen, c'est le règlement n° 139-2004 du Conseil du 20 janvier 2004, qui organise aujourd'hui le contrôle ¹⁰³⁹ (Chapitre 2). Remarquons tout de suite que les deux contrôles ne se superposent pas. Ils ne font pas double emploi. Les opérations de concentration relèvent soit du contrôle national, soit du contrôle communautaire, en fonction de leur importance.

Chapitre 1

Le contrôle des concentrations en droit interne

885. En France, la question du contrôle des concentrations a été vivement débattue dans les années 1970. Traditionnellement, la France n'avait jamais connu un tel contrôle et l'opinion y était plutôt hostile. Selon une idée très répandue à l'époque, les fusions et les regroupements d'entreprises industrielles étaient nécessaires, afin de parvenir à une amélioration de leur rentabilité et de leur compétitivité. Les entreprises devaient s'unir afin de parvenir, par croissance externe, à leur dimension économique optimale. Contrairement aux ententes, que l'on suspectait de plus en plus de freiner le dynamisme économique, les concentrations jouissaient d'une présomption favorable. Nombreux étaient ceux qui pensaient que les opérations de concentration, entre entreprises françaises en tout cas, devaient pouvoir se réaliser librement, sous la seule condition de respecter les règles du droit des sociétés.

Cependant les partisans d'une politique de concurrence plus active faisaient valoir deux arguments en faveur d'un contrôle. D'abord, il était paradoxal de condamner les ententes sans surveiller les opérations de concentration. Il était en effet illogique de laisser faire au moyen d'une concentration ce qui était interdit au moyen d'une entente. Ensuite, il ne suffisait pas de condamner les abus de position dominante, il fallait, pour préserver la concurrence sur les marchés, empêcher la constitution de positions tellement puissantes qu'elles dériveraient inévitablement vers l'abus. Il ne fallait pas évidemment décourager les concentrations raisonnables, mais il fallait se doter d'un dispositif juridique permettant de faire obstacle aux opérations les plus dangereuses.

Finalement, la loi du 19 juillet 1977 institua le contrôle de la concentration économique, mais pour une autre raison. Le gouvernement craignait à l'époque la mise en place d'un système communautaire de contrôle des concentrations. Celui-ci n'était encore qu'à l'état d'ébauche, mais s'il voyait le jour, il était certain qu'il confierait le contrôle à la Commission européenne. Les États membres seraient alors privés d'une partie de leurs prérogatives dans la détermination de leurs politiques industrielles. C'est pour prendre les devants que le gouvernement déposa son projet de loi. En effet, les partisans d'un contrôle communautaire ne pouvaient plus prendre prétexte de l'absence de contrôle à l'échelle nationale.

Il faut ajouter que l'administration économique française tenait à conserver la direction de la *politique industrielle*, notamment en orientant la restructuration des grandes entreprises. Elle ne pouvait admettre que le contrôle des concentrations fût confié à une autorité indépendante, dont les décisions auraient pu contrecarrer la politique industrielle du gouvernement. C'est pourquoi la loi du 19 juillet 1977 confiait au ministre de l'Économie, agissant conjointement avec les ministres du secteur intéressé, le pouvoir de prendre les décisions, la Commission de la concurrence n'ayant qu'une fonction consultative.

886. La loi de 1977 fut, en fait, peu appliquée. Les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en conservèrent cependant les dispositions essentielles, sans faire vraiment preuve d'imagination. Elles formèrent le titre troisième du livre IV du Code de commerce, intitulé *De la concentration économique*,

La loi NRE du 15 mai 2001 allait remanier en profondeur le titre III dont toutes les dispositions étaient réécrites. Le champ du contrôle était considérablement élargi. Les opérations de concentration

étaient désormais soumises à une procédure de notification obligatoire et le contrôle était systématique. Les pouvoirs du ministre de l'Économie étaient accrus et il était fait une large place à la possibilité pour les entreprises de prendre des engagements. Cependant le Conseil de la concurrence conservait un rôle réduit. Il ne pouvait donner que des avis, à la demande du ministre.

887. La loi LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 ont opéré une mutation radicale de la compétence de contrôle en transférant le pouvoir de décision, qui appartenait jusqu'alors au ministre de l'Économie et aux services de la DGCCRF, à la nouvelle Autorité de la concurrence ¹⁰⁴⁰. En revanche, elles n'ont pas profondément modifié les règles de fond du titre III.

L'Autorité de la concurrence a publié le 16 décembre 2009 des *Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations*, dont une nouvelle version est entrée en vigueur en juillet 2013 ¹⁰⁴¹. L'Autorité de la concurrence, qui a repris de nombreuses suggestions qui lui avaient été faites, y indique la méthode qu'elle entend suivre dans l'appréciation des concentrations.

Nous verrons d'abord quelles sont les concentrations soumises au contrôle (Section 1) avant de s'intéresser à l'organisation du contrôle (Section 2).

Section 1

Les concentrations soumises au contrôle

888. Quelles sont les opérations de concentration qui peuvent être contrôlées ? Le Code de commerce pose deux conditions. La première concerne la *définition* même de l'opération de concentration. Cette définition est très large, afin d'englober toutes les formes possibles de la concentration (§ 1). La seconde condition est relative à *l'importance économique* de l'opération (§ 2).

§ 1. Définition de l'opération de concentration

Art. L. 430-1 C. com. I. – Une opération de concentration est réalisée :

1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

889. Depuis la réforme introduite par la loi NRE du 15 mai 2001, l'article L. 430-1 reprend la définition adoptée par les règlements communautaires. Trois sortes d'opérations sont ainsi qualifiées d'opération de concentration : la fusion de sociétés, la prise de contrôle et la création d'une entreprise commune.

890. La fusion de deux sociétés est le type de l'opération de concentration. Dans la fusion absorption, l'une des sociétés est absorbée par l'autre et disparaît en tant qu'être moral. Dans la fusion avec création de société nouvelle, les deux sociétés disparaissent pour former la société nouvelle. Dans tous les cas, les patrimoines des sociétés viennent se fondre en un patrimoine unique.

891. L'acquisition du contrôle est définie de façon très large. Elle résulte la plupart du temps d'une prise de participation dans le capital d'une autre société. Ainsi, une société acquiert la majorité des actions d'une société anonyme, par achat d'un bloc d'actions ou par une offre publique d'achat. À l'issue de l'opération, la société qui a acquis les actions dispose de la majorité des droits de vote dans l'autre société et se trouve en mesure de nommer ses dirigeants. En fait, elle domine la société qui est devenue sa filiale.

Mais le contrôle peut aussi, bien que ce soit plus rare, résulter de l'achat des actifs d'une entreprise ou d'un contrat quelconque ou même de « tout autre moyen ».

Le contrôle d'une entreprise est défini par le III de l'article L. 430-1 du Code de commerce.

Art. L. 430-1 C. com. III. – Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

892. L'entreprise commune est généralement une société qui est créée par deux entreprises concurrentes ou faisant partie de deux groupes de sociétés concurrents, en vue de réaliser une tâche commune dans le domaine de la recherche ou de la production industrielle. La filiale est souvent placée sous le contrôle égal des deux sociétés mères, chacune d'entre elles possédant la moitié des actions de la filiale et des droits de vote à l'assemblée. La difficulté vient de ce que, assez souvent, la filiale n'opère pas une concentration de moyens ou de pouvoirs mais joue le simple rôle d'une structure de concertation et de coopération entre des entreprises qui restent concurrentes. On parle alors d'entreprise commune *coopérative*. Au contraire, l'entreprise commune *concentrative* assume une véritable fonction d'entreprise, grâce aux actifs qui sont apportés par les sociétés mères. Seule cette dernière constitue une opération de concentration au sens de la loi. Le II de l'article L. 430-1 précise en effet :

Art. L. 430-1 C. com. II. – La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

§ 2. L'importance économique de la concentration

893. Sur ce point, le Code de commerce est plus exigeant : seules les opérations d'une certaine envergure sont exposées au contrôle. La loi LME du 4 août 2008 a conservé les seuils introduits en 2001 ^{[1042](#)}. Elle a en revanche ajouté une exception concernant le commerce de détail.

894. Le principe. L'article L. 430-2-I du Code de commerce fixe les seuils que doit atteindre la concentration pour être soumise au contrôle. Trois conditions doivent être remplies :

1) Les entreprises parties à l'opération de concentration totalisent ensemble un chiffre d'affaires mondial hors taxe de plus de 150 millions d'euros.

2) Deux au moins des entreprises concernées réalisent en France un chiffre d'affaires supérieur à 50 millions d'euros ^{[1043](#)}.

3) L'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement communautaire n° 139/2004 ¹⁰⁴⁴.

La loi NRE a eu pour conséquence l'abandon, en droit interne, du seuil en *valeur relative* qui correspondait à une *part de marché* de plus de 25 %. En raison de l'incertitude qui entoure assez souvent la détermination du marché pertinent, le système des seuils en chiffre d'affaires est sans doute préférable car il procure une plus grande sécurité juridique.

Selon l'article L. 430-2, V, le chiffre d'affaires est calculé selon le mode retenu par l'article 5 du règlement européen de contrôle des concentrations ¹⁰⁴⁵.

895. Les exceptions. L'article L. 430-2 comportait déjà des seuils spéciaux dans le cas de concentrations intervenant dans les *départements d'outre-mer*. La loi LME du 4 août 2008 a étendu l'exception à toutes les concentrations auxquelles l'une des parties exerce son activité dans des départements d'outre-mer ou dans des collectivités d'outre-mer. Elle a également modifié les seuils qui sont exprimés maintenant en chiffres d'affaires.

Surtout, la loi a introduit dans l'article L. 430-2, II une nouvelle exception concernant les concentrations auxquelles participent deux parties au moins, dont l'activité consiste à exploiter un ou plusieurs magasins *de commerce de détail*. Les seuils sont alors abaissés à 75 millions et 15 millions d'euros. Avant 2008, de nombreuses voix, dont celle de la commission Canivet, avaient critiqué le dispositif français de l'urbanisme commercial qui, en limitant l'extension des magasins de grande surface, avait conduit à une concentration excessive de la grande distribution et une baisse de la concurrence dans ce secteur ¹⁰⁴⁶. L'un des axes de la réforme de 2008 a été d'assouplir les règles de l'urbanisme commercial mais en contrepartie d'étendre le contrôle des concentrations entre distributeurs dans le commerce de détail.

Section 2

L'organisation du contrôle

§ 1. Le déclenchement du contrôle

896. Lorsque les seuils sont atteints, l'article L. 430-3 dispose que l'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation ¹⁰⁴⁷. Il en résulte que la notification doit être faite avant la conclusion du traité de fusion, avant l'acquisition des actions de la société conférant le contrôle ou avant la publication de l'offre d'achat des actions. L'opération peut être notifiée dès lors qu'il existe un « projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier » et notamment lorsque les parties ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique ¹⁰⁴⁸.

L'obligation de notification pèse sur la personne physique ou morale qui acquiert le contrôle, sur les sociétés parties à la fusion ou sur les sociétés qui créent la filiale commune. La notification se réalise par transmission à l'Autorité de la concurrence d'un dossier détaillé, dont les rubriques sont longuement énumérées aux annexes 4-3 à 4-5 du livre IV de la partie réglementaire du Code de commerce ¹⁰⁴⁹. L'Autorité de la concurrence publie un communiqué relatant la notification ¹⁰⁵⁰. Il transmet une copie de la notification au ministre de l'Économie.

897. La notification suspend la réalisation de l'opération de concentration. Celle-ci ne pourra intervenir qu'après la décision du ministre l'autorisant, sauf dérogation spéciale (art. L. 430-4).

§ 2. L'exercice du contrôle

898. La procédure devant l'Autorité de la concurrence est contradictoire. Elle obéit en principe aux mêmes règles qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles (*supra*, n° 837 et s.).

La procédure comporte deux phases. Une première phase est commune à toutes les affaires : elle comporte un examen sommaire de l'opération de concentration. La seconde phase est réservée aux opérations qui nécessitent un examen approfondi.

A L'examen sommaire (dit phase 1)

899. La phase de **l'examen sommaire** est prévue par l'article L. 430-5 du Code de commerce. Elle ne doit pas, en principe, dépasser la durée de vingt-cinq jours, à compter de la réception de la notification complète.

Une phase informelle de **prénotification** permet aux entreprises de recueillir l'opinion des services d'instruction de l'Autorité sur le caractère contrôlable d'une opération, sur les marchés intéressés et sur les éventuels problèmes de concurrence que pourrait soulever l'opération.

Une procédure simplifiée permet aux entreprises dont le projet ne pose pas de problèmes de concurrence d'obtenir une décision dans un délai de quinze jours.

900. À la fin de la première phase, trois possibilités sont ouvertes.

— L'Autorité de la concurrence peut tout d'abord constater que l'opération n'entre pas dans le champ d'application du contrôle, parce qu'elle ne peut pas être qualifiée de concentration, au sens de l'article L. 430-1, ou parce que les seuils en chiffre d'affaires ne sont pas franchis, ou parce que l'opération, au contraire, est de dimension communautaire.

— Si l'opération entre dans le champ du contrôle, l'Autorité de la concurrence peut autoriser l'opération, parce qu'elle a la conviction qu'elle ne comporte pas de danger pour la concurrence. À ce stade, les parties peuvent prendre des engagements ¹⁰⁵¹ qui sont jugés suffisants par l'Autorité de la concurrence et acceptés par elle.

— Si au contraire l'Autorité de la concurrence estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, elle décide de passer à la seconde phase du contrôle.

Dans le cas où l'Autorité de la concurrence ne prend pas de décision dans le délai imparti, l'opération est réputée être autorisée au terme du délai de cinq jours dont dispose le ministre pour demander un examen approfondi ¹⁰⁵².

B L'examen approfondi (dit phase 2)

901. L'Autorité de la concurrence dispose d'un délai de soixante-cinq jours pour prendre sa décision. Ce délai peut être prolongé dans la limite de vingt jours en cas d'engagements proposés par les parties.

L'Autorité de la concurrence recherche tout d'abord si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence. L'article L. 430-6 indique quel est le critère à prendre en considération : l'opération porte atteinte à la concurrence « si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ». Les rédacteurs du texte ont retenu un deuxième critère, qui traduit le souci particulier d'éviter les trop fortes concentrations dans le domaine de la grande distribution : l'opération porte atteinte à la concurrence si elle aboutit à la création ou au

renforcement d'une puissance d'achat « qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique » ¹⁰⁵³.

En pratique, le critère de la création ou du renforcement d'une position dominante a joué jusqu'ici un rôle essentiel. Sa mise en œuvre nécessite la détermination du marché en cause ¹⁰⁵⁴. On observe également qu'en pratique, la recherche d'une éventuelle position dominante laisse la place à un « bilan concurrentiel » de l'opération. On ne se contente pas de constater l'absence ou l'existence d'une position dominante, il faut rechercher quels seront les effets réels de la concentration. L'Autorité de la concurrence doit apprécier si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ¹⁰⁵⁵.

902. Au terme de l'instruction, l'Autorité de la concurrence peut prendre trois sortes de décisions.

En premier lieu, elle peut *interdire* l'opération et enjoindre aux parties de prendre les mesures nécessaires pour rétablir la concurrence.

En deuxième lieu, elle peut *autoriser* l'opération en assortissant l'autorisation d'une *injonction* de prendre les mesures propres à assurer une concurrence suffisante ou à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

Enfin, elle peut *autoriser* l'opération de concentration. L'autorisation est le cas échéant subordonnée à la réalisation des engagements pris par les parties.

Dans tous les cas, la décision est motivée.

En pratique, lorsque l'atteinte à la concurrence est établie, l'Autorité de la concurrence conclut rarement à l'interdiction pure et simple de la concentration. Elle préfère autoriser la concentration *sous condition de l'adoption de mesures correctives*, afin de maintenir une concurrence suffisante. Ainsi, constatant que dans certaines régions la concentration aboutira à la formation de positions dominantes locales, le Conseil demande que dans ces régions les entreprises parties à la concentration se séparent de certains actifs ¹⁰⁵⁶ ou que la pérennité des activités d'une entreprise établie en France soit préservée ¹⁰⁵⁷.

C Les prérogatives du ministre

903. À l'image de la législation allemande, le législateur de 2008, tout en transférant à la nouvelle Autorité de la concurrence le contrôle des concentrations et le pouvoir ordinaire de décision, a entendu reconnaître à l'autorité politique un pouvoir exceptionnel d'intervention. L'article L. 430-7-1 évoqué attribue au ministre un pouvoir de décision sous deux formes.

Lorsque l'Autorité de la concurrence a pris une décision au terme de l'examen sommaire, le ministre peut lui demander de procéder à un examen approfondi (passage à la phase 2). Dans ce cas, la procédure reprend devant l'Autorité de la concurrence dans les conditions des articles L. 430-6 et L. 430-7.

Mais surtout, après que l'Autorité de la concurrence a pris une décision au terme de l'examen approfondi, le ministre peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération de concentration en cause. Le ministre interdit ou autorise l'opération, en fonction de motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence. Ces motifs sont notamment le développement industriel, la compétitivité des entreprises dans la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi.

La décision du ministre fait suite à une procédure contradictoire et elle est motivée. Elle peut dépendre de la mise en œuvre effective d'engagements.

§ 3. Les sanctions du contrôle

904. L'article L. 430-8 du Code de commerce concerne les sanctions pécuniaires qui peuvent être prononcées par l'Autorité de la concurrence. L'on peut distinguer entre la sanction de l'obligation de notification et la sanction de la décision.

Si une opération est réalisée sans avoir été notifiée, l'Autorité de la concurrence, peut enjoindre aux parties, sous astreinte, de notifier l'opération ou d'y renoncer. En outre elle peut infliger aux personnes tenues de notifier une sanction pécuniaire, dont le maximum est, pour les personnes morales, de 5 % de leur chiffre d'affaires, et, pour les personnes physiques, de 1,5 million d'euros.

Si une opération notifiée est réalisée sans attendre la décision de l'Autorité de la concurrence, celle-ci peut infliger une sanction pécuniaire aux parties notifiantes, dans les mêmes conditions que précédemment. Les mêmes sanctions peuvent être prononcées en cas d'omission de déclaration ou de déclaration inexacte dans une notification. Cette sanction peut être accompagnée, le cas échéant, d'un retrait de la décision d'autorisation.

905. Si l'Autorité de la concurrence constate que les entreprises n'ont pas exécuté une injonction, une prescription ou un engagement, elle retire une décision d'autorisation, ce qui contraint les parties à renotifier leur opération. Elle peut aussi sous astreinte, dans la limite prévue à l'article L. 464-2, enjoindre aux parties d'exécuter les injonctions, prescriptions ou engagements résultant de la décision inexécutée. Elle peut infliger une sanction pécuniaire dans les conditions de l'article L. 430-8-I.

Saisi d'une QPC par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions ne portaient pas à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif de préservation de l'ordre public économique [1058](#).

906. Enfin l'article L. 430-9 prévoit l'hypothèse dans laquelle une concentration autorisée, purement et simplement ou sous conditions, déboucherait par la suite sur un *abus de position dominante ou de dépendance économique*. L'Autorité de la concurrence peut enjoindre à l'entreprise de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, les actes constitutifs de la concentration qui est à l'origine de l'abus [1059](#).

Chapitre 2

Le contrôle des concentrations en droit de l'Union européenne

907. À l'origine, le droit communautaire ne comportait aucun contrôle spécifique des concentrations. Les rédacteurs du traité de Rome s'étaient contentés de réprimer l'abus de position dominante déclaré incompatible avec le marché commun. En 1957, il n'était pas question pour la CEE de s'immiscer dans la politique industrielle des États membres. Autoriser une fusion entre deux groupes industriels, interdire une prise de contrôle par une société étrangère, orienter la restructuration d'un secteur dont l'importance était jugée primordiale, relevaient de la politique industrielle, qui était l'apanage des États.

Mais il est vite apparu que le système communautaire resterait incomplet tant qu'il ne comporterait pas un contrôle des grandes concentrations, à l'échelle européenne. L'on peut d'ailleurs reprendre à propos des concentrations une observation déjà faite à l'occasion des ententes : le marché commun et l'intégration des économies favorisent les rapprochements entre entreprises et la constitution de groupes à l'échelle européenne. Il était difficile de modifier le traité, à cause de la lourdeur de la procédure de révision. La Commission européenne publia en 1973 un projet de règlement. Les travaux traînèrent en longueur. L'un des points les plus discutés fut celui du seuil à partir duquel devait intervenir le contrôle communautaire. La Commission proposait le seuil de deux milliards d'écus, les États membres voulaient un seuil beaucoup plus élevé, de dix milliards. Finalement, grâce à une série de compromis, le règlement n° 4064/89 du Conseil fut adopté le 21 décembre 1989, pour entrer en vigueur le 1^{er} octobre 1990 ¹⁰⁶⁰. Le seuil retenu était de cinq milliards d'écus.

Le règlement n° 4064/89 a été ensuite abrogé et remplacé par le règlement n° 139-2004 du Conseil du 20 janvier 2004, actuellement en vigueur ¹⁰⁶¹. La Commission a publié plusieurs communications, dont des lignes directrices, qui sont importantes pour l'interprétation du règlement.

Section 1

Le champ d'application du contrôle

908. L'article 3 du règlement n° 139/2004 *définit l'opération de concentration* dans des termes qui sont très voisins de ceux de l'article L. 430-1 du Code de commerce (*supra*, n° 889 et s.). Il s'agit, d'une part, des fusions d'entreprises et, d'autre part, de toute opération plaçant une entreprise sous le contrôle d'une autre. L'article 3 définit le contrôle comme le moyen d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise. Comme en droit français interne, la création d'une entreprise commune qui accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une « entité économique

autonome » constitue une opération de concentration.

909. Le règlement n° 139-2004 s'applique aux opérations de *dimension communautaire*. La dimension communautaire résulte de la réunion de deux conditions.

Seules les très grandes opérations entrent dans le champ d'application du règlement. Le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées doit représenter un montant supérieur à 5 milliards d'euros.

Seules les opérations qui *intéressent l'Union européenne* entrent dans le champ d'application du règlement : deux des entreprises concernées, au moins, doivent réaliser individuellement un chiffre d'affaires dans l'Union supérieur à 250 millions d'euros.

910. Cependant, le règlement comporte plusieurs exceptions, qui viennent compliquer quelque peu le système.

D'abord, le règlement ne s'applique pas à la concentration lorsque chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total à l'intérieur d'un seul et même État membre. Les auteurs du règlement ont en effet considéré que dans une telle hypothèse la concentration intéresse plus l'État membre en question que la Communauté.

Ensuite, le règlement retient un ensemble de critères assez compliqué ¹⁰⁶², destiné à englober dans le champ du contrôle européen des opérations plus modestes, mais intéressant trois États membres au moins et à éviter ainsi la multiplication des notifications dans des États membres différents. Les conditions sont alors les suivantes : 1) Les entreprises concernées réalisent ensemble un chiffre d'affaires mondial supérieur à 2,5 milliards d'euros. 2) Deux des entreprises au moins réalisent individuellement un chiffre d'affaires dans la Communauté, supérieur à 100 millions d'euros. 3) Dans chacun d'au moins trois États membres, les entreprises concernées réalisent ensemble un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros. 4) Dans chacun de ces trois États membres, deux entreprises au moins réalisent individuellement un chiffre d'affaires supérieur à 25 millions d'euros.

Enfin, une certaine souplesse dans l'application résulte des « clauses de renvoi » figurant dans les articles 9 et 22 du règlement. L'article 9 prévoit, sous de strictes conditions il est vrai, le renvoi par la Commission d'un cas de concentration de dimension communautaire à l'autorité compétente d'un État membre, aux fins d'application du droit national. L'article 22, à l'inverse, organise le renvoi à la Commission européenne par un État membre d'un cas de concentration non communautaire.

911. Le règlement s'applique sans considération du lieu du siège social ou du lieu de l'établissement des entreprises parties à l'opération de concentration. Le seul critère d'application territoriale est donc le chiffre d'affaires dans la Communauté (*supra*, n° 746). Une fusion entre deux sociétés, qui ont l'une et l'autre leur siège social dans un État tiers, par exemple aux États-Unis ou au Japon, sera soumise au contrôle communautaire, pourvu que les seuils en chiffres d'affaires soient atteints.

Exemple. La prise de contrôle de *Mac Donnell Douglas* par *Bœing* ¹⁰⁶³ constituait une opération de concentration entre deux entreprises américaines, ayant leurs sièges sociaux aux États-Unis. La concentration concernait le marché des avions à réaction commerciaux de grande capacité. Au plan mondial, Bœing détenait 64 % du marché et Mc Donnell Douglas 6 %. La prise de contrôle de Mc Donnell Douglas par Bœing renforçait la position dominante de ce dernier. En outre, l'extension des activités de Bœing dans le secteur militaire et spatial avait des répercussions sur sa position sur le marché des avions commerciaux de grande capacité. Comme les deux entreprises vendaient leurs appareils en Europe et réalisaient des chiffres d'affaires dans la Communauté qui dépassaient les seuils prévus par le règlement, la Commission, reconnaissant implicitement sa compétence, a ouvert une procédure. Elle a conclu que « la concentration examinée entraînerait le renforcement d'une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative sur le marché commun ». Elle a cependant autorisé l'opération, mais en la soumettant à plusieurs conditions, en particulier à l'engagement de conserver pendant dix ans le statut d'entité juridique distincte de Douglas Aircraft Company, qui est la branche aviation commerciale de Mc Donnell Douglas.

Section 2

L'exercice du contrôle

912. Lorsque les conditions d'application du règlement sont remplies, la conséquence, qui résulte des articles 21 et 22 du règlement est simple : l'opération relève exclusivement de la compétence du droit de l'Union européenne. Les États membres ne peuvent plus intervenir sur la base de leur droit interne. L'application cumulative du règlement communautaire et du droit interne est ici écartée, contrairement à la solution qui est admise en matière d'ententes ou d'abus de position dominante. Seule la Commission est compétente pour appliquer le règlement, sous le contrôle de la Cour de justice.

Le règlement n° 139/2004 institue un système de *notification obligatoire* de la concentration, à la diligence des entreprises participantes, plus spécialement de celle qui acquiert le contrôle de l'autre ¹⁰⁶⁴.

La notification est *préalable* à la réalisation de l'opération de concentration. En outre, l'opération est suspendue jusqu'à ce que la Commission se soit prononcée.

En contrepartie, la Commission doit agir dans des délais relativement brefs. Elle doit procéder à un premier examen dans les vingt-cinq jours suivant la notification. À ce stade, elle peut constater, par voie de décision, que la concentration n'entre pas dans le champ d'application du règlement. Elle peut aussi, par voie de décision, autoriser l'opération si sa compatibilité avec le marché commun ne soulève pas de doutes sérieux. Si au contraire il y a des doutes sérieux, la Commission passe à la deuxième phase de la procédure.

La Commission dispose alors d'un nouveau délai de quatre-vingt-dix jours pour se prononcer sur la compatibilité ou l'incompatibilité de la concentration avec le marché commun.

913. Quels sont les critères d'appréciation de la concentration ? Cette question a fait l'objet de négociations laborieuses lors de la préparation du règlement de 1989. Pour certains États membres, le seul critère envisageable était celui de l'incidence de la concentration sur les conditions de concurrence. Pour d'autres au contraire, l'appréciation devait aussi tenir compte de l'incidence sur le progrès économique et social, de sorte qu'il fallait procéder à un bilan socio-économique de la concentration projetée. Entre les deux thèses, le Conseil n'a pas vraiment pris parti et c'est ce qui explique la rédaction ambiguë de l'article 2.

La pratique de la Commission conduit à interpréter l'article 2 du règlement en distinguant entre le critère d'appréciation des effets de la concentration et sa mise en œuvre.

— Le critère de la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché intérieur est celui de l'existence ou non d'une entrave significative à une concurrence effective dans le marché intérieur, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante. Tel est le principe.

— Mais l'appréciation de l'entrave significative apportée à une concurrence effective doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs, dont certains concernent la structure du marché, notamment l'offre et la demande, et certains autres l'intérêt des consommateurs et l'évolution du progrès technique et économique.

914. La Commission peut infliger aux entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires total lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles contreviennent à l'interdiction de l'opération, mettent en œuvre une concentration sans la notifier ou encore ne respectent pas les charges et conditions imposées par la Commission.

915. Le règlement comporte encore des dispositions détaillées concernant le déroulement de la procédure, le calcul du chiffre d'affaires, les garanties de la défense et la liaison avec les États

Troisième partie

La distribution

916. Le terme de distribution ne figurait pas dans le Code de commerce de 1807. Celui-ci ne connaissait que « l'achat pour revendre ». Mais est apparue la production de masse et, dans son sillage, la distribution de masse – c'est-à-dire la vente d'un très grand nombre de produits identiques, au moindre coût, à de très nombreux acheteurs. On a parlé, non sans emphase, de la « révolution commerciale » qui serait celle du ^{xx}^e siècle, par opposition à la « révolution industrielle » du ^{xix}^e.

La distribution peut être aujourd'hui définie comme l'ensemble des opérations qui permettent d'acheminer les produits du fabricant à l'utilisateur ou consommateur et d'adapter l'offre à la demande, dans les meilleures conditions d'efficacité économique. Elle est la forme moderne et complexe de l'achat pour revendre.

La distribution de masse s'est traduite de deux façons.

En premier lieu, certains revendeurs ont utilisé les méthodes de la grande entreprise. En créant des supermarchés et des hypermarchés, en passant par l'intermédiaire des centrales d'achat, qui concentrent la demande, ils ont acquis un pouvoir de négociation considérable. Le législateur a dû intervenir périodiquement pour tenter de rééquilibrer les rapports entre la grande distribution, d'une part, les fabricants, les concurrents et les consommateurs d'autre part.

En second lieu, les fabricants, principalement les fabricants de produits de marque, ont cherché à contrôler la vente de leurs produits. Ils l'ont fait en mettant en place des réseaux de vente et en imposant aux revendeurs un style et des méthodes de vente. Mais cette organisation s'est heurtée aux objectifs du droit de la concurrence. Des compromis ont dû être recherchés entre l'amélioration du processus de distribution et le maintien d'une concurrence suffisante.

Il conviendra par conséquent d'étudier d'abord l'encadrement légal de la distribution (Titre I), puis l'organisation des réseaux de distribution (Titre II).

Titre I

L'encadrement légal de la distribution

917. Le législateur contemporain a multiplié les textes régissant les rapports verticaux entre fournisseurs et distributeurs, fournisseurs et utilisateurs professionnels ou vendeurs professionnels et consommateurs.

Exemple 1. La loi interdit aux fournisseurs d'imposer à leurs distributeurs indépendants un prix de revente minimum.

Exemple 2. La loi interdit au vendeur professionnel de revendre un produit à perte, c'est-à-dire en dessous du prix d'achat qu'il a lui-même payé.

L'ordonnance du 30 juin 1945, relative aux prix, interdisait déjà une série de pratiques dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs, comme le refus de vente, la pratique de conditions discriminatoires ou la pratique de prix de revente imposés. Ces pratiques étaient dites *individuelles*, par opposition aux pratiques d'ententes et d'abus de position dominante, dites *collectives*. Les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, malgré des opinions contraires, n'ont pas voulu renoncer à l'interdiction des pratiques individuelles. Ils l'ont conservée, avec quelques changements, dans le titre IV de l'ordonnance, intitulé d'une façon un peu vague, *De la transparence et des pratiques restrictives*.

Avec la codification de septembre 2000, le titre IV de l'ordonnance de 1986 est devenu le titre IV du livre IV du Code de commerce, intitulé, « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ». Les lois du 15 mai 2001 (loi NRE) et du 2 août 2005 (loi en faveur des PME), puis la loi du 4 janvier 2008 (loi Chatel) et la loi LME du 4 août 2008, suivie de l'ordonnance du 13 novembre 2008, ont substantiellement modifié un certain nombre de dispositions du titre IV. ont de nouveau réaménagé l'ensemble de la matière.

On observe que la législation relative aux pratiques restrictives entre fournisseurs et distributeurs est marquée, par nature, du signe de l'instabilité et de la précarité.

918. À la suite des rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, une partie de la doctrine estime que les pratiques individuelles sont nocives parce qu'elles créent des distorsions de concurrence entre opérateurs. Elles entraîneraient une rupture d'égalité, faussant les conditions de concurrence. C'est ce qui justifierait qu'elles soient interdites par les dispositions du titre IV.

L'on peut penser au contraire que les dispositions du titre IV n'ont qu'un rapport assez lointain avec la concurrence. Certes, dans la mesure où elle tend au maintien d'une certaine égalité entre les opérateurs, fournisseurs ou distributeurs, l'interdiction des pratiques individuelles semble favoriser la concurrence. Mais c'est raisonner selon un modèle abstrait de concurrence parfaite, qui suppose un grand nombre de concurrents placés dans des conditions comparables. Dans la réalité, la concurrence sur un marché donné va dépendre de bien d'autres facteurs que la simple égalité. La réduction des coûts, la rationalisation des investissements, l'effort publicitaire ou la qualité du service rendu sont souvent plus importants que l'égalité des conditions d'approvisionnement ou de débouché. Tout au moins, l'incidence réelle des pratiques verticales sur la concurrence devrait être appréciée dans le

contexte de chaque marché, au cas par cas. Une interdiction pure et simple, souvent qualifiée d'interdiction *per se*, n'a pas beaucoup de sens. C'est pourquoi la suppression du titre IV de l'ordonnance est évoquée par les praticiens et les économistes.

La plupart du temps, la loi, en réglant les rapports verticaux entre fournisseurs, acheteurs et consommateurs vise en réalité des buts autres que l'amélioration de la concurrence. Ainsi elle a pour objectif la protection du commerce traditionnel, la défense des producteurs en face de la puissance économique de la grande distribution ou la protection des consommateurs. C'est d'ailleurs ce qui explique que certaines dispositions qui figuraient à l'origine dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 aient été transportées telles quelles dans le Code de la consommation. C'est ce qui explique encore que le contenu du titre IV ait été si souvent modifié depuis 1986, afin de répondre aux attentes de certains milieux professionnels.

919. Le titre IV du livre IV du Code de commerce est divisé en quatre chapitres. Le chapitre préliminaire, *Dispositions générales*, est uniquement consacré à la Commission d'examen des pratiques commerciales. Le chapitre premier, *De la transparence*, traite principalement de la rédaction des factures, de la communication des conditions générales de vente et de la forme du contrat de coopération. Le chapitre II, *Des pratiques restrictives de concurrence*, traite principalement de la revente à perte, du prix imposé, des pratiques restrictives dans les rapports entre producteurs et distributeurs et des enchères inversées à distance. Enfin le chapitre III, *Autres pratiques prohibées*, limite de façon autoritaire les délais de paiement de certains produits alimentaires et sanctionne le délit d'altération des prix.

La loi NRE du 15 mai 2001 a créé la *Commission d'examen des pratiques commerciales* ¹⁰⁶⁵. Cette commission a pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations sur les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs. Elle peut être saisie par le ministre chargé de l'économie, par le ministre chargé du secteur concerné, par le président de l'Autorité de la concurrence ou par certaines personnes morales, notamment les associations de consommateurs. Elle peut être également saisie par tout producteur, fournisseur ou revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut aussi se saisir d'office.

920. Le titre IV s'est constitué au fil des nombreuses réformes successives. Il est formé de règles disparates et l'ensemble manque de cohérence logique ¹⁰⁶⁶. L'article L 442-6 du Code de commerce qui est une longue énumération de pratiques réputées illicites, notamment, encourt à cet égard de sérieuses critiques. Les réformes incessantes que subit le texte trahissent l'incapacité de l'administration à régler par une disposition générale la question des rapports entre producteurs et distributeurs professionnels. Il est permis de se demander si une utilisation judicieuse de la notion de bonne foi contractuelle, sur la base de l'article 1134 du Code civil, n'aurait pas été la bonne solution.

Afin d'introduire un peu de clarté dans l'exposé, il est préférable de s'attacher au but visé par ces différentes dispositions. Si l'on néglige les textes de caractère sectoriel, qui concernent essentiellement la commercialisation des produits agricoles, de la pêche et de l'élevage, l'on constate que la loi s'ordonne en fonction de deux objectifs : tantôt les textes tendent à faire respecter une certaine *égalité entre des opérateurs concurrents* (Chapitre 1), tantôt ils ont pour but d'instaurer *un rapport équilibré entre fournisseurs et distributeurs* (Chapitre 2).

Chapitre 1

La recherche de l'égalité de traitement des distributeurs

921. Une disposition essentielle était celle qui interdisait les *discriminations* entre partenaires économiques, entraînant une rupture d'égalité entre concurrents. Cette interdiction, relativement ancienne, a été supprimée par l'ordonnance du 13 novembre 2008 (Section 1). Pour lutter plus efficacement contre les discriminations déguisées, le Code de commerce impose la *transparence* des prix et des conditions de vente. Il impose de façon autoritaire, sous la menace de la sanction pénale, la communication des conditions générales de vente, les mentions devant figurer sur les factures et la manière de rédiger les contrats de coopération (Section 2). Enfin, toujours au nom de l'égalité, le Code sanctionne de façon sévère la pratique de la *revente à perte* (Section 3).

Section 1

La suppression de la condamnation *per se* des pratiques discriminatoires

922. L'interdiction des pratiques discriminatoires était relativement ancienne puisqu'elle remontait aux décrets de 1953 et 1958. Passée en 1973 dans la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat, elle fut reprise, sous une forme élargie, dans l'article 36 de l'ordonnance de 1986, puis dans l'article L. 442-6-I, 1° du Code de commerce.

À l'origine, l'interdiction avait un objet limité : elle ne concernait que la pratique habituelle des conditions discriminatoires de vente ou des majorations discriminatoires de prix. En revanche, la pratique était sévèrement réprimée sous la qualification pénale de « pratique assimilée à la pratique de prix illicite ». À l'époque, les pouvoirs publics entendaient lutter contre les discriminations dont étaient victimes, de la part des fabricants de produits de marque, les promoteurs de la nouvelle distribution en grande surface. Par exemple, les fabricants refusaient de leur livrer les produits sous leurs marques et sous leur présentation habituelle, prétendant ne leur livrer que des produits banalisés. Les fabricants voulaient conserver leurs réseaux traditionnels, qui étaient souvent une garantie de leurs marges bénéficiaires. Au contraire les pouvoirs publics favorisaient l'émergence des nouvelles formes de distribution car celles-ci leur paraissaient un moyen de lutte contre la hausse des prix. Tel était le contexte de l'époque.

Devant la réussite commerciale de la nouvelle distribution, ce furent à leur tour les commerçants du secteur traditionnel qui s'estimèrent victimes de discriminations. La loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973, dite *loi Royer*, prise en grande partie pour protéger le petit commerce de détail, non seulement conserva l'interdiction mais en étendit le domaine en supprimant la condition d'habitude.

Enfin ce furent les fabricants eux-mêmes qui exprimèrent leur ressentiment à l'égard de la grande distribution. Ils protestèrent contre les pressions dont ils étaient l'objet, lors des négociations commerciales, pour obtenir d'eux des avantages discriminatoires. Cela explique que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ait conservé, dans l'article 36, l'interdiction des pratiques discriminatoires et en ait une nouvelle fois étendu l'objet en visant le fait *d'obtenir* des avantages discriminatoires.

L'article 36 de l'ancienne ordonnance avait pour but, non de préserver la concurrence effective sur les marchés, mais de maintenir une certaine égalité entre les opérateurs. Il visait d'abord l'égalité des revendeurs dans l'accès aux approvisionnements. En interdisant les pratiques de vente discriminatoires et le refus de vente, l'article 36 voulait s'assurer que les distributeurs, quelle que fût leur taille, – petits commerçants, commerçants spécialisés ou entreprises de la grande distribution – seraient placés sur un pied d'égalité en face des

fournisseurs. En fait, le traitement discriminatoire des revendeurs pouvait trouver son origine soit dans la puissance des fournisseurs eux-mêmes, soit – ce qui est de plus en plus le cas – dans la puissance des grands distributeurs faisant pression sur leurs fournisseurs.

Avec la codification, l'article 36 de l'ordonnance était passé intégralement dans l'article L. 442-6-I, 1° du Code de commerce. Le texte disposait : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : – 1° De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

923. Le principe d'une interdiction *per se* des pratiques discriminatoires – sans possibilité d'examen et de traitement au cas par cas – était de plus en plus souvent critiqué. On l'accusait d'interdire la négociation commerciale entre un fournisseur et les distributeurs de ses produits et par là de faire obstacle à la baisse des prix. On l'accusait aussi de favoriser des pratiques de détournement, notamment les « marges arrières », c'est-à-dire de remises consenties aux grands distributeurs, déguisées sous la forme de contrats de coopération.

Suivant la recommandation d'une commission d'experts, constituée en 2007 et présidée par M^{me} Hagelsteen, la loi LME du 4 août 2008 a purement et simplement abrogé l'article L. 442-6-I, 1° du Code de commerce. La discrimination n'est plus condamnable en tant que telle. Fournisseurs et distributeurs peuvent librement négocier les conditions tarifaires et les conditions de vente de leurs produits et services.

924. Les pratiques discriminatoires restent cependant condamnées lorsqu'elles résultent d'une entente prohibée par l'article L. 420-1 ou d'un abus interdit par l'article L. 420-2 du Code de commerce. Mais elles le sont alors en raison de l'atteinte qu'elles portent à la concurrence sur un marché déterminé.

Section 2

La transparence du marché : un moyen indirect de lutter contre les discriminations

925. La circulaire du 18 mai 1984, dite circulaire *Delors*, avait inventé l'expression de « transparence tarifaire », pour caractériser l'obligation faite aux fournisseurs de communiquer leurs barèmes de prix. L'expression avait fait fortune, au point que les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 l'avaient reprise dans l'intitulé du titre IV de l'ordonnance. La place ainsi faite à la transparence dans l'ordonnance, relative, il ne faut pas l'oublier, à la liberté de la concurrence, semble participer de l'idée que la transparence contribue à la concurrence entre les entreprises grâce à une meilleure connaissance de l'offre.

À vrai dire, la science économique suggère plutôt le contraire. Trop de transparence peut nuire à la concurrence en incitant à des stratégies d'alignement et à des actions concertées. L'idéal serait de concilier la transparence dans les relations verticales entre fournisseurs et acheteurs, avec le maintien d'une certaine opacité dans les rapports entre concurrents. Mais les deux objectifs sont en fait difficilement conciliables. En réalité, la transparence, telle qu'elle est assurée par le droit positif, va dans le sens de la concurrence entre les détaillants lorsqu'elle est destinée à mieux informer les consommateurs et elle s'apparente plutôt à la lutte contre la concurrence déloyale lorsqu'elle vise à l'information des commerçants. Dans le second cas, elle permet aux commerçants de déceler les pratiques discriminatoires dont ils peuvent s'estimer les victimes et demander à leur partenaire de leur accorder des avantages similaires ou équivalents.

926. Le chapitre 1 du titre IV du livre IV du Code de commerce distingue deux sortes

d'obligations d'informer selon qu'elles concernent l'information des consommateurs ou l'information des professionnels.

S'agissant de l'information des consommateurs, l'article L. 441-1 du Code de commerce rappelle que « Les règles relatives aux conditions de vente au consommateur sont fixées par l'article L. 113-3 du code de la consommation ».

Comment distinguer le *consommateur* du *professionnel* ? La Chambre commerciale de la Cour de cassation juge que l'article L 132-1 du Code de la consommation, qui répute non écrites les causes abusives des contrats conclus entre professionnels et non professionnels, ne s'applique pas aux contrats de fourniture de biens ou de services *conclus entre sociétés commerciales* (Com. 3 décembre 2013, n° 12-26 416). Pour la Chambre commerciale, les sociétés commerciales sont toujours des professionnels. Alors que pour la première Chambre civile, le professionnel est celui qui conclut un contrat de fourniture de biens ou de services *en rapport direct avec son activité professionnelle* (Civ. 1° 24 janvier 1995, Bull. I, 38, n° 54). Ces deux définitions ne sont cependant pas inconciliables si l'on admet qu'elles s'appliquent respectivement aux personnes morales et aux personnes physiques qui gèrent une entreprise.

Nous n'étudierons ici que les règles générales relatives à l'information entre professionnels. Le Code de commerce prévoit trois ensembles de règles propres à assurer la transparence des rapports entre fournisseurs et revendeurs : la communication des conditions générales de vente (CGV) (§ 1), l'établissement d'une facture comportant des mentions obligatoires (§ 2) et la rédaction des contrats de coopération (§ 3).

§ 1. L'obligation de communiquer les conditions générales de vente

Art. L. 441-6, I, al. 1^{er}, C. com. Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestation de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Elles comprennent :

- les conditions de vente ;
- le barème des prix unitaires ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement.

927. L'obligation de communiquer les barèmes de prix et les conditions générales de vente est une création de la *loi Royer*, d'orientation du commerce et de l'artisanat, du 27 décembre 1973. Elle fut reprise par l'article 33 de l'ordonnance de 1986. L'article 33 a été complété par la loi du 31 décembre 1992 imposant de faire figurer dans les conditions générales les pénalités pour retard dans le paiement. Puis l'article 33 est passé dans l'article L. 441-6 du Code de commerce. Les lois du 15 mai 2001 (loi NRE), du 2 août 2005, et du 4 août 2008 (loi LME), en ont sensiblement enrichi le contenu.

Plus récemment, les lois n° 2014-344 du 17 mars 2014 (loi Hamon, relative à la consommation) et n° 2014-626 du 18 juin 2014 ont encore complété l'article L 441-6 afin de transposer en droit français la directive n° 2011/7 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales ¹⁰⁶⁷.

928. L'article L. 441-6 du Code de commerce institue une mesure de transparence, destinée à

l'information des professionnels. Il a pour but de favoriser l'égalité entre les revendeurs en face de leurs diverses sources d'approvisionnement. Il doit permettre aux commerçants, spécialement aux commerçants du secteur traditionnel, – petit commerce, commerce de proximité – de vérifier que le fournisseur ne leur impose pas des prix et des conditions de vente exorbitantes par rapport à celles qu'il pratique à l'égard d'autres acheteurs et, en particulier, qu'ils ne sont pas traités de façon moins favorable que les entreprises de la grande distribution.

Pris à la lettre, l'article L. 441-6 n'exige pas des fournisseurs qu'ils se dotent de conditions générales de vente (CGV). Faut-il en déduire que leur rédaction serait facultative ? Cette interprétation ne résiste pas à l'examen. Outre qu'en pratique toutes les entreprises d'une certaine envergure prennent soin de rédiger leurs CGV, la loi, en imposant certaines mentions obligatoires dans les conditions générales, exige indirectement la rédaction de celles-ci. Il existe donc au moins une *obligation minimale de rédaction des CGV*.

Jusqu'à une époque récente les fournisseurs étaient seulement tenus de communiquer leurs CGV à tout acheteur professionnel qui en faisait la demande. Depuis la loi Hamon du 17 mars 2014, ils doivent spontanément les communiquer dans le cadre des négociations en vue de la conclusion de la convention unique. L'article L 441-7 du Code de commerce (*infra*, n° 944) exige en effet que « le fournisseur communique ses conditions générales de vente au distributeur au plus tard trois mois avant la date butoir du 1^{er} mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, deux mois avant le point de départ de la période de commercialisation ». La communication s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

A Les mentions devant figurer dans les CGV

929. Les CGV communicables comportent obligatoirement les conditions de vente, les barèmes des prix unitaires, les réductions de prix et les conditions de règlement.

930. De nombreux fabricants se plaignent de la longueur excessive des *délais de paiement* que leur imposent les entreprises de la grande distribution. Leur souhait serait évidemment de voir le législateur s'engager dans la voie d'une limitation impérative de ces délais. Leurs efforts ont en partie abouti. Le législateur a pris le prétexte de l'obligation de rédiger les conditions générales de vente pour réglementer les *délais de paiement* et les *pénalités de retard*.

En principe, le **délai de règlement** reste librement fixé par les parties, à condition de ne pas dépasser 45 jours fin de mois ou 65 jours à compter de la date d'émission de la facture ¹⁰⁶⁸. Dans le silence des CGV et du contrat, le délai de règlement est impérativement fixé à 30 jours à partir de la date de réception des marchandises.

La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 autorise la fixation par des accords interprofessionnels des délais de paiement d'une durée supérieure au plafond légal. Ces accords doivent être homologués par décret

Les **conditions de règlement** doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux des **intérêts de retard**.

— Les pénalités de retard courent de plein droit le lendemain de la date de règlement indiquée sur la facture : elles sont exigibles sans mise en demeure. On s'est d'ailleurs demandé si l'administration fiscale n'était pas en droit de les réintégrer d'office dans les résultats de l'entreprise*

— L'article L. 441-6 va même jusqu'à fixer le taux des intérêts de retard : si les CGV ou le contrat prévoient le taux, celui-ci ne peut être inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal (*supra*, n° 260) ; dans

le silence des CGV et du contrat, le taux est obligatoirement le taux d'intérêt de la Banque centrale européenne, calculé au 1^{er} janvier et au 1^{er} juillet de l'année considérée, majoré de dix points.

— Le débiteur en retard est de plein droit tenu de payer une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est actuellement fixé à 40 € ¹⁰⁶⁹

— Les pénalités de retard dues au titre de l'article L. 441-6 ont la nature « d'intérêts de retard » et non celle d'une clause pénale ¹⁰⁷⁰

Alors que traditionnellement les conditions générales de vente constituaient des documents purement contractuels, le droit économique moderne transforme ces conditions générales en une formulation obligatoire et rigide de l'offre de produits ou de prestations de services. Selon la disposition de l'article L 441-6, I, al. 7, les CGV constituent « *le socle unique de la négociation commerciale* ». L'objectif de l'article L. 441-6 du Code de commerce est peut-être légitime du point de vue social, mais force est de constater que la disposition légale limite la liberté contractuelle et va à l'encontre de la libre négociation, qui est le fondement de la concurrence.

B Sanctions

931. L'obligation de communiquer les CGV n'est plus pénalement sanctionnée. La sanction est aujourd'hui celle de la responsabilité civile de l'auteur, dans les conditions posées par l'article L 442-6 du Code de commerce.

Cependant le fait de ne pas respecter les délais de paiement, de ne pas mentionner les conditions et le taux des pénalités de retard ou le montant de l'indemnité forfaitaire, ainsi que le fait de ne pas respecter les modalités de computation des délais sont frappés d'une amende administrative de 75 000 € pour une personne physique et de 375 000 € pour une personne morale ¹⁰⁷¹. L'amende administrative est prononcée par le directeur de la DGCCRF, selon les modalités fixées par l'article L 465-2 du Code de commerce ¹⁰⁷².

C Les CGV différenciées et les conditions particulières

932. Pour répondre aux vœux de la pratique, la loi du 2 août 2005 et la loi LME du 4 août 2008 ont considérablement assoupli le cadre de la négociation commerciale, en liaison avec la suppression de l'interdiction des discriminations. Ils ont introduit dans l'article L. 441-6 deux exceptions à la règle de l'unicité des CGV d'un fournisseur.

Tout d'abord, lorsque les acheteurs ou les demandeurs de prestation de service appartiennent à des catégories différentes, par exemple celle des détaillants et celles des grossistes, l'article L. 441-6, I, alinéa 6, admet que le fournisseur puisse adopter des CGV différenciées, adaptées à chacune des catégories particulières de demandeurs.

Ensuite, l'article L. 441-6, I, alinéa 7, admet que les parties puissent convenir des *conditions particulières de vente*, qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication des conditions générales. Il s'agit d'une disposition très importante, qui tire la conséquence de la suppression de l'interdiction des discriminations. Mais comme les CGV constituent le socle unique de la négociation commerciale, les conditions particulières ne sont que des exceptions qui, en cas de doute, devraient être interprétées de façon restrictive. Et le fait pour un distributeur d'exclure les CGV du fournisseur au profit de ses conditions générales d'achat crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ¹⁰⁷³ (*infra*, n° 964).

§ 2. L'obligation de délivrer une facture

933. Cette obligation est prévue par l'article L. 441-3 du Code de commerce.

Art. L. 441-3, al. 1, C. com. Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation

Le texte pose un principe et précise les mentions de la facture. Les sanctions sont lourdes.

A Le principe de la facturation

934. L'article L. 441-3 commence par poser un principe. : tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation. L'obligation concerne toutes les opérations conclues entre professionnels. Mais elle ne s'impose pas au particulier non professionnel qui vend à un professionnel.

L'obligation de facturation entre professionnels existait déjà sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix. Il s'agissait alors d'une mesure de lutte contre les prix illicites qui contrevenaient aux arrêtés de taxation. La facturation a aussi un but fiscal. Dans l'esprit de l'ordonnance de 1986 et du Code de commerce, il s'agit d'une mesure de transparence, destinée à informer les acheteurs professionnels.

L'obligation pèse sur les deux parties. Le vendeur ou prestataire de services doit délivrer la facture. L'acheteur ou bénéficiaire du service doit la réclamer. La facture est rédigée en double exemplaire, un pour chacune des parties.

935. L'article L 441-3 est strict quant à la date d'émission de la facture : le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la « réalisation » de la vente ou de la prestation de service. Il faut sans doute entendre par là le jour de la livraison des marchandises ou de l'exécution du service. La loi du 17 mars 2014 sur la consommation a modifié l'article L 441-3 pour le mettre en harmonie avec l'article 289-3 du CGI qui en matière de TVA admet un différé de facturation pour certaines opérations intracommunautaires.

B Les mentions de la facture

936. L'article L. 441-3, alinéa 3 et 4, précise ensuite les mentions qui doivent obligatoirement figurer sur la facture. Outre les mentions d'identification, comme le nom, la date, et l'indication du prix unitaire, qui ne soulèvent pas de difficultés, le texte impose deux autres mentions qui reflètent les préoccupations du législateur contemporain, les réductions de prix, d'une part, et la date du paiement, d'autre part.

1 - Les réductions de prix

937. Pendant de nombreuses années, les remises que les commerçants de la grande distribution exigent de leurs fournisseurs, ont été l'objet de discussions incessantes. Souvent ces rabais sont connus dans leur principe, mais ils sont différés car ils ne sont calculés qu'en fin de période semestrielle ou annuelle. Leur montant exact n'est pas connu au moment de la facturation. Parfois même, les remises sont réclamées après coup, à la faveur d'un événement quelconque, de façon rétroactive et sans même que le fournisseur ait pu les prévoir au moment de la facturation.

Ces pratiques ont été à l'origine d'un débat entre les distributeurs et l'administration économique, la DGCCRF. Les commerçants, pour échapper au reproche de revente à perte ¹⁰⁷⁴, estimaient que, pour déterminer le prix d'achat effectif, il fallait évidemment tenir compte du prix réellement payé au fournisseur, en tenant compte de toutes les remises accordées par lui. Mais l'administration économique a suspecté les commerçants de se constituer des fonds de remises indifférenciées (on dit aussi des *cagnottes*), qu'ils affectaient au besoin à tel ou tel achat déterminé afin de diminuer le prix d'achat effectif et d'échapper à l'incrimination de revente à perte. Aussi l'administration a-t-elle prétendu ne tenir compte, pour le calcul de la revente à perte, que des remises figurant effectivement sur la facture.

Pour trancher la discussion, l'article 31, alinéa 3 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans sa version originale, disposait que la facture devait mentionner tous rabais, remises ou ristournes « *dont le principe est acquis et le montant chiffrable lors de la vente ou de la prestation de service, quelle que soit leur date de règlement* ». L'interprétation du texte s'est révélée ardue, la notion de « principe acquis » étant peu précise. La loi du 1^{er} juillet 1996 (dite loi Galland) s'est montrée plus claire.

938. L'article L. 441-3, al. 3, du Code de commerce dispose désormais que la facture doit mentionner « *toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture* ».

Le remplacement des termes rabais, remises et ristournes par celui de « toute réduction » ne change pas grand-chose. Ce qui est certain et plus important, c'est que le champ d'application de l'obligation est moins large que précédemment. Il n'est plus obligatoire de faire figurer sur la facture les réductions qui sont simplement « acquises dans leur principe », mais dont le montant est incertain. Seules doivent apparaître les réductions qui consistent en une créance actuelle, liquide et certaine.

Exemple. Les ristournes de progression, qui sont accordées seulement si le chiffre d'affaires de l'année entière est supérieur à celui de l'année précédente, les ristournes d'objectif, qui sont accordées si un certain seuil de chiffre d'affaires est atteint ou les ristournes de groupement des commandes n'ont plus à figurer sur la facture. En revanche, une réduction inconditionnelle calculée sur le chiffre d'affaires déjà réalisé doit figurer sur la facture, car elle est acquise. Lorsque les remises sont calculées en fonction d'un barème progressif, l'hésitation est plus grande. Faut-il calculer la remise en fonction du chiffre d'affaires provisoirement atteint et la faire figurer sur la facture ? La Cour de cassation décide que les remises conditionnelles « peuvent » figurer sur la facture ¹⁰⁷⁵.

Les fournisseurs sont donc astreints à une obligation moins lourde qu'auparavant. Ils n'ont plus à surveiller au jour le jour la progression de leur chiffre d'affaires avec chacun de leurs clients.

939. Selon l'article L. 441-3, alinéa 4, la facture doit préciser les *conditions d'escompte* applicables. L'escompte est une réduction de prix due en cas de paiement à une date antérieure à celle prévue par les CGV. En revanche, le montant chiffré de l'escompte afférant à une opération déterminée n'a pas à figurer sur la facture, à moins que le paiement anticipé qui motive cet escompte ait déjà eu lieu. C'est en ce sens qu'il faut interpréter, semble-t-il, le membre de phrase, assez obscur, il faut l'avouer, de l'article L. 441-3, alinéa 3, concernant *l'exclusion des escomptes*.

2 - La date à laquelle le paiement est dû

940. Comme nous l'avons vu à propos de l'obligation de communiquer les CGV (*supra*, n° 930), l'article L. 441-6 fixe un cadre limitant la volonté des parties : le délai convenu pour le paiement ne peut dépasser 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de l'émission de la facture. La loi permet de stipuler des délais plus courts, mais dans des conditions très strictes ¹⁰⁷⁶. Des dispositions plus contraignantes s'appliquent à la vente de certains produits déterminés, notamment les produits alimentaires périssables, les boissons alcoolisées, les viandes congelées et le bétail sur pied destiné à la consommation. Une certaine variété règne dans les délais, qui sont de vingt à trente

jours.

941. L'article L. 441-3, alinéa 4, précise que la facture doit également mentionner date à laquelle le paiement doit intervenir ainsi que le taux des pénalités et le montant de l'indemnité forfaitaire exigibles en cas de retard de paiement. Cette obligation rejoint celle qui résulte de l'article L. 441-6, qui exige que les CGV du fournisseur prévoient le versement d'intérêts de retard et le taux de ceux-ci (*supra*, n° 930).

C Les sanctions

942. Selon l'article L. 441-4 du Code de commerce, toute infraction aux dispositions relatives à l'obligation de facturation et aux mentions obligatoires peut être punie d'une amende de 75 000 euros. L'amende peut même être portée à la moitié de la somme facturée ou qui aurait dû l'être. Les personnes morales sont également responsables. L'amende peut être alors du quintuple. La personne morale peut être exclue des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus (art. L. 441-5).

§ 3. La convention globale et la coopération commerciale

943. Après avoir cherché à distinguer les différentes prestations qui caractérisent les rapports commerciaux entre fournisseurs et distributeurs (vente de marchandises, coopération non détachable de la vente, coopération distincte du contrat de vente, autres services distincts...) la loi Chatel puis la loi LME ont finalement renoncé à les soumettre à des régimes différenciés. Elles ont substitué aux contrats de vente et de coopération une *convention globale*, réunissant l'ensemble des prestations stipulées par les cocontractants.

La renonciation des pouvoirs publics à la séparation des différentes conventions a été favorisée par deux circonstances. D'abord, la suppression de l'interdiction des discriminations et la reconnaissance de la libre négociation (*supra*, n° 922) a rendu sans objet la recherche d'une égalité de traitement des fournisseurs ou des distributeurs concurrents. Ensuite, la réintégration des remises postérieures à la vente – les « marges arrières » – dans le calcul du prix pour la détermination du seuil de revente à perte (*infra*, n° 955) a privé de son intérêt la rémunération distincte de la coopération.

944. Les contrats de coopération commerciale sont des conventions par lesquelles fournisseur et distributeur conviennent de se rendre des services réciproques, en principe contre rémunération. Le fournisseur, par exemple, accepte d'étiqueter les produits vendus par le distributeur et même se charge de les disposer sur les rayons de vente du supermarché. Il participe aussi à certaines promotions publicitaires du revendeur. Le revendeur s'engage de son côté à participer à la promotion de la marque du fabricant.

Ces contrats de coopération sont parfaitement licites. Cependant, en pratique, ils peuvent dissimuler des avantages financiers consentis au distributeur, notamment des remises occultes lorsque le service rendu au fournisseur est facturé par le distributeur au-dessus de son prix réel. Les pouvoirs publics ont estimé qu'il serait excessif de les interdire, mais ils ont désiré les formaliser en exigeant qu'ils soient rédigés par écrit. L'existence de l'écrit permet à l'administration de vérifier qu'ils ne dissimulent pas des avantages financiers dont bénéficierait le distributeur et qui auraient un caractère discriminatoire.

La succession rapide des textes témoigne de la difficulté de saisir la réalité de la coopération et de sa rémunération. D'autant plus que les pratiques commerciales entre professionnels évoluent constamment, en fonction de chaque nouveau texte. Ainsi la loi NRE du 15 mai 2001, la loi du 2 août 2005, la loi Chatel du 3 janvier 2008, puis quelques mois plus tard la loi LME du 4 août 2008, puis, plus récemment, la loi Hamon du 17 mars 2014 ont successivement modifié l'article L. 441-7 du Code de commerce.

945. L'article L. 441-7, I, du Code de commerce dispose :

Art. L. 441-7-I, al. 1^{er} C. com. Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Elle indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation. Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application,

La convention globale (dite encore convention unique) indique d'abord le barème de prix communiqué par le fournisseur avec ses CGV.

Le barème de prix, établi par le fournisseur, est un élément de l'offre de celui-ci. La négociation, si elle réussit, aboutit à la détermination du « prix convenu » qui s'applique au plus tard le 1^{er} mars. Le barème de prix peut varier d'une année à l'autre. Mais il est plus difficile au fournisseur d'augmenter ses tarifs en cours d'année, car l'augmentation suppose l'accord des deux parties. Si le fournisseur modifie unilatéralement son tarif en cours d'année, il engage sa responsabilité civile au titre de l'article L 442-6 (*infra*, n° 972). En effet, l'article L. 442-6, I, 12° nouveau sanctionne le fait « de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7 » ^{[1077](#)}.

En dehors du barème de prix, la convention globale comporte un ensemble de conditions ou d'obligations que l'article L 441-7 classe en trois catégories d'obligations :

1°– Les conditions de l'opération de vente telle qu'elle résulte de la négociation commerciale ; elles comprennent les réductions de prix ;

2°– Les conditions de la coopération commerciale, définies comme « les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent » ;

3°– Les « autres obligations » destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations.

946. La coopération commerciale, visée au 2°, fait l'objet d'une facturation distincte de celle de la vente. Elle n'est pas comptée pour la détermination du « prix convenu ». En revanche l'opération de vente, visée au 1°, et les « autres obligations », visées au 3°, concourent à la détermination du prix convenu, qui seul entre en compte pour le calcul du seuil de la revente à perte. Les « autres obligations » sont donc rémunérées par une remise s'imputant sur le prix ^{[1078](#)}.

947. L'article L. 441-7 dispose que la convention unique ou le contrat-cadre annuel et ses contrats d'application sont rédigés par écrit. La convention unique ou le contrat-cadre annuel doit être signé avant le 1^{er} mars de chaque année. De plus, le fournisseur doit communiquer ses CGV au distributeur au plus tard trois mois avant la date butoir du 1^{er} mars (*supra*, n° 928).

948. Le non-respect des dispositions de l'article L. 441-7 est sanctionné par une amende administrative pouvant aller jusqu'à 75 000 euros pour les personnes physiques et 375 000 euros

Section 3

L'interdiction de la revente à perte

Art. L. 442-2, al. 1, et 2 C. com. Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende....

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

§ 1. Raison d'être de l'interdiction

949. La revente à perte est le fait de revendre un produit, en l'état (c'est-à-dire non transformé), à un prix inférieur à son prix d'achat.

Pourquoi le fait de revendre à perte est-il critiqué ? La critique la plus virulente et la plus constante vient d'une partie des concurrents du revendeur à perte. Cette critique ne peut se comprendre que dans le contexte qui oppose le petit commerce traditionnel à la grande distribution en supermarchés. La grande distribution pratique volontiers le *prix d'appel*, c'est-à-dire la vente à un prix extrêmement bas d'un article connu, à des fins purement publicitaires, pour attirer la clientèle. Parfois le prix de vente est tellement bas, qu'il résulte d'une vente à perte. Les commerçants traditionnels, dont les moyens financiers sont limités, n'ont pas la possibilité d'utiliser une telle méthode. Ils y voient par conséquent un procédé de concurrence déloyale et réclament la protection des pouvoirs publics. Mais les associations de consommateurs critiquent également le procédé qu'elles jugent trompeur. Elles accusent les grandes surfaces d'attirer leurs clients par quelques articles à bas prix et de réaliser leur profit sur d'autres articles, dont les consommateurs connaissent mal la valeur réelle. Enfin, certains fournisseurs critiquent la revente à perte, au motif qu'elle obscurcirait la vision du marché et laisserait croire que certains fournisseurs accordent des rabais discriminatoires. La revente à perte créerait une inégalité de situation entre les distributeurs.

L'on peut répondre qu'en économie libérale il appartient à chaque entrepreneur de déterminer sa stratégie commerciale en fixant les termes de son offre, dans une perspective de rentabilité globale. Les prix excessivement bas ne devraient être condamnés que lorsqu'ils constituent des prix prédateurs, c'est-à-dire destinés à exclure un concurrent du marché.

Ce débat a le mérite de montrer que la condamnation de la revente à perte ne relève pas des règles de concurrence *stricto sensu*, mais de la lutte contre la concurrence déloyale et de la protection des consommateurs.

La Cour de justice des Communautés, dans un arrêt célèbre, a estimé que la loi française interdisant la revente à perte ne constituait pas une entrave à la libre circulation des marchandises dans l'Union européenne lorsqu'elle n'opère aucune discrimination au préjudice des produits provenant d'un autre État membre. [1080](#)

Mais, dans un autre arrêt du 7 mars 2013, la Cour a jugé que les ventes à perte constituent des *pratiques commerciales*, au sens de la directive n° 2005/29 du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, et relèvent du champ d'application matériel de celle-ci. Conformément à la directive, elles ne sont pas interdites « en toutes circonstances » mais seulement à l'issue d'une analyse permettant d'en établir le caractère déloyal [1081](#).

950. L'interdiction de la revente à perte a été introduite, pour la première fois en droit français, dans l'article 1^{er} de la loi de finances du 2 juillet 1963. La loi du 1^{er} juillet 1996 a abrogé l'article 1^{er} de la loi de 1963 et en a transposé les dispositions dans l'article 32 de l'ordonnance, tout en les modifiant sur quelques points importants. L'article 32 est passé à son tour dans les articles L. 442-2 à L. 442-4 du Code de commerce. L'article L. 442-2 a été modifié à plusieurs reprises et, en dernier lieu, par la loi Chatel du 3 janvier 2008.

§ 2. Conditions de l'interdiction

951. L'interdiction est soumise à quatre conditions.

1) Le fait doit être l'œuvre d'un *commerçant*. Un acte de revente isolé par un non commerçant n'est donc pas condamnable. La revente doit être accomplie dans un cadre professionnel.

Cependant, l'article L. 442-4, du Code de commerce apporte une exception, qui est révélatrice du but de la loi puisqu'elle ne profite qu'aux petits commerçants. En effet, l'interdiction ne s'applique pas à la revente de produits alimentaires dans un magasin de vente d'une surface de vente de moins de 300 m² ni à la revente de produits non alimentaires, dans un magasin de vente d'une surface de moins de 1 000 m², lorsque « le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ».

Cette exception limitée aux magasins de petite surface, est due à la réforme du 1^{er} juillet 1996. Auparavant, le texte admettait déjà une exception dite d'*alignement*, mais qui pouvait être invoquée par tous les commerçants, indistinctement. Le nouveau texte marque bien la vraie finalité de l'interdiction de la revente à perte, qui est la protection du petit commerce contre les méthodes jugées déloyales de la grande distribution.

2) Seule la *revente* est condamnable, non la vente. Un fabricant peut vendre ses produits au-dessous de leur prix de revient. La loi, depuis la réforme de 1996, incrimine aussi le fait d'*annoncer la revente*.

3) Seule la revente de *produits en l'état* est punissable. Celui qui revend après avoir transformé ne tombe pas sous le coup de l'article L. 442-2. En revanche, il pourrait tomber sous le coup de l'article L. 420-5, en cas de prix abusivement bas (*supra*, n° 819). De même la *prestation de service* au-dessous de son coût n'est pas en soi interdite. L'article L. 442-4, écarte également l'incrimination de toute une série de produits : les produits saisonniers dans certaines conditions, les produits démodés ou dévalués et les produits périssables, sous certaines conditions.

4) Il faut une *perte*. Le prix de revente doit être inférieur au *prix d'achat effectif*. La notion de perte a donc, en matière de revente à perte, un sens spécial. Il ne suffit pas que le produit soit revendu au-dessous du prix de revient unitaire ou du coût moyen. Le législateur a préféré abaisser le seuil de la revente à perte, afin d'éviter des calculs trop compliqués qui prêteraient à controverse.

952. Depuis 1986, la notion de *prix d'achat effectif* était l'objet de discussions incessantes, se traduisant par de fréquentes réformes de l'article L. 442-2. Le débat s'est concentré principalement sur la possibilité de déduire du prix d'achat unitaire les remises ou rabais consentis par le fournisseur postérieurement à la vente. Pour échapper au grief de revente à perte, les commerçants de la grande distribution avaient évidemment intérêt à compter le maximum de remises dans le calcul du prix d'achat. Au contraire, l'administration économique écartait du calcul du seuil de la revente à perte les remises dont le montant n'était pas encore connu au moment de l'établissement de la facture.

953. Dans la version originale de la loi de 1963, il était dit que le prix d'achat effectif s'entendait

« déduction faite des rabais ou remises *de toute nature* consentis par le fournisseur au moment de la facturation ». Or, dans la grande distribution, il est fréquent que les remises soient connues, dans leur principe, au moment de la facturation, mais sans que l'on sache encore quel en sera le montant, car elles sont calculées globalement en fin de période (v. *supra*, n° 936). Des discussions sans fin opposaient les grandes surfaces à l'administration lorsqu'il s'agissait de savoir quelles étaient les remises qui, rétroactivement, pouvaient être imputées sur le prix d'achat des produits, tel qu'il apparaissait sur la facture du fournisseur.

C'est pourquoi l'article 32 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, abandonnant toute référence aux rabais et remises, disposa que le prix d'achat effectif était « présumé être le prix porté sur la facture d'achat ». Mais le problème rebondissait, car la présomption légale était une présomption simple, que les commerçants pouvaient renverser par la preuve contraire, en démontrant l'existence de rabais imputables sur le prix d'achat.

Pour couper court à toute discussion, la loi *Galland* du 1^{er} juillet 1996, modifiant l'article 32 de l'ordonnance (devenu art. L. 442-2, al. 2 C. com.) posa alors une présomption irréfragable, selon laquelle « le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture », majoré des taxes et du prix de transport. Il n'était plus possible, pour diminuer le prix d'achat effectif et écarter l'incrimination de revente à perte, d'invoquer l'existence de remises dont le montant n'apparaissait pas sur la facture remise par le fournisseur.

954. Dans la pratique, l'ensemble des remises et avantages financiers dont le montant n'est pas connu au jour de l'établissement de la facture est dénommé « marge arrière ». L'impossibilité de déduire la marge arrière du prix d'achat augmentait pour les revendeurs le risque de revente à perte.

En fait, le système donnait satisfaction à la fois aux entreprises de la grande distribution et aux industriels. Les premières pouvaient continuer d'exiger de leurs fournisseurs des remises élevées, plus ou moins occultes, dont le montant n'apparaissait pas sur la facture. Pour les seconds, le seuil artificiellement élevé de la revente à perte, qui n'était pas diminué de la marge arrière, fonctionnait comme un prix de revente minimum imposé. Entre 1996 et 2005, la pratique des marges arrières par la grande distribution s'est considérablement développée. Au point que l'opinion et les pouvoirs publics se sont inquiétés de leur effet sur le niveau des prix de détail. Il fut décidé de procéder à une nouvelle révision de l'article L. 442-2 et notamment à un abaissement du seuil de la revente à perte. Après une large consultation des milieux professionnels et sur la base des travaux de la commission présidée par le premier président de la Cour de cassation, M. Canivet, la loi du 2 août 2005, en faveur des PME, mit en place un système de calcul du prix d'achat effectif, selon lequel le prix unitaire, figurant sur la facture, pouvait être minoré des « autres » avantages financiers.

955. Le système actuel est revenu au calcul du « triple net », c'est-à-dire au prix net, minoré du prix de la coopération commerciale et du prix des services distincts. Le prix de la coopération commerciale et le prix des « autres services » sont additionnés pour former « le montant de l'ensemble des autres avantages financiers » visé par l'article L. 442-2, alinéa 2. Le prix net ainsi minoré, est majoré des taxes et du prix du transport pour donner le prix d'achat effectif. Pour les grossistes, le prix d'achat effectif est affecté d'un coefficient de 0,9.

§ 3. Les sanctions

956. La revente à perte constitue un délit pénal, frappé de peines sévères.

L'amende pour les personnes physiques est de 75 000 euros. L'article L. 442-2, littéralement, ne vise que les commerçants et l'on pourrait penser que les seules personnes physiques punissables sont celles qui ont cette qualité. Mais la jurisprudence, en matière d'infractions économiques retient généralement la responsabilité pénale des dirigeants. La solution vaut pour la revente à perte, car les dirigeants de sociétés et même les dirigeants des magasins sont assimilés aux commerçants lorsqu'ils sont responsables de la fixation des prix ¹⁰⁸². Les dirigeants peuvent d'ailleurs s'affranchir de leur responsabilité pénale en prouvant qu'ils avaient délégué leurs pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires ¹⁰⁸³.

L'article L. 442-3, depuis la réforme de 1996, prévoit expressément que les personnes morales peuvent être pénalement responsables du délit de revente à perte. L'amende est alors calculée conformément à l'article 131-38 du Code pénal, c'est-à-dire qu'elle est du quintuple.

Enfin, l'amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité lorsqu'une annonce publicitaire fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.

Chapitre 2

La recherche de rapports équilibrés entre fournisseurs et distributeurs

957. Les rapports verticaux entre fabricants et distributeurs sont souvent des rapports déséquilibrés en raison de la puissance économique de l'un des partenaires. L'opérateur économiquement le plus puissant a tendance à imposer à son partenaire l'acceptation de clauses contractuelles qui limitent de façon excessive la liberté commerciale de ce partenaire. Les pouvoirs publics, avec l'appui du législateur, interviennent pour interdire les clauses et les comportements qu'ils jugent abusifs dans les rapports entre fabricants et distributeurs.

L'interdiction la plus ancienne est celle de l'imposition par un fournisseur des prix de revente que devra pratiquer le distributeur. La liberté de tout commerçant de fixer le prix des produits ou services offerts est traditionnellement considérée comme essentielle (Section 1). Par ailleurs, l'essor de la grande distribution s'est traduit par un renversement du rapport de forces. Les grands distributeurs, généralistes ou spécialisés, ont imposé aux producteurs l'octroi d'avantages financiers divers et de conditions de vente que les producteurs ont considéré souvent comme abusifs, car, s'estimant sous la dépendance du distributeur, ils ne pouvaient les refuser. Sous la pression des milieux de l'industrie, le législateur est intervenu à plusieurs reprises depuis 1996 pour restaurer, de façon autoritaire, un certain équilibre dans les rapports verticaux. Pour ce faire, il a constamment modifié et étendu la liste des pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Il en est résulté une législation désordonnée et instable (Section 2).

Section 1

L'interdiction de la revente à prix imposé

Art. L. 442-5 C. com. Est puni d'une amende de 15 000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale.

958. Dans la revente à prix imposé, le fournisseur fixe dans le contrat de vente qu'il conclut avec son distributeur le prix minimum auquel celui-ci revendra les produits. En pratique, c'est le moyen pour un fabricant de contrôler les prix au détail de ses propres produits. Le fabricant vise alors un double objectif : s'assurer une marge de profit et donner à ses produits l'image d'un produit de luxe.

Après la Seconde Guerre mondiale, les pouvoirs publics y ont vu un obstacle à la baisse des prix. De plus, lorsque le fabricant commercialise ses produits par l'intermédiaire de plusieurs revendeurs,

la clause empêche la concurrence par les prix entre les revendeurs. La loi du 18 juillet 1952 avait interdit, de façon absolue, toute clause de revente à prix imposé. L'interdiction a été reprise dans l'article 34 de l'ordonnance de 1986 devenu article L. 442-5 du Code de commerce. Il s'agit d'une interdiction *per se* qui ne supporte ni exception, ni justification. Le législateur considère que, pour garantir la concurrence par les prix au niveau de la distribution au détail (*concurrence intramarque*), les revendeurs doivent être juridiquement libres de fixer leurs prix.

Le raisonnement n'est pas à l'abri de la critique. Il procède de la conception de la concurrence parfaite, selon laquelle il suffit, pour que règne la concurrence, que les vendeurs disposent de la liberté juridique de fixer leurs prix. En réalité, dans une conception de concurrence efficace, il faudrait considérer la question cas par cas, en fonction du marché. En effet, il n'est pas exclu que la possibilité pour un fabricant de fixer les prix de revente puisse être un facteur de concurrence entre fabricants (*concurrence intermarques*).

Cette critique n'a cependant pas suffi à convaincre le législateur français d'abandonner l'interdiction *per se* des prix de revente imposés. Le droit européen adopte d'ailleurs une position proche de l'attitude française. Les règlements d'exemption par catégorie, en particulier le règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 sur les restrictions verticales, considèrent que les clauses de revente à prix imposé constituent des « restrictions caractérisées », qui font obstacle, dans tous les cas, à l'exemption des accords de distribution (*infra*, n° 1077).

959. L'interdiction est générale. L'article L. 442-5 s'applique à la revente de tous les produits et de toutes les prestations de services [1084](#).

Il n'existe qu'une exception. La loi du 10 août 1981, concernant le prix du livre, oblige les éditeurs et les importateurs à fixer le prix de vente minimum et uniforme des livres vendus au détail. Le législateur a voulu protéger les petits libraires spécialisés, en empêchant les grands distributeurs de leur livrer une concurrence par les prix. Cependant la CJCE a jugé que la loi était inapplicable aux livres importés à partir des États membres de l'Union européenne. En effet, l'obligation de fixer le prix de revente constitue un obstacle non justifié à la libre circulation des marchandises [1085](#). La loi du 26 mai 2011 a étendu le dispositif au prix du livre numérique [1086](#). La loi est entrée en vigueur avec la publication du décret du 30 janvier 2012 qui en prévoit les sanctions [1087](#). La loi Hamon relative à la consommation du 17 mars 2014 confère aux agents du ministère de la culture des pouvoirs similaires à ceux des agents de la DGCCRF pour le contrôle de l'application de la loi sur le prix du livre.

960. L'article L. 442-5 n'interdit que le prix de revente minimum [1088](#). Il n'interdit pas en revanche de fixer un prix maximum, en dessous duquel le revendeur pourra fixer son prix effectif.

La question qui s'est posée est de savoir si l'interdiction frappe également les prix simplement conseillés ou *recommandés*. L'article L. 442-5 étant un texte pénal, l'interprétation restrictive s'impose. Il n'interdit que les prix fixés de façon obligatoire. On en conclut que les prix simplement conseillés sont licites. Mais il faut apporter aussitôt une précision ; les prix conseillés sont interdits lorsqu'ils sont le fait d'une entente ou d'une entreprise en position dominante. Ainsi un syndicat professionnel contrevient à l'article L. 420-1 du Code de commerce lorsqu'il diffuse auprès de ses membres un barème de prix indicatifs. De même contrevient à l'article L 420-1 le fournisseur qui subordonne le référencement des distributeurs de ses produits « au respect effectif des prix publics conseillés ». L'ensemble des accords verticaux passés entre le fournisseur et les distributeurs a un objet anticoncurrentiel [1089](#).

Section 2

Les pratiques restrictives condamnées par l'article L. 442-6 du Code de

961. La loi du 1^{er} juillet 1996, dite loi Galland, bouleversant l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, a supprimé l'interdiction du refus de vente et des ventes liées mais a condamné une nouvelle série de pratiques restrictives. Les dispositions de l'article 36 sont ensuite passées dans l'article L. 442-6 du Code de commerce. La loi NRE du 15 mai 2001 et la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, puis plusieurs lois ou ordonnances et, en dernier lieu, la loi Hamon du 17 mars 2014 relative à la consommation ont enrichi et modifié la liste des pratiques restrictives de l'article L. 442-6.

L'expression de pratique restrictive n'est pas, il faut l'avouer, d'une très grande clarté. S'agit-il d'une pratique restrictive de concurrence ? Il se peut que les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 l'aient entendu dans ce sens. C'est également en ce sens que l'ont comprise les rédacteurs du nouveau Code de commerce. Ils n'ont pas craint, en outrepassant, à notre avis, leur pouvoir, de faire passer leur conception dans l'intitulé du chapitre II, qui précise désormais qu'il s'agit « des pratiques restrictives de concurrence ».

Art. L. 442-6 C. com. I.– Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu...

L'article L. 442-6, I et II, comporte aujourd'hui une liste longue et détaillée (pas moins de quinze rubriques) de comportements considérés par la loi comme des pratiques restrictives illicites. Ces dispositions, dues aux apports de lois successives, se présentent sans ordre logique ni cohérence. Tantôt elles entrent dans une foule de détails, afin de saisir de façon concrète des comportements précis, tantôt elles sont rédigées en termes vagues et généraux. Elles n'ont été conçues en effet que pour répondre à des circonstances particulières, la plupart du temps pour contrecarrer de nouvelles pratiques commerciales inventées par les entreprises de la grande distribution. Elles ressemblent plus à une réglementation bureaucratique qu'à une loi se consacrant à l'exposé de grands principes.

Il existe un rapport de hiérarchie entre l'article L 442-6 du Code de commerce et les dispositions du Code civil. En tant que loi spéciale, l'article L 442-6 du Code de commerce déroge au droit commun des obligations et des contrats issu du Code civil. Mais il empiète très largement sur le domaine du droit civil, puisqu'il règle impérativement les rapports commerciaux entre professionnels. En réalité, l'examen des cas de responsabilité ou de nullité qu'il édicte montre qu'il règle essentiellement des rapports professionnels entre fournisseurs et distributeurs.

L'article L 442-6 vise le fait de tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers. La Cour de cassation juge qu'il faut entendre par là « toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite » ¹⁰⁹⁰. Ainsi, la Cour de cassation applique au droit français de la distribution la définition de l'entreprise adoptée par la Cour de justice de l'UE a adopté à propos des règles européennes de concurrence, notamment de l'article 101 TFUE.

§ 1. Les comportements sanctionnés

962. Il est bien difficile de mettre de l'ordre dans la longue liste de l'article L. 442 On peut cependant observer que le législateur a cherché à rééquilibrer le rapport entre fournisseurs et distributeurs en condamnant deux types de clauses ou de pratiques : – des clauses contractuelles créant un déséquilibre entre les prestations, ce qui revient à sanctionner la *lésion* dans les rapports verticaux et – des conditions de vente et des comportements *anormaux* par rapport aux usages

A La condamnation de la lésion dans les rapports verticaux

963. L'article L. 442-6 du Code de commerce sanctionne par la responsabilité civile de leur auteur ou par la nullité du contrat, le fait d'obtenir d'un partenaire économique un avantage sans contrepartie ou disproportionné. Il vise quatre cas de lésion, un cas général et trois cas particuliers respectivement liés aux contrats de coopération, aux remises et aux accords de référencement.

1 - La sanction générale de la lésion dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs en cas de déséquilibre significatif

964. L'article L. 442-6, I, 2° sanctionne par la responsabilité civile le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » ¹⁰⁹¹. La lésion, qui consiste précisément en un déséquilibre objectif entre les prestations, est ainsi sanctionnée de façon générale dans les contrats commerciaux entre fournisseurs et distributeurs. En cela, le Code de commerce déroge au principe du droit civil selon lequel la lésion n'est pas sanctionnée dans les contrats, sauf de rares exceptions.

Dans une décision du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel ¹⁰⁹² a décidé, en réponse à une question prioritaire de constitutionnalité, que la sanction du *déséquilibre significatif* visée par l'article L. 442-6 du Code de commerce ne contrevenait pas au principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines. La notion de déséquilibre significatif était en effet identique à celle figurant dans l'article L. 132-1 du Code de la consommation, qui a repris les termes de l'article 3 de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993, dont le contenu a été lui-même précisé par la jurisprudence.

L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est la source d'une importante jurisprudence, notamment de la cour d'appel de Paris (à qui est attribuée la compétence exclusive pour juger en appel des litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6, v. *infra*, n° 983). La sanction générale de la soumission à un *déséquilibre significatif* devient le moyen principal de lutte contre les stipulations déséquilibrées figurant dans les contrats de distribution et tend à reléguer au second plan les dispositions particulières de l'article L. 442-6.

L'article L. 442-6, I, 2° a vocation à s'appliquer à tous les contrats qui règlent les rapports entre fournisseurs et distributeur, notamment aux contrats-cadres annuels de coopération et aux contrats de référencement.

Le contrat de coopération (ou contrat global annuel) a été examiné précédemment (*supra*, n° 943 et s.).

Le terme de référencement désigne la pratique des centrales d'achat qui sélectionnent les fournisseurs et les retiennent pour approvisionner les magasins d'un grand distributeur ou d'une chaîne de distributeurs. Souvent, pour être référencé, le fournisseur doit consentir au distributeur des avantages sans contrepartie, par exemple le versement d'une somme d'argent. Le référencement n'oblige pas par lui-même le distributeur ou les commerçants affiliés à passer commande au fournisseur référencé. L'exigence d'un avantage versé par le fournisseur crée par conséquent un déséquilibre entre les prestations. La loi a pour but de rééquilibrer le rapport commercial.

Selon la jurisprudence, la soumission au déséquilibre suppose que les fournisseurs n'ont pas, en face du distributeur, de « pouvoir réel de négociation ». Le déséquilibre significatif n'est pas une notion abstraite. Elle résulte dans chaque cas particulier de l'absence de réciprocité des obligations des parties ou de la disproportion entre elles, compte tenu du rapport déséquilibré des forces des entreprises en présence. ¹⁰⁹³

Mais comme l'article L. 442-6, I, 2° vise la « tentative » de soumission autant que sa mise en œuvre, il importe peu que la clause incriminée ait été appliquée ou non.

Ont été par exemple retenues comme créant un déséquilibre significatif ¹⁰⁹⁴,

- l'exclusion des CGV du fournisseur au profit des conditions d'achat du distributeur, figurant les contrats-types du distributeur ;
- des délais de paiement des factures substantiellement différents selon que le créancier est le fournisseur ou le distributeur ;
- le droit accordé au distributeur de refuser une commande en cas de retard de livraison « d'une heure » ou lorsque la date de limite de consommation d'un produit alimentaire serait plus ancienne que celle de produits antérieurement livrés ;
- le transfert au fournisseur de risques inhérents à la commercialisation des produits par le distributeur ;
- la clause de retour d'invendus qui oblige le fournisseur à reprendre tout le stock de produits invendus en fin d'exercice ;
- l'obligation imposée au fournisseur d'intervenir dans toute procédure qui serait engagée contre le distributeur par un tiers au contrat ;
- une modification des prix à la baisse, imposée aux fournisseurs et jouant de façon automatique, en fonction de la baisse de certains coûts de production, alors que la hausse doit être renégociée.

2 - Les cas particuliers de la sanction de la lésion dans les autres contrats

965. L'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce sanctionne par la responsabilité civile de son auteur le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* ». Sans le dire, le texte évoque le contrat de coopération entre distributeur et fournisseur.

La suite de l'article L. 442-6, I, 1° précise que l'avantage visé peut être notamment « la participation au financement » d'une opération publicitaire lancée par le distributeur ou le financement d'un investissement effectué par le distributeur, comme le rachat d'une chaîne de distributeurs concurrents. Les distributeurs considèrent que les fabricants profitent indirectement de ces opérations, ce qui se traduit par une augmentation de leur chiffre d'affaires. Les industriels contestent ce point de vue et ne comprennent pas pourquoi ils devraient participer au financement de l'entreprise du distributeur ¹⁰⁹⁵.

L'autre hypothèse visée par le texte est celle d'une réduction de prix exigée du fournisseur par une centrale d'achat, au motif que celle-ci globalise les achats de plusieurs entreprises de distribution pour le compte desquelles elle intervient. C'est aussi l'hypothèse d'une réduction de prix exigée afin d'aligner la situation du distributeur sur celle d'autres clients du fournisseur.

La loi Hamon du 17 mars 2014 a ajouté un nouvel exemple d'avantage pouvant entraîner la responsabilité du distributeur : « une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ». Cette nouvelle disposition est ambiguë. Que faut-il entendre par « demande » ? Une simple demande de renégociation du tarif ou la stipulation dans le contrat de référencement d'une baisse automatique du prix du fournisseur en fonction de divers indices ¹⁰⁹⁶ ? On remarquera que la modification de l'article L 442-6, I, 1° par la loi du 17 mars 2014 fait écho à la jurisprudence qui, sur le fondement de l'article L 442-6, I, 2° considère comme marquée d'un *déséquilibre significatif* l'imposition d'une modification des prix à la baisse jouant de façon automatique (*supra*, n° 964).

966. L'article L. 442-6, II, a) frappe de nullité le contrat permettant au distributeur *de bénéficier rétroactivement d'une remise ou d'un contrat de coopération commerciale*. Le fait de se faire consentir une remise calculée sur un chiffre d'affaires antérieur et qui n'était pas initialement prévue, fait présumer l'absence de contrepartie de la remise en question.

967. L'article L. 442-6, I, 3° du Code de commerce sanctionne par la responsabilité civile de son auteur « *le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas*

échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ».

L'article L. 442-6, I, 3° suppose la réunion de trois conditions.

1) Le texte ne l'indique pas expressément, mais les termes utilisés, « passation de commandes », « volume d'achat », laissent supposer des rapports commerciaux suivis, 2) L'interdiction vise le fait pour l'acheteur d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage préalable à la passation de commandes. L'avantage préalable peut être en pratique le versement d'une somme d'argent ou un service non rémunéré. 3) La troisième condition est l'absence de contrepartie constatée par écrit. L'obtention d'un avantage lié au référencement n'est pas interdite, mais à condition qu'elle s'accompagne d'une contrepartie précise : l'engagement sur un volume d'achat proportionné. Cet engagement peut, le cas échéant, être complété par un service rendu au fournisseur. L'article L. 442-6 requiert une garantie supplémentaire : l'engagement et éventuellement l'accord prévoyant la prestation de service doivent être constatés par écrit.

968. La condamnation est renforcée par l'article L. 442-6, II, b). Cette disposition frappe de nullité les clauses prévoyant la possibilité « d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ».

B La condamnation des conditions commerciales et des comportements anormaux ou abusifs

969. L'article L. 442-6 du Code de commerce sanctionne par la responsabilité civile de leur auteur des conditions commerciales et des comportements dans les rapports entre fournisseur et distributeur, qui, soit constituent des abus de dépendance économique, soit ont un caractère anormal par rapport aux usages du commerce. En vérité, ce sont principalement les pratiques des entreprises de la grande distribution, dans leurs rapports avec leurs fournisseurs, qui sont visées. Bien que l'article L. 442-6 ne le prévoie pas expressément, les pratiques condamnées sont toujours l'expression de la dépendance dans laquelle le distributeur tient plus ou moins ses fournisseurs.

1 - Suppression de la condamnation per se de l'abus de dépendance économique

970. L'article L. 442-6, du Code de commerce sanctionnait par la responsabilité de son auteur, le fait « d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations commerciales injustifiées ».

Les rédacteurs de l'ordonnance de 1986 avaient mis leurs espoirs dans l'interdiction de l'abus de dépendance économique pour limiter certains excès de la grande distribution, notamment, à l'époque, en matière de référencement et de déréférencement des fournisseurs. Mais ces espoirs furent déçus, le Conseil de la concurrence ayant soumis le texte de l'article L. 420-2, alinéa 2, à des conditions d'application rigoureuses (*supra*, n° 808 et 813). Le Conseil ne pouvait guère aller au-delà du texte. L'abus de dépendance visé à l'article L. 420-2 est une pratique anticoncurrentielle qui n'est prohibée que si elle entraîne une atteinte au fonctionnement du marché. Or les abus de domination relative ont rarement un effet aussi étendu. Les rédacteurs de la loi NRE du 15 mai 2001 ont donc décidé de supprimer la condition d'atteinte au fonctionnement du marché et de placer la nouvelle disposition parmi celles qui concernent les pratiques restrictives, qui sont répréhensibles *per se*. Le texte ne semble pas avoir été appliqué. Il a été abrogé par l'ordonnance du 13 novembre 2008 qui a préféré retenir la sanction générale de la lésion contractuelle (*supra*, n° 964).

2 - Les stipulations manifestement abusives

971. L'acheteur, très souvent en fait la centrale d'achat d'entreprises de la grande distribution, ne se contente pas d'exiger un avantage anormal, il brandit la menace d'une rupture des relations commerciales, la menace du « déréférencement ». L'article L. 442-6-I, 4° saisit ce comportement et le sanctionne par la responsabilité civile de son auteur : « *Engage la responsabilité de son auteur... le fait, d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de*

paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ».

Le comportement fautif suppose ici trois conditions :

- l'obtention ou la tentative d'obtention d'avantages en matière de prix de modalités de vente ou sous forme d'un contrat de coopération commerciale ;
- le caractère manifestement abusif de l'avantage ;
- la menace de rupture brutale des relations commerciales (en fait le déréfèrencement brutal) ; la rupture peut être « partielle », ce qui semble viser le déréfèrencement de certains produits seulement.

3 - Les conditions de règlement abusives

972. Selon l'article L. 442-6, I, 7°, engageait la responsabilité de son auteur, le fait de « soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L. 441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441. Est notamment abusif le fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture ».

Cette disposition, due à la loi NRE du 15 mai 2001, a été **abrogée par la loi Hamon du 17 mars 2014**. Les auteurs de cette dernière ont sans doute estimé que la sanction administrative, édictée par l'article L. 441-6, I, al. 1^{er} à propos des délais et pénalités de retard devant figurer dans les CGV du fournisseur, se suffisaient à elles-mêmes.

4 - La rupture brutale des relations commerciales

973. Ce que craignent le plus les fournisseurs, c'est le déréfèrencement sans préavis, qui les prive soudainement d'un débouché important. Ce déréfèrencement, qui peut être total ou partiel, peut être motivé par le refus du fournisseur d'accepter les conditions réclamées par le distributeur. Il peut être aussi motivé par la décision de changer de fournisseur. L'article L. 442-6 du Code de commerce n'interdit pas le déréfèrencement en soi mais la rupture sans préavis suffisant ¹⁰⁹⁷ :

L'article L. 442-6, I, 5° dispose qu'engage la responsabilité de son auteur, le fait, « *de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* ».

974. La notion de *relation commerciale établie* est très large. Il peut s'agir tout aussi bien d'une relation de fait ou d'un contrat-cadre de distribution. La jurisprudence n'hésite pas à appliquer le texte à un contrat de mandat d'intérêt commun ¹⁰⁹⁸ ou à un contrat portant sur les droits de transmission télévisuelle ¹⁰⁹⁹. Et la Cour de cassation va jusqu'à admettre qu'une relation commerciale établie avec un partenaire puisse se poursuivre avec un autre, lorsque les deux parties ont manifesté leur commune intention de se situer dans la continuité d'une relation antérieure ¹¹⁰⁰.

Mais ne faut-il pas aller plus loin ? Est-ce que tout contrat commercial à exécution successive n'établit pas une relation commerciale ? Si tel était le cas, l'usage du préavis motivé deviendrait désormais obligatoire dans tous les contrats commerciaux à exécution successive.

975. Dans tous les cas, le juge saisi doit examiner si la *durée du préavis*, qu'il soit conventionnel ou qu'il résulte d'accords professionnels ou des usages du commerce, est suffisant au regard de la

durée de la relation commerciale établie et des autres circonstances. Le juge dispose pour cette appréciation d'un pouvoir souverain ¹¹⁰¹.

Exemple : Un préavis d'une année pour des relations établies depuis plus de 20 ans est justifié lorsque l'auteur de la rupture a lui-même perdu le contrat qui fondait le recours au sous-traitant. (Paris, 7 mai 2015,)

L'article L. 442-6, I, 5° prévoit qu'en l'absence d'accords interprofessionnels fixant la durée minimale de préavis, le ministre de l'économie peut, par arrêté, fixer une telle durée, pour chaque catégorie de produits, en tenant compte des usages du commerce. Le texte prévoit aussi des délais de préavis plus longs lorsque les produits sont revendus sous marque de distributeur ou lorsque la rupture résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance.

La jurisprudence assimile à une *rupture brutale* une modification substantielle des conditions de vente, Par exemple une modification unilatérale et importante par un fournisseur des conditions financières qu'il consentait à un distributeur en gros ¹¹⁰²

Exemple : La décision de retirer leur exclusivité à deux distributeurs pour commercialiser les produits contractuels en direct constitue une rupture partielle de relations commerciales établies (Paris, 13 mai 2015),

976. La rupture brutale sanctionnée par l'article L 442-6 ne doit pas être confondue avec la rupture abusive de contrat, sanctionnée par la responsabilité contractuelle de l'auteur de la rupture, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil ¹¹⁰³. Les deux actions en responsabilité peuvent coexister ¹¹⁰⁴.

D'ailleurs l'article L. 442-6, I, 5° précise que le professionnel peut résilier le contrat sans préavis en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Par exemple, des incidents de paiement répétés peuvent avoir un degré de gravité tel qu'ils justifient la rupture sans préavis ¹¹⁰⁵.

977. De toutes les dispositions de l'article L. 442-6, la responsabilité pour rupture brutale est de très loin la plus invoquée en justice. En effet, tant que dure la relation commerciale, les parties répugnent à provoquer un litige qui pourrait compromettre la pérennité. Au contraire, en cas de rupture par décision unilatérale du partenaire, les fournisseurs n'ont plus rien à perdre en agissant en justice afin d'obtenir la réparation de leur préjudice.

5 - Refus de livraison ou retour des marchandises

978. Les fournisseurs se plaignent de ce que les distributeurs, auxquels ils sont liés contractuellement, décident, de façon unilatérale et discrétionnaire, sans égard aux règles de la vente commerciale, de refuser la livraison de marchandises commandées ou de les retourner sous prétexte d'un retard dans la livraison ou d'un défaut de conformité. Ils se plaignent pareillement de ce que les distributeurs décident unilatéralement, sous le prétexte d'une livraison tardive, d'imputer des pénalités de retard sur le prix facturé par le fournisseur.

La loi du 2 août 2005 a répondu à leur attente en ajoutant un nouveau cas de responsabilité à la liste de l'article L. 442-6. Selon l'article L. 442-6, I, 8° du Code de commerce, engage la responsabilité de son auteur, le fait « *de procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant* ».

6 - L'atteinte à l'intégrité d'un réseau de distribution

979. L'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce sanctionne par la responsabilité civile de son auteur, le fait « *de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence* ».

Le texte tente de donner une réponse à une question qui jusqu'alors relevait du droit de la concurrence déloyale. Une fois de plus, l'on constate que le droit de la concurrence illicite tend à reprendre les solutions du droit de la concurrence déloyale.

La situation visée par le texte est classique. Un fabricant a mis en place un réseau de distribution par l'intermédiaire de revendeurs indépendants sélectionnés. Les contrats de distribution qui unissent le fabricant à ses revendeurs, comportent une clause interdisant aux revendeurs de vendre les produits contractuels à des revendeurs ne faisant pas partie du réseau de distribution. Le but du contrat est de réserver la distribution des produits aux seuls membres du réseau, afin de préserver l'image de marque de celui-ci ¹¹⁰⁶. Si néanmoins un commerçant, qui n'appartient pas au réseau, arrive à se procurer les produits et à les commercialiser, la question qui s'est posée est de savoir s'il se rend coupable de concurrence déloyale. La jurisprudence contemporaine répond par la négative. Le simple fait de vendre les produits, sans avoir la qualité de revendeur agréé, ne constitue pas en soi une faute constitutive de concurrence déloyale. En revanche, il y a faute pour le commerçant non agréé à se rendre *complice* de la violation de son engagement par le revendeur agréé afin que celui-ci lui livre les produits ¹¹⁰⁷.

Les fabricants se plaignent des importateurs parallèles, qui s'approvisionnent à bas prix à l'étranger et qui commercialisent leurs produits en France à des prix très compétitifs, au détriment des revendeurs agréés, membres du réseau de distribution. Ils ont souhaité un texte qui permettrait d'agir plus facilement et plus vigoureusement contre les importateurs parallèles non agréés. Telle est l'origine de l'article 36-6°, introduit dans l'ordonnance de 1986 par la loi du 1^{er} juillet 1996. Mais l'on peut légitimement se demander si le nouveau texte ajoute quelque chose à la jurisprudence antérieure. En effet le comportement qu'il vise consiste dans la participation directe ou indirecte à *la violation de l'obligation du vendeur agréé*. Il faut apporter la preuve de cette violation. Le simple fait de vendre les produits de la marque du fabricant ne suffit pas à caractériser le comportement fautif.

Finalement l'apport du nouveau texte, par rapport à la jurisprudence, apparaît essentiellement à propos de la sanction. En effet, l'action en responsabilité civile, telle qu'elle est régie par l'article L 442-6, III, présente des traits originaux par rapport à l'action en responsabilité qui sanctionne la concurrence déloyale.

7 - Autres pratiques qualifiées de restrictives

980. L'article L. 442-6 a été peu à peu enrichi de références à des pratiques que le législateur désirait sanctionner par la responsabilité civile de leur auteur (art. L. 442-6, I, 9° à 12°) ou par la nullité de la convention (art. L. 442-6, II, c, d et e). C'est ainsi que le refus de communiquer les conditions générales de vente n'est plus pénalement sanctionné, mais expose son auteur à une action en responsabilité civile.

Ces autres pratiques visées ont des objets divers : mentions de l'étiquetage, pratiques dans le commerce des fruits et légumes frais, cession des créances détenues sur un partenaire commercial, restrictions à la vente de commerces de moins de 300 m²... Leur condamnation résulte de toute évidence de lois de circonstance, répondant aux demandes des associations de fournisseur

§ 2. Sanction des pratiques visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce

Art. L 442-6, III C. com. – L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

1 - Qui peut agir ?

981. L'article L. 442-6, III, distingue deux catégories de personnes :

— *Les personnes justifiant d'un intérêt. Il s'agit des victimes de la pratique, qui souffrent d'un préjudice personnel. Les associations peuvent agir lorsqu'elles justifient d'un tel préjudice.*

— *Le ministère public, le ministre chargé de l'économie et le président de l'Autorité de la concurrence.*

En pratique, c'est le ministre de l'économie qui le plus souvent utilise le pouvoir que lui confie l'article L. 442-6-III. Le ministre, lorsqu'il agit, peut demander la cessation sous astreinte de la pratique dénoncée. Il peut demander aussi la réparation du préjudice subi. La loi NRE du 15 mai 2001 a voulu renforcer la sanction des pratiques visées. Elle a ajouté la possibilité de demander non seulement la réparation du dommage, mais encore la nullité des clauses ou contrats illicites et la répétition de l'indu. Il peut aussi demander que soit prononcée une amende civile, dont le maximum est fixé à 2 millions d'euros. A l'occasion d'actions dirigées contre les entreprises de la grande distribution, le ministre de l'économie a obtenu la condamnation celles-ci à des amendes civiles de 500 000 euros.

982. De l'attribution expresse de l'action en nullité et en répétition de l'indu au ministre et au ministère public, on ne peut pas déduire *a contrario* que les victimes privées n'auraient pas le droit d'agir. La nullité des contrats contraires à l'ordre public économique est une nullité absolue qui peut être invoquée par toute personne justifiant d'un intérêt ¹¹⁰⁸. De même la répétition des sommes versées à l'occasion d'une pratique illicite est accordée au *solvens* qui les a payées.

D'ailleurs, le ministre, lorsqu'il demande la nullité d'un contrat et la restitution, doit informer les parties au contrat pour permettre à la victime d'intervenir à la procédure ¹¹⁰⁹. Au contraire, lorsqu'il demande la cessation des pratiques et le prononcé d'une amende, le ministre peut agir sans en informer les parties au contrat ¹¹¹⁰.

2 - Quel est le tribunal compétent ?

983. Selon l'article L. 442-6-III, l'action est introduite devant la *juridiction civile ou commerciale compétente*.

L'ordonnance du 13 novembre 2008 a entendu spécialiser certaines juridictions dans l'application de l'article L. 442-6. Le paragraphe III, alinéa 5 dispose en effet : « Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret ». Les articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce donnent compétence aux tribunaux de grande instance et aux tribunaux de commerce de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes. En appel, seule la cour de Paris est compétente.

Une cour d'appel, autre que la cour de Paris, saisie d'une action fondée sur l'article L 442-6 du Code de commerce doit se déclarer incompétente. Cette déclaration d'incompétence prend la forme d'une fin de non-recevoir, d'ordre public, que la juridiction saisie est tenue de relever, même d'office ¹¹¹¹. Contrairement à l'exception d'incompétence qui doit être soulevée au début du procès, la fin de non-recevoir est invocable à tout moment de la procédure, y compris pour la première fois devant la Cour de cassation ¹¹¹².

Si une cour d'appel est saisie de demandes fondées à la fois sur l'article L 442-6 et sur d'autres textes, comme l'article 1134 du Code civil, elle peut soit renvoyer l'affaire pour le tout, soit disjoindre les demandes et statuer sur celle qui relève de sa compétence ¹¹¹³.

La juridiction saisie peut consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales (*supra*, n° 919). La Commission fait connaître son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire

jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction.

984. L'article L. 442-6-IV prévoit la possibilité d'une action en référé. La victime peut alors demander des mesures provisoires, particulièrement la cessation du comportement dommageable.

La Cour de Paris estime que l'action n'est pas de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques. La demande de réparation au titre de la rupture abusive d'une relation établie peut être soumise à l'arbitrage, par application d'une clause compromissoire [1114](#)

B Nature de la sanction

1 - Nature de l'intérêt protégé

985. Avant 1986, les pratiques individuelles étaient pénalement sanctionnées sous la qualification de pratiques assimilées à la pratique de prix illicites. Les peines d'amende et d'emprisonnement frappaient les dirigeants d'entreprises. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 manifestait une moindre sévérité. Son article 36 (devenu art. L. 442-6 C. com.) prévoyait simplement que les pratiques qu'il visait engageaient la *responsabilité* de leurs auteurs et les obligeaient à *réparer le préjudice causé*.

L'on peut mesurer le chemin parcouru depuis l'époque où la jurisprudence refusait l'action civile aux victimes des pratiques interdites par la législation économique [1115](#). La seule sanction consistait alors dans l'action publique, dont l'exercice dépendait du ministre de l'Économie. Aujourd'hui au contraire, la sanction réside dans l'action en responsabilité civile de la victime. Il est vrai que l'évolution n'est pas totalement achevée, dès lors que l'action en responsabilité civile peut être exercée par le ministre, comme on va le voir ci-dessous.

L'attribution à des personnes publiques de la capacité d'agir en responsabilité, en nullité ou en répétition de l'indu est surprenante, car les autorités publiques représentent l'intérêt général et n'ont pas qualité pour exercer une action civile pour la défense des droits de personnes privées.

Mais il est vrai que les victimes privées répugnent à agir en justice, souvent par peur de représailles ultérieures. L'article L. 442-6, III permettrait à l'autorité publique d'agir à la place des victimes privées, en représentation de leurs intérêts. Cependant cette interprétation se concilie mal avec la fonction de l'autorité publique qui est avant tout de défendre l'intérêt général. Il est préférable de penser que les autorités habilitées par l'article L. 442-6, III, du Code de commerce font valoir *un intérêt propre* qui est la défense de l'intérêt collectif. La jurisprudence s'est finalement prononcée en ce sens [1116](#). L'action civile exercée par le ministre, apparaît alors comme une forme atténuée de l'action publique. Son action vise d'ailleurs moins la réparation du préjudice que la cessation du comportement interdit. Il reste néanmoins que la solution se concilie difficilement avec les principes généraux du droit français.

Saisi d'une QPC transmise par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a estimé que l'action du ministre n'était pas contraire à la Constitution, car elle ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Elle ne porte pas non plus atteinte au principe du contradictoire, ni au droit à un recours juridictionnel effectif, ni au droit de propriété. Mais le Conseil constitutionnel a pris le soin de préciser que les parties au contrat doivent être informées de l'introduction de l'action [1117](#).

2 - Nature de la responsabilité

986. Quel est l'objectif de l'article L. 442-6 du Code de commerce ? Il a pour effet de réputer illicites les comportements qu'il vise et d'en faire des responsabilités. L'article L. 442-6 édicte des *présomptions*.

L'action prévue par l'article L. 442-6, III est en effet de *nature délictuelle* et non contractuelle ¹¹¹⁸. Elle a pour but la répression d'un comportement illicite. La qualification d'action de nature délictuelle vaut même lorsqu'il s'agit de l'action en nullité intentée par la victime privée.

Deux conséquences résultent de la nature délictuelle de l'action.

D'abord, le délai de prescription de l'action est le délai de droit commun applicable aux actions en responsabilité délictuelle et non le délai applicable à l'action née du contrat ¹¹¹⁹.

Ensuite, dans le cas d'une situation internationale, la loi applicable au litige est celle qui gouverne la responsabilité extracontractuelle, c'est-à-dire la loi de l'État du lieu ou le fait dommageable s'est produit ¹¹²⁰.

Titre II

L'organisation de la distribution

987. L'organisation de la distribution se caractérise par l'existence d'*intermédiaires du commerce* (Chapitre 1) qui aident aux opérations de distribution et de *revendeurs, commerçants indépendants*, qui achètent pour revendre (Chapitre 2). L'organisation de la distribution se caractérise enfin par l'organisation privée de *réseaux de distribution* qui sont des chaînes de contrats (Chapitre 3).

Chapitre 1

Les intermédiaires du commerce

988. Les intermédiaires, au sens juridique du terme, ne vendent pas pour leur propre compte, mais ils aident les vendeurs et les acheteurs dans l'exercice de leur activité commerciale. Leur activité est une activité de prestation de services ¹¹²¹. Certains se limitent à la prospection. D'autres négocient les contrats ou aident à leur négociation. D'autres enfin achètent ou vendent pour le compte d'un commerçant qui supporte seul les risques de l'opération. La terminologie utilisée dans la pratique est mal fixée. L'on parle de représentants, d'agents et même de « commerciaux ». Les rares dispositions que le Code de commerce leur consacre sont archaïques et de faible secours.

Pour mettre de l'ordre dans cette matière à première vue confuse, il convient de distinguer entre trois catégories d'intermédiaires : les intermédiaires salariés (Section 1), les intermédiaires mandataires (Section 2) et les intermédiaires commerçants (Section 3).

Section 1

Les intermédiaires salariés

989. Les intermédiaires salariés sont eux-mêmes de deux sortes. Certains sont des *salariés ordinaires*. Simplement, ils ont des fonctions commerciales et sont en relations avec la clientèle. Ils sont chargés de démarcher et de visiter les clients. Ils peuvent prendre les ordres d'achat. Ils peuvent recevoir de leur employeur un mandat, leur permettant de conclure les contrats. Ils sont unis à l'employeur par un contrat de travail de droit commun et leur situation est entièrement régie par le droit du travail.

À côté des salariés ordinaires, il existe une catégorie particulière d'intermédiaires salariés, les *voyageurs-représentants-placiers* ou VRP, que l'on appelle aussi « représentants statutaires ». Ce sont des salariés, chargés de démarcher la clientèle et de prendre des ordres d'achat. Mais ils bénéficient d'un statut légal particulier qui leur procure certains avantages. C'est à leur situation particulière que nous consacrerons nos explications.

Les VRP ont obtenu en 1937 un *statut professionnel*, c'est-à-dire un ensemble de règles légales obligatoires, qui dérogent assez largement aux dispositions du droit commun du droit du travail. Le statut a été incorporé au Code du travail et il figure aujourd'hui dans les articles L. 7311-1 à L. 7313-18. Après avoir examiné les conditions d'applications du statut (§ 1), il conviendra d'en étudier le contenu (§ 2).

§ 1. Les conditions d'application du statut des VRP

990. Il faut immédiatement remarquer qu'il n'existe pas de critère formel de la condition de VRP. Ainsi, la qualité de VRP ne dépend pas de l'immatriculation sur un registre spécial. Le contrat de travail du VRP n'est soumis à aucune règle de forme particulière. La possession de la carte d'identité professionnelle de représentant ne fait pas preuve de la qualité de VRP. Les conditions d'appartenance à la profession de VRP sont exclusivement matérielles et tiennent à *l'activité professionnelle de la personne*.

991. L'activité du VRP doit présenter quatre caractères, qui sont énumérés à l'article L. 7311-3 du Code du travail.

1) Le VRP travaille pour le compte d'un ou plusieurs *employeurs*. Il n'y a donc aucune hésitation : le VRP, bien qu'il dispose d'une assez grande indépendance dans l'organisation de son travail, est un salarié. En cette qualité, il est placé dans une situation de subordination par rapport à son employeur. Il en résulte trois conséquences. D'abord, le VRP ne peut pas lui-même employer des sous-agents. Ensuite, il est nécessairement une personne physique. En effet une personne morale ne peut pas être salariée. Enfin, le VRP n'est pas à la tête d'une entreprise, car il est lui-même intégré dans l'entreprise de son employeur.

Le VRP peut travailler pour le compte de plusieurs employeurs. On l'appelle alors « représentant multicarte ». Mais la règle n'est pas impérative et, selon l'article L. 7313-6 du Code du travail, le contrat de travail d'un VRP peut lui interdire de représenter d'autres entreprises dans un secteur déterminé.

2) L'activité du VRP est étroitement délimitée. Il est vrai que le Code du travail utilise le terme de représentation, mais sans le définir. La jurisprudence se montre plus précise. Pour bénéficier du statut, le représentant doit *prospector la clientèle à l'extérieur de l'entreprise, prendre les commandes et les transmettre à son employeur* ¹¹²². Celui qui prospecte la clientèle sans se déplacer ou celui qui visite la clientèle sans prendre les ordres d'achat ne peut prétendre à la qualité de VRP. Il en est de même de celui qui visite les clients désignés par son employeur, sans le livrer à une tâche de prospection. Par ailleurs, l'activité du VRP s'arrête avec la transmission des commandes. Il n'est pas habilité à conclure les contrats au nom de l'employeur. La qualité de mandataire n'est pas compatible avec celle de VRP.

3) Le VRP doit exercer sa profession de manière exclusive et constante. À l'origine, le statut lui interdisait même toute autre activité. Mais l'exigence légale a été assouplie. Un décret de 1973 a modifié l'article L. 7311-2 du Code du travail et désormais le VRP peut cumuler son activité de représentation avec d'autres activités salariées. Peu importe leur nature. Par exemple le VRP peut être employé à d'autres tâches dans le service commercial ou comptable de l'entreprise. Mais il faut que ce soient des activités salariées. Il reste interdit au VRP d'avoir une activité commerciale pour son propre compte.

4) Le contrat de travail du VRP doit préciser le secteur d'activité, c'est-à-dire les produits ou services qu'il propose à la clientèle, ainsi que le territoire géographique ou le type de clientèle qu'il est chargé de prospecter. Le contrat fixe également sa rémunération. Ces éléments ne peuvent ensuite être modifiés que du consentement des deux parties, l'employeur ne pouvant les modifier de manière unilatérale.

§ 2. Le contenu du statut

992. Les dispositions du Code du travail sont complétées par un accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975, qui constitue une véritable convention collective propre aux VRP.

Pendant la durée du contrat, la situation du VRP se caractérise, comme on l'a vu par le fait qu'il dispose d'une large autonomie dans l'organisation de son travail ¹¹²³. Il détermine lui-même ses heures de travail et l'ordre de ses visites. Sa rémunération est fixée par le contrat de travail et par la convention collective. Elle consiste principalement en commissions, proportionnelles au montant des commandes transmises à l'employeur, mais le salaire peut aussi comporter une partie fixe. Le VRP a droit au remboursement de ses frais, soit sur justification, soit de façon forfaitaire.

En pratique, l'on distingue les *commissions directes*, qui sont relatives aux affaires directement traitées par le représentant, et les *commissions indirectes*, qui sont liées aux commandes provenant du secteur prospecté mais adressées directement à l'entreprise par les clients. Alors que le VRP a toujours droit aux commissions directes, les commissions indirectes ne lui sont attribuées que si le contrat ou les usages constants le prévoient. Une situation intermédiaire concerne les commissions sur des ordres transmis en dehors du VRP mais consécutifs à des commandes antérieures passées par son intermédiaire. Ces commissions sont dues, même si le contrat ne le prévoit pas ¹¹²⁴.

993. C'est surtout à l'expiration du contrat que le statut montre toute son originalité. En effet le VRP a droit à une indemnité spéciale dite *indemnité de clientèle*. Celle-ci soulève deux problèmes.

Le premier problème est de savoir dans quels cas l'indemnité est due. Il est réglé par l'article L. 7313-13 du Code du travail. Le texte fait une distinction. Lorsque le contrat de représentation est à *durée indéterminée*, l'indemnité est due si la résiliation est le fait de l'employeur, en l'absence de faute grave du VRP. L'indemnité est encore due si le contrat prend fin par suite d'un accident ou d'une maladie entraînant une incapacité permanente totale. Au contraire, l'indemnité n'est pas due lorsque le contrat prend fin par la démission du VRP. Lorsque le contrat de représentation est à *durée déterminée*, l'indemnité est due en cas de rupture du contrat par l'employeur, avant l'échéance et en l'absence d'une faute grave du VRP. L'indemnité est également due en cas de non-renouvellement du contrat par l'employeur, en l'absence de faute grave du VRP.

Le second problème est celui du mode de calcul de l'indemnité. La réponse dépend de la nature du droit à l'indemnité. L'on a parfois soutenu que l'indemnité était le prix d'une cession de la clientèle à l'employeur, à la fin du contrat. D'autres ont dit qu'elle avait sa source dans l'enrichissement sans cause de l'employeur. Malgré leur attrait, ces deux explications se heurtent à un obstacle insurmontable : s'il y avait cession de clientèle ou enrichissement sans cause, l'indemnité serait due même en cas de faute grave du VRP. Mais comme on l'a vu, l'article L. 751-9 exclut expressément l'indemnité dans ce cas précis. Et de même en cas de démission du VRP. Finalement la doctrine dominante admet aujourd'hui que l'indemnité répare le *préjudice* causé par la rupture de la relation de travail en dehors de toute intervention du VRP. Le préjudice consiste précisément dans la perte de commissions futures, sur lesquelles le VRP pouvait légitimement compter. En effet, il était prévisible que, au moins dans une certaine mesure, les clients déjà démarchés à l'occasion de premières commandes, renouvelleraient celles-ci dans l'avenir. La rupture ou le non-renouvellement du contrat fait disparaître cet espoir à la fois légitime et certain.

La Cour de cassation semble avoir consacré cette explication. Dans un arrêt, elle a admis, à propos de l'application de la loi dans le temps, que l'indemnité de clientèle était due, du seul fait que la rupture du contrat s'était produite sous l'empire de la loi nouvelle. Il était indifférent que la clientèle ait été acquise avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, à une époque où la législation ne reconnaissait pas l'existence de l'indemnité ¹¹²⁵. De manière implicite au moins, la chambre sociale reconnaissait que l'indemnité était liée au fait de la rupture du contrat et non à l'acquisition de la clientèle. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a décidé, de façon plus explicite, à

Section 2

Les intermédiaires mandataires : les agents commerciaux

994. Cette catégorie d'intermédiaires s'est développée de façon considérable, car elle est mieux adaptée aux nécessités du commerce moderne et spécialement du commerce international. Elle correspond à une conception beaucoup plus souple de l'intermédiaire du commerce. Les agents commerciaux se distinguent des VRP par deux caractères essentiels : ils ne sont pas des salariés, mais des intermédiaires indépendants et ils peuvent s'organiser et agir très librement ; ils sont des mandataires agissant au nom et pour le compte d'une entreprise commerciale.

Comme les VRP avaient obtenu en France, en 1937, un statut professionnel protecteur (*supra*, n° 989), les agents commerciaux ont voulu aussi obtenir le leur. Finalement ce statut leur fut accordé par le décret du 23 décembre 1958. Ne pouvaient bénéficier du statut que les agents immatriculés sur un registre spécial. Au demeurant le statut était très incomplet et il laissait une large place à la liberté contractuelle.

995. Cependant, afin d'harmoniser les législations des États membres de la Communauté européenne, le Conseil européen a adopté le 18 décembre 1986 ¹¹²⁷ une directive relative aux agents commerciaux. Il est apparu en effet que dans la perspective du développement des échanges commerciaux dans la Communauté, il importait que les agents puissent représenter leurs mandants dans l'ensemble des États membres, en étant soumis à des régimes juridiques sensiblement équivalents. Le Parlement français, avec un peu de retard, a transposé la directive par la loi du 25 juin 1991, relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants. Les dispositions de la loi du 25 juin 1991 figurent aujourd'hui dans les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, dans un chapitre intitulé *Des agents commerciaux*. Les dispositions du décret d'application du 23 décembre 1958 figurent aujourd'hui aux articles R. 134-1 à R. 134-17 de la partie réglementaire du Code de commerce.

Après avoir défini l'agent commercial (§ 1), il faudra examiner le contenu du contrat d'agence (§ 2).

§ 1. Définition de l'agent commercial

996. L'article L. 134-1 du Code de commerce donne les éléments de la définition.

1) L'agent commercial est un mandataire. Il négocie et éventuellement conclut des contrats de vente, d'achat et de prestation de services, au nom et pour le compte de son mandant. Par exemple, il vend les produits d'un fabricant dont il est le mandataire, dans un territoire de vente déterminé, en signant les contrats, au nom et pour le compte de ce fabricant ¹¹²⁸. Il est un représentant, au sens juridique du terme, à la différence du VRP qui se limite à la recherche de la clientèle et à la transmission des offres d'achat.

Le pouvoir de négocier les contrats avec la clientèle est un élément essentiel de la qualification d'agent commercial. Un professionnel qui ne serait chargé que d'assurer la promotion des produits de son mandant n'est pas un agent commercial et ne bénéficie pas du statut ¹¹²⁹.

2) Il représente son mandant de *façon permanente*. Celui qui est simplement habilité à représenter une entreprise pour une ou quelques opérations déterminées, n'est pas un agent commercial. L'agent est habilité à conclure un nombre indéterminé d'opérations commerciales, pendant la durée de son contrat.

3) L'agent commercial est un *professionnel indépendant*. Contrairement au VRP, il ne peut être salarié. Il est à la tête d'une entreprise et il peut être une personne morale. En pratique, il prend souvent la forme d'une société commerciale. Il peut embaucher du personnel.

4) Étant indépendant, l'agent peut représenter plusieurs entreprises, sans avoir à demander leur autorisation, mais c'est à la condition que ses mandants ne soient pas concurrents les uns des autres ¹¹³⁰. Il est tenu en effet d'une obligation de non-concurrence. Il peut également effectuer des opérations pour son propre compte, mais ici encore à condition de ne pas faire concurrence à ses mandants.

997. Reste une question controversée : en droit français, l'agent a-t-il la qualité de commerçant ? Le Code de commerce ne tranche pas la question. La Cour de cassation décide, de façon constante, que l'agent n'est pas un commerçant. En effet, pour la Haute juridiction, l'agent est essentiellement un mandataire et il ne dispose pas de l'indépendance qui, dans la recherche du profit, caractérise le commerçant.

Ainsi, c'est le tribunal de grande instance et non le tribunal de commerce qui est compétent pour accorder à l'agent une indemnité de rupture de son contrat ¹¹³¹. Le contrat d'agence est un acte mixte (*supra*, n° 203). De même, le contrat d'agence doit être prouvé par écrit, car il constitue un contrat civil et non un contrat commercial dont la preuve pourrait être rapportée par tous moyens ¹¹³².

La solution adoptée par la Cour de cassation est pour le moins surprenante. Les textes ne s'opposent pas à ce que l'agent ait la qualité de commerçant. L'article L. 110-1 du Code de commerce répute activité commerciale l'entreprise d'agence ou de bureau d'affaires. Ces termes sont suffisamment larges pour accueillir l'activité de l'agent. Il est d'ailleurs symptomatique que la loi et l'usage le qualifient d'*agent commercial*. En réalité, l'agent n'est pas un pur mandataire, qui ne ferait que représenter son mandant. Il dispose d'une réelle autonomie dans la recherche des clients et dans le choix d'une politique commerciale. Il conçoit la publicité et le plan-marketing. Certes, les contrats de vente une fois conclus n'engagent que le mandant, mais ils sont le résultat final de l'activité de l'agent, qui est une activité indépendante. Enfin l'on doit remarquer que les commissionnaires et les courtiers sont des commerçants. L'on ne voit pas pourquoi cette qualité ne serait pas reconnue à l'ensemble des intermédiaires du commerce.

§ 2. Le contrat d'agence

998. Les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce sont beaucoup plus protecteurs des intérêts de l'agent commercial que ne l'était le décret de 1958. Conformément à la directive européenne, le domaine des articles L. 134-1 et suivants est d'abord plus large que celui du décret de 1958. Celui-ci distinguait en effet entre deux catégories d'agents : les agents dits statutaires, qui étaient immatriculés sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce et qui avaient droit à la protection légale, et les agents non statutaires, dont le contrat relevait du droit commun du mandat. Désormais, tous les agents commerciaux, immatriculés ou non, bénéficient de la protection légale. Il suffit qu'ils aient la qualité d'agent, conformément à la définition qu'en donne l'article L. 134-1 du Code de commerce.

999. Le décret d'application du 10 juin 1992 n'avait cependant pas abrogé le décret de 1958 et avait conservé la formalité de l'immatriculation. Aujourd'hui encore, celle-ci est prévue par l'article R. 134-6 du Code de commerce. Mais elle n'est plus qu'une simple mesure de police, à des fins statistiques et sans effet civil. Elle n'est plus la condition des droits de l'agent. En effet le décret ne peut aller à l'encontre de la directive européenne et des dispositions législatives du Code de

commerce.

A Les droits et les obligations des parties pendant la durée du contrat d'agence

1000. Le mandant a l'obligation de renseigner l'agent sur les conditions de sa mission. Il doit également lui fournir les relevés de ses commissions.

L'agent a droit à sa commission. Si le contrat d'agence comporte des stipulations relatives à la commission, elles doivent être respectées. Mais dans le silence du contrat, l'agent a droit à une rémunération conforme aux usages pratiqués dans son secteur d'activité. Sinon, il a droit à une rémunération raisonnable.

La commission est due dès que l'agent a conclu une opération pour le compte de son mandant au cours du contrat d'agence. Elle est également due lorsque l'opération est conclue par le mandant dans un délai *raisonnable* après la cessation du contrat d'agence et lorsque le client avait été démarché par l'agent ¹¹³³.

B Les droits et les obligations des parties à l'expiration du contrat d'agence

1001. Le contrat, lorsqu'il est à durée indéterminée, ne peut prendre fin qu'après l'observation d'un délai de préavis qui est fixé impérativement par l'article L. 134-11 du Code de commerce, qui reprend les dispositions de la directive européenne. Le délai est d'un, deux ou trois mois, selon que le contrat a duré un an, deux ans ou plus. Le contrat peut évidemment prévoir des délais de préavis plus longs.

1002. À la fin du contrat, l'agent a droit, nonobstant toute clause contraire, à une indemnité compensatrice.

Pour comprendre la portée de l'article L. 134-12 du Code de commerce, il faut rappeler l'évolution remarquable qu'avait connue le droit civil en la matière. Selon le droit commun, le mandat est révocable *ad nutum*, c'est-à-dire à tout moment, sans motif et sans indemnité. La règle correspond à l'idée, héritée du droit romain, selon laquelle le mandat est un service gratuit, rendu par le mandataire dans le seul intérêt du mandant. Mais la jurisprudence, dès le XIX^e siècle a atténué la rigueur de la règle en reconnaissant l'existence d'un *mandat d'intérêt commun*, conclu dans l'intérêt des deux parties.

Dans un premier temps, la jurisprudence admit que le mandataire pourrait obtenir une indemnité de rupture en cas de faute prouvée du mandant. Selon les circonstances, la rupture brutale du mandat donné à un professionnel donnait droit à des dommages et intérêts. La charge de la preuve du caractère abusif pesait sur le mandataire. Puis, dans un deuxième temps, la jurisprudence franchit un pas de plus. Elle décida que le mandant devait, pour mettre fin au mandat, invoquer une cause légitime, comme la force majeure ou la faute du mandataire. Il y avait renversement de la charge de la preuve. L'indemnité était due, à moins que le mandant ne fasse la preuve de la cause légitime de la rupture.

La jurisprudence consacrait ainsi une solution protectrice des intérêts du mandataire professionnel. Mais la théorie du mandat d'intérêt commun présentait deux faiblesses. En premier lieu, la *définition* du mandat d'intérêt commun restait imprécise. Il y avait des hésitations sur la notion d'intérêt commun. En second lieu, l'intérêt commun dépendait de la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat de mandat. Les clauses contraires, excluant l'intérêt commun, restaient possibles.

C'est pour remédier à ces inconvénients que le décret du 23 décembre 1958 était intervenu. L'article 3, alinéa 1^{er}, posait une présomption irréfragable selon laquelle le contrat d'agence commerciale était conclu dans l'intérêt commun des deux parties. Et l'article 2 précisait que la résiliation du contrat donnait droit à indemnité, nonobstant toute clause contraire. L'on passait de l'interprétation de la volonté des parties au statut légal impératif ¹¹³⁴.

1003. La loi de 1991 a confirmé ces principes. Le contrat d'agence commerciale *est réputé d'intérêt commun* (art. L. 134-4 C. com.). La présomption est irréfragable. Les clauses excluant le droit à indemnité sont nulles, de nullité absolue, et réputées non écrites (art. L. 134-16 C. com.). L'indemnité est due chaque fois qu'il y a cessation des relations avec le mandant, ce qui recouvre les deux hypothèses de la résiliation par le mandant du contrat à durée indéterminée et du non-

renouvellement du contrat à durée déterminée [1135](#).

Au contraire, sous l'empire du décret de 1958, la jurisprudence refusait le droit à indemnité en cas de non-renouvellement du contrat à durée déterminée [1136](#).

L'indemnité n'est pas due dans trois cas : lorsque la rupture intervient à la suite d'une faute grave de l'agent commercial [1137](#) ; lorsqu'elle est due à l'initiative de l'agent, sauf faute du mandant ou maladie de l'agent ; lorsque l'agent cède le contrat à un tiers, avec l'accord du mandant.

1004. En revanche, les textes du Code de commerce restent assez vagues sur le montant de l'indemnité. L'article L. 134-12 du Code de commerce prévoit seulement la réparation du préjudice subi. Par analogie avec l'indemnité de clientèle due aux VRP, l'on peut penser que l'indemnité répare la perte des commissions sur lesquelles l'agent pouvait légitimement compter, si le contrat avait été maintenu. La Cour de cassation estime que le préjudice comprend la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties [1138](#).

Enfin le contrat d'agence peut comporter une clause de non-concurrence prenant effet à son expiration. La clause doit être formulée par écrit et doit être suffisamment précise [1139](#).

Section 3

Les intermédiaires commerçants

1005. En l'état actuel de la jurisprudence, il n'existe que deux catégories d'intermédiaires qui ont la qualité de commerçant : ce sont les *commissionnaires* (§ 1) et les *courtiers* (§ 2). L'article L. 110-1 du Code de commerce répute en effet actes de commerce, d'une part, toute entreprise de commission et, d'autre part, toute opération de courtage. On a vu l'incohérence qu'il y a à ne pas considérer les agents commerciaux comme des commerçants et l'équivoque qui marque la terminologie (*supra*, n° 997).

La distinction faite par l'article L. 110-1 entre l'entreprise, qui suppose des actes répétés, et l'opération qui serait commerciale bien qu'isolée et accomplie par un non-professionnel, est aujourd'hui dépourvue de portée pratique. En fait les opérations de courtage sont toujours accomplies par des professionnels.

§ 1. Les commissionnaires

1006. L'ancien Code de commerce comportait une section intitulée *Des commissionnaires en général*. Cette section ne comportait que deux articles : l'article 94, qui donnait la définition du commissionnaire, et l'article 95 qui reconnaissait le privilège du commissionnaire. La plupart des questions ont dû être résolues par la jurisprudence. Les articles 94 et 95 sont passés respectivement dans les articles L. 132-1 et L. 132-2 du nouveau Code de commerce.

Le contrat de commission a toujours été considéré comme un contrat commercial. La règle, qui remonte au Moyen Âge, s'est maintenue et le contrat de commission n'a pas son équivalent en droit civil. Le commissionnaire est un commerçant propriétaire d'un fonds de commerce [1140](#).

Après avoir défini le commissionnaire, il conviendra de voir les effets de l'opération de commission.

A Définition du commissionnaire

Art. L. 132-1, al. 1^{er}, C. com. Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant.

1007. Le commissionnaire se distingue parfaitement du mandataire, d'une part, et du revendeur, indépendant d'autre part.

1) Il se distingue du mandataire, en ce qu'il traite en son *nom propre*.

C'est ce que souligne insuffisamment l'article L. 132-1, 2^e alinéa, lorsqu'il précise que « les droits et les devoirs du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le Code civil, livre III, titre XIII », c'est-à-dire par le contrat de mandat. Les règles du mandat ne s'appliquent que dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire.

Le commissionnaire, puisqu'il traite en son nom propre, est partie à l'opération qu'il conclut. Il ne révèle pas le nom de son commettant. L'on dit qu'il fait écran entre le tiers et le commettant. Le mandataire au contraire ne fait que représenter, au sens juridique du terme, son mandant. Tout se passe comme si c'était le mandant qui agissait. Le mandataire ne dissimule pas l'identité de son mandant. La mandataire ne fait pas écran.

2) Il se distingue du revendeur indépendant. Le commissionnaire n'agit pas pour son propre compte, mais pour le compte d'un commettant. Le profit de l'opération revient au commettant et celui-ci en supporte en principe le risque. Le commissionnaire est rémunéré par une commission proportionnelle.

Exemple. Le fabricant F charge le commissionnaire C de vendre un lot de marchandises. C trouve un acquéreur, en la personne du commerçant A. C conclut le contrat de vente avec A. C vend en son nom et sans révéler celui de F. C est tenu de toutes les obligations d'un vendeur. Les marchandises sont livrées à A, qui paie le prix. C encaisse le prix de vente, mais il le rétrocède aussitôt à F en percevant pour lui-même une commission de 12,5 %.

1008. La pratique connaît plusieurs sortes de commissionnaires. Le *commissionnaire-vendeur*, vend des marchandises en son nom, mais pour le compte d'un commettant. Le *commissionnaire-acheteur* achète en son nom mais pour le compte de son commettant. Le *commissionnaire de transport* conclut le contrat de transport avec un transporteur, pour le compte d'un expéditeur (art. L. 132-3 à L. 132-8 du Code de commerce). Les *sociétés de bourse* sont des commissionnaires qui achètent et vendent des valeurs mobilières, pour le compte de donneurs d'ordres.

B Les effets de la commission

1009. La commission est une opération triangulaire, qui donne naissance à trois sortes de rapports. Pour plus de simplicité, nous les étudierons en prenant l'exemple de la commission de vente.

1 - Les rapports entre le commissionnaire et l'acheteur

1010. Le commissionnaire et l'acheteur sont liés par un contrat de vente. Le commissionnaire supporte toutes les obligations d'un vendeur. Il doit livrer les marchandises, il doit la garantie du vendeur. Il a aussi tous les droits d'un vendeur. Il est créancier du prix.

2 - Les rapports entre le commissionnaire et le commettant

1011. Ces rapports sont régis par le contrat de commission proprement dit, qui est un contrat-cadre de prestation de service.

Le commissionnaire doit conclure l'opération qui lui a été confiée : trouver l'acheteur, conclure la vente, faire livrer les marchandises, encaisser le prix. D'une façon générale, dans ses rapports avec le commettant, le commissionnaire est tenu comme un mandataire. Il doit se comporter en professionnel honnête et scrupuleux. Il est donc tenu d'une obligation de moyens : il doit faire toute diligence pour réaliser l'opération convenue, par exemple pour vendre les marchandises. Il doit informer le commettant de ses démarches et lui rendre compte des résultats obtenus. Cependant il n'est pas tenu de révéler les noms de ceux avec lesquels il a traité. Le contrat peut mettre parfois à la charge un certain résultat : par exemple « vendre au mieux » ou ne pas vendre en dessous d'un certain prix.

Le commissionnaire a droit à une rémunération : la commission, qui en général est proportionnelle au chiffre d'affaires réalisé pour le compte du commettant. Sauf clause contraire, la commission est acquise dès que l'opération de vente est conclue et même si la vente ne peut être exécutée, en raison d'un cas de force majeure.

L'on pourrait, comme le fait le droit allemand, distinguer le contrat-cadre de commission et les contrats de liquidation, qui sont conclus entre le commettant et le commissionnaire à propos de chaque opération et qui viennent s'insérer dans le contrat-cadre.

1012. Il existe trois règles spéciales.

En premier lieu, le commissionnaire n'a pas en principe le droit de faire la *contrepartie*. Par exemple, s'il est commissionnaire vendeur il ne peut pas se porter lui-même acquéreur des marchandises qu'il est chargé de vendre. Techniquement, ce ne serait pas impossible puisque le droit admet parfaitement le contrat passé avec soi-même. Il suffit que la même personne agisse en deux qualités différentes. Mais la règle est coutumière. L'on estime que la contrepartie est trop dangereuse pour le commettant. La règle est supplétive et peut être écartée par une clause contraire. De plus il existe une importante dérogation en faveur des sociétés de bourse : elles peuvent acquérir les valeurs qu'elles sont chargées de vendre, les conserver pendant un certain temps, puis les revendre pour leur propre compte. Cette possibilité permet aux sociétés de bourse de soutenir les cours lorsque l'offre est très excédentaire par rapport à la demande.

En deuxième lieu, il est d'usage que le commissionnaire puisse se porter « *ducroire* ». Normalement, le commissionnaire n'est tenu que d'une obligation de moyens. Il ne garantit pas la bonne fin de l'opération. Si par exemple l'acheteur ne peut pas payer le prix, le risque est pour le commettant. Cependant, par une clause spéciale du contrat de commission, dite clause de ducroire, le commissionnaire peut prendre à sa charge la bonne fin de l'opération, et par exemple s'engager à payer le prix, en cas d'insolvabilité de l'acheteur. En principe, le ducroire est libéré par la force majeure, mais, ici encore, une stipulation particulière peut prévoir le contraire. Le commissionnaire joue alors le rôle d'un assureur.

En troisième lieu, le commissionnaire bénéficie d'un *privilege*, qui garantit le paiement de ses commissions ainsi que de toutes les sommes dont il a fait l'avance. Le privilege, qui est prévu par l'article L. 132-2 du Code de commerce, porte sur les marchandises appartenant au commettant mais qui sont en possession du commissionnaire. En cas de défaut de paiement des commissions par le commettant, le commissionnaire peut saisir les marchandises et les faire vendre aux enchères publiques. Mais l'article L. 132-2 lui donne un moyen plus simple et plus efficace : il peut vendre lui-même les marchandises en sa possession, comme le prévoit le contrat de commission, et prélever sur le prix le montant de sa créance, par préférence aux autres créanciers.

3 - Les rapports entre le commettant et le tiers

1013. Le commettant et le tiers, par exemple l'acheteur des marchandises, ne se connaissent pas. Ils sont juridiquement étrangers l'un à l'autre. Le tiers n'a pas d'action contre le commettant pour le contraindre, par exemple, à livrer les marchandises vendues par le commissionnaire. À l'inverse, le commettant ne peut pas réclamer à l'acheteur le paiement du prix qui n'aurait pas encore été versé au commissionnaire.

Une partie de la doctrine observe cependant que les effets de l'opération se produisent en définitive dans les patrimoines du commettant et du tiers. Les effets de la commission s'expliqueraient par une *représentation imparfaite*. L'on devrait par conséquent reconnaître au commettant une action directe contre le tiers. Mais la jurisprudence moderne n'est pas favorable à cette solution et elle

1014. Une exception, importante en pratique, est admise par le titre II du livre VI du Code de commerce, relatif à la sauvegarde des entreprises. En cas de mise sous sauvegarde, de redressement ou de liquidation du commissionnaire-vendeur, le commettant court un risque grave : que les marchandises qui étaient encore en possession du commissionnaire, au moment de l'ouverture de la procédure collective, soient vendues pour les besoins du redressement ou de la liquidation, que le prix soit encaissé et qu'il vienne se fondre dans le patrimoine de l'entreprise en redressement ou en liquidation. Pour parer à ce risque, la loi du 26 juillet 2005, qui a modifié le livre VI du Code de commerce, prévoit deux mesures ¹¹⁴¹.

— L'article L. 624-16, 1^{er} alinéa du Code de commerce vise le cas où des marchandises ont été consignées au commissionnaire en vue d'être vendues, ne l'ont pas été et sont encore en la possession du commissionnaire. Alors le commettant, propriétaire, peut les revendiquer et les reprendre en nature.

— L'article 624-18 du Code de commerce vise le cas où les marchandises ont été vendues, après l'ouverture de la procédure, et le prix non encore payé par l'acquéreur. Alors, le commettant peut revendiquer contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix non encore payé. Cela revient à accorder au commettant une action directe contre le tiers.

En revanche si le tiers a payé le prix entre les mains du commissionnaire, le commettant est sacrifié. Il est simplement créancier chirographaire du commissionnaire. Il passe après les créanciers munis de sûretés et vient en concours avec les autres.

§ 2. Les courtiers

A La profession de courtier

1015. Le courtier a pour fonction de rapprocher des entreprises qui désirent conclure une opération commerciale. Le courtier recherche les partenaires intéressés, les met en contact, les aide dans la négociation, puis s'efface au moment de la conclusion. Contrairement au mandataire ou au commissionnaire, il ne participe pas à l'acte juridique.

Le courtier est toujours commerçant. Ce peut être une personne physique ou une personne morale.

1016. L'ancien Code de commerce comportait une section intitulée « *Des agents de change et courtiers* », qui recouvrait les articles 74 à 90, mais qui, par le jeu des abrogations successives avait perdu l'essentiel de sa substance. Ces dispositions sont aujourd'hui passées dans les articles L. 131 et suivants du nouveau Code de commerce.

L'article L. 131-1 du Code de commerce distingue trois sortes de courtiers : les courtiers de marchandises, les courtiers interprètes et conducteurs de navire et les courtiers de transport par terre et par eau. Les courtiers interprètes et conducteurs de navire sont spécialisés dans le courtage du transport maritime, les courtiers de transport par terre et par eau, dans les opérations du transport terrestre et fluvial. Il existe aussi des courtiers en assurance.

1017. Le courtage de marchandise est libre. L'article 1^{er} du décret du 29 avril 1964 dispose « le courtage en marchandises peut être effectué par tout commerçant ». Mais aussitôt le même décret organise la profession de courtier de marchandise assermenté ¹¹⁴². Outre leur fonction de courtier, les

courtiers assermentés peuvent estimer la valeur des marchandises déposées dans les magasins généraux. Ils constatent le cours des marchandises cotées dans les bourses de commerce et le cours des marchandises vendues aux enchères en gros.

B Le contrat de courtage

1018. Le courtier a l'obligation de rechercher un partenaire pour son client et de rapprocher les deux parties en vue de la conclusion d'une opération commerciale. Il n'a qu'une obligation de moyen : il doit faire diligence pour que les parties se rencontrent et concluent. Comme il est un professionnel, la jurisprudence estime qu'il est tenu d'un devoir particulier de diligence et elle apprécie sévèrement sa responsabilité. Mais le courtier n'est pas obligé à un résultat. De même il n'est pas tenu, une fois l'opération conclue, de sa bonne fin. Si le vendeur ne livre pas ou si l'acheteur ne paie pas, la responsabilité du courtier n'est pas engagée, à moins que soit prouvée une faute de sa part.

1019. Le courtier a droit à une rémunération, qui est le *courtage*. En principe, le courtier intervient dans l'intérêt des deux parties et le courtage est dû à égalité par l'une et par l'autre. Mais il est fréquent que le contrat passé avec le donneur d'ordre initial prévoie que le courtage sera à la charge de celui-ci.

À quel moment la rémunération est-elle due ? C'est en principe la conclusion du contrat entre les deux parties que le courtier a rapprochées qui fait naître le droit à la rémunération. Il ne suffit pas que des négociations aient eu lieu entre les deux parties. Si elles n'ont pas abouti, le courtage n'est pas dû. Mais à l'inverse, peu importe que le contrat une fois conclu n'ait pas finalement été exécuté, ni même qu'il ait été résolu ou annulé. Le courtage sera dû. Mais évidemment toutes ces solutions, qui sont dictées par les usages, ne valent qu'en l'absence de dispositions particulières du contrat passé avec le courtier.

À la différence du commissionnaire, le courtier ne bénéficie d'aucun privilège portant sur les marchandises qui seraient éventuellement en sa possession. Il n'est pas possible d'appliquer l'article L. 132-2 du Code de commerce par analogie. Les privilèges sont de droit étroit.

Chapitre 2

Les revendeurs indépendants

1020. Du point de vue économique, ce sont des intermédiaires de la distribution. Ils s'insèrent dans la chaîne de distribution, soit comme grossistes, entre le fabricant et les détaillants, soit comme détaillant en contact avec les consommateurs. Mais du point de vue juridique, ce ne sont pas des intermédiaires du commerce car ils n'ont pas pour fonction d'aider les opérations d'achat ou de vente. Bien au contraire, ce sont des commerçants qui achètent pour revendre, pour leur propre compte. Ce sont soit des sociétés commerciales, soit des personnes physiques, commerçantes au titre de l'achat pour revendre.

Les revendeurs indépendants diffèrent profondément par la taille de leur entreprise. Les commerçants de la grande distribution exploitent des magasins de grande surface, supermarchés ou hypermarchés ¹¹⁴³. En raison de leur puissance économique, ils se sont vus imposer une législation rigoureuse qui limite les créations et les extensions de leurs surfaces de vente (Section 1). Les commerçants du moyen et petit commerce sont souvent spécialisés dans la vente de certains produits, par exemple la parfumerie, l'habillement ou l'électroménager. Dans d'autres cas, comme dans le secteur de l'alimentation, ils ont une vocation généraliste. Les petits et moyens commerçants cherchent à se regrouper pour résister, avec plus ou moins de succès, à la concurrence des magasins de grande surface (Section 2).

Section 1

La réglementation des magasins de grande surface

1021. La création et l'extension des magasins de grande surface sont soumises à un régime d'*autorisation administrative*, dans des conditions rigoureuses. La législation a d'abord évolué dans le sens d'une sévérité accrue. Dans le souci d'introduire plus de concurrence dans la grande distribution, les textes récents ont assoupli les règles de l'urbanisme commercial.

La législation a pour origine la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973, dite *loi Royer*. En réalité, la loi avait surtout pour but de protéger le petit commerce de détail contre le développement, jugé excessif, de la grande distribution. Selon la loi elle-même, dans son article 1^{er}, il fallait « éviter qu'une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux ».

Toute création ou extension d'un magasin de détail dont la surface dépassait 1 500 m² était subordonnée à l'autorisation préalable d'une « commission départementale d'urbanisme commercial ». La composition de cette commission, qui comportait essentiellement des élus locaux et des représentants des activités commerciales et artisanales, fut l'objet de vives critiques. La loi du 29 janvier 1993 relative

à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite *loi Sapin*, modifia la composition de la commission d'urbanisme commercial, dont l'effectif fut réduit, et améliora la procédure de prise de décision.

1022. Suspectée de ne pas favoriser suffisamment le développement de l'emploi, la grande distribution fut à nouveau, à partir de 1993, la cible des pouvoirs publics. Dans l'attente d'une nouvelle loi, le gouvernement *Juppé* fit voter par le Parlement, en 1996, le gel total des autorisations. Ainsi, entre le 12 avril et le 13 octobre 1996 aucune demande d'autorisation ne fut enregistrée. Entre-temps était votée la loi du 5 juillet 1996, modifiant à nouveau la *loi Royer* de 1973.

1023. L'application rigoureuse du nouveau texte et le coup de frein donné aux créations de grandes surfaces ont eu pour effet de multiplier les opérations de concentration. Ne pouvant s'étendre par croissance interne, les entreprises de la grande distribution ont dû en effet augmenter leur capacité en achetant des surfaces existantes ou en fusionnant. En définitive, la loi nouvelle poussait à la concentration et ne favorisait pas la concurrence.

En vue de renforcer la concurrence et de permettre l'implantation de nouveaux entrants, notamment les magasins dits de « *discount* », la loi LME du 4 août 2008 et la loi de simplification du 12 mai 2009 ont limité le domaine de l'autorisation administrative. Les dispositions ainsi modifiées, constituent le titre V du livre VII du Code de commerce, intitulé « De l'aménagement commercial », qui comporte [1144](#) les articles L. 750-1 à L. 752-25.

Il faut aussi rappeler que la loi LME a prévu un contrôle spécial des opérations de concentration lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, en fixant des seuils plus bas que les seuils de droit commun (*supra*, n° 895).

1024. Une nouvelle réforme de l'urbanisme commercial est intervenue avec la loi n° 2014-626 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi *Pinel* [1145](#). Le décret n° 2015-165 du 12 février 2015 en a précisé l'application. L'ensemble est entré en vigueur le 15 février 2015.

1025. Il a été parfois soutenu que la *loi Royer* était contraire aux principes du droit européen. Elle serait contraire au principe du libre établissement dans l'Union européenne (art. 49 TFUE), comme faisant obstacle à la libre installation en France des ressortissants des autres États membres. Interrogée par des juridictions françaises, sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice n'a pas pu se prononcer. Elle a en effet relevé qu'elle était saisie à l'occasion d'un litige « purement interne », opposant un ressortissant français à l'État français, litige qui ne mettait pas en jeu le droit de l'Union [1146](#). Il est difficile de dire dans quel sens se prononcerait la Cour si elle était saisie à l'occasion d'un litige opposant un ressortissant d'un État membre, autre que français, à l'administration ou à la justice françaises. La réponse dépendrait de la valeur des justifications invoquées par l'État français. Il a également été soutenu que la loi Royer était contraire aux règles de concurrence du traité. Ici la Cour a répondu par la négative, car la commission départementale n'étant pas composée de représentants des entreprises, elle ne saurait être assimilée à une entente [1147](#).

§ 1. Champ d'application du dispositif légal

1026. La loi de 1973 soumettait à autorisation la création ou l'extension d'un magasin de détail d'une surface de vente supérieure à 1 500 m². La loi du 5 juillet 1996 avait considérablement abaissé le seuil, en le portant à 300 m². L'article L. 752, 1° dispose désormais que les projets ayant pour objet la création d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente supérieure à 1 000 m², résultant soit d'une construction nouvelle, soit de la transformation d'un immeuble existant sont

soumis à une « autorisation d'exploitation commerciale ». De même est soumise à autorisation, toute extension de la surface de vente d'un magasin de commerce de détail ayant déjà atteint le seuil des 1 000 m² ou devant le dépasser par la réalisation du projet.

À côté de cette disposition fondamentale, l'article L. 752-1 cite la réouverture au public d'un magasin d'une surface de vente supérieure à 1 000 m² ou le changement de secteur d'activité d'un commerce d'une surface supérieure à 2 000 m². Le texte vise aussi la création et l'extension des *ensembles commerciaux*. La notion « d'ensemble commercial » est difficile à définir. L'article L. 752-3 du Code de commerce indique quatre critères alternatifs, qui servent à définir l'ensemble commercial. À la liste des projets soumis à autorisation, la loi Alur du 24 mars 2014 a ajouté « la création ou l'extension d'un point permanent de retrait par la clientèle d'achats au détail commandés par voie télématique, organisé pour l'accès en automobile. »

L'article L. 752-4 admet une dérogation. Dans les communes de moins de 20 000 habitants, le maire lorsqu'il est saisi d'une demande de permis de construire d'un équipement d'une surface comprise entre 300 et 1 000 m², peut proposer au conseil municipal de saisir pour autorisation la commission départementale d'aménagement commercial.

§ 2. La procédure d'autorisation d'exploitation commerciale

1027. Depuis la loi LME du 4 août 2008, la commission compétente pour accorder les autorisations est la *Commission départementale d'aménagement commercial*. La loi du 18 juin 2014 en a modifié la composition. Elle est composée, dans les départements autres que Paris, de douze membres : le préfet, sept, élus locaux et quatre personnalités qualifiées, deux en matière de consommation et de protection des consommateurs et deux en matière de développement durable et d'aménagement du territoire (art. L. 751-2, *C. com.*). À Paris, elle est composée de cinq élus locaux et de trois personnes qualifiées en matière de consommation, de développement durable et d'aménagement du territoire.

L'article L 752-14 du Code de commerce précise que la commission départementale d'aménagement commercial autorise les projets par un vote à la majorité absolue des membres présents. Elle doit se prononcer dans les deux mois de sa saisine. Passé ce délai, la décision est réputée favorable. La décision est motivée.

1028. Avant la réforme de 2014, l'autorisation d'exploitation commerciale coexistait avec le permis de construire. Il existait donc deux procédures distinctes, la procédure d'obtention de l'autorisation d'exploitation commerciale et la procédure de délivrance du permis de construire. L'autorisation d'exploitation commerciale devait être délivrée préalablement à la délivrance du permis de construire. La loi du 18 juin 2014 a mis fin à cette dualité d'autorisations. L'article L. 425-4 du *Code de l'urbanisme* dispose désormais que « le permis de construire tient lieu d'autorisation dès lors que la demande de permis a fait l'objet d'un avis favorable de la commission départementale d'aménagement commercial ». Lorsque le permis de construire n'est pas exigé, l'autorisation d'exploitation commerciale doit précéder la réalisation du projet (art. L 752-15 nouveau, *C. com.*).

1029. L'article L. 752-6 du Code de commerce indique les principes qui doivent guider la commission. Les lois successives ont profondément modifié les critères d'appréciation.

Les autorisations d'exploitation commerciale doivent d'abord être compatibles avec les dispositions générales d'urbanisme (art. L 752-6, I, al. 1^{er} *C. com.*).

L'autorisation d'exploitation commerciale doit prendre ensuite en considération l'aménagement du territoire (localisation, gestion économe de l'espace, animation de la vie urbaine, rurale et de montagne, effet des flux de transport) et le développement durable de l'environnement. Elle doit tenir compte de la protection des consommateurs (accessibilité, tissu commercial local, variété de l'offre).

La loi du 18 juin 2014 a supprimé *les observatoires d'aménagement commercial*. En revanche, la Commission nationale d'aménagement commercial rend public un rapport annuel qui rassemble les données de l'activité des commissions départementales et nationale.

1030. Un recours est organisé devant la Commission nationale d'aménagement commercial (art. L 752-17 *C. com.*). Un recours devant une cour administrative d'appel peut être formé contre la décision de la Commission nationale, qui statue en premier et dernier ressort ¹¹⁴⁸.

§ 3. Les sanctions

1031. L'article L. 752-23 du Code de commerce confie au préfet le pouvoir de mettre en demeure l'exploitant de ramener sa surface commerciale à l'autorisation d'exploitation commerciale accordée par la commission d'aménagement commercial compétente, dans un délai d'un mois. Il peut, à défaut, prendre un arrêté ordonnant, dans le délai de quinze jours, la fermeture au public des surfaces de vente exploitées illicitement, jusqu'à régularisation effective. Ces mesures sont assorties d'une astreinte journalière de 150 euros par mètres carrés exploités illicitement.

Est puni d'une amende de 15 000 euros le fait de ne pas exécuter les mesures prises par le préfet et prévues au deuxième alinéa.

Section 2

Les groupements de commerçants indépendants

1032. Nous avons vu que les limitations à la création et à l'extension des grandes surfaces s'appliquent aussi aux *centres commerciaux*. Le centre commercial est une manière pour les petits et moyens commerçants de détail, de répondre à la concurrence des supermarchés et hypermarchés. Les commerçants qui bénéficient d'une franchise s'installent aussi volontiers dans les centres commerciaux.

Les centres commerciaux sont organisés de trois façons.

Dans une première version, le centre commercial n'est qu'un rassemblement de locaux commerciaux, soit dans le même immeuble, soit sur un même site. Chaque commerçant est alors propriétaire de son local ou locataire commerçant. Les commerçants n'ont pas de liens entre eux.

Dans une deuxième version, le centre constitue un *ensemble* commercial. Chaque commerçant est propriétaire ou locataire de ses locaux, mais il existe entre eux des liens juridiques : règlement intérieur, gestion en commun de services, aménagement de voies d'accès et de parcs de stationnement. Les commerçants peuvent à cette fin constituer une association. Mais l'adhésion à l'association ne peut pas leur être imposée. La clause du bail commercial imposant au locataire d'adhérer à une association de commerçants est nulle, de nullité absolue ¹¹⁴⁹.

Une troisième version est celle du *magasin de commerçants indépendants*, que le législateur a voulu encourager en votant la loi n° 72-651 du 11 juillet 1972. Les dispositions de celle-ci sont passées dans les articles L. 125-1 et suivants du Code de commerce. L'idée à la base de ce type de groupement est que chaque commerçant reste propriétaire de son fonds de commerce mais n'a pas la libre disposition des locaux. Les commerçants forment un GIE, une SA ou une société coopérative de commerçants détaillants. C'est alors le groupement ou la société, personne morale qui est propriétaire

ou locataire des bâtiments. Chaque commerçant a la jouissance d'un local, non en qualité de locataire commerçant ou de sous-locataire mais en qualité de membre du GIE ou d'associé. La jouissance des locaux est indissociable de la propriété des parts sociales. Le commerçant qui vend son fonds de commerce cède également ses parts dans le groupement. Celui-ci gère des services communs, définit la politique commerciale du centre, établit et fait respecter le règlement intérieur. Les commerçants doivent participer au financement, et respecter le règlement intérieur. Ils peuvent être frappés d'exclusion s'ils ne remplissent pas leurs obligations. Tout nouveau membre doit être agréé par l'assemblée générale du groupement.

1033. Une autre loi du 11 juillet 1972, portant le n° 72-652, a rénové la forme de la *société coopérative de commerçants détaillants*. Ses dispositions sont passées dans les articles L. 124-1 et suivants du Code de commerce. Les fonctions de la société sont énumérées dans l'article L. 124-1 du Code de commerce. Il s'agit notamment de fournir aux associés des marchandises et du matériel ou encore des services, comme la construction et la mise à disposition d'un entrepôt, de faciliter l'accès des associés aux différents modes de financement, d'aider à la promotion des ventes.

1034. Les commerçants, quelle que soit leur taille, peuvent constituer une *centrale d'achat*. La centrale d'achat est généralement une société anonyme qui a une fonction de commissionnaire : elle achète pour le compte des associés. De sorte que chaque commerçant a une double qualité : il est associé de la centrale d'achat et lié à elle par un contrat de commission. Il est d'ailleurs fréquent que le contrat de commission contienne une clause d'exclusivité obligeant le commerçant à réaliser tout ou partie de ses achats par l'intermédiaire de la centrale. La centrale d'achat dispose assez souvent d'une puissance d'achat qui lui permet d'obtenir des avantages de la part des fournisseurs. Les commerçants peuvent aussi constituer une *centrale de référencement*. Celle-ci, contrairement à la centrale d'achat, se contente de rechercher les fournisseurs attitrés, auprès desquels les membres de la centrale effectueront leurs achats, en exclusivité. Pour être référencés, les fournisseurs consentent le plus souvent des avantages important sous forme de remises et de conditions de paiement. La nature du contrat qui lie les commerçants membres de la centrale à celle-ci est controversée. La jurisprudence tend à qualifier la centrale de référencement de courtier ¹¹⁵⁰. La doctrine les qualifie plus volontiers de mandataires, concluant au nom des membres des contrats-cadres de fourniture avec les fabricants ¹¹⁵¹. Les centrales sont en soi licites, mais elles peuvent soulever des difficultés au regard du droit de la concurrence ¹¹⁵².

1035. Les commerçants indépendants peuvent aussi se regrouper sous une enseigne commune. Des clauses dites *d'affiliation* limitent alors fréquemment la liberté de changer de réseau ou d'enseigne. Elles sont susceptibles de tomber sous le coup du droit de la concurrence ¹¹⁵³.

Chapitre 3

Les réseaux de distribution

1036. Le fabricant qui met en place un réseau de distribution, réunissant un ensemble de commerçants indépendants, vise un triple but : couvrir la totalité du marché en atteignant toute la clientèle potentielle ; maintenir un certain niveau de prix qui lui assure une rentabilité suffisante ; imposer un type de service de vente, qui renforce l'image de marque de ses produits. Pour cela, le fabricant doit contrôler son réseau. L'on dit que la distribution est *intégrée*.

Deux possibilités sont alors offertes au fabricant.

— La première est celle de l'intégration structurelle. Le fabricant organise sa propre structure de distribution, composée de succursales ou de filiales, qu'il contrôle directement et à qui il impose sa politique de vente.

— La seconde est l'intégration contractuelle que l'on peut appeler aussi « la distribution contrôlée ». Le fabricant (le fournisseur) utilise alors les services de commerçants indépendants, qui achètent pour revendre (les distributeurs). L'intégration contractuelle résulte des accords de distribution qui unissent le fournisseur aux distributeurs. Le fabricant lie les revendeurs par une série d'obligations contractuelles, qui expriment sa politique commerciale et qui sont généralement contenues dans un contrat-cadre.

Les deux formules ont des avantages et des inconvénients. L'intégration structurelle a pour elle l'avantage de l'efficacité. La succursale ou la filiale répond immédiatement aux directives du fabricant. Mais c'est une solution coûteuse. Le fabricant doit en effet supporter le financement de son réseau. Il lui faut acquérir des actifs et payer des salaires, dans le cas de la création d'une succursale, ou financer le capital, dans le cas de la filiale. L'intégration contractuelle présente des caractères inverses. C'est une solution peu onéreuse, puisque la charge du financement repose alors sur le distributeur, commerçant indépendant ¹¹⁵⁴. Mais elle est évidemment moins efficace, car les distributeurs indépendants peuvent avoir des objectifs propres, qui ne coïncident pas nécessairement avec ceux du fabricant.

En fait les situations diffèrent selon le poids économique des partenaires. Un fabricant puissant est en mesure d'imposer aux membres de son réseau des clauses contractuelles très contraignantes. À l'inverse, un distributeur puissant déterminera sa politique de vente et sa politique publicitaire, indépendamment des vues de ses fournisseurs.

1037. Si l'intégration structurelle ne soulève pas de difficultés juridiques particulières, il n'en va pas de même de l'intégration contractuelle. Les développements qui suivent seront uniquement consacrés aux réseaux de distributeurs indépendants, liés par un contrat-cadre à un fabricant ou fournisseur.

Le fabricant qui met en place un réseau de distribution va devoir traiter la plupart du temps avec de nombreux distributeurs. Ou bien il conclura directement avec eux ou bien il passera par l'intermédiaire de grossistes ou d'agents commerciaux. Mais quelle que soit la formule adoptée, à partir du moment où le réseau prend une certaine ampleur, la rédaction d'un contrat type de distribution s'impose. La première question est celle de la conception des obligations des parties et de la rédaction du contrat. Selon le type de produit ou de service à distribuer, le poids économique des partenaires et le degré d'intégration recherché, le réseau présente une physionomie particulière. La pratique a mis au point un certain nombre de modèles contractuels, entre lesquels le fabricant devra choisir. L'on commencera par une présentation des différents contrats de distribution (Section 1). La seconde question est celle de l'ordre public contractuel et spécialement du respect du droit de la concurrence. Les contrats de distribution sont des accords verticaux ¹¹⁵⁵ qui peuvent tomber sous le coup de la législation relative aux ententes anticoncurrentielles. Les effets des réseaux de distribution sur la concurrence sont complexes. À grande échelle, ils peuvent contribuer à la fermeture des marchés et à la limitation de la concurrence entre les distributeurs de produits d'une même marque. Mais ils peuvent aussi être un facteur de compétition entre les fabricants. Il convient de rechercher quelles sont alors les contraintes imposées par le droit de la concurrence (Section 2).

Section 1

Les différents contrats de distribution

1038. Les réseaux de distribution sont souvent fondés sur l'exclusivité. L'on distingue alors l'exclusivité de vente de l'exclusivité d'achat. Mais d'autres types de distribution ne font pas appel, du moins en principe, à l'exclusivité : ainsi les réseaux de distribution sélective et les réseaux de franchise. Il y a donc quatre grandes formes de distribution : la distribution exclusive (§ 1), la distribution avec exclusivité d'achat (§ 2), la distribution sélective (§ 3) et la distribution en franchise (§ 4).

Il ne faut d'ailleurs pas surestimer l'importance de la définition de ces catégories. En pratique, la distinction entre les diverses formes de distribution est moins tranchée, car elles peuvent être combinées entre elles. Il existe des formes mixtes. Nous verrons en particulier que la clause *d'approvisionnement exclusif* peut figurer – et figure fréquemment – dans de nombreux accords de distribution.

§ 1. Les réseaux de distribution exclusive

A Définition de la distribution exclusive

1039. La distribution exclusive est fondée sur le contrat d'exclusivité de vente. Celui-ci se définit par son obligation caractéristique : dans le contrat d'exclusivité de vente, le fournisseur s'engage à ne livrer certains produits qu'à un seul revendeur, appelé concessionnaire de vente, dans un territoire déterminé.

Cette définition appelle plusieurs précisions.

1) Le contrat d'exclusivité de vente est un contrat vertical unissant un fournisseur à un revendeur. Il arrive, mais c'est plus rare, que deux producteurs concurrents se confient, réciproquement ou non,

la distribution de leurs produits.

2) L'obligation caractéristique pèse sur le fournisseur. C'est essentiellement une obligation de ne pas faire : ne pas vendre les produits contractuels à un autre revendeur dans le territoire de l'exclusivité. Implicitement, le contrat contient aussi une obligation de faire, qui est l'obligation d'approvisionner le revendeur en produits contractuels ¹¹⁵⁶.

3) Le contrat est un contrat-cadre, qui précise les modalités des ventes futures, que l'on appelle aussi les contrats d'application, que concluront les deux parties. Le contrat-cadre, outre la clause d'exclusivité, comporte nécessairement la détermination des produits couverts par l'exclusivité, les « produits contractuels », et la délimitation du territoire de vente, le « territoire contractuel » ¹¹⁵⁷. Mais le contrat-cadre comporte aussi de nombreuses clauses secondaires, qui ne sont pas caractéristiques de la distribution exclusive, comme les conditions de livraison et de paiement, la charge de la garantie ou l'obligation de respecter la marque du fabricant.

1040. Le contrat-cadre peut aussi comporter, mais ce n'est pas obligatoire car les deux obligations sont distinctes, une clause d'approvisionnement exclusif. Dans ce cas l'exclusivité est réciproque et le contrat de distribution correspond à ce que l'on appelle en France la *concession exclusive de vente*.

La doctrine et la jurisprudence françaises ont eu souvent tendance à confondre le contrat d'exclusivité de vente et la « concession exclusive de vente », en liant dans tous les cas les deux types d'exclusivité, de vente et d'approvisionnement. Cela s'explique parce que, autrefois, pour que la concession de vente puisse justifier le refus de vente opposé à un tiers, la Cour de cassation exigeait que l'exclusivité fût réciproque. Le problème ne se pose plus depuis que l'interdiction du refus de vente a disparu du droit positif.

B La situation du concessionnaire de vente

1041. La loi ne traite pas du régime du contrat de concession de vente. En dehors des contraintes imposées par le droit de la concurrence, le contrat relève à peu près intégralement de la liberté contractuelle.

Le concessionnaire est un commerçant indépendant, personne physique ou personne morale, qui achète pour revendre. Il ne saurait être confondu avec un agent commercial, représentant mandataire ou un commissionnaire. Cependant, les concessionnaires exclusifs ont réclamé une protection en fin de contrat, notamment une indemnité de clientèle que devrait leur verser le concédant. Ils ont prétendu que le contrat de concession était un contrat d'intérêt commun ouvrant droit à indemnité (*supra*, n° 1002). Ni le législateur, ni la jurisprudence ne leur ont accordé satisfaction. La loi du 31 décembre 1989, dite *loi Doubin*, laisse entendre que certains contrats de distribution seraient « d'intérêt commun ». Mais cette référence est à notre avis trop vague pour fonder une demande d'indemnité de clientèle. Seule la rupture abusive du contrat peut entraîner, soit dans les conditions du droit commun ¹¹⁵⁸, soit en application de l'article L. 442-6 du Code de commerce (*supra*, n° 973 et 974) un droit à des dommages et intérêts.

Finalement, la meilleure protection des concessionnaires est encore celle que leur accorde la jurisprudence relative à la résiliation abusive ¹¹⁵⁹ et au prix abusif dans les contrats-cadre, ainsi bien entendu que le droit de la concurrence lorsqu'il protège la liberté du concessionnaire de fixer ses prix de revente.

§ 2. L'exclusivité d'approvisionnement

A Notion d'exclusivité d'approvisionnement

1042. C'est la convention par laquelle un distributeur indépendant s'engage à ne s'approvisionner en produits contractuels qu'auprès de son fournisseur ou d'une entreprise indiquée par celui-ci. On parle aussi de la convention d'achat exclusif.

En stricte théorie, il faut distinguer entre l'exclusivité d'approvisionnement et la clause de non-concurrence. Par l'exclusivité d'approvisionnement, le revendeur ne s'interdit pas de revendre des produits concurrents de ceux de son fournisseur. Il s'engage

seulement à ne s'approvisionner en produits de la marque du fournisseur qu'auprès de celui-ci et non auprès des autres membres du réseau. Par l'engagement de non-concurrence, il est au contraire libre de s'approvisionner auprès de qui il le désire, mais il renonce à commercialiser des produits concurrents. Dans la pratique, les contrats associent souvent les deux engagements.

Dans l'approvisionnement exclusif, l'obligation caractéristique pèse sur le distributeur : il s'engage à ne pas s'approvisionner en produits contractuels auprès des autres fournisseurs. En fait, il se trouve le plus souvent sous la dépendance d'un fournisseur et la convention d'approvisionnement exclusif, surtout si elle est de longue durée, renforce sa dépendance. Le fabricant peut être tenté d'abuser de sa position. La loi et la jurisprudence s'efforcent de limiter les abus possibles.

L'exclusivité d'approvisionnement se rencontre dans deux sortes de conventions : la *clause d'exclusivité d'approvisionnement* qui peut se rencontrer dans n'importe quel autre contrat de distribution et le *contrat d'achat exclusif*, appelé encore contrat de bière, qui est entièrement organisé autour de l'obligation d'approvisionnement qui est alors l'obligation essentielle de la convention. Nous commencerons par décrire le régime général de la clause d'exclusivité d'approvisionnement avant de voir le contrat d'achat exclusif.

B La clause d'exclusivité d'approvisionnement

1043. La clause peut se rencontrer dans n'importe quel contrat-cadre de distribution : contrat de distribution exclusive (il y a alors une exclusivité réciproque, qui caractérise la concession de vente ; *supra*, n° 1040), contrat de distribution sélective ou contrat de franchise. La clause est alors adjointe à l'obligation essentielle qui caractérise le contrat ¹¹⁶⁰. La clause est soumise à une série de règles concernant sa conclusion, sa durée et la fixation du prix.

1 - La conclusion de la clause d'exclusivité d'approvisionnement

1044. L'exclusivité d'approvisionnement présente un risque particulier pour le revendeur, parfois inexpérimenté, qui cherche à entrer dans un réseau de distribution. La loi du 31 décembre 1989, dite *loi Doubin*, a organisé l'information précontractuelle du revendeur. La disposition est aujourd'hui passée dans l'article L. 330-3 du Code de commerce.

Art. L. 330-3 C. com. Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause.

L'article R. 330-1 du Code de commerce précise le contenu de l'information. De plus l'article L. 330-3, alinéa 4 du Code de commerce institue un délai de réflexion : le projet de contrat et le document d'information doivent être communiqués vingt jours au moins avant la signature du contrat.

À notre avis, l'obligation d'information qui résulte de la *loi Doubin* ne s'applique qu'au contrat contenant une clause d'exclusivité d'approvisionnement, comme le montre l'expression « en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité » ¹¹⁶¹. Elle ne devrait pas concerner les accords de distribution exclusive, de distribution sélective ou de franchise lorsque ces accords ne comportent aucune obligation d'exclusivité d'approvisionnement à la charge du distributeur ¹¹⁶².

2 - La durée de la clause d'exclusivité d'approvisionnement

1045. La loi du 14 octobre 1943 avait limité à dix ans la durée maximum de toute clause d'exclusivité dans les contrats d'achat, de cession ou de location de meubles. À l'origine, la jurisprudence avait interprété le texte de façon littérale. Elle appliquait la limite de dix ans lorsque la clause était contenue dans un contrat de vente ou de location, mais non dans un contrat-cadre de distribution. Mais depuis les arrêts de revirement du 27 avril 1971 ¹¹⁶³, la Cour de cassation estime qu'il suffit que le contrat « *concerne* » la vente. La formule est assez générale pour englober tous les contrats-cadre de distribution, à condition bien sûr qu'ils contiennent une exclusivité d'approvisionnement. La limitation à dix ans s'applique à toute clause d'exclusivité d'approvisionnement, même si elle est insérée dans un contrat de distribution exclusive ¹¹⁶⁴.

La loi ne dit pas quelle est la sanction de la durée excessive. Selon la jurisprudence, la clause d'une durée supérieure à dix ans n'est pas nulle. Sa durée est seulement réduite à dix ans ¹¹⁶⁵. L'on peut penser que, à l'expiration de la clause, le contrat continue, mais sans exclusivité.

Les dispositions de la loi du 14 octobre 1943 sont passées dans les articles L. 330-1 et L. 330-2 du Code de commerce.

3 - La détermination du prix dans les contrats contenant une clause d'exclusivité d'approvisionnement

1046. C'est un point très important en pratique en raison de la longue durée de certains contrats-cadres de distribution, même si cette durée est limitée à dix ans. Il est évidemment nécessaire que le prix des livraisons faites au distributeur puisse évoluer avec le temps. Autrefois la jurisprudence admettait la validité de la clause dite de « *tarif fournisseur* ». Le prix n'était pas fixé dans le contrat-cadre, mais il était calculé à chaque commande par référence au tarif général du fournisseur. On s'est alors avisé que le distributeur se trouvait sous la dépendance du fournisseur, surtout s'il était lié par un engagement d'exclusivité d'approvisionnement. Il ne pouvait pas faire jouer la concurrence en se tournant vers un concurrent du fabricant qui lui aurait consenti un prix plus favorable. Le distributeur se trouvait dans une situation inconfortable, car il n'avait le choix qu'entre deux solutions : s'approvisionner à un prix excessif ou rompre le contrat-cadre à durée déterminée, en s'exposant à devoir verser des dommages et intérêts d'un montant élevé.

Une partie de la doctrine, pour sortir de cette impasse, avait montré qu'il fallait distinguer entre le contrat-cadre et les contrats d'application. Le prix devait être déterminé lors de chaque contrat d'application, donc de chacune des livraisons effectuées par le « *fournisseur* ». Si à l'occasion d'une commande du distributeur les parties ne pouvaient se mettre d'accord, le contrat de vente ne se formait pas et le contrat-cadre devenait caduc. Mais la jurisprudence ne devait pas suivre cette voie. À partir de 1971, à propos de contrats d'approvisionnement exclusif liant des stations-services à des compagnies pétrolières, la Cour de cassation décidait que le prix des produits (qui n'étaient plus taxés à l'époque) devait être déterminé dans le contrat-cadre de distribution ou déterminable « *à partir d'éléments objectifs soustraits à la volonté de l'une ou l'autre des parties* ». Sinon le contrat-cadre était nul.

Mais la Cour de cassation hésita sur le fondement juridique de sa jurisprudence et sur les contrats auxquels celle-ci s'appliquait. On entra dans une longue période d'incertitude. Il s'ensuivit d'interminables discussions sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir.

Bien que la Cour de cassation ne se soit jamais prononcée clairement sur ce point, il y avait tout lieu de penser que la question de la détermination du prix ne se posait que dans le cas des contrats-cadres de distribution *contenant une clause d'exclusivité d'approvisionnement*. C'est ce que montraient, en pratique, les faits qui étaient à l'origine des arrêts.

1047. Aujourd'hui, depuis le revirement consacré par les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 ¹¹⁶⁶, la solution est claire. Lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ¹¹⁶⁷. L'abus s'apprécie concrètement par comparaison avec les prix du marché et en recherchant si le prix fixé par le fournisseur permet à son

client de faire face à la concurrence ¹¹⁶⁸.

Il est vrai que l'Assemblée plénière n'a pas lié l'abus dans la fixation du prix à la présence d'une obligation d'exclusivité d'approvisionnement dans le contrat-cadre de distribution et que l'on peut théoriquement l'imaginer dans tous les contrats-cadres. Mais en pratique, c'est évidemment dans le cas de l'exclusivité d'approvisionnement que l'abus se rencontrera le plus souvent, en raison de la dépendance du distributeur à l'égard du fabricant que crée cette exclusivité ¹¹⁶⁹.

C Le contrat d'achat exclusif

1048. Il est aussi appelé *contrat de bière*, en raison de sa fréquence dans la distribution des boissons. On le rencontre aussi dans la distribution des hydrocarbures, où il prend le nom de contrat de *station-service*. L'obligation d'achat exclusif constitue alors l'obligation essentielle et caractéristique du contrat.

Le fournisseur n'est, de son côté, tenu d'aucune autre obligation que celle, expresse ou implicite, d'approvisionner le distributeur. Il n'est pas tenu d'une obligation d'exclusivité de vente et il peut livrer ses produits à qui il le juge bon.

Le régime général de la clause d'exclusivité d'approvisionnement est évidemment applicable au contrat d'achat exclusif.

La particularité du contrat consiste dans le fait qu'il crée un enchaînement du distributeur pour une durée assez longue. Il en résulte un risque grave pour la concurrence.

§ 3. La distribution sélective

1049. L'organisation du réseau obéit alors à une double idée : la sélection des revendeurs et leur intégration dans le réseau de distribution.

A La sélection

1050. Le fabricant choisit ses revendeurs en fonction de critères *qualitatifs* ou *quantitatifs*. Les critères qualitatifs sont ceux de la qualification professionnelle du revendeur et de son personnel et de la qualité des locaux de vente (surface, apparence, emplacement). Le *critère quantitatif*, est celui du nombre de points de vente jugé comme étant approprié à la rentabilité du réseau, par exemple un point de vente par nombre d'habitants.

Le contrat de distribution sélective comporte toujours une clause que l'on peut considérer comme essentielle à ce type de contrat : le distributeur s'engage à ne pas revendre les produits contractuels à des revendeurs étrangers au réseau. Cette clause est nécessaire car elle commande l'unité du réseau de distribution en garantissant le maintien d'une politique commerciale commune. Elle est caractéristique de la distribution sélective et en son absence il faut plutôt parler d'un système de *distribution agréée*. Le non-respect de cet engagement constitue une violation grave du contrat et justifie certainement la résolution de celui-ci. Nous verrons, à propos de l'application du droit de la concurrence, que l'une des difficultés soulevées par la distribution sélective est de savoir si le fabricant dispose d'une action contre le revendeur hors réseau qui commercialise sans autorisation les produits contractuels.

B L'intégration

1051. Le fabricant prévoit dans les contrats de distribution sélective des obligations imposant un certain style de vente et de service après-vente. La distribution sélective ne se comprend bien que pour la vente de produits de marque, présentant une certaine technicité ou jouissant d'une image de luxe. La distribution sélective trouve son terrain d'élection dans la vente des automobiles, du matériel audiovisuel ou des produits de luxe, notamment des parfums.

De nombreuses clauses précisent les conditions que doivent remplir les locaux. D'autres concernent les produits qui peuvent être vendus à côté de ceux du fabricant. D'autres encore les actions publicitaires, le service après-vente, le chiffre d'affaires minimum (ce que l'on appelle les clauses d'objectif). L'image que livre au public l'aménagement du local et le style de vente contribue à son tour à renforcer l'image de la marque elle-même.

D'autres clauses peuvent figurer dans le contrat-cadre, mais ne sont pas nécessaires. Le contrat de distribution sélective ne comporte en principe aucune clause d'exclusivité territoriale au profit du distributeur. L'exclusivité territoriale n'est pas de la nature du contrat. Mais rien ne s'oppose à ce qu'on la stipule. Ainsi les contrats de distribution des automobiles combinent souvent la distribution sélective et la distribution exclusive. De même le contrat comportera souvent une clause de non-concurrence (c'est-à-dire l'obligation de ne pas vendre des produits concurrents ou similaires) et une clause d'approvisionnement exclusif (*supra*, n° 1042). Mais ces clauses ne sont pas inhérentes à la nature du contrat de distribution sélective.

§ 4. La distribution en franchise

1052. La loi française ne réglemente pas le contrat de franchise. Sa formation relève à peu près entièrement de l'autonomie de la volonté. Le seul texte applicable est relatif à l'exercice de la franchise, dans les relations avec les consommateurs. L'arrêté du 21 février 1991 dispose que tout franchisé doit informer le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente.

1053. Il faut distinguer la franchise elle-même du contrat de franchise.

La *franchise* est un ensemble de droits de propriété industrielle portant sur des marques, un nom commercial ou une enseigne, des dessins et modèles, ou encore un savoir-faire, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals ¹¹⁷⁰. Dans la pratique, l'on distingue la franchise de fabrication, la franchise de services et la franchise de distribution. Nous ne parlerons ici que des accords de franchise de distribution.

Le *contrat de franchise* peut être défini comme un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser un ou plusieurs types de produits ¹¹⁷¹.

Comme pour les autres contrats de distribution, il faut distinguer les clauses essentielles de l'accord, qui se traduisent dans les obligations caractéristiques des parties, des clauses secondaires.

1054. L'accord de franchise fait apparaître trois traits essentiels.

1) La transmission d'éléments incorporels, notamment une licence de marque ¹¹⁷² ou de nom commercial et une communication de savoir-faire.

La CJCE a insisté avec raison sur le fait que « plutôt qu'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement,

sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances » ¹¹⁷³. La pratique révèle en effet qu'il n'y a de bon accord de franchise que si le franchiseur a acquis par ses efforts et ses investissements une expérience et un renom véritables, garantissant la valeur des éléments incorporels qu'il transmet au franchisé. C'est pourquoi beaucoup de franchiseurs échouent dans leur tentative de mettre en place un réseau. Une bonne idée ne suffit pas à fonder durablement un réseau de franchise.

En pratique, les franchiseurs transmettent aux candidats à la franchise des documents prévisionnels d'activité destinés à leur information et qui vont au-delà des exigences de la loi *Doubin*. Le contrat de franchise peut être annulé pour « erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise » ¹¹⁷⁴ Mais le franchiseur n'est pas tenu d'une obligation de résultat quant au succès du franchisé ¹¹⁷⁵.

2) Une redevance périodique versée par le franchisé. Le franchisé paie pour entrer et demeurer dans le réseau. C'est la rémunération de la jouissance des droits de propriété intellectuelle et du savoir-faire qui lui est consentie.

3) Le but de revendre des produits, qui sont fournis ou non par le franchiseur.

1055. À côté de ces traits essentiels, les accords peuvent comporter des clauses complémentaires, qui se retrouvent dans d'autres types de contrats de distribution. Ainsi, le système repose le plus souvent sur une sélection des franchisés, selon des critères professionnels objectifs, qui entraînent certaines obligations pour les franchisés. Ainsi encore l'on rencontre, selon les cas, des clauses d'exclusivité territoriale au profit du franchisé qui se trouve alors dans la situation d'un concessionnaire de vente, des clauses d'exclusivité d'approvisionnement ¹¹⁷⁶ et de non-concurrence, des clauses de performance, obligeant le franchisé à réaliser un certain chiffre d'affaires ¹¹⁷⁷.

Section 2

Les contraintes du droit de la concurrence

1056. Bien que le droit interne (§ 1) et le droit de l'Union européenne (§ 2) de la concurrence s'appliquent très souvent de façon cumulative aux contrats de distribution, il est nécessaire, pour plus de clarté, de les étudier successivement.

§ 1. L'application du droit interne de la concurrence aux contrats de distribution

A L'évolution

1057. Le problème de la validité des accords de distribution a commencé de se poser dans les années 1960. Les contrats de concession de vente (ou vente exclusive) en furent l'occasion.

À cette époque, l'article 37-1° de l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix interdisait et punissait sévèrement le refus de vente. La question qui se posait fut de savoir si l'existence d'un contrat de concession justifiait le refus de vente opposé par le concédant à d'autres que le concessionnaire ou si, au contraire, il fallait désormais considérer les concessions de vente comme frappées de nullité. La cour de Paris jugea que la concession était licite mais qu'elle n'autorisait pas pour autant le refus de vente ¹¹⁷⁸, ce qui la privait en fait de son efficacité. La Cour de cassation, le 11 juillet 1962, cassa l'arrêt de la cour de Paris ¹¹⁷⁹ et adopta une position plus nuancée. Elle décida que l'existence d'un contrat d'exclusivité pouvait, à certaines conditions, rendre les produits « juridiquement indisponibles » et par là justifier le refus de vente opposé par le concédant. La Cour de cassation précisait d'ailleurs les conditions auxquelles le contrat de concession se trouvait ainsi soumis, dont la condition de réciprocité de l'exclusivité et la condition de ne pas limiter la concurrence de façon excessive. Par exemple, la concession ne devait pas procurer au concessionnaire une protection territoriale absolue.

L'on pouvait aussi s'interroger sur la validité de la concession au regard de l'interdiction des ententes. Ce point restait incertain. Les juridictions judiciaires considéraient que les contrats d'exclusivité n'étaient pas des ententes, la Commission de la concurrence au contraire estimait que le réseau de distribution pouvait avoir un effet restrictif de concurrence.

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 avait conservé, dans l'article 36, la prohibition du refus de vente, sanctionné par la responsabilité civile de son auteur (*supra*, n° 917). Cependant l'article 36 prévoyait que le refus pouvait être justifié par les dispositions de l'article 10-2°, c'est-à-dire par la contribution au progrès économique. Indirectement l'ordonnance tirait une passerelle entre la prohibition du refus de vente et la prohibition des ententes. Lorsque la concession constituait une entente justifiée au regard de l'article 10-2° de l'ordonnance, elle autorisait le refus de vente. Au contraire, le refus n'était pas justifié lorsque l'entente avait un caractère illicite. Derrière cette liaison faite par l'ordonnance entre les articles 10 et 36, il y avait bien cette idée que les accords de distribution exclusive pouvaient constituer des ententes au sens de l'article 7 de l'ordonnance.

En supprimant la prohibition du refus de vente, la loi du 1^{er} juillet 1996, dite loi Galland, qui a modifié l'article 36 de l'ordonnance, a simplifié la discussion. La seule question qui se pose désormais est de savoir si le contrat de distribution peut constituer une entente prohibée.

B Application du droit de la concurrence aux contrats d'exclusivité

1058. Le Conseil de la concurrence a admis de façon constante que les accords de distribution sont des conventions au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce. L'Autorité de la concurrence adopte la même interprétation.

Il reste à savoir si le contrat a pour objet ou peut avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché. Pour cela il faut tenir compte de deux facteurs.

1) Il faut apprécier l'incidence sur la concurrence de l'ensemble du réseau de distribution et non pas l'incidence de chaque contrat pris séparément. En fait, il est rare que le contrat de distribution, considéré en soi, ait un impact économique suffisant pour avoir une incidence sur le fonctionnement du marché. En revanche, l'ensemble des contrats qui constituent l'ossature juridique du réseau, peut avoir un effet anticoncurrentiel, en réduisant la concurrence que les revendeurs pourraient se faire entre eux à l'intérieur de la zone d'exclusivité.

2) Il faut aussi rappeler que le réseau d'exclusivité a un double effet : il peut limiter la concurrence entre les revendeurs des produits de la même marque (concurrence dite *intramarque*) ou des produits similaires ; il peut renforcer la concurrence entre les fabricants (concurrence *intermarques*) en facilitant leur pénétration du marché.

1059. L'appréciation de l'atteinte à la concurrence doit donc être faite cas par cas. Il n'existe pas de préjugé quant à la conformité à l'article L. 420-1 du Code de commerce des contrats de distribution exclusive en général. Tout dépend des circonstances et de la rigueur des obligations résultant du contrat. En outre, si l'on arrive à la conclusion que, dans un tel cas particulier, le contrat de distribution entre dans le champ de la prohibition de l'article L. 420-1, il y a encore la ressource de le justifier au regard de l'article L. 420-4, I, 2°. Or il est couramment admis que les réseaux de distribution favorisent le progrès, en assurant la sécurité et la régularité des approvisionnements, et qu'ils profitent au consommateur. Finalement le point essentiel est celui de la proportionnalité : il ne faut pas que les restrictions inhérentes au réseau aillent au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le progrès dans l'intérêt des consommateurs.

S'inscrivant dans cette perspective, le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité de la concurrence, ont appliqué par analogie, à titre de « guide d'analyse » le règlement communautaire n° 2790/99, auquel a succédé le règlement n° 330/2010, relatif à l'exemption des accords verticaux, qui valide les contrats d'exclusivité à condition qu'ils ne comportent pas de *restrictions caractérisées*, injustifiables ^{[1180](#)}.

1060. Les autorités de la concurrence manifestent généralement plus de sévérité à l'égard des *accords d'approvisionnement exclusif*. Elles estiment qu'un réseau de revendeurs liés par des

engagements d'approvisionnement exclusif crée une barrière à l'entrée du marché. Les fabricants qui voudraient accéder au marché se heurtent en effet à la difficulté de trouver des distributeurs puisque les distributeurs existants sont tous liés à leurs fabricants par des contrats à long terme. On admet donc que ce type de contrat est beaucoup plus dangereux pour la concurrence que les contrats de distribution exclusive ou même que les concessions réciproques d'exclusivité. Ainsi le Conseil de la concurrence a estimé que les clauses d'exclusivité d'approvisionnement sont contraires à l'article L. 420-1, spécialement lorsque le distributeur est incité à renouveler le contrat qui le lie à son fournisseur sans pouvoir passer dans un réseau concurrent ¹¹⁸¹.

Si le fournisseur occupe une position dominante sur le marché, le fait de se lier à ses distributeurs par des accords d'approvisionnement exclusif constitue généralement un abus de cette position, interdit par l'article L. 420-2 du Code de commerce (*supra*, n° 805).

C Application du droit de la concurrence au contrat de distribution sélective

1061. La distribution sélective soulève deux questions : celle de la validité du contrat de distribution sélective au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce et celle de l'opposabilité aux tiers du contrat, lorsqu'il est jugé conforme au droit de la concurrence.

1 - La conformité du contrat de distribution sélective à l'article L. 420-1 du Code de commerce

1062. En matière de distribution sélective, le droit communautaire a précédé le droit interne. Lorsqu'il a été saisi, le Conseil de la concurrence s'est rallié à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Il importe de distinguer les deux types de sélection, déjà évoqués (*supra*, n° 1050).

1063. La sélection qualitative. À la suite de la Cour de justice des Communautés ¹¹⁸², le Conseil de la concurrence et la cour de Paris ont consacré une distinction fondamentale.

Lorsque la sélection est fondée sur des critères qualitatifs et objectifs, tenant à la qualification professionnelle des revendeurs et à la qualité de leurs locaux, le réseau ne restreint pas la concurrence. Mais il faut que les critères de sélection soient nécessaires à la bonne distribution des produits, qu'ils soient proportionnés, c'est-à-dire qu'ils n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire, et qu'ils soient appliqués de façon non discriminatoire. Le système de distribution est alors un facteur de concurrence entre les fabricants. On reconnaît là l'application de la règle dite « de raison » (*supra*, n° 792 et s.).

Si en revanche les critères sont plus rigoureux, le système de distribution fausse la concurrence. Par exemple, lorsque le fabricant fixe les prix de revente ou impose des quotas de vente aux distributeurs ou encore lorsqu'est stipulée une clause de non-concurrence. Les contrats de distribution sélective peuvent cependant être exemptés s'ils remplissent les conditions de l'article L. 420-4, I, 2° du Code de commerce.

Exemple 1. La distinction a été adoptée dans l'affaire de la parapharmacie ¹¹⁸³. En l'espèce, les laboratoires réservaient la distribution des produits cosmétiques aux officines pharmaceutiques. La sélection a été jugée excessive, car elle allait au-delà de ce qui était nécessaire pour protéger la santé et l'information des consommateurs. Le système contrevenait à l'article 7 de l'ordonnance (devenu art. L. 420-1 C. com.). Pour être valables, il aurait suffi que les contrats prévoient la présence d'un pharmacien diplômé sur le lieu de vente afin de conseiller la clientèle. Concrètement, cela signifiait que les magasins de vente en grande surface pouvaient entrer dans le réseau de vente du fabricant et commercialiser les produits cosmétiques, mais à condition de s'assurer du conseil d'un diplômé en pharmacie.

Exemple 2. L'Autorité de la concurrence et, sur recours, la cour de Paris ont considéré que l'interdiction faite à ses distributeurs par un fabricant de matériel hi-fi de vendre ses produits par correspondance et notamment par internet, constituait une restriction de

concurrence par objet. L'interdiction ne pouvait pas bénéficier de l'exemption individuelle prévue par l'article L 420-4, I, 2° du Code de commerce, car le fabricant ne démontrait pas en quoi une interdiction générale et absolue de la vente par internet était indispensable à la protection du réseau et au progrès économique. L'interdiction était disproportionnée par rapport à l'objectif de progrès. L'exemption individuelle aurait sans doute été accordée si l'interdiction de vendre par internet avait été limitée aux produits complexes et coûteux justifiant une démonstration et un conseil dans un lieu de vente physique ¹¹⁸⁴. Une solution voisine a été retenue par la Cour de justice de l'UE dans l'affaire Pierre Fabre (v. *infra*, n° 1077).

1064. La sélection quantitative. Les autorités de la concurrence sont ici beaucoup plus sévères. Les contrats de distribution, lorsque la sélection est effectuée sur un critère quantitatif, contreviennent à l'interdiction des ententes posée par l'article L. 420-1 du Code de commerce. À condition bien entendu que le réseau, considéré dans son ensemble, puisse exercer un effet sensible sur la concurrence. Les contrats ne peuvent alors être validés que s'ils remplissent les conditions de l'article L. 420-4-I, 2°.

1065. Lorsque le contrat de distribution sélective est invoqué dans un litige, devant la juridiction civile ou commerciale, et que sa validité est contestée, se pose la question de la preuve de la validité du système de distribution. Est-ce au fabricant qu'il incombe de prouver la compatibilité du contrat avec les règles de concurrence ? Est-ce au contraire au distributeur de prouver que le contrat contrevient à la disposition de l'article L. 420-1 du Code de commerce ? La Cour de cassation décide que, dans tous les cas, c'est au fabricant qu'il incombe de rapporter la preuve que son réseau satisfait aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-4-I, 2° du Code de commerce. La solution est la même, que le fabricant soit demandeur ou défendeur au procès ¹¹⁸⁵. La jurisprudence pose ainsi une présomption d'illicéité de la sélection, ce qui est sans doute excessif ¹¹⁸⁶.

2 - L'opposabilité du contrat de distribution sélective

1066. Lorsque le fabricant constate que, contrairement à ses prévisions, un revendeur étranger au réseau de distribution vend ses produits sans son autorisation, quels sont ses moyens d'action ?

Si le fabricant découvre que l'un de ses revendeurs agréés a vendu les produits contractuels au revendeur hors réseau, en violation du contrat de distribution, il peut agir contre lui en responsabilité contractuelle. Il demandera la résolution du contrat et la condamnation à des dommages et intérêts. Mais il devra au préalable démontrer la validité de son système au regard du droit interne et du droit communautaire de la concurrence (*supra*, n° 1062 et s.).

Le fabricant peut-il agir directement contre le revendeur étranger à son réseau ? On a songé à trois moyens.

1) La qualification d'*usage illicite de marque* ¹¹⁸⁷ est difficile à admettre. Les produits commercialisés par le tiers sont vendus sous leur marque authentique, apposée par le fabricant lui-même ¹¹⁸⁸. Cependant la jurisprudence est hésitante ¹¹⁸⁹.

2) La *publicité mensongère*. La jurisprudence accueille cette action lorsque le produit comporte la mention « Distributeur agréé ». Il y a publicité mensongère si le distributeur laisse croire à ses clients qu'il possède cette qualité, alors qu'il n'appartient pas au réseau du fabricant ¹¹⁹⁰.

3) La *concurrence déloyale*. La jurisprudence a commencé par refuser l'action en concurrence déloyale intentée par le fabricant contre le revendeur hors réseau. En effet le fait de vendre les produits distribués en France par un réseau de distribution sélective n'est pas en soi une faute délictuelle. Le revendeur a pu s'approvisionner à l'étranger dans des conditions licites, parce que le produit y est librement vendu. Pour qu'il y ait concurrence déloyale, il fallait que le fabricant prouve, outre la licéité de son réseau, la fraude commise par le revendeur hors réseau, complice de la

violation du contrat de distribution par un revendeur agréé ¹¹⁹¹.

Puis la Cour de cassation est revenue partiellement sur sa jurisprudence. Elle continue d'affirmer que la revente hors réseau n'est pas en soi un acte de concurrence déloyale ¹¹⁹², mais elle exige du revendeur non agréé qu'il fasse la preuve de l'origine régulière de son approvisionnement ¹¹⁹³. Si le revendeur refuse de justifier la provenance des produits et de dévoiler ses sources d'approvisionnement, le caractère frauduleux de celui-ci peut être présumé ¹¹⁹⁴. Il y a ainsi répartition du fardeau de la preuve. Le fabricant doit prouver la licéité de son réseau de distribution sélective. Le revendeur non agréé doit prouver le caractère régulier de son approvisionnement.

On a vu d'ailleurs que l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce donne une base légale à l'action en responsabilité intentée contre les revendeurs ne faisant pas partie du réseau (*supra*, n° 979).

D Application du droit de la concurrence au contrat de franchise

1067. Le Conseil de la concurrence s'est ici encore inspiré du droit européen. Il estime que les clauses nécessaires à la conservation de la franchise, les clauses dites *inhérentes*, ne contreviennent pas à l'article L. 420-1 du Code de commerce. En revanche, les *clauses non inhérentes*, par exemple la clause d'exclusivité d'approvisionnement ¹¹⁹⁵, peuvent fausser la concurrence et tomber sous le coup de l'article L. 420-1. Le Conseil a ainsi condamné la clause d'un contrat de franchise interdisant au franchisé d'avoir une activité en dehors de la zone de vente qui lui était reconnue par le contrat ¹¹⁹⁶.

§ 2. L'application du droit de l'Union européenne de la concurrence aux contrats de distribution

1068. Le droit de l'Union a connu une évolution mouvementée. Lorsqu'il apparut, à partir de 1962, que les contrats de distribution pouvaient contrevenir à l'article 81 (devenu art. 101 TFUE) du traité et se trouver frappés de la nullité de plein droit édictée par cette disposition, les entreprises décidèrent de les notifier auprès de la Commission. Celle-ci se trouvait dans l'impossibilité de régler cas par cas les quelque trente mille accords notifiés. S'inspirant des principes posés par la Cour de justice, le Conseil habilita la Commission à adopter des règlements d'exemption par catégorie. Entre 1967 et 1995, la Commission en fit un large usage. Le règlement dernier en date, le règlement n° 330/2010 a confirmé le tournant décisif pris par le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999. Il s'applique à tous les accords verticaux en général. Après avoir retracé l'évolution du droit communautaire de la concurrence en matière de distribution, il conviendra de décrire les grandes lignes du règlement n° 330/2010 actuellement en vigueur.

A L'évolution

1069. Très tôt, dès 1966, la Cour de justice des Communautés admit que l'article 81 du traité (devenu art. 101 TFUE) pouvait s'appliquer aux contrats de distribution. La Cour de justice insistait sur le fait qu'un contrat de distribution « ne saurait tomber automatiquement sous l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1^{er} », mais qu'en revanche « un tel contrat, peut réunir les éléments prévus audit texte en raison d'une situation de fait particulière ou de la rigueur des clauses protectrices de l'exclusivité » ¹¹⁹⁷. La position du droit européen est donc la même que celle du droit interne : le

contrat de distribution ne contrevient pas nécessairement au droit de la concurrence, tout dépend des circonstances et de la rigueur des obligations qu'il comporte.

Si, compte tenu du contexte économique et juridique, le contrat d'exclusivité a pour objet ou pour effet de fausser la concurrence et est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, il est interdit et nul de plein droit. Cependant, il peut bénéficier d'une exemption si, conformément à l'article 101, § 3 TFUE, il contribue au progrès de la distribution en réservant aux utilisateurs une partie du profit qui en résulte. Le droit européen comporte deux particularités importantes.

1) En premier lieu, le droit européen prête une grande attention à la libre circulation des marchandises. Le réseau de distribution est jugé contraire à l'article 101 TFUE s'il entraîne un cloisonnement du marché intérieur. En particulier, depuis l'arrêt *Grundig* de 1966 ¹¹⁹⁸, les clauses qui assurent au concessionnaire de vente une protection territoriale absolue sont irrémédiablement condamnées. Cela signifie que tout acheteur établi dans le marché intérieur doit pouvoir s'approvisionner auprès de n'importe quel revendeur exclusif, sans se heurter à une interdiction d'exporter ou de vendre qui serait incluse dans le contrat de distribution. En d'autres termes, l'organisation du réseau doit en tout cas laisser la place aux importations parallèles.

2) La Commission, habilitée par le Conseil, a édicté plusieurs règlements d'exemption par catégorie qui ont eu au moins pour effet de donner aux entreprises une certaine sécurité juridique.

Il fallait alors distinguer selon qu'un type de contrat de distribution était l'objet ou non d'un règlement d'exemption.

1 - Les règlements d'exemption applicables à la distribution

1070. En matière de distribution exclusive. En 1967, la Commission arrêta le règlement n° 67/67 relatif aux accords d'exclusivité. Il fut remplacé par le règlement n° 1983/83 du 22 juin 1983 ¹¹⁹⁹. Ce règlement qui est resté en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2000, validait automatiquement les contrats de distribution exclusive qui remplissaient certaines conditions. Le contrat ne devait pas, notamment, entraver les importations parallèles ni limiter la liberté du concessionnaire de fixer ses prix et de choisir ses clients. Si toutes les conditions posées par le règlement étaient remplies, le contrat était réputé satisfaire à l'article 81, § 3. Le juge national, en cas de litige, devait le tenir pour licite.

Les contrats de distribution qui ne remplissaient pas les conditions du règlement n'étaient pas *a contrario* nuls de plein droit. En effet l'application du paragraphe 3 de l'article 81 ne préjuge pas l'applicabilité du paragraphe 1^{er}. Lorsqu'un contrat ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie, il faut rechercher s'il remplit concrètement les conditions de l'article 81, paragraphe 1, en particulier s'il a pour objet ou pour effet de fausser la concurrence sur le marché.

1071. En matière d'achat exclusif. Les contrats d'achat exclusif étaient exemptés par le règlement n° 1984/83 du 22 juin 1983 ¹²⁰⁰, mais dans des conditions extrêmement strictes. En principe, l'exclusivité ne devait porter que sur une catégorie déterminée de produits et sa durée ne pas dépasser cinq ans. Les autorités communautaires, comme les autorités françaises de la concurrence estiment en effet que ce type de contrat peut être extrêmement dangereux pour la concurrence, en raison des barrières à l'entrée qu'il induit (*supra*, n° 1048 et 1060).

1072. En matière d'accords de franchise. Ici encore, l'orientation a été donnée par la Cour de justice des Communautés. Celle-ci a posé les principes d'application de l'article 81 dans le célèbre arrêt *Pronuptia* du 28 janvier 1986 ¹²⁰¹. Faisant application de la *règle de raison*, la Cour considérait que les clauses de l'accord qui étaient inhérentes à la conservation des éléments incorporels transmis

au franchisé n'étaient pas restrictives de concurrence. Ainsi, les clauses concernant la conservation du secret par le franchisé et la restitution de la franchise à l'expiration du contrat, ne sont pas condamnées par l'article 101, § 1, TFUE. De même, la sélection est licite si elle se fait selon des critères objectifs, appliqués de façon non discriminatoire.

En revanche, les *clauses non inhérentes*, par exemple la clause d'exclusivité territoriale ou la clause d'exclusivité d'approvisionnement peuvent fausser la concurrence et tomber sous le coup de l'article 101, § 1 TFUE. Pour échapper à la nullité il faut pouvoir invoquer l'exemption au titre du progrès économique, prévue par le § 3 de l'article 101. En droit interne, le Conseil de la concurrence a adopté la même solution. Il a ainsi condamné la clause d'un contrat de franchise interdisant au franchisé d'avoir une activité en dehors de la zone de vente qui lui était reconnue par le contrat ¹²⁰².

Les accords de franchise ont bénéficié d'un règlement d'exemption par catégorie, le règlement n° 4087-88 de la Commission du 30 novembre 1998 ¹²⁰³. Le règlement s'inspirait de la jurisprudence *Pronuptia*. Il ne s'appliquait qu'à la condition que le savoir-faire transmis fût substantiel, identifié et secret, c'est-à-dire non accessible au public. Le règlement distinguait entre les clauses admises au titre de l'article 81, § 3 du traité et celles qui, étant excessives, faisaient obstacle à l'exemption.

2 - Les contrats de distribution non couverts par un règlement d'exemption

1073. Il s'agissait essentiellement des accords de distribution sélective. Le régime de la distribution sélective résultait de la jurisprudence de la Cour, notamment de l'arrêt *Metro* du 25 octobre 1977 ¹²⁰⁴, et de plusieurs décisions individuelles prises par la Commission à la suite de notifications ¹²⁰⁵. L'application du droit de la concurrence à la distribution sélective a été évoquée ci-dessus (n° 1041 et s.).

B Le règlement d'exemption du 20 avril 2010

1074. Depuis 1996, la Commission réfléchissait à une réforme du régime des accords verticaux. Il s'agissait principalement d'abandonner l'approche juridique et formelle de ces types d'accords, telle qu'elle s'était manifestée dans les règlements et les décisions de la Commission, pour adopter une méthode de traitement plus résolument économique.

Deux convictions semblent servir de point de départ à cette réflexion. D'une part, la théorie économique moderne met en doute l'effet anticoncurrentiel des restrictions verticales, sauf dans le cas où elles émanent de grandes entreprises, détentrices d'un fort pouvoir de marché. D'autre part, si à l'aube de la Communauté européenne les restrictions verticales pouvaient paraître particulièrement critiquables en raison de leur effet de cloisonnement, il n'en est plus de même aujourd'hui, car l'intégration économique, grâce à la réalisation du marché unique, semble largement acquise. La Commission a procédé, à propos du traitement des accords de distribution à une large consultation des milieux économiques et des entreprises ¹²⁰⁶.

Partant de ces bases, la Commission a arrêté le 22 décembre 1999 le règlement n° 2790/1999 concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ¹²⁰⁷. Le règlement n° 2790/1999 a été remplacé par le règlement n° 330/2010 actuellement en vigueur ¹²⁰⁸. Le règlement laisse apparaître trois principes directeurs.

1075. Le domaine d'application du règlement est conçu de façon très large. Il s'applique à tous les accords verticaux, c'est-à-dire, aux termes de l'article 1^{er}, à tous les accords « *qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services* ». Ainsi, le règlement

n° 330/2010 couvre tous les accords de distribution, sans exception. Contrairement aux anciens règlements d'exemption par catégories, il couvre la distribution sélective. Il couvre aussi les accords de franchise de services. Il couvre non seulement les accords de distribution *stricto sensu*, conclus en vue de la revente, mais aussi les accords concernant la vente à des utilisateurs professionnels.

1076. Le règlement introduit une distinction fondée sur l'importance économique des parties. Si le fournisseur et l'acheteur détiennent chacun une part de marché qui ne dépasse pas 30 % du marché des biens ou services contractuels, l'accord vertical est exempté de plein droit et il échappe à l'interdiction des ententes édictée par l'article 101, § 1, TFUE.

Si au contraire, la part du fournisseur ou/et du distributeur dépasse 30 % du marché, l'article 101, § 1, TFUE est applicable. Il convient alors de rechercher si l'accord a pour objet ou pour effet de fausser la concurrence, de façon sensible, et s'il est susceptible d'affecter le commerce entre États membres. Il résulte de ce nouveau critère que certains accords de distribution qui bénéficiaient auparavant de l'exemption par catégorie (par exemple les contrats de distribution exclusive) en sont désormais privés lorsque les parties détiennent une part de marché supérieure à 30 %. Dans ce dernier cas, l'application de l'article 101, § 1 fera l'objet d'un examen individuel, cas par cas, en fonction du contexte économique. L'on peut penser que les règles dégagées par la jurisprudence antérieure restent applicables, mais en tenant compte du pouvoir de marché du distributeur.

Afin d'aider à l'interprétation du règlement et de clarifier la méthode d'application de l'article 101 TFUE aux accords verticaux, la Commission a publié, en mai 2010 des « lignes directrices » ¹²⁰⁹ sur les restrictions verticales. La Commission a également publié des lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité ¹²¹⁰ (devenus art. 101 et 102 TFUE).

1077. Cependant les rédacteurs du règlement n'ont pas totalement renoncé à l'approche juridique des accords verticaux. La présence dans l'accord de certaines clauses, jugées *a priori* dangereuses pour la concurrence et pour l'unité du marché intérieur, est prohibée. Ces clauses sont énumérées aux articles 4 et 5 du règlement. Les clauses énumérées à l'article 4 font obstacle à l'exemption de l'ensemble de l'accord vertical. Ainsi, les clauses qui limitent la liberté du distributeur de déterminer son prix de revente ou, dans les contrats de distribution sélective, la clause interdisant la revente à des distributeurs agréés ou à des catégories de distributeurs finals ¹²¹¹. Les clauses de l'article 5 ne font pas obstacle à l'exemption de l'accord, considéré dans son ensemble, mais elles ne bénéficient pas de l'exemption. Elles sont donc réputées non écrites si leur caractère anticoncurrentiel est avéré. Ainsi les clauses de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans.

1078. La Commission peut retirer le bénéfice du règlement si un accord vertical a des effets qui sont incompatibles avec les conditions de l'article 101, § 3, TFUE. Dans certaines conditions, l'autorité d'un État membre, compétente pour les questions de concurrence, peut également retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie. Dans ce cas, le retrait de l'exemption est évidemment le prélude à l'application de l'article 101, § 1, avec toutes ses conséquences éventuelles.

1079. Il résulte finalement du règlement une large immunité des accords de distribution, se traduisant par une plus grande sécurité juridique pour la plupart des fournisseurs et distributeurs. En revanche restent sous surveillance les très grands fabricants ou les très grands distributeurs, dont la part de marché est supérieure à 30 %. Il est indispensable que les entreprises connaissent à la fois les

dimensions du marché sur lequel elles opèrent et la part de ce marché qu'elles détiennent.
Appréciation qui, en pratique, n'est pas toujours facile.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

- Abus de dépendance économique, [808](#) et s., [970](#)
- notion de dépendance, [809](#) et s.
 - notion d'exploitation abusive, [815](#) et s.
- Abus de position dominante, [797](#) et s.
- notion d'abus, [805](#)
 - abus de comportement, [805](#)
 - abus de structure, [805](#)
- Abus de puissance économique, [796](#) et s.
- Accaparement (délit d'), [704](#)
- Accessoire
- civil, [202](#), [218](#)
 - commercial, [202](#)
 - objectif, [219](#)
- Accord ADPIC, [667](#)
- Accord général sur les tarifs douaniers (GATT), [27](#)
- Accord horizontal, [755](#)
- Accord TRIP, [667](#)
- Accord vertical, [755](#)
- Achat exclusif, [1042](#), [1048](#)
- Achat pour revendre, [127](#) et s.
- de meubles, [133](#)
 - d'immeubles, [133](#) et s.
- Acte authentique électronique, [234](#)
- Acte civil par accessoire, [202](#)
- Acte de commerce, [18](#), [123](#) et s., [197](#) et s., [267](#)
- classification, [208](#) et s.
 - critère, [199](#) et s.
 - détermination, [198](#) et s.

- par la forme, [200](#), [213](#) et s.
- par nature, [200](#)
- preuve, [226](#) et s.
- régime, [224](#) et s.

Acte de commerce isolé, [207](#), [217](#)

- mineur émancipé, [401](#)
- preuve, [237](#)
- régime, [267](#)
- tribunal compétent, [288](#), [289](#)

Acte mixte, [203](#), [205](#)

- prescription, [257](#)
- preuve, [237](#)
- régime, [265](#) et 266

Acte unilatéral (preuve), [242](#)

Acte unique européen, [43](#)

Action concertée, [763](#) et s.

- définition, [764](#)
- preuve, [766](#)

Action en concurrence déloyale, [641](#) et s., [656](#), [696](#)

- conditions, [642](#) et s.
- exercice, [647](#) et s.
- nature juridique, [641](#)

Action en contrefaçon, [649](#), [656](#), [685](#), [691](#)

Action sociale, [394](#)

Action de société, [102](#)

Actionnaire, [102](#)

Activité civile, [79](#)

Activité commerciale, [123](#) et s.

Activité inventive, [659](#)

Activités de service, [146](#) et s.

Activités financières, [152](#) et s.

Affacturage, [27](#)

Affectation du commerce entre États membres, [748](#)

Agence de publicité, [146](#), [149](#)

Agence, [149](#), [998](#) et s.

Agent commercial, [140](#), [994](#) et s.

- définition, [996](#)
- indemnité compensatrice, [1002](#) et s.

– mandat d'intérêt commun, [1002](#)

– qualité de commerçant, [997](#)

Agent d'affaires, [149](#)

Agent immobilier, [149](#)

Agissement parasitaire, [638](#)

Agriculture, [132](#)

– caractère civil, [175](#) et s.

Amiable compositeur, [314](#), [316](#)

Anatocisme, [253](#)

Annexe (comptabilité), [381](#)

Annuités (brevet d'invention), [665](#)

Appel

– des décisions de l'Autorité de la concurrence, [858](#) et s.

– des jugements du tribunal de commerce, [300](#)

– de la sentence arbitrale, [316](#)

Appellation d'origine, [680](#)

Apport en industrie (conjoint associé), [416](#)

Approvisionnement exclusif, [1061](#), v. *Exclusivité d'approvisionnement*

Arbitrage, [304](#) et s.

– *ad hoc*, [312](#)

– indépendance et impartialité, [313](#)

– institutionnel, [312](#)

– international, [27](#)

Arrangement de Madrid, [694](#)

Artisan, [179](#) et s.

– commerçant, [191](#)

– immatriculation, [186](#)

– statut administratif, [185](#) et s.

– statut civil, [182](#) et s.

– titre d'artisan, [189](#)

Assainissement de la profession commerciale, [389](#), [494](#)

Association

– activité commerciale, [171](#) et s.

Associé unique (de l'EURL), [112](#)

Assurance, [155](#)

Attribution préférentielle (de l'entreprise), [327](#)

Audiovisuel, [25](#)

Auteur d'œuvres littéraires et artistiques, [132](#)

Auto-entrepreneur, [341](#), [349](#), [368](#)

Autorité administrative indépendante, [55](#), [59](#), [829](#)

Autorité de la concurrence, [55](#), [58](#), [723](#), [825](#) et s.

- audience, [843](#)
- décisions, [845](#) et s.
- fonctions, [826](#) et s.
- instruction, [837](#) et s.
- nature, [829](#) et 830
- mesures conservatoires, [847](#)
- procédures alternatives, [850](#) et s.
- saisine, [831](#) et s.
- voie de recours, [858](#) et s.

Autorité des marchés financiers (AMF), [55](#), [57](#)

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), [55](#)

Avantage, [964](#), [967](#)

B

Bail commercial, [519](#) et s.

- artisan, [192](#)
- cession, [557](#)
- changement d'activité, [515](#), [551](#) et s.
- durée, [535](#) et 536, [539](#) et s.
- existence d'un fonds de commerce, [526](#) et s.
- immeubles bâtis, [523](#)
- obligation du bailleur, [538](#) et s., [607](#)
- résiliation, [515](#)
- sous-location, [558](#)
- terrain nu, [525](#)

Bail de courte durée, [535](#)

Bail de moins de deux ans, [536](#)

Bail emphytéotique, [534](#)

Banque, [6](#), [152](#)

- liberté d'établissement, [590](#)

Banque de France, [25](#)

Barèmes de prix, obligation de communication, [926](#) et s.

Barrière à l'entrée, [733](#), [757](#), [760](#), [774](#), [805](#), [1060](#)

Biens de l'entreprise, [438](#) et s.

Bilan économique (de l'entente), [787](#)

Bilan, [376](#), [381](#)
BOCCRF, [727](#), [848](#)
Bonne foi, [66](#)
Bourse de marchandises, [154](#)
Bourse de valeur, [154](#)
Boycott, [760](#), [774](#)
Brevet d'invention, [19](#), [651](#) et s.

- attribution, [661](#) et s.
- communautaire, [27](#), [669](#)
- délivrance, [663](#)
- durée, [664](#)
- indépendance, [667](#)
- nullité, [660](#)
- publication, [652](#)
- territorialité, [666](#)

Brevet SGD, [653](#)

Brevetabilité, [659](#)

Bulletin de la propriété industrielle, [663](#)

C

Capacité commerciale, [397](#) et s.

Capital social, [100](#)

Capitalisation des intérêts, [253](#)

Carrières, [132](#)

Cautionnement commercial, [222](#)

- preuve, [242](#), [243](#)
- régime, [267](#)
- compétence du tribunal de commerce, [289](#)

Crédit-bail immobilier, [534](#)

Centrale d'achat, [1034](#)

Centrale de référencement, [1034](#)

Centre d'analyse stratégique, [59](#)

Centre commercial, [1032](#)

Centre de formalité des entreprises, [359](#)

Cessation d'activité, [409](#) et s., [494](#)

Cession de bloc de contrôle, [223](#), [289](#), [891](#)

Cession de créance, [452](#)

Cession de parts sociales,

– acte de commerce, [223](#)

– vente de fonds de commerce, [483](#)

Cession du bail commercial, [556](#)

Cession-bail du fonds de commerce, [518](#)

CGPME, [62](#)

Chambre de commerce et d'industrie, [62](#)

Chambre de commerce internationale, [49](#), [312](#)

Chambre des métiers, [185](#)

Chambres syndicales, [62](#)

Change, [21](#), [152](#)

Chèque, [19](#)

Choix de la forme juridique de l'entreprise, [421](#) et s.

Circulaire, [57](#)

Circulaire *Delors*, [924](#)

Classification des actes de commerce, [208](#) et s.

Clause « recettes », [549](#)

Clause attributive de compétence

– au tribunal de commerce, [285](#)

– territoriale, [294](#)

Clause compromissoire, [308](#)

Clause d'échelle mobile, [548](#)

Clause d'exclusivité, v. *Exclusivité*

Clause d'indexation, [548](#)

Clause de non rétablissement, v. *Convention de non-concurrence accessoire à la vente de fonds de commerce*

Clause de non-concurrence, v. *Convention de non-concurrence*

Clauses abusives, [266](#)

Clémence, [855](#) et s.

Clientèle, [441](#), [454](#) et s.

– autonome, [528](#)

– civile, [195](#)

– fonction, [458](#)

– notion, [455](#) et s.

– titulaire, [460](#)

Code de commerce, [16](#) et s., [35](#) et s., [77](#)

– partie législative, [36](#)

– partie réglementaire, [39](#)

Code de commerce allemand, v. *Handelsgesetzbuch*

Code de l'artisanat, [180](#)

Code de la consommation, [266](#), [621](#)

Codification, [16](#), [36](#) et s.

- à droit constant, [36](#), [124](#)

Cogestion, [24](#)

Comblement de passif, [433](#)

Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, [57](#), [58](#)

Commencement de preuve par écrit, [228](#)

Commerçant,

- détermination, [18](#), [88](#) et s., [121](#) et s.
- de fait, [173](#), [408](#)
- étranger, [40](#), [419](#), [420](#)
- patrimoine, [109](#), [377](#), [423](#) et s.
- personne physique, [165](#), [396](#) et s.

Commerce électronique, [234](#)

Commerce international, [26](#) et s.

Commerce maritime, [12](#), [124](#)

Commercialité par l'objet, [121](#) et s.

Commercialité par la forme

- conséquences, [116](#) et s.
- origine, [91](#)

Commissariat général au plan, [59](#)

Commission, v. *Commissionnaire*

Commission de la concurrence, [714](#)

Commission départementale d'équipement commercial, [1027](#)

Commission départementale d'urbanisme commercial, [1021](#)

Commission des CE (contrôle des ententes et des abus de position dominante), [866](#) et s.

Commission des clauses abusives, [61](#)

Commission d'examen des pratiques commerciales, [919](#)

Commission nationale d'équipement commercial, [1027](#)

Commission de régulation de l'énergie (CRE), [55](#)

Commission supérieure de codification, [36](#)

Commission technique des ententes, [711](#)

Commissionnaire, [138](#), [1006](#) et s.

- commissionnaire acheteur, [1008](#)
- contrat de commission, [1009](#) et s.
- définition, [1007](#)
- du croire, [1012](#)

- privilège, [1012](#)

- vendeur, [1008](#)

Communauté économique européenne (CEE), [42](#) et s.

Communauté européenne (CE), [42](#)

Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEa), [42](#)

Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), [42](#)

Communication des conditions générales de vente, [927](#) et s.

Communications (de la Commission des CE), [45](#)

Compétences exclusives, [182](#)

Compétence en premier et dernier ressort, [300](#)

Compétence du tribunal de commerce, [18](#), [267](#), [281](#) et s.

- d'attribution, [282](#) et s.

- engagement de non-concurrence, [617](#)

- société commerciale, [287](#)

- territoriale, [290](#) et s.

Comportements parallèles, [766](#)

Compromis d'arbitrage, [306](#) et s.

Comptabilité, [6](#), [369](#) et s.

- annexe, [381](#)

- assujettis, [371](#) et s.

- balance, [380](#)

- bilan, [376](#), [380](#)

- comptes consolidés, [373](#)

- compte d'exploitation, [376](#)

- directive CE, [370](#)

- en euros, [380](#)

- en partie double, [380](#)

- livres comptables, [380](#)

- méthode comptable, [382](#)

- micro-entreprises, [368](#)

- norme IFRS, [373](#)

- petits commerçants, [368](#)

- présentation simplifiée, [372](#)

- valeur probante, [384](#)

Compte, [380](#)

Compte courant, [253](#)

Compte d'exploitation, [376](#)

Compte de résultat, [376](#), [381](#)

Comptes annuels, [381](#)

– publication, [354](#)

– régimes simplifiés, [372](#)

Comptes sociaux, [381](#)

Concentration d'entreprises (droit interne), [885](#) et s.

– atteinte à la concurrence, [899](#) et 901

– Autorité de la concurrence, [887](#), [896](#) et s.

– définition, [889](#) et s.

– ministre chargé de l'économie, [903](#)

– notification, [896](#)

– procédure de contrôle, [898](#) et s.

– sanctions pécuniaires, [904](#)

– seuils, [893](#) et s.

Concentration d'entreprises (droit de l'Union européenne), [907](#) et s.

Concession exclusive de vente, [1040](#), [1043](#)

Concession immobilière, [534](#)

Concessionnaire exclusif, v. *Distribution exclusive*

Concurrence anticontractuelle, [643](#)

Concurrence déloyale, [211](#), [620](#) et s.

– actes de concurrence déloyale, [623](#) et s., [979](#) et 1066

– définition, [620](#)

– réseau de distribution, [1066](#)

Concurrence illicite, [621](#), [643](#), [979](#)

Concurrence parasitaire, [637](#)

Concurrence

– et discrimination, [922](#)

– et distribution, [918](#)

– doctrine économique, [730](#)

– effective, [733](#)

– justification économique, [701](#)

– notion, [732](#) et s.

– praticable, [733](#), [774](#)

– pure et parfaite, [732](#)

Conditions de brevetabilité, [659](#) et s.

– sanctions, [660](#)

Conditions discriminatoires de vente, [922](#) et s.

Conditions générales de vente,

– différenciées, [932](#)

– obligation de communication, [927](#) et s.

– stipulations dérogatoires, [971](#)

Conditions de règlement abusives, [972](#)

Confusion (concurrence déloyale), [629](#) et s.

– conditions, [629](#)

– marque de fabrique, [630](#)

Congé, [560](#)

Conjoint associé, [416](#)

Conjoint collaborateur, [416](#)

Conjoint de commerçant, [414](#), [415](#)

Conjoint salarié, [416](#)

Conseil d'administration, [103](#)

Conseil de la concurrence, [723](#), [824](#)

Conseil consultatif du secteur financier, [61](#)

Conseil économique et social, [59](#)

Conseil de surveillance, [103](#)

Conseil national de la consommation, [61](#)

Conseiller auditeur, [825](#)

Consommateurs, [26](#), [27](#), [265](#)

Constitution, [33](#)

Constitution pour l'Europe (projet), [43](#)

Contrat d'achat exclusif, [1048](#) et s.

Contrat d'agence, [998](#) et s.

Contrat de bière, [1048](#)

Contrat de coopération commerciale, [944](#) et s., [964](#)

Contrat sous forme électronique, [234](#)

Contrat de travail entre époux, [416](#)

Contrat de travail, maintien en cas de transfert de l'entreprise, [326](#)

Contrat synallagmatique (preuve), [241](#)

Contrat-cadre, [1036](#), [1039](#), [1046](#)

Contrefaçon

– de brevet, [664](#)

– de dessins et modèles, [676](#) et s.

– de marque, [691](#)

Contrepartie, [1012](#)

Convention globale, [944](#)

Convention d'arbitrage, [306](#) et s.

Convention de Genève, [40](#)

Convention de La Haye, [40](#)

Convention de Luxembourg, [669](#)

Convention de Munich, [669](#)

Convention de non-concurrence, [593](#) et s.

- accessoire à un contrat de distribution, [612](#) et s., [1042](#)
- accessoire à un contrat de travail, [615](#), [617](#)
- accessoire à un règlement de copropriété, [611](#)
- accessoire à la vente de fonds de commerce, [602](#) et s.
- définition, [593](#)
- déspécialisation, [554](#), [610](#)
- effet, [604](#)
- limitation dans le temps et l'espace, [598](#)
- proportionnalité, [600](#)
- sanction, [616](#) et s.
- transmission, [605](#)
- tribunal compétent, [617](#)

Convention d'occupation précaire, [537](#)

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, [667](#), [689](#), [694](#)

Convention de Vienne, [40](#)

Convention de Washington, [669](#)

Convention sur l'OMC, [667](#)

Conventions internationales,

v. *Traités internationaux*

Coopération commerciale, [944](#), [964](#)

Copie (valeur probante), [231](#)

Corporations, [11](#), [575](#)

Couponnage électronique, [634](#)

Cour de justice des communautés, [47](#)

Courtage, v. *Courtier*

Courtier de marchandises, [1016](#)

Courtier de transport, [1016](#)

Courtier interprète et conducteur de navire, [1016](#)

Courtier, [139](#), [1015](#) et s.

- contrat de courtage, [1018](#)

- courtage, [1019](#)

Coutume, [5](#), [50](#), [52](#)

Créance

- exclusion du fonds de commerce, [451](#)

Créances professionnelles, [160](#)
Créanciers du locataire-gérant, [502](#)
Créanciers du loueur de fonds de commerce, [501](#)
Créanciers inscrits, [513](#)
Crédit-bail, [27](#)
– fonds de commerce, [517](#)

D

Date certaine (preuve), [240](#)
Débauchage de salarié, [632](#)
Déchéance du terme
– déplacement du fonds, [513](#)
– location-gérance, [501](#)
Déchéances, v. *Incompatibilités*,
Interdictions
Déclaration des droits, [33](#), [576](#)
Décret d'Allarde, [577](#)
Délai de grâce, [251](#)
Délais de paiement, [939](#) et s.
Délégation, [452](#)
Délégation à l'aménagement du territoire (DATAR), [60](#)
Délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires (DIACT), [60](#)
Délégué consulaire, [274](#)
Demande de brevet
– dépôt, [663](#)
– procédure, [663](#)
– rejet, [660](#), [663](#)
Démarchage, [266](#)
Dénigrement, [624](#) et s.
Dépendance d'achat, [816](#), [970](#)
Dépendance de marque, [810](#), [811](#)
Dépendance économique, [809](#) et s., [970](#)
Déplacement du fonds de commerce, [513](#)
Dépôt international de marque, [694](#)
Déréférencement, [971](#), [973](#)
Désorganisation de l'entreprise concurrente, [631](#) et s.
Désorganisation du marché, [635](#)
Déspécialisation (bail commercial), [515](#), [551](#) et s., [554](#), [610](#)

- partielle, [552](#)

- plénière, [553](#)

Dessins et modèles, [671](#) et s.

- enregistrement, [673](#) et s.

- nouveauté, [672](#)

- objets protégés, [672](#)

Détermination du prix (contrat cadre), [1046](#)

Détournement de clientèle, [634](#)

Direction du Trésor, [21](#)

Directive européenne, [589](#)

Directoire, [103](#)

Dirigeant d'entreprise

- statut, [385](#) et s.

Dirigeant de société, [162](#)

- cautionnement des dettes de la société, [222](#)

Dirigeants, responsabilité, [393](#) et 394

Discrimination, [52](#) et s.

Distributeurs

- avantages indus, [963](#) et s.

Distribution, [916](#) et s.

- contrôlée, [1036](#)

- et droit de la concurrence, [997](#), [1057](#), [1070](#)

- exclusive, [1039](#) et s.

- en franchise, v. *Franchise*

- intégrée, [1036](#)

Distribution sélective, [1049](#) et s.

- opposabilité du contrat aux tiers, [1066](#)

- sélection qualitative, [1050](#), [1063](#)

- sélection quantitative, [1050](#), [1064](#)

- validité du contrat, [1062](#) et s.

- caractère commercial, [126](#) et s.

Doctrine

- économique (concurrence), [730](#) et s.

- source du droit, [63](#)

Données informatisées (valeur probante), [234](#)

Données numériques (valeur probante), [234](#)

Droit antitrust, [700](#), [706](#), [731](#) et s.

Droit au bail, [448](#)

– élément du fonds de commerce, [448](#)

Droit commercial, [73](#) et s.

– définition, [1](#), [2](#), [18](#), [29](#), [76](#)

– histoire, [4](#) et s.

– théorie objective, [77](#)

– théorie subjective, [77](#)

Droit communautaire de la concurrence, [750](#), [752](#)

– application par les autorités nationales, [875](#) et s.

– et droit interne de la concurrence, (application cumulative), [27](#), [780](#), [875](#) et s.

Droit de l'Union européenne, [27](#), [41](#), [46](#)

– dérivé, [45](#), [729](#)

– effet direct, [46](#), [775](#), [842](#)

– interprétation, [47](#)

– supériorité, [46](#)

Droit de clientèle, [448](#), [454](#) et s.

Droit de l'entreprise, [83](#)

Droit de la concurrence, v. *Règles de concurrence*

Droit de la consommation, [26](#)

Droit coutumier, [5](#) et s.

Droit de repentir (du bailleur), [559](#)

Droit des affaires, [65](#) et s., [72](#), [84](#) et s.

– autonomie, [68](#)

– définition, [1](#), [64](#) et s.

– spécificité, [66](#), [84](#)

Droit économique, [22](#), [82](#)

Droit intellectuel, [462](#)

Droit public économique, [55](#), [82](#), [84](#)

Droits de propriété industrielle, [648](#) et s.

– nature juridique, [649](#)

– territorialité, [666](#)

Ducroire, [1012](#)

E

EARL, [110](#)

École du droit naturel, [16](#)

Économie dirigée, [20](#)

Économie mixte, [767](#)

Écrit (force probante), [226](#) et s.

Édition, [132](#)

Effet direct, [46](#)

– de l'article 81 CE, [775](#), [878](#)

Élément essentiel (du fonds de commerce), [456](#)

Éléments du fonds de commerce, [445](#) et s.

– clientèle, [454](#)

Éléments exclus du fonds de commerce, [450](#) et s.

Élevage, [177](#)

Engagements, [852](#)

Enquêtes (droit de la concurrence), [838](#) et s.

Enregistrement

– dessins et modèles, [673](#), [674](#)

– marques de fabrique, [687](#) et s.

Enseigne, [448](#), [696](#) et s.

Ensemble commercial, [1032](#)

Entente, [751](#) et s.

– action concertée, [764](#) et s.

– complexe, [767](#)

– contractuelle, [754](#) et s.

– décision unilatérale du fournisseur, [759](#)

– d'exclusion, [781](#)

– formes de concertation, [753](#) et s.

– horizontale, [737](#) et s.

– interdiction, [743](#),

– justification, [764](#) et s.

– de limitation, [779](#), [781](#)

– de longue durée, [767](#)

– nullité, [867](#) et s.

– objet et effet, [773](#), [776](#)

– organique, [760](#)

– parties (à l'entente), [771](#) et s.

– personnes publiques, [771](#)

– de prix, [779](#), [781](#)

– preuve, [759](#)

– procédure d'exemption, [770](#) et s., [844](#) et s.

– de répartition, [779](#), [781](#)

– restriction de concurrence, [773](#) et s.

– en réunion, [767](#) et s.

– verticale, [755](#) et s.

Entreprise

– agricole, [2](#), [178](#)

– choix de la forme juridique, [421](#) et s.

– dirigeant, [385](#) et s., [393](#), [394](#)

– en droit de la concurrence, [329](#) et 330, [751](#), [753](#), [776](#), [789](#)

– notion, [318](#) et s.

– relations externes, [343](#) et s.

– transfert, [326](#)

Entreprise de manufacture, [143](#) et s.

Entreprise individuelle, [165](#), [341](#), [395](#) et s.

– gestion, [412](#) et s.

Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL), [341](#), [427](#) et s.

Entreprise sociale, [342](#)

Environnement, [31](#)

Époux commerçants, [413](#) et s.

Équipement commercial, [1021](#) et s.

Escompte, [214](#), [936](#)

Essais comparatifs, [626](#)

Établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), [114](#)

État de la technique, [659](#)

Étranger, [419](#)

– bail commercial, [420](#)

EURL, [112](#) et s.

Euro, [43](#)

Exception d'alignement, [923](#)

Exclusivité d'approvisionnement, [1042](#) et s.

– clause, [1043](#)

– détermination du prix, [1046](#)

– durée, [1045](#)

– loi *Doubin*, [1044](#)

– restriction de concurrence, [1060](#), [1071](#)

Exclusivité de vente, [1039](#) et s.

Exclusivité, [1039](#) et s.

Exécution (des obligations commerciales), [250](#) et s.

Exemption

– de l'abus de domination, [806](#)

– des accords de distribution, [1070](#), [1074](#)

- des ententes (droit interne), [784](#) et s.
- des ententes (droit européen), [786](#) et s.
- individuelle, [790](#)
- mise en œuvre, [790](#) et s., [879](#) et s.
- par décret, [770](#)

Exequatur, [315](#)

Exploitant de station-service, [460](#)

Exploitation abusive, v. *Abus de position dominante*

F

Facture, [933](#) et s.

- mentions, [935](#) et s.
- obligation de délivrer une facture, [934](#)
- réduction de prix, [936](#)
- revente à perte, [936](#), [952](#) et s.
- sanction, [943](#)

Faillite personnelle, [391](#)

Femme mariée, exercice du commerce, [414](#)

Fonds artisanal, [192](#), [531](#)

Fonds de commerce, [19](#), [220](#), [440](#) et s.

- bien incorporel, [464](#)
- caractère mobilier, [464](#)
- clientèle, [455](#) et s.
- composition, [444](#) et s.
- définition, [440](#), [441](#)
- éléments corporels, [447](#)
- éléments incorporels, [448](#) et s.
- internet, [459](#)
- location gérance, [488](#) et s.
- nature juridique, [462](#) et s.
- notion, [441](#) et s.
- saisie, [516](#)
- vente, [464](#) et s.
- vente aux enchères, [516](#)

Fonds libéral, [195](#)

Fourniture, [149](#)

Franchise, [1052](#), [1067](#), [1072](#)

G

GEIE, [170](#)

GIE, [170](#)

- droit au bail, [527](#)

- entente, [742](#)

Gage commercial, [219](#)

- preuve, [237](#)

- exécution, [253](#)

Garantie

- location-gérance, [498](#)

- vente du fonds de commerce, [478](#), [603](#)

Gestion de l'entreprise individuelle, [412](#) et s.

- par deux époux, [413](#) et s.

Gestion dérivée, [490](#)

Gestion directe, [489](#)

Globalisation des commandes, [964](#)

Grand livre, [380](#)

Grande distribution, [916](#), [922](#), [927](#), [949](#), [961](#)

Greffier du tribunal de commerce contrôle des déclarations, [362](#)

- tenue du registre du commerce et des sociétés, [356](#), [362](#)

Groupe d'entreprises,

- position dominante, [804](#)

Groupe de sociétés, [804](#)

Groupement de commerçants indépendants, [1032](#) et s.

Groupement d'intérêt économique, [170](#)

Groupement européen d'intérêt économique, [170](#)

H

Handelsgesetzbuch, [77](#)

Harmonisation des législations dans la CE, [589](#) et s.

Histoire du droit commercial, [5](#) et s.

Hôtellerie, [149](#)

I

INPI, v. *Institut national de la propriété industrielle*

Image fidèle, [382](#)

Immatriculation

- artisans, [186](#)
- commerçants, personnes physiques, [347](#) et s., [364](#), [405](#) et s.
- établissements secondaires, [347](#)
- personnes morales, [351](#) et s., [365](#)

Immeubles, [133](#) et s.

- exclusion du fonds de commerce, [451](#)

Importation parallèle, [979](#), [1009](#)

Imputation des paiements, [261](#)

Incapable majeur, [404](#)

Incapacité du mineur, [398](#) et s.

- conséquences, [400](#)
- mineur émancipé, [398](#), [401](#)
- sanction, [402](#)

Incompatibilités (avec une profession commerciale), [386](#), [387](#)

Incoterms, [49](#)

Indemnité d'éviction, [560](#), [562](#) et s.

- droit de repentir, [566](#)
- montant, [564](#), [565](#)
- nature juridique, [564](#)

Indemnité de clientèle, [993](#), [1003](#) et s., [1041](#)

Indisponibilité juridique, [1057](#)

Industrie

- caractère commercial, [143](#) et s.

Information

- entre professionnels, [766](#) et s., [781](#), [924](#) et s.

Infraction unique et continue, [768](#)

Ingénierie, [146](#)

Injonction, [843](#)

Insaisissabilité, [426](#)

Inscription

- nantissement de fonds de commerce, [509](#), [510](#)
- privilège du vendeur de fonds de commerce, [505](#)
- inscription définitive, [510](#)
- inscription provisoire, [510](#)

Institut national de la propriété industrielle (INPI), [660](#), [663](#), [675](#), [688](#)

- registre national du commerce et des sociétés, [357](#)

Institutions administratives et professionnelles, [55](#) et s.

Instruction (droit de la concurrence), [837](#) et s.

- caractère contradictoire, [841](#)

- droit de l'Union européenne, [873](#) et s., [970](#)

Insuffisance d'actif, [394](#), [433](#)

Interdiction des ententes, v. *Entente*

Interdiction *per se* (des ententes), [758](#)

Interdictions (de faire le commerce), [388](#) et s., [391](#), [392](#)

Intérêts

- capitalisation, [253](#)

- légal, [260](#)

- moratoire, [260](#), [930](#), [942](#)

- de retard, [260](#), [930](#), [942](#)

Intermédiaires du commerce, [137](#) et s., [988](#) et s., [1005](#) et s.

- notion, [988](#)

- mandataires, [994](#) et s.

- salariés, [989](#) et s.

Internationalisation du droit, [27](#)

Interprétation

- du droit des affaires, [68](#)

- du droit de l'Union européenne, [47](#)

Inventaire, [380](#)

Invention

- activité inventive, [659](#)

- brevetable, [652](#) et s., [658](#) et s.

- caractère industriel, [659](#)

- de service, [662](#)

- nouveauté, [659](#)

- personnelle, [662](#)

J

Journal d'annonces légales

- vente de fonds de commerce, [488](#)

- location-gérance, [496](#)

Juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés, [355](#)

Juge rapporteur, [298](#)

Jugement en premier et dernier ressort

Juridiction commerciale, [7](#), [18](#), [268](#) et s.

Jurisprudence, [53](#), [54](#), [726](#)

Justification des ententes, [784](#) et s.

- par la loi, [785](#)

- par le progrès économique, [786](#) et s.

L

Lettre de change, [7](#), [10](#), [200](#), [214](#), [251](#)

Lex mercatoria, [49](#)

Libéralisme économique, [24](#), [25](#)

Liberté d'entreprendre, [573](#) et s.

- fondement constitutionnel, [580](#)

- fondement légal, [575](#)

- portée, [581](#) et s., [595](#), [615](#)

Liberté d'établissement dans la CE, [586](#) et s.

Liberté de la preuve, [227](#)

Liberté des prix, [722](#)

Liberté du commerce et de l'industrie, [14](#), [573](#), [576](#)

Libre prestation de service dans la CE, [586](#) et s.

Licence d'exploitation

- de brevet, [657](#)

- de savoir-faire, [657](#)

Licence obligatoire, [665](#)

Litiges entre associés, [287](#)

Livre-journal, [380](#)

Livres comptables, [380](#)

Locataire-gérant de fonds de commerce, [494](#)

Location d'immeuble, [148](#)

Location de meubles, [148](#)

Location-gérance du fonds de commerce, [165](#), [488](#) et s.

- dépendance économique, [499](#)

- durée, [460](#), [498](#)

- effets, [498](#) et s.

- fin du contrat, [502](#)

- formation du contrat, [492](#) et s.

- publicité, [496](#)

Loi, [34](#)

Loi *Doubin*, [1044](#)

Loi *Galland*, [961](#)

Loi d'orientation du commerce et de l'artisanat (loi *Royer*), [578](#), [922](#), [927](#), [1021](#)

Loueur du fonds de commerce, [492](#), [502](#)

Loyer

- bail commercial, [541](#) et s.

- indexation, [541](#)

- location-gérance, [498](#)

- révision, [548](#) et s.

- valeur locative, [543](#)

M

Magasin de commerçants indépendants, [1032](#)

Magasin de grande surface

- création ou extension, [1021](#) et s.

- définition, [1026](#)

Maître-artisan, [189](#)

Majeur en curatelle 404

Majeur sous tutelle, [404](#)

Mandat d'intérêt commun, [1047](#), [1003](#)

Mandataire, [162](#)

Mandataires professionnels, [142](#), [994](#) et s.

Manufacture, [143](#) et s.

Marché commun, [43](#), [44](#)

Marché

- détermination, [787](#)

- marché en cause, [765](#), [806](#), [808](#), [819](#) 834,

- marché contestable, [733](#)

- marché pertinent, v. *Marché en cause*

- position dominante, [802](#)

Marque communautaire, [27](#), [695](#)

Marge arrière, [954](#)

Marque de fabrique, de commerce ou de service, [681](#) et s.

- définition, [681](#)

- dépôt international, [693](#)

- directive européenne, [695](#)

- durée de la protection, [690](#)

- enregistrement, [687](#) et s.

- marque générique, [685](#)

- principe de spécialité, [686](#)
- signes susceptibles de protection, [683](#) et s.
- usage illicite de marque, [1005](#)

Marque notoire, [689](#)

Mentions obligatoires

- vente de fonds de commerce, [471](#) et s.

Mesure conservatoire (Autorité de la concurrence), [847](#)

Méthode comptable, [382](#)

Meubles, [133](#)

Mines, [132](#)

Mineur émancipé, [398](#)

- accomplissement d'actes de commerce isolés, [401](#)

Mineur, [398](#) et s.

Ministre de l'Économie demandeur à l'action en responsabilité, [983](#)

Mondialisation, [27](#)

Mise en demeure, [262](#)

Monnaie unique, [43](#)

Monopole d'exploitation, [648](#)

N

Nantissement du fonds de commerce, [441](#)

- nantissement conventionnel, [507](#)
- nantissement judiciaire, [510](#)

Nationalisation, [20](#), [21](#), [115](#), [580](#)

Nature juridique du fonds de commerce, [462](#) et s.

Néolibéralisme, [24](#), [25](#)

Nom commercial, [455](#), [696](#) et s.

Non contestation des griefs, [851](#)

Non lieu (Autorité de la concurrence), [848](#)

Non réaffiliation, [1055](#)

Notification des griefs

- droit interne de la concurrence, [841](#)
- droit communautaire de la concurrence, [873](#)

Nouveauté de l'invention, [659](#)

O

Obligation de non-concurrence, [626](#) et s., v. aussi *Convention de non-concurrence*

Obligation précontractuelle d'information, approvisionnement exclusif, [1044](#)

Obligations comptables des commerçants, [369](#) et s.

– comptes consolidés, [373](#)

– micro-entreprises, [368](#)

– petits commerçants, [368](#)

Observatoire départemental d'équipement commercial, [1027](#)

Œuvres littéraires et artistiques, [132](#)

Office européen des brevets, [669](#)

Oligopole, [766](#)

Opération de bourse, [154](#), [160](#)

Opposition (vente de fonds de commerce), [493](#) et s.

Ordonnance du 1^{er} décembre 1986, [718](#) et s.

Ordonnances de 1673 et 1681, [12](#), [18](#)

Organisation mondiale du commerce (OMC), [27](#)

Organisation mondiale de la propriété industrielle, [40](#)

P

Paie

– imputation, [261](#)

Parallélisme d'actions, [766](#)

Parasitisme commercial, [636](#) et s.

Participation des salariés, [24](#)

Part de marché, [801](#), [1076](#)

Parts sociales

– cession, [221](#), [287](#), [483](#)

Pas-de-porte, [546](#)

Patente, [577](#)

Patrimoine de l'entreprise, [328](#), [341](#), [377](#)

Personnalité morale, [116](#)

– acquisition, [71](#)

– de l'entreprise, [334](#) et s.

Personne publique, [113](#) et s.

– application du droit de la concurrence, [739](#), [741](#), [771](#) et s.

Plafonnement du loyer, [543](#)

Plan comptable, [382](#)

Plan, [21](#), [60](#)

Politique économique et monétaire, [43](#)

Position dominante, [798](#) et s.

- définition, [799](#)

- preuve, [801](#) et s.

Pratiques anticoncurrentielles, [750](#) et s.

- contrôle, [824](#) et s.

- prescription, [836](#)

Pratiques discriminatoires, [922](#) et s.

Pratiques individuelles (restrictives), [710](#), [917](#)

Pratiques restrictives, [961](#) et s.

- sanction, [918](#), [981](#) et s.

Premier et dernier ressort, [300](#)

Prescription (extinctive), [254](#)

- décennale, [255](#) et s.

- de l'action en paiement, [258](#)

- des poursuites contre les pratiques anticoncurrentielles, [836](#)

Présomption

- de commercialité, [204](#)

- de solidarité, [245](#)

Presse, [132](#)

Prestation liée, [781](#)

Prêt à intérêt, [10](#)

Preuve de la qualité de commerçant (personne physique), [405](#) et s.

Preuve par la comptabilité, [384](#)

Preuve

- copies, [233](#)

- données électroniques, [131](#), [234](#)

- écrits, [231](#)

- hiérarchie, [229](#)

- liberté, [227](#)

- par tous moyens, [228](#)

- témoignages, [232](#)

- de l'usage, [52](#)

Principe d'interdiction (des ententes), [710](#), [751](#) et s.

Priorité unioniste, [667](#)

Privatisation, [21](#)

Privilège du vendeur de fonds de commerce, [505](#)

Prix

- barème, [760](#), [779](#) et s.

Prix abusivement bas

- concurrence déloyale, [634](#)

- interdiction, [817](#) et s.

Prix d'achat effectif, [952](#), [955](#)

Prix d'appel, [949](#)

Prix discriminatoires, [922](#) et s.

Prix du livre, [959](#)

Prix prédateurs, [805](#), [819](#)

Procédure (droit de la concurrence), [853](#) et s., v. *Autorité de la concurrence, Instruction*

Procédure

- arbitrale, [304](#), [314](#) et s.

- de clémence, [855](#) et s.

- d'engagements, [852](#), [899](#) et s.

- devant le tribunal de commerce, [297](#)

- de non-contestation des griefs, [851](#)

- d'injonction de payer, [302](#)

- de recouvrement de créance, [302](#)

- simplifiée (devant le Conseil de la concurrence), [842](#)

Procédures collectives de sauvegarde et de redressement, [70](#), [94](#), [331](#)

Procureur de la République financier, [278](#)

Production audiovisuelle

- caractère civil, [132](#)

Production

- activité agricole, [132](#), [175](#)

- caractère civil, [132](#) et s.

Profession (notion), [160](#)

Profession libérale, [151](#), [193](#) et s.

- liberté d'établissement dans la CE, [590](#)

Professionnel non commerçant, [174](#) et s.

Promotion immobilière, [2](#), [79](#), [135](#), [136](#)

Propriété littéraire et artistique, [678](#)

Proportionnalité, [600](#), [788](#), [1058](#), [1063](#)

Protection des libertés individuelles, [838](#) et 839

Protection territoriale absolue, [1069](#)

Publicité au registre du commerce et des sociétés, [345](#) et s.

- effet, [360](#) et s., [366](#) et s.

- publicité positive, [363](#), [367](#)

- publicité négative, [363](#), [368](#)

Publicité comparative, [625](#) et s.

- Code de la consommation, [628](#)
- directive européenne, [628](#)

Publicité

- vente du fonds de commerce, [481](#) et s.
- contrat de location-gérance, [496](#)
- fonction, [484](#)
- nantissement du fonds de commerce, [509](#), [510](#)
- privilège du vendeur de fonds de commerce, [505](#)

R

Rabais, [936](#), [965](#)

- de fidélité, [805](#)
- rétroactif, [966](#)

Rapporteur (devant l'Autorité de la concurrence), [825](#), [842](#)

Rapporteur général (du Conseil de la concurrence), [825](#)

Radiation du registre du commerce et des sociétés, [362](#), [409](#) et s.

Reconnaissance mutuelle dans la CE, [588](#), [589](#), [591](#)

Recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence, [858](#) et s.

Recours en annulation (de la sentence arbitrale), [316](#)

Recouvrement de créance, [149](#), [300](#)

Réduction de prix, [937](#)

Référé commercial, [303](#)

Référé concurrence, [984](#)

Référencement, [895](#), [897](#) et s., [908](#)

Refus de vente, [805](#), [917](#)

Registre du commerce et des sociétés, [71](#), [345](#) et s.

- fonction, [361](#)
- organisation, [356](#)
- radiation, [365](#), [409](#) et s.
- registre local, [356](#)
- registre national, [357](#)

Registre spécial (privilège du vendeur et nantissement du fonds de commerce), [505](#) et 509

Règle de raison, [792](#) et s.

- exemples, [793](#), [969](#), [1002](#), [1006](#)

Règlement d'exemption par catégorie, [790](#), [791](#), [881](#) et s., [1070](#), [1074](#)

Règles de concurrence, [700](#) et s.

- application aux personnes publiques, [738](#), [739](#), [741](#) et s.
- application matérielle, [736](#) et s.

- application territoriale, [745](#)
- domaine d'application, [735](#) et s.
- histoire, [703](#) et s.
- sources, [723](#) et s.

Rejet (de la saisine de l'Autorité de la concurrence), [846](#)

Relation commerciale établie

- rupture, [805](#), [974](#)

Relations externes de l'entreprise, [343](#) et s.

Remises, v. *Rabais*

Renouvellement du bail commercial, [561](#) et s.

- révision du loyer, [547](#)

Renvoi préjudiciel, [47](#)

Répertoire des métiers, [185](#), [186](#)

Réponse ministérielle, [57](#)

Représentation imparfaite, [1013](#)

Reprise (à l'expiration du bail commercial), [563](#)

Réseau de distribution, [1036](#) et s.

- atteinte au réseau, [979](#)
- location-gérance, [456](#), [488](#), [490](#)

Réserve de propriété, [27](#)

Responsabilité des dirigeants d'entreprises, [393](#) et 394

- civile, [394](#)
- pénale, [393](#)

Restriction de concurrence, [700](#) et s.

- accessoire, [795](#)
- entente, [774](#) et s.
- théorie économique, [731](#) et s.

Retour des marchandises, [978](#)

Revendeur indépendant, [1020](#) et s.

Revente à perte, [949](#) et s.

- sanction, [956](#)

Revente à prix imposé, [913](#) et s., [958](#)

Révision (du loyer du bail commercial), [542](#) et s., [561](#)

- plafonnement, [543](#), [544](#)
- révision triennale, [543](#)

Ristourne, v. *Rabais*

Rupture abusive de relations commerciales, [971](#), [973](#)

SA, [103](#)

SAS, [106](#)

Salariés, [162](#)

Sanction civile (droit de la concurrence), [867](#) et s.

Sanction pénale (droit de la concurrence), [863](#) et s.

Sanctions pécuniaires (droit de la concurrence), [848](#) et s.

- droit de l'Union européenne, [874](#)

SARL, [101](#)

Savoir-faire, [654](#) et s.

Secteur des métiers, [180](#)

Secteur public, [113](#) et s., [738](#), [739](#), [741](#) et s.

Sentence arbitrale, [304](#), [315](#)

Services publics industriels et commerciaux, [114](#)

Services, [146](#) et s.

Services de coopération commerciale, [945](#)

Services distincts, [945](#)

Services relevant des obligations d'achat et de vente, [945](#)

Seuil de sensibilité, (atteinte à la concurrence), [777](#)

Société à responsabilité limitée, [101](#)

Société anonyme, [103](#)

Société commerciale à objet civil, [117](#) et s.

Société commerciale droit au bail, [118](#), [529](#)

Société commerciale

- compétence du tribunal de commerce, [287](#)
- droit au bail, [520](#), [521](#)
- droit des sociétés, [69](#)
- loi du 24 juillet 1966, [24](#)
- mobilité dans la CE, [590](#)
- par la forme, [91](#) et s., [200](#), [216](#)
- par son objet, [166](#) et s.

Société coopérative, [107](#)

Société coopérative de commerçants détaillants, [1032](#)

Société créée de fait, [169](#)

Société d'économie mixte, [115](#)

Société d'exercice libéral, [119](#), [151](#)

Société d'une seule personne, [108](#) et s.

Société de bourse, [154](#), [954](#)
Société de capitaux, [100](#) et s.
Société de personnes, [97](#)
Société en commandite par actions, [105](#)
Société en commandite simple, [99](#)
Société en nom collectif, [98](#)
Société en participation, [167](#) et 168
Société européenne, [27](#), [104](#)
Sociétés nationalisées, [115](#)
Société par action, [19](#), [116](#),
Société par actions simplifiée, [106](#)
– avec associé unique, [114](#)
Société civile, [71](#)
Société unipersonnelle à responsabilité limitée, [112](#)
Solidarité passive, [246](#) et s.
– présomption, [248](#), [249](#)
Sous-location, [556](#)
Sous seing privé, [228](#), [231](#), [240](#)
Spectacle public, [148](#)
Spéculation
– critère de la commercialité, [125](#), [144](#), [152](#), [156](#), [157](#)
Station-service, [460](#), [757](#)
Subrogation réelle (fonds de commerce), [464](#)
Supermarché, v. *Magasins de grande surface*
Sûretés grevant le fonds de commerce, [503](#) et s.

T

Taxation de prix, [20](#), [21](#)
Technologie, [654](#)
Téléachat, [266](#)
Télécommunications, [25](#)
Télévision, [148](#)
Témoignage (force probante), [232](#)
Territorialité des droits de propriété industrielle, [666](#), [693](#)
Théorie économique de la concurrence, [730](#) et s.
Théorie objective, [200](#) et s.
Théorie subjective, [205](#) et s.
Traité d'Amsterdam, [43](#)

Traité d'établissement, [40](#)
Traité de Maastricht, [43](#)
Traité de Rome, [40](#), [43](#)
Traité sur l'Union européenne, [43](#)
Traités internationaux, [40](#)
– en matière de brevets d'invention, [667](#) et s.
Transparence, [925](#) et s.
Transport
– caractère commercial, [148](#)
Tribunal de commerce, [7](#), [18](#), [270](#) et s.
– conciliation 297, [298](#)
– compétence d'attribution, [18](#), [282](#) et s.
– compétence territoriale, [290](#) et s.
– élection, [274](#)
– indépendance et impartialité, [270](#)
– ministère public, [280](#)
– réforme, [275](#), [278](#)
Trouble commercial, [644](#)

U

Union économique et monétaire, [43](#)
Union européenne, [43](#)
Universalité de fait (fonds de commerce), [462](#)
Usage conventionnel, [51](#)
Usage de droit (ou impératif), [51](#)
Usage illicite de marque, [1005](#)
Usages commerciaux, [6](#), [48](#) et s.
– autorité, [52](#)
– nature, [50](#)
Usages du commerce international, [49](#)

V

Valeur locative, [543](#)
Valeur mobilière, [19](#)
Vendeur professionnel, [69](#)
Vente à distance, [266](#)
Vente à domicile, [266](#)

Vente à l'encan, [141](#)

Vente à prix imposé, v. *Revente à prix imposé*

Vente aux enchères de marchandises, [141](#)

Vente avec prime, [965](#) et s.

Vente commerciale, [69](#), [252](#)

- faculté de remplacement, [252](#)

- réfaction, [252](#)

Vente de marchandises, [69](#)

Vente du fonds de commerce, [220](#), [465](#) et s.

- capacité, [469](#)

- caractère commercial, [220](#)

- conditions de formation, [477](#) et s.

- consentement, [467](#) et s.

- créanciers du vendeur, [480](#) et s., [485](#) et s.

- effets, [476](#) et s.

- garantie, [478](#), [603](#)

- mentions obligatoires, [471](#) et s.

- obligations de l'acheteur, [479](#)

- obligations du vendeur, [478](#)

- publicité, [481](#)

Vente en franchise, v. *Franchise*

Ventes liées (ou subordonnées), [781](#), [805](#), [961](#)

Voies de recours (décisions du Conseil de la concurrence), [852](#), [853](#)

VRP (voyageur, représentant, placier), [927](#) et s.

Manuels

*Collection dirigée par Bernard AUDIT
et Yves GAUDEMET*

- D. AMSON : *Histoire constitutionnelle française, De la prise de la Bastille à Waterloo*, t. 1, 2010.
- D. AMSON : *Histoire constitutionnelle française, De la bataille de Waterloo à la mort de Louis XVIII*, t. 2, 2014.
- Ph. ARDANT et B. MATHIEU : *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 27^e éd., 2015.
- B. BASDEVANT-GAUDEMET et J. GAUDEMET : *Introduction historique au droit, XIII^e-XX^e siècle*, 3^e éd., 2010.
- A. BATTEUR : *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 8^e éd., 2015.
- N. BINCTIN : *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., 2014.
- J.-B. BLAISE et R. DESGORCES : *Droit des affaires*, 8^e éd., 2015.
- R. BONHOMME : *Instruments de crédit et de paiement*, 11^e éd., 2015.
- S. BOUSSARD et C. LE BERRE : *Droit administratif des biens*, 2014.
- M. BOUVIER, M.-Ch. ESCLASSAN et J.-P. LASSALE : *Finances publiques*, 14^e éd., 2015.
- B. BRACHET : *Le système fiscal français*, 7^e éd., 1997.
- Ph. BRAUD : *Sociologie politique*, 11^e éd., 2014.
- C. BROYELLE : *Contentieux administratif*, 3^e éd., 2015.
- O. CACHARD : *Droit du commerce international*, 2^e éd., 2011.
- D. CARREAU et P. JUILLARD : *Droit international économique*, 4^e éd., 1998.
- M. CHAGNY et L. PERDRIX : *Droit des assurances*, 3^e éd., 2014.
- J.-P. CHAUCHARD, J.-Y. KERBOURC'H et C. WILLMANN : *Droit de la sécurité sociale*, 6^e éd., 2013.
- J.-Ph. COLSON et P. IDOUX : *Droit public économique*, 7^e éd., 2014.
- G. CUNIBERTI : *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., 2015.
- I. DAURIAC : *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, 4^e éd., 2015.
- A. DECOCQ et G. DECOCQ : *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 6^e éd., 2014.
- A. DECOCQ et G. DECOCQ : *Droit européen des affaires*, 2^e éd., 2010.
- B. DELAUNAY : *Droit public de la concurrence*, 2015.
- E. DERIEUX : *Droit de la communication*, 4^e éd., 2003.
- E. DERIEUX et A. GRANCHET : *Droit des médias (Droit français, européen et international)*, 7^e éd., 2015.
- P. DEUMIER : *Introduction générale au droit*, 3^e éd., 2015.
- J.-Y. FABERON et J. ZILLER : *Droit des collectivités d'Outre-Mer*, 3^e éd., 2007.
- B. FAGES : *Droit des obligations*, 5^e éd., 2015.
- F. FAVENNEC-HÉRY et P.-Y. VERKINDT : *Droit du travail*, 4^e éd., 2014.
- N. FRICERO et P. JULIEN : *Procédure civile*, 5^e éd., 2014.
- M. FROMONT et H. MAURER : *Droit administratif allemand*, 1995.
- Y. GAUDEMET : *Droit administratif*, 21^e éd., 2015.
- O. GOHIN et J.-G. SORBARA : *Institutions administratives*, 6^e éd., 2012.
- G. GOUBEAUX et P. VOIRIN : *Droit civil*, 2 vol., t. 1, 35^e éd., 2015, t. 2, 28^e éd., 2014.
- C. GRIMALDI : *Droit des biens*, 2015.
- F. HAMON et M. TROPER : *Droit constitutionnel*, 36^e éd., 2015.
- J. HUET et E. DREYER : *Droit de la communication numérique*, 2011.
- J.-J. ISRAËL : *Droit des libertés fondamentales*, 1998.
- J.-C. JAVILLIER, M. MOREAU et J.-M. OLIVIER : *Droit du travail*, 7^e éd., 1999.
- P. JULIEN et G. TAORMINA : *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2^e éd., 2010.
- P. KINDER-GEST : *Droit Anglais*, vol. 1 : *Institutions politiques et judiciaires*, 3^e éd., 1997.
- J. LAROCHE : *Politique internationale*, 2^e éd., 2000.
- F. LECLERC : *Le droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., 2012.
- D. LEGEAIS : *Sûretés et garanties du crédit*, 10^e éd., 2015.
- J. LEROY : *Droit pénal général*, 5^e éd., 2014.
- J. LEROY : *Procédure pénale*, 4^e éd., 2015.
- G. LYON-CAEN et J. TILLHET-PRETNAR : *Droit social*, 5^e éd., 1995.

- B. MATHIEU et M. VERPEAUX : *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, 2002.
- J. MESTRE, M.-È. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI, L. MERLAND et N. TAGLIARINO-VIGNAL : *Droit commercial*, 29^e éd., 2012.
- M.-L. MOQUET-ANGER : *Droit hospitalier*, 3^e éd., 2014.
- M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE : *Droit international privé*, 4^e éd., 2013.
- H. OBERDORFF : *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5^e éd., 2015.
- F. PÉROCHON : *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., 2014.
- D. PORACCHIA, F. RIZZO, J.-M. MARMAYOU et F. BUY : *Droit du sport*, 4^e éd., 2015.
- J.-F. RENUCCI : *Droit européen des droits de l'homme*, 6^e éd., 2015.
- L. RICHER : *Droit des contrats administratifs*, 9^e éd., 2014.
- J. RIDEAU : *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., 2010.
- J.-J. ROCHE : *Relations internationales*, 7^e éd., 2014.
- J.-C. SOYER : *Droit pénal et procédure pénale*, 21^e éd., 2012.
- F. STASIAK : *Droit pénal des affaires*, 2^e éd., 2009.
- L. TROTABAS et P. ISOART : *Droit public (droit constitutionnel, droit administratif, finances publiques, droit administratif spécial)*, 24^e éd., 1998.
- D. VIDAL : *Droit des sociétés*, 7^e éd., 2010.

Les notes de bas de page

- (1) J. HAMEL, G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. 1, 1^{re} éd. 1954, n° 144 ; R. SAVATIER, *Droit des affaires*, 1^{re} éd. 1962.
- (2) Sur l'ensemble de l'évolution historique, J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986 ; J. HILAIRE, *Le droit. Les Affaires et L'Histoire*, Economica, 1995, préf. B. OPPETIT ; R. SZRAMKIEWICZ, O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 2^e éd. 2013.
- (3) P. DIDIER, *Droit commercial*, PUF, 1992, t. 1, p. 11.
- (4) La conception du droit naturel de Grotius est sortie d'un cas d'espèce relatif au commerce maritime. En 1603, les Hollandais prennent le navire portugais *Catherine* dans le détroit de Malaga. Grotius est consulté à ce sujet, ce qui l'amène à s'interroger sur le droit applicable. Le droit romain n'envisageant pas cette question et l'arbitrage du Pape étant exclu puisque certains navires battent pavillon d'un État protestant, Grotius estime que Dieu a inscrit au cœur des hommes une loi commune, indépendante des « opinions et coutumes » particulières, et qui s'impose à tous. Le droit naturel moderne est né. Et, précisément, cette loi naturelle commande l'interdiction de nuire et l'obligation de tenir ses promesses. Cf. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003, p. 534-535.
- (5) V. not. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, Montchrestien, 10^e éd. 2010, p. 4 et s. ; P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1, *Introduction générale, L'entreprise commerciale*, Economica, 2004, n° 10 et s., 44 et s. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, sous la dir. de M. GERMAIN, *Traité de droit des affaires*, t. 1, *Du droit commercial au droit économique*, par L. VOGEL, LGDJ, 19^e éd. 2010, n° 17 et 18.
- (6) *Infra*, n° 577.
- (7) L'évolution du droit de la concurrence est étudiée plus en détail dans la deuxième partie, *infra*, n° 700 et s.
- (8) *Infra*, n° 718 et 719.
- (9) *Infra*, n° 41 et s.
- (10) F.-G. TREBULLE, « L'environnement et le droit des affaires », *Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 1035.
- (11) G. VINEY, « Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour trouble à l'environnement », *JCP G* 1996, I, 3900, p. 39.
- (12) Crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, *RTD civ.* 2013, p. 119, note P. JOURDAIN.
- (13) P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement*, Bruylant, 2013, préf. F. G. TREBULLE, M.-P. BLIN et alii, *Entreprise et développement durable*, Lamy, 2011 ; V. VIDALENS, *Le droit des sociétés et la protection de l'environnement*, th. Toulouse 1, 2011.
- (14) Une proposition de loi (n° 2578), en cours de discussion au Parlement, vise à imposer aux grandes sociétés anonymes la mise en œuvre d'un plan de vigilance destiné notamment à identifier et prévenir les risques environnementaux graves résultant de leurs activités.
- (15) *JO* 26 novembre 2014, p. 19745.
- (16) C. MALECKI, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées », *D.* 2003, p. 818.
- (17) V. les art. L. 512-6-1, L. 512-7-6 et L. 512-12-1 du C. env.
- (18) *Infra*, n° 580.
- (19) Loi n° 2009-1523 du 10 déc. 2009. Décrets n° 2010-148 et n° 2010-149 du 16 févr. 2010. La loi est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010.
- (20) B. LECOURT, « Réflexions sur la simplification du droit des affaires », *RTD com.* 2015, p. 1.
- (21) Avec le Code civil, le Code pénal, le Code de procédure civile et le Code d'instruction criminelle.

- (22) *Supra*, n° 18.
- (23) B. OPPETIT, « La décodification du droit commercial français », *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 197.
- (24) Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires (*JO* du 5 juin 1996, p. 8263). Ont été notamment adoptés, le Code de la propriété intellectuelle (1992) le Code de la consommation (1993), le Code monétaire et financier (2000).
- (25) *JO* du 21 sept. 2000, p. 14783. Le texte de l'ordonnance est précédé du rapport au président de la République qui expose les choix et les règles qui ont guidé les rédacteurs.
- (26) La codification à droit constant consiste à regrouper dans un domaine donné les dispositions en vigueur, qui ne peuvent être modifiées, sinon pour assurer la hiérarchie des normes et la cohérence de la rédaction. La Cour de cassation juge que « l'abrogation d'une loi à la suite de sa codification à droit constant ne modifie ni la teneur des dispositions transférées ni leur portée » (Civ. 1^{re}, 27 févr. 2001, n° 99-04.169 *D.* 2001. p. 1025, obs. A. LIENHARD. *Adde* : Civ. 3^e, 19 mars 2003, n° 02-10.537 *D.* 2004. p. 561, note C. GRARE).
- (27) En réalité, le nouveau code prend le mot commerce dans une acception très large. Les textes qu'il réunit concernent aussi bien les opérations d'affaires, en général, que l'activité commerciale au sens strict. C'est ainsi qu'il réunit la loi sur les sociétés commerciales, l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence et la loi sur la sauvegarde des entreprises. Le nouveau Code de commerce apparaît plutôt comme un Code des entreprises.
- (28) Not. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Le nouveau Code de commerce, une mystification ? », *D.* 2001. p. 361 ; D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Le bicentenaire d'un fantôme », in *Le Code de commerce, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 61 ; J. DERRUPPÉ, « Le nouveau Code de commerce est arrivé », *RTD com.* 2000. p. 847 ; A. LIENHARD et C. RONDEY, « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau Code de commerce) », *D.* 2000. p. 521 ; N. MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000. p. 186 ; F. TERRÉ et A. OUTIN-ADAM, « Codifier est un art difficile (à propos d'un... "Code de commerce") », *D.* 1994, chr. 99 ; F. TERRÉ et A. OUTIN-ADAM, « L'année d'un bicentenaire », *D.* 2004. p. 12.
- (29) G. RIPERT et R. ROBLOT, sous la dir. de M. GERMAIN, *Traité de droit des affaires*, t. 1, *Du droit commercial au droit économique*, par L. VOGEL, LGDJ, 19^e éd. 2010, n° 34, p. 26.
- (30) Loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003, art. 50-1.
- (31) V. les tables de correspondance entre les décrets abrogés et les articles de la partie réglementaire du Code de commerce, *BRDA* 2007, n° 7, p. 17. V. aussi C. ARRIGHI DE CASANOVA et J. THERY-SCHULTZ, « Élaboration de la partie réglementaire du Code de commerce », *D.* 2007. p. 1221.
- (32) J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 10^e éd. 2014 ; A. DECOCQ, et G. DECOCQ, *Droit européen des affaires*, LGDJ, 2^e éd. 2010 ; L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 6^e éd. 2012 ; C. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis, 6^e éd. 2009 ; J. SCHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, PUF, 5^e éd. 1999 ; L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, Dalloz, 2012 ; L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, LawLex, 2012.
- (33) Les pays utilisant l'euro sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, le Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, La Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la Slovénie, la Slovaquie.
- (34) Publié au *JOUE* C 169 du 18 juill. 2003.
- (35) Une version consolidée du traité de Lisbonne a été publiée au *JOUE* C 83 du 30 mars 2010.
- (36) Sur les règles communautaires de concurrence, v. not. *infra*, n° 716.
- (37) A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, 1984 ; P. MOUSSERO (dir.), *Les usages en droit de l'entreprise*, LexisNexis, coll. « FNDE », 2010. La Faculté de Montpellier met également en ligne une « Bibliothèque des usages », (<http://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com>), V. *JCP E* 2012, Échos de la prat. 409. *Adde* : La chronique « Usages » au *JCP E*, sous la dir. de P. MOUSSERON. En dernier lieu, *JCP E* 2015, 1217.
- (38) P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, préf. J.-M. JACQUET.
- (39) M. PÉDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial », *RTD com.* 1959. p. 335.
- (40) E. LOQUIN, « Où en est la *Lex mercatoria* ? », *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 23.
- (41) P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, spéc. n° 378 et n° 1513.
- (42) P. ex., l'art. L. 441-6 C. com. impose la communication des CGV « par tout moyen conforme aux usages de la profession ». L'art. L. 442-6-1-5° fixe la durée du préavis de rupture d'un contrat de distribution par référence aux usages du commerce.
- (43) Com. 7 févr. 2012, n° 10-27.716 : « le silence du contrat sur les tolérances n'exclut pas celles qui sont conformes aux normes usuelles ».

- (44) Sur la difficulté de distinguer entre la coutume commerciale et les usages du commerce, F. TERRÉ, « Coutume et commerce », in *Le Code de commerce, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 37.
- (45) À propos du courtage en vins en Bordelais, Com., 13 mai 2003, n° 00-21.555 *D.* 2004. p. 414, note J.-M. BAHANS et M. MENJUCQ.
- (46) Com. 9 janv. 2001, n° 97-22.212, *D.* 2001.550, obs. A. LIENHARD.
- (47) À propos d'un usage dans le domaine de la publicité, Com. 16 déc. 1997, n° 95-18.586, *BRDA* 1998, n° 2, p. 14 ; *JCP E* 1998, pan. 249. Et, à propos d'un usage sur le marché de Rungis, Paris, 6 mars 2002, *BRDA* 2002, n° 10, p. 90. Une cour d'appel a également reconnu l'existence d'usages « en vigueur dans les réseaux de distribution » à propos de la rupture d'un contrat de franchise (Grenoble, 16 sept. 2010, *JCP E* 2011.1267, note P. MOUSSERON).
- (48) Com., 14 janv. 1975, n° 73-13.221 *Bull.* IV, n° 10.
- (49) Com., 14 oct. 1981, n° 80-12.336, *D.* 1982. jur. p. 301, note M. VASSEUR, à propos des usages en matière de crédit documentaire.
- (50) J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 7^e éd. 2014 D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Lexis-Nexis, 7^e éd. 2012.
- (51) G. RIPERT et R. ROBLOT, sous la dir. de M. GERMAIN, *Traité de droit des affaires*, t. 1, *Du droit commercial au droit économique*, par L. VOGEL, LGDJ, 19^e éd. 2010, n° 74, p. 63.
- (52) P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e – XX^e siècle)*, PUF, 2007.
- (53) Civ. 1^{re}, 19 janv. 1965, n° 61-10.952, *RTD civ.* 1965, p. 665, obs. G. CORNU. La jurisprudence est constante. *Adde* : P. MALINVAUD, « La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose », *JCP* 1968.I.2153.
- (54) Art. L. 631-2 C. com., modifié par L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, art. 88.
- (55) X. LAGARDE, *L'endettement des particuliers*, Joly, 2^e éd. 2003.
- (56) Not., A. PIROVANO, « Introduction critique au droit commercial contemporain », *RTD com.* 1985. p. 219.
- (57) C. CHAMPAUD, *Le droit des affaires*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 1978, p. 49.
- (58) *Handelsgesetzbuch*, entré en vigueur le 1^{er} janv. 1900. Une réforme de 1997 a encore accentué ce caractère en supprimant la liste des activités commerciales, qui caractérisait les commerçants, en lui substituant le concept d'entreprise.
- (59) G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, sous la direction de M. GERMAIN, t. 1, *Du droit commercial au droit économique*, par L. VOGEL, LGDJ, 19^e éd., 2010, n° 338 et s.
- (60) C. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, chron. 215 ; J. HAUSER, « L'apport du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique », *Les activités et les biens de l'entreprise. Mélanges offerts à Jean Derruppé*, GNL-Joly, Litec, p. 1 ; A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, *Le droit économique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 1383 ; F. JEANTET, « Aspects du droit économique », *Études de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz, 1961, p. 33.
- (61) G. FARJAT, *Le droit économique*, PUF, 1982. Dans un ouvrage plus récent (*Pour un droit économique*, PUF, 2004), l'auteur a élargi son champ de réflexion, sans cependant trahir sa pensée originaire.
- (62) Études du CREDIA, *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, Litec, 1984 ; E. ALFANDARI, *Droit des affaires*, Litec, 1993 ; C. CHAMPAUD, *Le droit des affaires*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 1978, p. 49 ; J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. 1, Dalloz, 1954, n° 144 ; J. PAILLUSSEAU, « Le big-bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle », *JCP* 1988.I.3330 ; R. SAVATIER, *Droit des affaires*, Sirey, 1962, continué par J.-M. LELOUP, puis par J.-P. CASIMIR et A. COURET, 1987 ; M. VASSEUR, *Droit des affaires*, Les Cours de droit, 1979-1980.
- (63) Spécialement C. CHAMPAUD, *op. cit.*
- (64) C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, PUF, 2002.
- (65) G. RIPERT et R. ROBLOT, sous la dir. de M. GERMAIN, *Traité de droit des affaires*, t. 1, *Du droit commercial au droit économique*, par L. VOGEL, LGDJ, 19^e éd. 2010, n° 807, p. 821.
- (66) *Cf. supra*, n° 2 sur la notion de droit commercial.
- (67) *Infra*, n° 132.
- (68) Loi du 1^{er} juill. 1893.
- (69) Il fut reconnu par la suite que seules étaient visées les sociétés en commandite par actions (Civ., 3 janv. 1912, *D.* 1912.1.500 ; *S.* 1912.1.129, note Ch. LYON-CAEN).
- (70) Art. L. 221-2, L. 223-1 et L. 224-1 C. com.

(71) Aujourd'hui, les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises, organisées par le livre VI du Code de commerce (art. L. 611-1 et s.), sont applicables, selon les articles L. 611-1, L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 C. com. « ... à toute personne morale de droit privé ».

(72) La distinction conserve cependant un intérêt pour la détermination de la juridiction compétente pour ouvrir la procédure collective.

(73) Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 18^e éd. 2015, avec la collaboration d'A. FAUCHON.

(74) Depuis la loi du 1^{er} août 2003, l'article L. 223-2 du C. com. dispose que « le montant du capital est fixé par les statuts ». Auparavant, l'article L. 223-2 imposait un capital minimum de 7 500 euros.

(75) L'action n'est plus aujourd'hui représentée par un titre matériel consistant en une formule imprimée, mais par une simple inscription dans un compte tenu par la société émettrice ou par un intermédiaire habilité (art. L. 211-3 C. mon. fin.). Les actions inscrites en compte se transmettent par virement de compte à compte.

(76) L'ancien article L. 224-2 du Code de commerce imposait un capital minimum de 225 000 euros aux sociétés par actions « faisant publiquement appel à l'épargne ». L'ordonnance 2009-80 du 22 janv. 2009 a supprimé cette exigence. Désormais, l'art. L. 224-2 instaure un capital minimum unique de 37 000 euros à toutes les sociétés par actions. La même ordonnance supprime la notion de société faisant publiquement appel à l'épargne et la remplace par celle, plus large, de société constituée avec offre au public.

(77) JOCE L 294 du 10 nov. 2001.

(78) Directive n° 2001/86 du 8 oct. 2001, JOCE L 294 du 10 nov. 2001

(79) Qui peuvent d'ailleurs être une personne physique ou une personne morale.

(80) Ou d'une *société coopérative européenne*.

(81) V. le texte du règlement et de la directive au JOCE L 207 du 18 août 2003.

(82) C. CATHIARD, « La société coopérative européenne », JCP E 2009, n° 1012.

(83) Il existe aussi l'entreprise agricole à responsabilité limitée (EARL), qui a pour objet l'exercice d'une activité agricole dans un cadre familial et qui a nécessairement un caractère civil.

(84) Art. L. 223-1, al. 2, C. com.

(85) Art. L. 223-31, al. 2, C. com.

(86) Art. L. 223-31, al. 3, C. com.

(87) Cependant une EURL ne peut être l'associé unique d'une autre EURL, (art. L. 223-5, al. 1^{er}, C. com.). Mais une même personne physique peut être l'associé unique de plusieurs EURL.

(88) Art. L. 223-18 C. com.

(89) S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 4^e éd., 2014.

(90) V. *supra*, n° 82 et la bibliographie citée.

(91) *Infra*, n° 741 et s.

(92) M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial*, Dalloz, 3^e éd., 2013, n° 151.

(93) Le décret n° 2004-963 du 9 sept. 2004 a créé l'Agence des participations de l'État. V. MALECKI, « L'État actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques », D. 2005. p. 1028.

(94) Cependant la loi du 26 juill. 1983 a instauré, dans les sociétés nationalisées et les EPIC, un régime de cogestion, les représentants du personnel siégeant dans les conseils d'administration et les conseils de surveillance.

(95) Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, C. NOURISSAT, *Droit commercial*, Litec, 8^e éd. 2012, n° 303.

(96) Com., 18 févr. 1975, n° 73-14.763, Bull. IV, n° 48. La Cour de cassation a relevé dans cette affaire que le litige portait sur des actes de commerce. Elle aurait pu se contenter de constater qu'il s'agissait d'un litige entre commerçants (obs. R. HOUIN, RTD com. 1976. p. 124 ; v. aussi *infra*, n° 283). V. aussi Com., 16 nov. 2004, n° 01-03.304, D. 2004. p. 3141, obs. A. LIENHARD.

(97) Com. 31 janv. 1961, Bull. III, n° 55 ; Civ. 3^e, 5 mars 1971, n° 69-13.118, Bull. III, n° 168 ; Civ. 3^e, 10 nov. 1993, n° 91-12.626, Bull. III, n° 141. RTD com. 1994. p. 247, obs. M. PÉDAMON.

(98) Civ. 3^e, 5 mars 1971, n° 69-13.118, préc.

(99) V. *infra*, n° 206.

(100) C'est pourquoi la doctrine critique généralement l'interprétation retenue par la jurisprudence. V. R. HOUIN, obs. RTD com. 1971,

p. 1034 ; A. DEKEUWER, « Le problème des rapports entre la forme et l'objet des sociétés », *JCP CI* 1977. II.12392 ; W. JEANDIDIER, « L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et forme commerciale », *D.* 1979, chron. p. 7.

[\(101\)](#) C'est l'article 13 de l'ordonnance 2008-1345 du 18 déc. 2008 qui, à l'article L. 621-2 C. com., a remplacé les mots « si le débiteur est commerçant ou est immatriculé au répertoire des métiers » par les mots : « exerce une activité commerciale ou artisanale ».

[\(102\)](#) Art. L. 621-2, L. 631-7 et L. 641-1 C. com.

[\(103\)](#) Loi n° 90-1258 du 31 déc. 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales.

[\(104\)](#) Y. GUYON, « L'exercice en société des professions libérales réglementées », *ALD* 1991, p. 84.

[\(105\)](#) Civ. 2°, 6 mai 1997, n° 95-11.857, *D.* 1998, somm. p. 186, obs. J.-C. Hallouin.

[\(106\)](#) Com., 16 nov. 2004, n° 01-03.304, « les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions en justice dans lesquelles l'une des parties est une société constituée conformément à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1991 [*i.e.* sur les SEL] », *D.* 2004, p. 3141, obs. A. LIENHARD. V. aussi Paris 6 juill. 1994, *JCP E* 1994.II.598, note J.-J. DAIGRE ; *Dr. sociétés* 1994, n° 111, obs. Y. CHAPUT. La solution devrait être limitée à la seule question de compétence et ne pas être étendue aux autres conséquences de la commercialité de la SEL. Cependant la 2° chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'une société d'avocats d'exercice libéral à forme anonyme ne pouvait pas figurer sur la liste des électeurs des membres des chambres de commerce (Civ. 2°, 10 nov. 1998, n° 97-60.159, *BRDA* 1998, n° 24, p. 4 ; *D.* 2000, somm. p. 238, obs. J.-C. HALLOUIN ; *JCP E* 1998, n° 52, p. 2047).

[\(107\)](#) Certains auteurs ont émis l'idée que la technique de la commercialité des sociétés par la forme ne serait plus adaptée à la complexité des situations actuelles (en ce sens, Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 10° éd. 1998, n° 216). On peut faire valoir en sens contraire que le retour à la commercialité par l'objet aurait pour résultat de réintroduire dans notre droit une fâcheuse insécurité juridique.

[\(108\)](#) C'est l'article L. 110-2 du Code qui donne la liste des activités commerciales maritimes. Elles sont étudiées dans les ouvrages de droit maritime.

[\(109\)](#) Cité par P. Didier, *Droit des affaires I*, Les cours du droit, 1983-1984, p. 46.

[\(110\)](#) Cité par P. Didier, *Droit des affaires I*, Les cours du droit, 1983-1984, p. 45.

[\(111\)](#) P. DIDIER, « La compétence législative du droit commercial », *RTD com.* 1965, p. 535.

[\(112\)](#) P. DIDIER, *Droit des affaires I*, Les cours du droit, 1983-1984, p. 47.

[\(113\)](#) J. ESCARRA, É. ESCARRA et J. RAULT, *Principes de droit commercial*, t. 1, Sirey, 1934, n° 114 ; J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. 1, Dalloz, 1954, n° 151 ; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 1, Paris, 1889, n° 122 ; É. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. A. Rousseau, 1925, n° 17 ; P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1, Economica, 2004, n° 189.

[\(114\)](#) Civ., 30 nov. 1931, *DH* 1932.83. À propos de la vente publique des vins des Hospices de Beaune, Civ. 1°, 21 avr. 1976 n° 74-14.781, « les hospices de Beaune, lorsqu'ils vendent leur vin, se comportent comme un propriétaire récoltant et que le fait par un exploitant agricole, dont ils ont ainsi la qualité, d'écouler sa production est un acte civil », *JCP* 1977.II.18605. V. aussi *infra*, n° 175.

[\(115\)](#) *Infra*, n° 175.

[\(116\)](#) R. SAINT-ALARY, « Le caractère civil ou commercial des entreprises travaillant sur les œuvres de l'esprit », *JCP* 1946.I.494. L'auteur qui cède ses droits sur son œuvre ne fait donc pas acte de commerce. En revanche, la loi et la jurisprudence décident que tous ceux qui participent à la circulation et à la distribution des œuvres de l'esprit exercent une activité commerciale. Les productions intellectuelles sont des *richesses circulantes* (M. VASSEUR, *Droit commercial*, Les cours du droit, 1979-1980, p. 75). L'article L. 110-1 lorsqu'il vise, dans son alinéa 7, les entreprises de spectacles publics, ne fait que consacrer cette idée. Il a ainsi été jugé que la Comédie française avait une activité commerciale (Trib. civ. Seine, 14 mai 1952, *D.* 1952, jur. p. 501). Par extension il est donc admis que les entreprises d'édition, les exploitants de journaux et périodiques (à moins que le rédacteur n'exploite lui-même le journal pour diffuser ses idées) et les entreprises de presse sont commerciales. Enfin les entreprises de publicité, outre qu'elles prêtent des services, participent à la circulation des idées et des créations intellectuelles. Leur caractère commercial n'est pas contestable.

[\(117\)](#) *Infra*, n° 193.

[\(118\)](#) L'opération de commission est étudiée *infra*, n° 1006 et s.

[\(119\)](#) Curieusement, la loi ne définit pas l'opération de courtage. Il faut se référer à l'usage.

[\(120\)](#) V. *infra*, n° 1015 et s.

[\(121\)](#) V. *infra*, n° 994 et s.

- (122) Est une activité commerciale, l'offre permanente aux particuliers d'un site internet visant à favoriser les échanges d'immeubles (Com., 14 févr. 2006, n° 05-13.453, « l'association Planète Immo offrait de manière permanente aux particuliers un site internet visant à favoriser les échanges d'immeubles, ce dont il résulte qu'elle offrait une prestation permettant la rencontre de l'offre et de la demande en vue de la vente et de l'achat d'immeubles, la cour d'appel [...] a justement estimé que l'association effectuait des opérations d'intermédiaire », *BRDA* 6/2006, p. 13, n° 29).
- (123) Modifiée par les ordonnances du 1^{er} juill. 2004, du 30 janv. 2009 et du 27 juin 2013 et par les lois des 14 avr. 2006, 13 juill. 2006, 25 mars 2009 et 22 mars 2012.
- (124) Au XIX^e siècle, la jurisprudence considérait que les activités de construction ou de réparation d'immeubles avaient la nature civile. Mais cette idée est aujourd'hui abandonnée pour les raisons que nous avons déjà indiquées, *supra*, n° 134.
- (125) *V. supra*, n° 137 et s., à propos de la distribution.
- (126) Com., 5 déc. 2006, n° 05-17.710, *JCP E* 2008, n° 1011, note B. GRIMONPREZ.
- (127) J. ESCARRA, É. ESCARRA et J. RAULT, *Principes de droit commercial*, t. 1, Sirey, 1934, n° 110 ; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. 1, Paris, 1889, n° 116.
- (128) N. DECOOPMAN, *Entreprises libérales, entreprises commerciales*, *JCP G* 1993.I.3671. Il existe bien une entreprise libérale (M. CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèles civiles*, LGDJ, 1994, préf. J. GHESTIN ; J.-J. DAIGRE, « Patrimonialité des clientèles civiles : du cabinet au fonds libéral », *Droit et patrimoine*, déc. 1995, p. 36 et s.
- (129) Civ., 8 avr. 1928, Jur. gén., V^o Acte de commerce, n° 226.
- (130) Civ. 3^e, 26 janv. 1982, n° 80-12.327, « la caisse de crédit agricole effectuant des opérations de change et de banque publiques, réputées actes de commerce, était par là-même, titulaire d'un fonds de commerce et susceptible de bénéficier [du statut des baux commerciaux] », *Bull. civ.* III, n° 21 ; *Gaz. Pal.* 1982.2. pan. 207, obs. J. DUPICHOT ; *RTD com.* 1982, p. 397, obs. J. DERRUPPÉ et p. 593, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.
- (131) Civ. 1^{re}, 16 déc. 1980, n° 79-14544, « la profession d'avocat est incompatible avec toutes les activités de caractère commercial », *Bull. civ.* I, n° 330 ; *D.* 1981.IR.493, obs. M. VASSEUR.
- (132) Com., 24 janv. 1984, n° 82-11.740, *Bull. civ.* IV, n° 27 ; *RTD com.* 1984, p. 471, obs. J. DERRUPPÉ, et p. 487, obs. É. ALFANDARI et M. JEANTIN ; *D.* 1984.IR.262, obs. M. VASSEUR. Pour les caisses de crédit agricole, Com., 17 juill. 2001, n° 98-18.435, « une personne morale, même si elle est de statut civil, peut être tenue pour commerçante dans l'exercice d'une activité habituelle consistant en la pratique répétée d'actes de commerce ; que tel est le cas pour les Caisses de crédit agricole, dans leur pratique des opérations de banque, même si elles sont autorisées légalement à accomplir par ailleurs des actes relevant du droit civil », *Bull. civ.* IV, n° 142.
- (133) Civ., 30 juill. 1912, *DP* 1914.1.86 ; Civ., 7 mars 1922, *S.* 1922.1.5, note Ch. LYON-CAEN. Un autre problème est de savoir si la répétition d'actes suffit à caractériser l'exercice d'une profession (*v. infra*, n° 159).
- (134) Par ex., Com., 2 oct. 1985, n° 84-10.156, « Attendu qu'en attribuant ainsi la qualité de commerçant à une personne accomplissant un acte isolé ayant un caractère commercial, la cour d'appel a violé les textes susvisés », *Bull. civ.* IV, n° 227. ;
- (135) Par ex., Paris, 13 janv. 1976, *JCP* 1977.II.18576, note M. BOITARD.
- (136) *V. infra*, n° 322.
- (137) Notamment ceux que l'on appelle les VRP (voyageurs, représentants, placiers), qui sont toujours des salariés. *V. infra*, n° 989.
- (138) Suivant l'article 1842, al. 1^{er} du Code civil, « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».
- (139) Un GIE est commercial dès lors que ses statuts l'autorisent à effectuer des opérations commerciales se rattachant à son objet (Com., 15 juin 2010, n° 09-15.130, *JCP E* 2010, n° 1966, note H. HOVASSE).
- (140) En ce sens, É. ALFANDARI, *RTD com.* 1979, p. 488.
- (141) Dans ce sens, Crim., 10 juin 1991, n° 90-85.001, *D.* 1991.IR.228 ; *Bull. Joly* 1991, p. 914, note M. JEANTIN ; Crim., 19 oct. 1992, n° 91-86.998, *Rev. soc.* 1993, p. 625, note S. CASTRO ; *Bull. Joly* 1993, p. 221, note Y. MAYAUD et B. SOUSI ; *RJDA* 1992, n° 1146.
- (142) H. BLAISE, « Esquisse de quelques idées sur la place des associations dans la vie économique », *Études R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1983, p. 41 ; M. MALAURIE, « Plaidoyer en faveur des associations », *D.* 1992, chron. p. 274.
- (143) Art. L. 122-5 C. sport, modifié par l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janv. 2009 et art. L. 122-8 C. sport., modifié par la loi n° 2012-158 du 1^{er} févr. 2012.
- (144) Com., 19 janv. 1988, n° 85-18.443, *Bull.* IV, n° 33 ; *RTD com.* 1988. p. 420, obs. J. DERRUPPÉ ; *RTD com.* p. 465, obs. É. ALFANDARI et M. JEANTIN (affaire du *Foyer Léo Lagrange*).

- (145) Paris 7 mars 1989, *RTD com.* 1989, p. 491, obs. É. ALFANDARI et M. JEANTIN ; *JCP E* 1990.15923, obs. J. MONEGER.
- (146) Com., 12 févr. 1985, n° 83-10.683 et n° 83-11.286, *Bull. IV*, n° 59, *RTD com.* 1985, p. 777, obs. É. ALFANDARI et M. JEANTIN ; *RTD com.* 1986, p. 67, obs. J. DERRUPPÉ ; Com., 14 févr. 2006, n° 05-13.453, *D.* 2006. p. 783, obs. É. Chevrier.
- (147) Com., 17 mars 1981, n° 79-14.117, « Mais attendu que la cour d'appel ayant constaté que l'Institut musulman et son recteur ont exploité directement un établissement à but lucratif et fait ainsi de façon habituelle des actes de commerce, a pu en déduire qu'en raison de cette activité l'Institut musulman et son recteur pouvaient se voir opposer les livres de commerces », *D.* 1983, jur. p. 23, note R. PLAISANT ; *Rev. soc.* 1982, p. 124, note B. SOUSI. V. aussi *infra*, n° 227 et s.
- (148) Selon l'heureuse expression due à M. PÉDAMON ET H. KENFACK (*Droit commercial*, Dalloz, 3^e éd. 2011, n° 147).
- (149) H. CABRILLAC, « L'agriculture et le droit commercial », *Mélanges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 272 ; P. DIDIER, « La terre et le droit commercial », *Études Henri Cabrillac*, Litec, 1968, p. 153 ; A. COURET, *RTD com.* 1980, p. 277.
- (150) Civ. 30 nov. 1931, *DH* 1932.83 : « La vente des produits d'un fonds rural par le propriétaire, fermier ou cultivateur de ce fonds constitue un acte civil. »
- (151) Ancien article 638 C. com., dont la disposition est passée dans l'article L. 411-7 du C. org. jud., puis dans le nouveau Code de commerce (ordonnance 2006-673 du 8 juin 2006).
- (152) Les articles L. 515-1 et s. du Code rural et de la pêche maritime organisent les sociétés coopératives agricoles. La partie réglementaire de ce code a été modifiée par le décret n° 2008-375 du 17 avr. 2008, notamment les articles R. 521-1-1 sur le capital et les articles R. 525-8 et s. sur le haut conseil de la coopération agricole.
- (153) P. ex. Com., 23 mars 1981, n° 79-12.516, *Bull. IV*, n° 153 ; Com., 17 févr. 1982, n° 80-10.786, *D.* 1983.IR.364, obs. E.-N. MARTINE ; Com., 10 juill. 1985, n° 84-11.730, *Bull. IV*, n° 78.
- (154) MÉGRET, *Gaz. Pal.* 1970.2. doctr. 262 ; G. CHESNE et E.-N. MARTINE, *D.* 1970, chron. p. 171 ; M. COZIAN, *JCP* 1971.I.2381. Cependant le Conseil d'État considèrerait que, pour l'application du droit fiscal, l'élevage constituait toujours une activité agricole, quelle que soit la provenance de l'alimentation (CE, 6 févr. 1970, *D.* 1970, jur. p. 591, note LAMARQUE).
- (155) Com., 27 mai 1975, n° 73-14.788, *Bull. IV*, n° 139.
- (156) Com., 11 avr. 1995, n° 93-16.064, *D.* 1995.IR.151 ; *RTD com.* 1995, p. 751, obs. J. DERRUPPÉ.
- (157) J. DERRUPPÉ, *RTD com.* 1989, p. 214 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par L. VOGEL, préc., n° 162, p. 137.
- (158) Loi du 5 janv. 2006. L'individualisation du fonds agricole requiert une déclaration au centre de formalités des entreprises de la chambre d'agriculture.
- (159) Loi du 5 janv. 2006. L'individualisation du fonds agricole requiert une déclaration au centre de formalités des entreprises de la chambre d'agriculture.
- (161) V. la nomenclature d'activités françaises de l'artisanat (NAFA) sur le site du ministère de l'économie. Source : <http://www.entreprises.gouv.fr/secteurs-professionnels/artisanat>.
- (162) P. DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1, Economica, 2004, n° 242.
- (163) V. *infra*, n° 349.
- (164) *DP* 1909.1.344.
- (165) Req. 28 févr. 1933, *DP* 1933.1.103.
- (166) Com., 12 mai 1969, n° 67-13.532, « son activité était celle d'une modiste confectionnant des chapeaux et qu'elle se livrait personnellement à ce travail, d'abord avec l'aide de cinq salariées, ouvrières ou apprenties, puis de quatre d'entre elles seulement ; qu'elle n'utilisait pas d'autre matériel que trois machines à coudre, que la valeur du travail manuel fourni était supérieure à la valeur des marchandises utilisées ; qu'en effet ses achats de marchandises se limitaient à celles nécessaires à la confection des chapeaux, qu'elle n'a jamais constitué aucun stock ni tiré aucun effet de commerce ; qu'elle n'a opéré, à titre exceptionnel, que deux achats, pour revendre, des chapeaux confectionnés au cours des deux années sur lesquelles a porté l'enquête ; qu'il n'est pas établi que dame X. ait spéculé sur les marchandises ou le travail d'autrui », *Bull. IV*, n° 159 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Dalloz, 1976, n° 13, note R. HOUIN.
- (167) Com., 11 mars 2008, n° 06-20.089, « M. X... travaillait seul, sans l'apport d'une main-d'œuvre interne ou externe, qu'il exerçait de manière prépondérante une activité de production, transformation et prestation de services dont il tire l'essentiel de sa rémunération, et que l'achat pour revendre de marchandises représentait, pour l'année 2004, pour lui seulement l'équivalent d'environ 5 % de son résultat d'exploitation, c'est-à-dire était accessoire et marginale ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir que M. X... était un travailleur indépendant dont les gains provenaient essentiellement du produit de son travail personnel et qu'il ne spéculait ni sur les marchandises ni sur la main-d'œuvre », *JCP E* 2008, n° 2050, note C. LEBEL.

[\(168\)](#) *Supra*, n° 125.

[\(169\)](#) *Infra*, n° 192.

[\(170\)](#) Com., 2 mai 1972, n° 71-11.216, *Bull.* IV, n° 128 ; *D.* 1972, somm. p. 163 ; Com., 11 mars 2008, n° 06-20.089, préc.

[\(171\)](#) Com., 26 juin 1968, *Bull.* IV, n° 205, p. 186, refusant la qualité d'artisan à une personne employant neuf salariés.

[\(172\)](#) Les chambres de métiers sont organisées par les articles 5 et suivants du Code de l'artisanat (modifiés en dernier lieu par la loi n° 2010-853 du 23 juill. 2010) et par le décret n° 64-1362 du 30 déc. 1964. Ce sont des établissements publics économiques. Elles ont pour attribution, notamment, de tenir le répertoire des métiers, de délivrer les diplômes d'artisan et de maître-artisan, d'organiser l'apprentissage dans le secteur des métiers, d'améliorer la rentabilité des entreprises ainsi que la qualité des produits et des services (décret du 30 décembre 1964, préc., et art. 23 C. artisanat). L'élection est réglée par le décret n° 99-433 du 27 mai 1999, récemment modifié par le décret n° 2011-644 du 9 juin 2011. Il existe des chambres régionales de métiers et de l'artisanat (v. le décret n° 99-433 du 27 mai 1999, modifié par le décret n° 2011-644 du 9 juin 2011).

[\(173\)](#) Le répertoire des métiers est organisé par le décret n° 98-247 du 2 avr. 1998, par l'arrêté du 30 août 1983, plusieurs fois modifié, et par le décret n° 2010-1356 du 11 nov. 2010. L'art. 3 de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) a transféré la charge du répertoire national des métiers à l'assemblée permanente des chambres de métiers et de l'artisanat (APCMA) ; H. AZARIAN et A. MARON, « Chronique de droit de l'artisanat », *JCP E* 2010.2130.

[\(174\)](#) L'article 47 de la loi n° 2010-853 du 23 juill. 2010, relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, autorisait le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures législatives nécessaires à la confection d'un « Code des métiers et de l'artisanat » dans un délai de dix-huit mois à compter de la publication de la loi. Aucune ordonnance n'étant intervenue en ce sens, l'article 31, III de la loi n° 2012-387, de simplification du droit du 22 mars 2012 a renouvelé l'habilitation dans les mêmes termes. Mais l'article 31, III a été censuré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-649 DC.

[\(175\)](#) En annexe du décret n° 98-247 du 2 avril 1998, art. 7.

[\(176\)](#) Art. 19, 1, de la loi du 5 juill. 1996.

[\(177\)](#) T. REVET, « Les qualifications artisanales (loi du 5 juill. 1996) au regard de la liberté du commerce et de l'industrie », *D.* 1998, chron. p. 51.

[\(178\)](#) Modifié par la loi n° 2010-853 du 23 juill. 2010, art. 48. V. aussi le décret n° 2010-249 du 11 mars 2010 prévoyant l'indication de la qualification dans la déclaration de création au Centre des formalités des entreprises.

[\(179\)](#) V. H. AZARIAN et A. MARON, chron. « Droit de l'artisanat », *JCP E* 2015, 1179.

[\(180\)](#) Art. 21 de la L. 96-603 du 5 juill. 1996, modifiée par la L. 2014-626 du 18 juin 2014 (loi complétée par D. n° 2015-810 du 2 juill. 2015).

[\(181\)](#) Art. 24-1 de la L. 96-603 du 5 juillet 1996.

[\(182\)](#) Chiffres clés de l'artisanat, rapport du groupe technique sur les statistiques. Près de 2,6 % avaient même en 2008 la forme de la SA.

[\(183\)](#) Art. 22 de la loi du 5 juill. 1996.

[\(184\)](#) Aux termes de l'article 2 de la loi du 25 janv. 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires, ces procédures étaient applicables « à tout artisan ». Les rédacteurs du nouveau Code de commerce avaient cru bon de remplacer, dans les articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 le mot « artisan » par l'expression « toute personne immatriculée au répertoire des métiers ». Ils avaient confondu la définition civile et la définition administrative de l'artisan. Un artisan, au sens du statut civil, mais non immatriculé au répertoire des métiers, ne devait donc plus bénéficier des procédures collectives de sauvetage et de redressement. Mais l'art. 3 de l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 déc. 2010 est venu à nouveau modifier l'art. L. 620-2 C. com. qui vise maintenant « toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale », V. A. LIENHARD, « Tous les artisans peuvent-ils encore être mis en “faillite” ? », *D.* 2000, n° 38, Point de vue, III. V. cependant *contra* CA Agen, 20 juin 2006, cité par H. AZARIAN et B. SAINTOURENS, *JCP E* 2007.II.2424, *Droit de l'artisanat*, n° 6, et l'opinion de ces auteurs.

[\(185\)](#) D'ailleurs les règles qui régissent les ordres professionnels interdisent souvent l'exercice du commerce à leurs membres. Ainsi pour les avocats, les notaires et les architectes.

[\(186\)](#) Art. 29 de la loi n° 2012-387.

[\(187\)](#) Art. L. 422-12 CPI. Com. 3 avr. 2013, n° 12-17.905.

[\(188\)](#) N. DECOOPMAN, *JCP G* 1993.I.3671 ; S. FERRÉ-ANDRÉ, *RTD com.* 1995.565.

[\(189\)](#) S. NONORGUE, « Le desserrement des entraves à la constitution de groupes au sein des professions juridiques », *JCP E* 2012, n° 1359.

- (190) En dernier lieu, Civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, n° 97-17.872, *Contrats, conc. consom.* 2000, n° 39, obs. L. LEVENEUR.
- (191) Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 98-17731, « si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient », *D.* 2001, jur. p. 2400, note Y. AUGUET ; *Defrénois* 2001, p. 431, note R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2001, p. 130, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2001, p. 167, obs. T. REVET ; *JCP G* 2001, II, 10452, note F. VIALLA ; *JCP G* 2001, I, 301, n° 16, obs. J. ROCHFELD, et v. aussi Y. SERRA, « L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 nov. 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude », *D.* 2001, p. 2295.
- (192) Sur le fonds de commerce et la clientèle, *infra*, n° 454 et s.
- (193) Déjà avant l'arrêt Civ. 1^{re}, 17 nov. 2000, préc. ; Civ. 1^{re}, 3 déc. 1996, n° 95-10.913, « la clause de non-concurrence souscrite par un membre d'une profession libérale au profit d'un confrère à l'occasion de la cession des éléments constitutifs de son cabinet, doit être, sauf clause contraire, présumée comprise parmi les droits transmis par le cessionnaire lorsqu'il vient, à son tour, à procéder à la même opération au profit d'un tiers », *JCP E* 1997.II.940, note J.-J. DAIGRE.
- (194) M. CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèles civiles*, LGDJ, 1994, préf. J. GHESTIN ; J.-J. DAIGRE, « Patrimonialité des clientèles civiles : du cabinet au fonds libéral », *Droit et patrimoine*, déc. 1995, p. 36 et s. ; J.-J. DAIGRE, « Du fonds libéral en général », *Études Sayag*, Litec, 1998, p. 191.
- (195) Art. L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 C. com. V. A. CERATI-GAUTHIER, « Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales », *JCP E* 2008, n° 2436.
- (196) En matière de lettre de change, le droit de la consommation assimile le consommateur à un mineur. En effet, l'article L. 313-13 C. consom. déclare applicables les dispositions de l'article L. 511-5 du Code de commerce aux lettres de change souscrites par des emprunteurs même majeurs à l'occasion des opérations de crédit régies par le Code de la consommation. Or l'article L. 511-5 C. com. dispose que « les lettres de change souscrites par des mineurs sont nulles à leur égard... ».
- (197) P. DIDIER et Ph. DIDIER, *op. cit.*, p. 354, n° 374.
- (198) G. DECOCQ, *op. cit.*, n° 113 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *op. cit.*, n° 115 ; DE JUGLART et IPPOLITO, par DU PONTAVICE et DUPICHOT, n° 204-1 ; Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *op. cit.*, n° 317 ; RIPERT et ROBLOT, par VOGEL, n° 368, p. 323. Avec des réserves : D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, 168-1 ; M. PÉDAMON et H. KENFACK, *op. cit.*, n° 250.
- (199) Art. 2333 et s. C. civ.
- (200) Com. 11 juin 1974, n° 73-10.597 : « Dès lors que l'acte pour lequel le gage était constitué, en l'espèce l'achat de marchandises par la société CM à la société Lucas, était un acte de commerce, ce gage, même s'il était consenti par un non-commerçant se prouvait conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce », *Bull. IV*, n° 190 ; *Banque* 1975. p. 92.
- (201) Art. 2288 C. civ.
- (202) Req., 21 mai 1906, S. 1906.1.433, note Ch. Lyon-Caen.
- (203) Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 6^e éd. 2012, n° 68.
- (204) Com. 28 oct. 1968, *Bull. IV*, n° 293 ; *JCP* 1969.II.15884, note R. PRIEUR ; Com. 18 janv. 2000, n° 97-12741, « Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que M. X... était gérant de la SARL X..., ce dont il résulte qu'il était présumé avoir un intérêt patrimonial à l'opération garantie et, par suite, que son engagement avait un caractère commercial », *RD banc. fin.* 2000, n° 19, obs. D. LEGEAIS. Sur le régime de la preuve du cautionnement consenti par un dirigeant, v. *infra*, n° 244.
- (205) Il suffit d'ailleurs que la cession s'inscrive dans le cadre d'une opération juridique globale destinée à permettre au cessionnaire de prendre le contrôle de la société (Paris, 22 sept. 1999, *BRDA* 1999, n° 21, p. 3 ; *D.* 1999.AJ.40).
- (206) Com., 10 juill. 2007, n° 06-16.548, *Bull. IV*, n° 193 ; *BRDA*, 2007/14, n° 1.
- (207) Communiqué de la Cour de cassation, cité au *BRDA* préc. V. aussi Paris 29 mai 2008, *BRDA*, 2008/17, n° 2.
- (208) Affirmation très nette dans Com. 21 juin 1994, n° 92-18.630, « à l'égard de la banque, en sa qualité de commerçante, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens », *Bull. IV*, n° 232 ; *BRDA* 1994/14, n° 9.
- (209) Com. 25 févr. 2003, n° 01-02.913, « l'enregistrement téléphonique litigieux a été effectué dans les locaux de la société DROA et par son gérant, à l'insu de son correspondant, le directeur commercial de la société Toyota, ce dont il ressort que ce moyen de preuve, sous sa forme sonore ou écrite, avait été déloyalement obtenu », *BRDA* 2003/6, n° 19.
- (210) P. Catala et *alii*, « L'introduction de la preuve électronique dans le Code civil », *JCP* 1999.I.182 ; A. Raynouard, « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique. Observations critiques », *Defrénois* 2000, p. 593 ; J. Rochfeld, *RTD civ.* 2000, p. 423.
- (211) Avant cette loi, la Cour de cassation avait pris l'initiative d'interpréter largement la notion de preuve en y intégrant les documents électroniques (Com., 2 déc. 1997, *Bull. civ. IV*, 315 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, PUF, 2011, n° 5, comm. R. D.).

(212) Décret n° 80-533, modifié par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004. Le seuil de 5 000 F avait été jugé à l'époque trop élevé (Ph. JESTAZ, *RTD civ.* 1980, p. 820). Aujourd'hui encore, de nombreux contrats de la vie courante n'atteignent pas ce seuil et lorsqu'ils sont passés par des consommateurs ou par des professionnels non-commerçants ils peuvent être prouvés *contre eux* par tous moyens.

(213) Le commencement de preuve par écrit est : 1°/un écrit, par exemple un acte rédigé en vue de faire la preuve, mais auquel il manque l'une des conditions exigées par la loi (celles des articles 1325 et 1326 du Code civil) ; 2°/un écrit émanant du défendeur à l'allégation ; 3°/un écrit rendant vraisemblable le fait allégué (point soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond). V. art. 1347, al. 2, C. civ.

(214) V. Com. 23 mai 1970, n° 69-10.396, *Bull.* IV, n° 168.

(215) Soc. 9 mai 1973, n° 72-40.074, *Bull.* V, n° 285.

(216) Civ. 30 avr. 1970, n° 69-10.237, *Bull.* I, n° 141.

(217) Tout cela relève de ce que l'on nomme aujourd'hui le *e-commerce*.

(218) Commentaire, *BRDA* 2004/11, n° 231 ; V. L. GRYNBAUM, « Après la loi “économie numérique”, pour un Code européen des obligations... raisonné », *D.* 2004, p. 2213.

(219) Qui a été modifié par l'ordonnance du 16 juin 2005, afin de préciser les équivalents électroniques de certaines formalités contractuelles.

(220) V. J. HUET, « L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi (décrets n° 2005-972 et 973 du 10 août 2005) », *D.* 2005, p. 2903.

(221) *JOCE* L 13 du 19 janv. 2000, p. 12. La directive distingue deux types de signature électronique : la signature électronique *simple* et la signature électronique *avancée*. La directive prévoit également les règles applicables aux « prestataires de services de certification ». V. B. JALUZOT, « Transposition de la directive “signature électronique” : comparaison franco-allemande », *D.* 2004, p. 2866 ; T. ABALLÉA, « Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ? », *D.* 2004, p. 2235.

(222) Modifié par la loi de transposition du 13 mars 2000. V. aussi décret du 30 mars 2001. Sur la loi : V. Th. ABALLEA, « La signature électronique en France, état des lieux et perspectives », *D.* 2001, p. 2835 ; P.-Y. GAUTIER, « Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions », *LPA* 7 févr. 2000, n° 26, p. 4 ; J. HUET, « Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique », *D.* 2000, chron. p. 95 ; Ph. NATAF et J. LIGHTBURN, « La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information », *JCP E* 2000, n° 21/22, p. 836 ; A. PENNEAU, « La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques (décret n° 2002-535 du 18 avr. 2002) », *D.* 2002, p. 2065 ; J. ROCHFELD, *RTD civ.* 2000, p. 423.

(223) V. le décret n° 2002-535 du 18 avr. 2002.

(224) Civ. 1^{re}, 30 sept. 2010, n° 09-68.555, sous la note de L. GRYNBAUM, « Un courriel n'est pas un écrit électronique au sens du Code civil », *Jurisprudence automobile*, janv. 2011, p. 44.

(225) Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, n° 98-23.080, « Attendu que dans un acte mixte, les règles de preuve du droit civil s'appliquent envers la partie pour laquelle il est de caractère civil », *Bull.* I, n° 108, *D.* 2001, p. 1950, obs. A. LIENHARD.

(226) Lors de la modification de l'article 109 par la loi du 12 juill. 1980, qui introduisait dans le texte la précision « à l'égard des commerçants », le législateur de l'époque n'avait pas songé à modifier l'article 91. Néanmoins, la disposition de l'article 91 est passée telle quelle dans l'article L. 521-1 du nouveau Code de commerce. L'alinéa 1^{er} de l'art. L. 521-1 C. com. dispose toujours que : « Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non-commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3 du Code de commerce ». Étrangement, l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit de sûretés, n'a pas modifié cet alinéa. Littéralement, la référence expresse à l'article L. 110-3 du Code de commerce devrait limiter la dispense des formalités de l'article 2336 nouveau C. civ. aux seules parties ou tiers ayant la qualité de commerçant. La Cour de cassation (Com., 9 mai 2001, n° 98-10.333, *JCP* 2001.I.356, n° 16, obs. Ph. DELEBECQUE) n'a malheureusement pas clairement pris parti sur le sens de l'art. L. 521-1.

(227) V. cependant Com. 12 mai 1998, n° 95-15.355, *Bull.* IV, n° 150.

(228) Comp. Civ. 1^{re}, 23 mai 1977, n° 76-10.156, *Bull.* I, n° 246 ; *RTD com.* 1977, p. 711, obs. J. DERRUPPÉ.

(229) Com. 17 mars 1992, n° 90-10.694, *Bull.* IV, n° 121 ; *RTD com.* 1993, p. 147, obs. B. BOULOC.

(230) Com. 25 avr. 1983, n° 81-16.804, *Bull.* IV, n° 122 ; *D.* 1984, jur. p. 1, note P. JOURDAIN ; Civ. 3^e, 31 mai 2012, n° 11-17.534.

(231) Comp. Com. 25 avril 1983, n° 81-16.804, préc.

(232) V. cependant Versailles, 4 sept. 2008, *BRDA* 24/2008, n° 16.

(233) La loi du 13 mars 2000 a remplacé les mots « de sa main » par les mots « par lui-même », afin de tenir compte de l'écriture

électronique. V. Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, *D.* 2008, p. 1956, note I. MARIA.

[\(234\)](#) Dans le cas d'un cautionnement souscrit par une personne physique à l'égard d'un créancier professionnel, l'article L. 341-2 C. consom. prescrit une mention spéciale sanctionnée par la nullité du cautionnement.

[\(235\)](#) Com. 15 nov. 1988, n° 87-11.626, *Bull.* IV, n° 310 ; *D.* 1990, jur. p. 3, note P. ANCEL.

[\(236\)](#) Com. 11 déc. 1990, n° 89-15.048, *Bull.* IV, n° 315 ; *D.* 1991, jur. p. 584, note M. BANDRAC ; *D.* 1991, Somm. comm. 382, 3^e espèce, obs. L. AYNÈS ; *RTD com.* 1991, p. 568, obs. M. PÉDAMON.

[\(237\)](#) Civ. 1^{re} 15 oct. 1991, n° 90-10.940, *Bull.* I, n° 271, *JCP* 1992.II.21923, note Ph. SIMLER ; Civ. 1^{re}, 20 oct. 1992, n° 90-21.183, *Bull.* I, n° 259, *JCP* 1993.I.268, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; Civ. 1^{re} 25 mai 2005, n° 04-14.695, *Bull.* I, n° 228, *BRDA* 2005/12, n° 17.

[\(238\)](#) L'art. L. 341-2 concerne toutes les personnes physiques s'étant portées caution. Notamment le gérant d'une société qui s'est porté caution pour les besoins de son entreprise, que le cautionnement soit civil ou commercial (Com. 10 janv. 2011, n° 10-26.630).

[\(239\)](#) L'article L. 341-4 du Code de la consommation dispose qu'une personne physique ne peut souscrire à l'égard d'un créancier professionnel un cautionnement manifestement disproportionné par rapport à ses biens et revenus. La jurisprudence estime que cette disposition peut être invoquée par un dirigeant social lorsqu'il est une personne physique (Com. 22 juin 2010, n° 09-67.814). Les juges du fond apprécient souverainement les facultés contributives du dirigeant, à la date du cautionnement, au regard notamment des perspectives de développement de l'entreprise (Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, n° 11-11.461).

[\(240\)](#) Com. 23 mai 2000, n° 97-12.493, *Bull. civ.* IV, n° 107 ; *Contrats, conc. consom.*, 2000, n° 138, obs. L. LEVENEUR ; *D. aff.* 2001, p. 690, somm. comm. par L. AYNÈS ; Paris, 26 juin 2008, *BRDA* 17/2008, n° 11.

[\(241\)](#) De même l'existence de liens familiaux entre le débiteur principal et la caution : Civ. 1^{re}, 10 mai 2000, n° 98-11.345, *Bull. civ.* I, n° 138 ; *D.* 2001, p. 691, somm. comm. par L. AYNÈS.

[\(242\)](#) F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^e éd. 2013, n° 1247 et s.

[\(243\)](#) Plus exactement, le débiteur *solvens* (i.e. qui a payé) a un recours personnel, car il a payé la dette de ses codébiteurs, et un recours subrogatoire, car il bénéficie de la subrogation légale de l'article 1251-3^e C. civ.

[\(244\)](#) Req., 20 oct. 1920, *S.* 1922.1.201, note J. HAMEL.

[\(245\)](#) Il semble cependant que, selon la jurisprudence, la qualité de commerçant des signataires ne suffise pas et que la dette doive présenter un caractère commercial « par nature » (c'est-à-dire autre que commercial par accessoire). Com., 30 oct. 2007, *BRDA* 3/2008, n° 17.

[\(246\)](#) Com. 21 avril 1980, n° 78-14.765, « la société Copharmest avait personnellement promis le paiement des fournitures commandées, (...) qu'elle se trouvait ainsi tenue commercialement envers la société Pierron de la même dette que la société Jenn, la cour d'appel (...) a justifié de la sorte la condamnation solidaire qu'elle a prononcée sans enfreindre les dispositions de l'article 1202 du Code civil qui ne sont pas applicables en matière commerciale », *Bull.* IV, n° 158.

[\(247\)](#) Comp. Com. 16 janv. 1990, *JCP* 1991.II.21748, note C. HANNOUN ; *D.* 1992, som. com. p. 177, obs. J.-C. BOUSQUET et G. BUGEJA ; v. aussi, Com. 28 avr. 1987, n° 85-17.093, *Bull.* IV, n° 103 ; *Rev. soc.* 1987, p. 391, note J.-C. BOUSQUET.

[\(248\)](#) B. DONDERO, « La présomption de solidarité en matière commerciale : une rigueur à modérer », *D.* 2009, p. 1097.

[\(249\)](#) Comp. Com. 1^{er} juill. 1974, n° 73-11.630, *Bull.* IV, n° 211.

[\(250\)](#) Mais il reste possible d'obtenir un délai de grâce pour l'exécution d'une obligation commerciale autre que cambiaire : Com. 14 nov. 1970, *Bull.* III, n° 445 ; Paris, 26 juin 1972, *JCP* 1973.II.17367.

[\(251\)](#) La faculté de remplacement n'est pas soumise à une autorisation du tribunal : Com. 1^{er} juin 1959, *JCP* 1959.II.11206, note J. HÉMARD ; Com. 20 janv. 1976, n° 74-13.921, *Bull.* IV, n° 26 ; *RTD com.* 1976, p. obs. J. HÉMARD.

[\(252\)](#) La réfaction, lorsqu'elle est accordée, n'exclut pas l'allocation de dommages et intérêts réparant les conséquences dommageables de la non-conformité (Com. 22 janv. 2008, n° 07-11.375, *BRDA* 3/2008, n° 12).

[\(253\)](#) Le tribunal se voit reconnaître un pouvoir souverain d'appréciation pour la fixation du prix : V. Req. 23 mai 1900, *D.* 1901, p. 269 ; Com. 23 mars 1971, n° 69-12.029, *Bull.* IV, n° 89, *D.* 1974, jur. p. 40, note M. ALTER. L'on admet aussi la réfaction dans des contrats commerciaux autres que la vente : Com. 2 mars 1993, n° 90-20.289, *Bull.* IV, n° 83 ; *D.* 1994, som. com. p. 11, obs. J. KULLMANN ; *RTD civ.* 1994, p. 346, obs. J. MESTRE (contrat de service) ; Com. 15 déc. 1992, n° 90-19.006, *Bull.* IV, n° 421, *JCP* 1993.II.22075 (vente de fonds de commerce).

[\(254\)](#) L'article 50, 1^{re} phrase, de la Convention de Vienne stipule : « En cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, que le prix ait été déjà ou non payé, l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eue à ce moment. » La différence avec le droit interne provient de ce que, dans la Convention de Vienne, l'acheteur opère la réfaction lui-même, de façon

unilatérale, le juge ou l'arbitre n'intervenant éventuellement qu'*a posteriori*. V. B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations unies du 11 avr. 1980*, LGDJ, 1990, n° 138 et s. Plus généralement, Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Sirey, 1961, p. 148.

(255) Civ. 1^{re}, 10 juill. 2014, n° 13-21144 (inédit au *Bull.*).

(256) C. BRENNER et H. LECUYER, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009.1169 et 1197, spéc. n° 41 et s.

(257) J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, Economica, 2013, préf. N. Molfessis.

(258) L'arrêt du 26 mai 2006 de la chambre mixte de la Cour de cassation (*D.* 2006.1793, note R. WINTGEN) a mis fin sur ce point à une opposition entre la 1^{re} et la 2^e chambre civile.

(259) Par exemple, dans le cas de la créance d'un avocat contre une société commerciale (Civ. 2^e, 4 janv. 2006, n° 04-20.136, *Bull.* II, n° 6, *D.* 2006, p. 303, obs. E. CHEVRIER).

(260) R. HOUIN, *RTD com.* 1977.518.

(261) Civ. 3^e, 2 févr. 1994, n° 91-16.310, *Bull.* III, n° 17 ; *RTD com.* 1994.473, obs. J. DERRUPPÉ, sol. implic. ; Civ. 1^{re}, 29 avr. 1997, n° 95-10.199, *Bull.* I, n° 134, *D.* 1997.327, note Y. CHARTIER, sol. expresse.

(262) *Bull.* IV, n° 180, p. 154.

(263) L'expression de régime *plénier*, par opposition au régime *composite* des actes mixtes, est utilisée par M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial*, Dalloz, 3^e éd. 2013, n° 252 et s.

(264) De même, les dispositions du Code de la consommation sont applicables au dirigeant personne physique qui s'est porté caution de sa société. Ainsi l'art. L. 341-4 C. consom. qui sanctionne le cautionnement dont le montant est manifestement disproportionné aux biens et revenus (Com. 22 juin 2010, n° 09-67.814, *Bull.* IV, n° 112, *JCP E* 2010.1678, note D. LEGAIS). De même encore l'art. L. 341-5 qui répute non écrite la clause de solidarité consentie par une caution personne physique (Com. 6 juill. 2010, n° 08-21.760, *Bull.* IV, n° 118, *JCP E* 2010.1764, note D. LEGAIS). *Adde*, H. AUBRY, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, PUF, 2011, n° 45.

(265) *Supra*, n° 7.

(266) À Lyon en 1419, à Toulouse en 1549.

(267) Les textes relatifs à l'organisation et à la compétence du tribunal de commerce, ainsi qu'à la procédure, constituaient traditionnellement le livre IV du Code de commerce de 1807 (art. 615 à 648). En 1987, les dispositions du livre IV, encore en vigueur, relatives à l'organisation du tribunal de commerce et à l'élection des juges, passèrent dans le Code de l'organisation judiciaire (loi du 16 juill. 1987). Seules les dispositions relatives à la compétence continuaient de figurer dans le livre IV du Code de commerce. Elles furent à leur tour abrogées lors de la création du nouveau Code de commerce par l'ordonnance du 18 sept. 2000 (*supra*, n° 36). Les articles 632 et 633 devinrent respectivement les articles L. 110-1 et L. 110-2 du nouveau code (sur le sort de l'article 631 ancien, v. *infra*, n° 282). L'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 a réintroduit dans le Code de commerce, sous les articles L. 721-1 à L. 743-13 les dispositions concernant l'organisation, le fonctionnement et la compétence d'attribution des tribunaux de commerce.

(268) S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 7^e éd. 2014.

(269) A. BERNARD, « La réforme des tribunaux de commerce : remises en ordre », *D.* 1999, chron. p. 403.

(270) Décis. n° 2012-241 QPC, *D.* 2012., p. 1626, note N. FRICERO ; J.-L. VALLENS, « L'honneur est sauf : les tribunaux de commerce ne sont pas contraires à la Constitution », *D.* 2012., p. 1413 ; J. VALLANSAN, « La pérennité constitutionnelle des tribunaux consulaires, à propos de Cons. const. 4 mai 2012 », *JCP E* 2012, n° 1365.

(271) Rapport COLCOMBET et MONTEBOURG, *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, rapport AN n° 1038, Lafon, 1998.

(272) 700 juges sur 3 200 auraient démissionné au début de l'année 2000 (*Le Monde*, 19 juill. 2000, p. 8).

(273) Doc. AN n° 2545.

(274) L'art. R. 722-5 C. com. dispose que le ministère public est représenté devant le tribunal de commerce dans les conditions fixées aux art. L. 122-2 et R. 311-34 à R. 311-37 du C. org. jud.

(275) Art. L. 631-5 C. com.

(276) J.-P. RÉMERY, « Le ministère public et le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2012, p. 700.

(277) O. DOUVRELEUR, « De la compétence des tribunaux de commerce », *D.* 2002.1.530 ; T. LE BARS, « Nouvelles observations sur la codification "à droit constant" du Code de commerce – L'article 631 du Code de commerce était abrogé depuis... 1991 », *JCP* 2000.2663.

(278) Sur la validité de la régularisation, Com. 14 déc. 2004, n° 01-10.780, *Bull.* IV, n° 227, *D.* 2005, p. 146, obs. A. LIENHARD.

(279) Exemple : Com. 27 oct. 2009, n° 08-20.384, *Bull.* IV, n° 138, *D.* 2009, p. 2682 ; *JCP E* 2010.1037, note C. LEBEL (litige entre deux sociétés commerciales). La référence faite par l'art. L. 721-3 C. com. aux établissements de crédit est maladroite puisque les établissements de crédits sont des commerçants.

(280) Sur la *présomption de commercialité*, v. *supra*, n° 206.

(281) Com. 12 mars 2013, n° 12-11.765, *Bull.* IV n° 35.

(282) Loi du 31 déc. 1990 (ex articles 631-1 C. com. et L. 411-6 C. org. jud.).

(283) *Supra*, n° 120.

(284) Civ. 22 juin 1943, *DC.* 1944.83.

(285) Il ne s'agit pas de la comparution personnelle. Comparaitre veut seulement dire que le défendeur accepte le débat devant le tribunal de commerce et s'y fait représenter.

(286) Com. 6 juill. 1960, *D.* 1960, som. com., p. 114.

(287) En faveur de la validité de l'engagement du non-commerçant, Com. 20 juill. 1965, *D.* 1965, jur. p. 581, *JCP.*1965.II.14373, note J. A. Pour la validité de la clause à l'encontre des deux parties, Civ. 2^e, 3 oct. 1958, *Gaz. Pal.* 1958.2.281, *RTD civ.* 1959.150, obs. P. HÉBRAUD et P. RAYNAUD, *RTD com.* 1959, obs. M. BOITARD, Com. 11 juin 1968, *D.* 1969.7, *JCP.* 1969.II.15929, note J. A.

(288) Com. 10 juin 1997, n° 94-12.316, *Bull.* IV, n° 185, *D.* 1998, jur. p. 2, note F. LABARTHE et F. JAULT-SESEKE.

(289) Art. 521-5 C. rural ; v. Com. 18 déc. 2001, *D. aff.* 2002.406, obs. A. LIENHARD.

(290) Com. 10 juill. 2007, *JCP E*, 2007.2383, note J.-P. LEGROS ; Com. 12 févr. 2008, *BRDA* 5/2008, n° 2. Mais cela ne signifie pas que l'acte de cession soit un acte de commerce (J.-P. LEGROS, note préc.).

(291) Com. 27 oct. 2009, n° 08-20.384, *Bull.* IV, n° 138, *D.* 2009, p. 2679, note X. DELPECH ; *JCP E* 2010.1017, note J.-P. LEGROS.

(292) Soc. 16 sept. 2008, n° 07-20.444, *Bull.* V, n° 161, *BRDA* 19/2008, n° 2.

(293) La compétence internationale est, dans une large mesure, organisée par le droit européen. V. le règlement CE n° 44/2001 du 22 déc. 2000, dit règlement Bruxelles I, remplaçant à compter du 1^{er} mars 2002 la Convention de Bruxelles du 27 déc. 1968, modifiée. Le règlement Bruxelles I a été refondu par le règlement UE n° 1215/2012 du 20 déc. 2012. Sur l'ensemble de la question, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5^e éd. 2015. L. CADIET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI (dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, Litec, 2011. Adde, la chronique de Mme L. IDOT à la revue *Europe*.

(294) Civ. 6 août 1929, *Gaz. Pal.* 1929.2.837.

(295) Par exemple, Civ. 2^e, 6 oct. 2005, n° 03-20.187, *Bull.* II, n° 236, *BRDA* 2005/20, n° 17, *D.* 2005, p. 2677, obs. E. CHEVRIER, en cas de rupture brutale des relations commerciales.

(295a) Si la loi Macron (adoptée par l'AN en lecture définitive 10 juillet 2015) est déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (saisi le 15 juillet), seuls certains tribunaux de commerce pourront connaître des procédures collectives ouvertes lorsque le débiteur est une entreprise de taille intermédiaire ou une grande entreprise. V. art. L. 721-8 C. com.

(296) V. *infra*, n° 652 et 866.

(297) Si la clause est insérée dans les CGV, il faut que celles-ci aient été acceptées par l'autre partie (en matière de compétence internationale, Versailles, 23 juin 2005, *BRDA* 2005/22, n° 24 ; Civ. 1^{re}, 27 févr. 2013, n° 11-23.520, *BRDA* 2013/6, n° 14).

(298) Com., 28 oct. 2008, *BRDA* 23/2008, n° 13.

(299) La clause n'a pas été jugée suffisamment apparente lorsqu'elle était imprimée verticalement et en petits caractères (Com. 16 nov. 1983, n° 79-17.031, *Bull. civ.* IV, n° 313), à la dernière ligne du verso d'un contrat et en petits caractères (Aix-en-Provence 22 janv. 1992, *D.* 1993, p. 26, note BEIGNIER) ou en caractères difficilement lisibles (Civ. 2^e, 7 juin 2012, n° 11-13.105).

(300) H. CROZE, « La communication électronique procédurale devant les tribunaux de commerce », *JCP E* 2012, n° 1659.

(301) Art. 861-1 CPC.

(302) C. ARENS et N. FRICERO, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.* 2015, n° 114 et 115, p. 13 ; J. MONEGER, *RTD com.* 2015, p. 231.

(303) Récemment, la Cour EDH a jugé compatible avec l'article 6 de la Conv. EDH (droit à un procès équitable) la disposition législative instaurant, à peine d'irrecevabilité de la demande, l'obligation de recourir à un mode amiable de résolution des litiges (Cour EDH, 26 mars 2015, *Momcilovic c. Croatie*, n° 11239/11).

(304) La question qui va vraisemblablement se poser est celle de la sanction en cas de non-respect de cette exigence. Le décret du 11 mars 2015 ne prévoit pas la nullité de l'assignation. Toutefois, l'on peut se demander si le recours préalable à un règlement amiable ne

constituerait pas une formalité substantielle au sens de l'art. 114, al. 1^{er}, CPC, ce qui entraînerait alors la nullité de l'assignation en cas de grief (V. C. ARENS et N. FRICERO, art. préc., *Gaz. Pal.*, n° 114 et 115, p. 13, spéc. p. 14, note 5). *Adde* : À titre de comparaison, lorsque les parties ont convenu d'elles-mêmes, à l'avance, qu'une procédure de conciliation ou de médiation sera obligatoire avant de saisir le juge, le non-respect de cet accord caractérise une fin de non-recevoir (Ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et n° 00-19.424, *Contrats, conc. cons.* 2003, n° 84, note L. LEVENEUR) insusceptible de régularisation en cours d'instance (Ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, *D.* 2015, p. 298, note C. BOILLOT).

[\(305\)](#) A. LE GALLOU, *Essai d'une théorie générale des règlements amiables en droit privé*, Th. Rennes 1, 1998 ; J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, préf. S. GUINCHARD ; Th. CLAY, E. JEULAND, L. CADIER, *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution : alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, 2005.

[\(306\)](#) Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, préf. B. OPPETIT, p. 176, n° 346.

[\(307\)](#) Le décret n° 2012-1451 du 24 déc. 2012, art. 12, a substitué cette nouvelle appellation à celle de *juge rapporteur*, employée jusqu'ici.

[\(308\)](#) Le décret du 1^{er} oct. 2010 avait sensiblement renforcé les pouvoirs du juge rapporteur.

[\(309\)](#) Avant le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, il fallait l'accord des parties. Ce n'est plus le cas aujourd'hui.

[\(310\)](#) Art. R. 721-6 C. com. reprenant l'art. R. 411-4 C. org. jud., modifié par le décret n° 2005-460 du 13 mai 2005, art. 19.

[\(311\)](#) Décret n° 2012-1515 du 28 déc. 2012 modifiant l'art. 456 CPC.

[\(312\)](#) Loi du 26 juill. 2005, modifiant le livre VI du Code de commerce.

[\(313\)](#) Règlement n° 1896/2006 du 12 déc. 2006.

[\(314\)](#) Règlement n° 861/2007 du 11 juill. 2007 ; L. n° 2011-1862 du 13 déc. 2011.

[\(315\)](#) C. LEFEUVRE, *Le référé en droit des sociétés*, PUAM, 2006.

[\(316\)](#) Les nouveaux articles 1442 à 1527 forment le livre IV du Code de procédure civile, divisé en deux titres concernant respectivement l'arbitrage interne et l'arbitrage international.

[\(317\)](#) La Cour de cassation a précisé que la nature interne ou internationale de l'arbitrage est déterminée en fonction de « la nature des relations économiques à l'origine du litige », et non selon la volonté des parties. V. Civ. 1^{re}, 20 nov. 2013, n° 12-25.266.

[\(318\)](#) Arrêt de principe : Civ. 20 juin 1957, *JCP*.1957.II.10773, note H. MOTULSKY.

[\(319\)](#) Civ. 1^{re}, 29 févr. 2012, n° 11-12.782, *JCP E* 2012, n° 1314, obs. J. MONÉGER ; *JCP G* 2012, act. n° 310, obs. J. BÉGUIN.

[\(320\)](#) En ce sens, Ph. FOUCHARD, préc. n° 25, p. 413.

[\(321\)](#) Civ. 4 juill. 1972, arrêt *Hecht*, *JDI* 1972, 843, note B. OPPETIT ; plus récemment, Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, n° 95-11.427, *Bull. I*, n° 159, *Rev. arb.* 1997.537, note E. GAILLARD ; et surtout Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n° 96-21.430, *Bull. I*, n° 2, *Rev. arb.* 1999.260, note Ph. FOUCHARD.

[\(322\)](#) Art. 1443 et 1507 CPC.

[\(323\)](#) Art. 1459 CPC.

[\(324\)](#) Civ. 7 mai 1963, *JCP* 1963.II.13405 ; Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, n° 02-18.009, *Bull. I*, n° 97, *D.* 2004, p. 2458, note I. NAJJAR.

[\(325\)](#) Civ. 2^e, 4 avr. 2002, n° 00-18.009, *Bull. II*, n° 68, et Com. 9 avr. 2002, n° 98-16.829, *Bull. IV*, n° 69, *D.* 2002.IR.1402, *BRDA* 9/2002, n° 8, consacrant un revirement de jurisprudence ; Civ. 2^e, 20 mars 2003, n° 01-02.253, « Qu'en statuant ainsi, alors que l'éventuelle nullité du contrat de sous-traitance était sans incidence sur la validité de la clause compromissoire, la cour d'appel a violé le texte susvisé », *Bull. II*, n° 68, *BRDA* 2003/7, n° 9.

[\(326\)](#) Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, à moins que celle-ci ne soit manifestement nulle ou inapplicable. Civ. 1^{re}, 9 juill. 2008, *BRDA* 17/2008, n° 19.

[\(327\)](#) À propos de l'efficacité d'une clause compromissoire contenue dans un contrat dont l'existence n'est pas prouvée, v. Civ. 1^{re}, 14 mai 2014, n° 13-15.825, *RTD civ.* 2014, p. 641, obs. H. BARBIER ; *JCP* 2014.851, § 1, obs. Ch. SERAGLINI ; *RTD com.* 2015, p. 63, obs. É. LOQUIN ; *D.* 2014, p. 2541, note T. CLAY.

[\(328\)](#) Cependant, la juridiction étatique reste saisie, à deux conditions : que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi et que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable, (art. 1448 CPC).

[\(329\)](#) Com. 8 nov. 2005, *BRDA* 2006/2, n° 16 ; Civ. 1^{re}, 22 oct. 2008, *BRDA* 2008/21, n° 3.

[\(330\)](#) Art. 1456, al. 1^{er} CPC.

[\(331\)](#) Ch. JARROSSON, « L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme », *Rev. arb.* 1989, p. 573 et s.

- (332) Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-12574, *Bull. civ. I*, n° 39.
- (333) S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 8^e éd. 2014, p. 1395 et s., n° 618 ; Ph. FOUCHARD, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.* 1996, p. 325 ; D. COHEN, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.* 2011, p. 611.
- (334) Paris, 29 janv. 2004, *JCP* 2004, I, 179, p. 2092, obs. Ch. SERAGLINI.
- (335) Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 96-12.748, *Bull. I*, n° 88, *D.* 1999, jur. p. 498, note P. COURBE ; Civ. 1^{re}, 18 déc. 2014, n° 14-11.085, *RTD com.* 2015, p. 53, obs. É. LOQUIN.
- (336) Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n° 09-68.131, *JCP G* 2010, n° 1306, note B. LE BARS et J. JUVENAL, *JCP E* 2010, n° 1109, obs. C. SÉRAGLINI, *D.* 2010.2938, obs. T. CLAY ; C. DERACHE, « Indépendance et impartialité de l'arbitre en droit français », *JCP E* 2012, n° 1480.
- (337) Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2012, n° 11-11.084, *JCP E* 2012, act. n° 92.
- (338) G. TRIOLAIRE, *L'entreprise et son environnement économique*, Sirey, 1988, n° 10, qui parle d'une « zone de coordination ou de communication hiérarchique ».
- (339) M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956, préf. G. MARTY.
- (340) J.-M. MOUSSERON et B. TEYSSIE, *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, avant-propos, p. I. V. aussi la définition donnée par le *Vocabulaire juridique H. Capitant* : l'entreprise est, en droit commercial, « un organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme ».
- (341) B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », *Mélanges Derruppé*, GNL-Joly, Litec, 1991, p. 9.
- (342) L. VOGEL, in RIPERT et ROBLOT, vol. 1, préc., n° 97 ; *supra*, n° 84.
- (343) En droit civil, l'appellation de contrat d'entreprise, synonyme de louage d'ouvrage, seule expression utilisée par le Code civil, semble être une création de la doctrine du xx^e siècle (J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, n° 32103).
- (344) Art. L. 2321-1 et s. du C. trav.
- (345) Ce texte célèbre figurait à l'article L. 122-12, al. 2, du Code du travail, issu lui-même de la loi du 19 juill. 1928 déjà mentionnée.
- (346) *JOCE* L. 61 du 5 mars 1977.
- (347) CJCE, 10 févr. 1988, *Tellerup*, aff. 324/86, *Rec.*, 739 ; *Dr. social* 1988.455, concl. M. DARMON, note G. COUTURIER ; *RTDE* 1988.709, note P. RODIÈRE.
- (348) Ass. plén., 16 mars 1990, *D.* 1990.305, 1^{re} et 2^e espèces, note A. LYON-CAEN ; *Dr. social* 1990.399, concl. H. DONTENWILLE, note G. COUTURIER et X. PRÉTOT. L'Assemblée plénière s'est rangée, comme elle en avait l'obligation, à l'interprétation de la directive n° 77-187 par la CJCE (v. note préc.).
- (349) Art. L. 3321-1 et s. C. trav.
- (350) V. la chronique très complète de A. LIENHARD, *D.* 2009, p. 110.
- (351) Civ. 28 janv. 1954, *D.* 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR ; *GAJ civ.*, 13^e éd., 2015, n° 19-20.
- (352) C. CHAMPAUD, *Le droit des affaires*, PUF, 1981, p. 29.
- (353) M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, préface G. MARTY.
- (354) L'on peut dire que ces droits et ces obligations sont la traduction juridique des relations économiques externes de l'entreprise.
- (355) Sur la constitution de l'EIRL, v. *infra*, n° 427 et 428.
- (356) V. *infra*, n° 349.
- (357) Les greffiers des tribunaux de commerce sont titulaires d'un office. Récemment, le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur la constitutionnalité de leur droit de présenter au garde des Sceaux, ministre de la justice, leur successeur (art. 91, L. 28 avril 1816). Le Conseil constitutionnel a estimé que ce droit ne méconnaissait pas le principe de l'égal accès aux dignités, places et emplois public (art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789). V. C. const., n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015, *JCP E* 2015, act. 284.
- (358) L'art. 102 C. civ. définit le domicile d'une personne comme le « lieu du principal établissement ». Cependant, il semble que l'article R. 123-32 C. com. vise en réalité, de façon maladroite, non le domicile du commerçant mais le lieu principal de son activité commerciale. On peut faire valoir en ce sens que l'article R. 123-32 reprend la disposition de l'article 7 de l'ancien décret du 30 mai 1984 qui, dans sa version antérieure à 2005, distinguait formellement l'établissement et le domicile du commerçant personne physique.
- (359) Art. L. 123-10 C. com.
- (360) Traditionnellement, le régime matrimonial du commerçant marié (régime légal ou contrat de mariage) devait obligatoirement être

mentionné au RCS. L'ordonnance du 6 mai 2005 et le décret du 24 mai 2005 ont supprimé cette obligation et à cette fin ont respectivement modifié les art. 1394 et s. C. civ. et plusieurs articles du décret du 30 mai 1984 (passés aujourd'hui dans la partie réglementaire du Code de commerce). Le décret 2007-750 du 9 mai 2007, modifiant l'art. R. 123-37 C. com., a parachevé l'évolution en mettant fin à l'obligation de publier les mentions relatives au mariage et au régime matrimonial des commerçants (v. *infra*, n° 413). V. J. LEPROVAUX et F. PETIT, « L'indication de la situation matrimoniale du commerçant au registre du commerce et des sociétés après le décret du 9 mai 2007 », *JCP E* 2008.1855.

(361) Art. R. 123-37 C. com. Il s'agit essentiellement de l'information du conjoint marié sous un régime de communauté de biens sur les conséquences des dettes commerciales sur les biens communs, de l'indication de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale et de l'indication que le commerçant est bénéficiaire d'un contrat d'appui au projet d'entreprise.

(362) Art. L. 123-51 C. com.

(363) L. NURIT-PONTIER, *D.* 2009, p. 585.

(364) Le siège social de la personne morale peut être fixé au domicile de son représentant légal, soit lors de l'immatriculation, soit ultérieurement par transfert du siège (art. L. 123-11-1 C. com.). Cette disposition a évidemment pour but de faciliter la création de petites entreprises.

(365) Art. R. 123-36 C. com. Les formalités de publicité qui sont ici visées consistent essentiellement dans la publication dans un journal d'annonces légales. En effet la publication au *BODACC* n'intervient qu'après l'immatriculation au RCS (art. R. 210-3, R. 210-4 et R. 210-8 C. com.), à la requête du greffier.

(366) Lorsque ces sociétés ont leur siège social dans l'Union européenne, les actes peuvent être déposés dans n'importe quelle langue officielle de l'Union à condition qu'ils soient accompagnés d'une traduction en français (art. R. 123-75-1 et R. 123-120-1 C. com., introduits par le décret 2007-1851 du 29 déc. 2007).

(367) Paris 5 déc. 2007, *BRDA* 3/2008, n° 7.

(368) Le dépôt d'un seul exemplaire est aujourd'hui suffisant (décret n° 2012-928 du 31 juill. 2012 et arrêté du même jour, modifiant plusieurs articles de la partie réglementaire du Code de commerce).

(369) Art. R. 123-139 C. com.

(370) Art. R. 123-143 et s. C. com.

(371) Art. L. 123-3 C. com.

(371a) Si la loi Macron (adoptée par l'AN en lecture définitive le 10 juillet 2015) est déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (saisi le 15 juillet 2015), la transmission des informations par les greffiers à l'INPI se fera « par voie électronique et sans frais ». V. art. L. 123-6 C. com.

(372) Art. R. 123-81 C. com.

(373) Directive n° 2012/17 du 13 juin 2012 (*JOUE* L 156 du 16.06.2012).

(374) G. CHIRON, « Le droit des sociétés à l'ère des nouvelles technologies ? », *JCP E* 2012, n° 1756.

(375) Décret n° 67-238 du 23 mars 1967.

(376) Le numéro d'identification d'une entreprise est aujourd'hui unique. V. décret n° 97-497 du 16 mai 1997.

(377) Art. R. 123-237 C. com.

(378) Tout le dispositif a été repris par la loi du 11 févr. 1994 (dite *loi Madelin*) et le décret n° 96-650 du 19 juill. 1996. Il figure aujourd'hui dans les art. R. 123-1 à R. 123-30 C. com.

(379) La même mesure s'applique en cas de modification de la situation de l'entreprise ou de cessation de son activité.

(380) Le fonctionnement des centres de formalités des entreprises est précisé par la circulaire du 30 mai 1997 (*D.* 1997.L.296).

(381) Art. R. 123-5 C. com.

(382) Décret 2007-750 du 9 mai 2007.

(383) Décret n° 2005-77 du 1^{er} févr. 2005, pris en application de la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003. Dans le cas des sociétés commerciales, la reconnaissance de la voie électronique est d'ailleurs imposée par la directive européenne n° 2003/58 du 15 juill. 2003 (*JOCE* L 221 du 4.9.2003).

(384) Dans les conditions prévues par l'art. 1316-4 C. civ. et le décret d'application du 30 mars 2001.

(385) Art. L. 123-7, 1^{re} phrase, C. com. V. aussi *infra*, n° 407.

- (386) Art. L. 123-7, 3^e phrase, C. com. V. aussi *infra*, n° 407.
- (387) Art. L. 210-9 C. com.
- (388) C'est ainsi qu'en droit allemand la qualité de commerçant d'une personne enregistrée au registre du commerce ne peut plus être contestée (art. 5 du Code de commerce allemand).
- (389) Sur le décret d'application du 1^{er} févr. 2005, créant le nouvel article 29-1 du décret du 30 mai 1984 (devenu art. R. 123-93 C. com.) v. B. SAINTOURENS, *RTD com.* 2005, p. 476.
- (390) Cette question relève de l'étude des sociétés. V. not. RIPERT et ROBLOT, t. 1, vol. 2, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1070 et s.
- (391) Ces mentions accompagnent soit la demande d'immatriculation, soit la demande de modification. Cependant, en ce qui les concerne, les effets de la publicité sont régis non par l'art. L. 123-7 C. com., relatif à l'immatriculation, mais par l'article L. 123-9, concernant la publicité des faits et des actes.
- (392) Par exemple dans le cas des actes portant nomination des dirigeants des personnes morales (*supra*, n° 361).
- (393) Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, (*JOUE* L 182, 29.6.2013) modifiée en 2014.
- (394) V. *Mémento Comptable Francis Lefebvre* 2015, n° 337 à 342.
- (395) Art. 50-0 CGI.
- (396) Art. L. 232-2 C. com. et s. Les seuils sont : soit un chiffre d'affaires de 18 millions d'euros, soit un nombre de salariés de 300 (art. R. 232-2 C. com.).
- (397) Art. L. 233-16 et s. C. com. L'art. L. 233-17 accorde cependant une dérogation aux sociétés qui ne dépassent pas certains seuils, fixés par l'art. R. 233-16 C. com. : total du bilan inférieur à 15 millions d'euros, chiffre d'affaires inférieur à 30 millions d'euros et nombre de salariés inférieur à 250.
- (398) *International Financial Reporting Standards*. Cette obligation, qui ne s'applique qu'aux sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur le marché réglementé d'un État membre, résulte des règlements européens n° 1606/2002 du 19 juill. 2002 (*JOCE* L 243 du 11 sept. 2002) et n° 1126/2008 (*JOUE* L 320 du 29 nov. 2008, modifié lui-même par plusieurs règlements postérieurs). L'ordonnance du 20 déc. 2004 a modifié en conséquence l'art L. 233-24 C. com. Pour les sociétés non cotées, qui tiennent des comptes consolidés, l'utilisation des normes IFRS n'est que facultative (art. 5 du règlement préc. du 19 juill. 2002). V. RIPERT et ROBLOT, t. 1, vol. 2, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, n° 1867.
- (399) V. aussi art. L. 233-24 C. com.
- (401) Sur l'annexe abrégée, v. le règlement de l'Autorité des normes comptables (ANC) du 9 juin 2011, homologué par l'arrêté du 27 déc. 2011 (*JO* du 30 déc., p. 22746).
- (402) Ce sont celles qui franchissent deux des trois seuils : total du bilan de 3 650 000 euros, chiffre d'affaires de 7 300 000 euros, nombre de salariés de 50 (art. L. 123-16 C. com. et art. R. 123-200 C. com., combinés).
- (403) Art. L. 123-22, al. 3, C. com.
- (404) Art. 2, al. 2 du décret du 29 nov. 1983.
- (405) Art. R. 123-173 C. com.
- (406) Le Nouveau Plan Comptable a été approuvé par un arrêté du 22 juin 1999. La loi du 6 avr. 1998 a créé le Comité de la réglementation comptable.
- (407) V. art. 25 de la loi n° 83-634 du 13 juill. 1983.
- (408) Pour les notaires : art. 13 du décret du 19 déc. 1945.
- (409) Pour les avocats : art. 111 du décret n° 91-1197 du 27 nov. 1991 « La profession d'avocat est incompatible : a) Avec toutes les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée ; b) Avec les fonctions d'associé dans une société en nom collectif, d'associé commandité dans les sociétés en commandite simple et par actions, de gérant dans une société à responsabilité limitée, de président du conseil d'administration, membre du directoire ou directeur général d'une société anonyme, de gérant d'une société civile à moins que celles-ci n'aient, sous le contrôle du conseil de l'ordre qui peut demander tous renseignements nécessaires, pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels ».
- (410) Doc. AN 2008, n° 842 ; B. Bouloc, « Le droit nouveau des incapacités commerciales », *Rev. soc.* 2008, p. 763.
- (411) Remarque : l'expression de « profession commerciale ou industrielle » est défectueuse puisque, selon le Code de commerce, les industriels sont par définition des commerçants (*supra*, n° 143 et s.).

(412) Com. 11 mai 1976, *JCP* 1976.II.18452, note R. RODIÈRE, par analogie, dans le cas d'un commissionnaire de transport qui n'était pas titulaire de la licence spéciale exigée par la réglementation administrative.

(413) Com. 19 nov. 1991, 3 arrêts, *RJDA* 1991, n° 1053, rapport P. LECLERCQ ; *Banque* 1992.426, obs. RIVES-LANGE ; *RTD civ.* 1992.381, obs. J. MESTRE ; *JCP E* 1992.I.154, obs. STOUFFLET et GAVALDA. Ces arrêts ont été rendus dans le cas de personnes qui avaient conclu des opérations de crédit alors qu'elles n'avaient pas la qualité d'établissement de crédit. Mais il n'y a pas de raison de ne pas étendre la solution à l'hypothèse des interdictions de diriger une entreprise. Dans les deux cas la nullité est justifiée par la même raison : la protection du cocontractant.

(414) Art. L. 653-2 C. com.

(415) Art. L. 653-8 C. com.

(416) Art. L. 654-15 C. com. Emprisonnement de deux ans et amende de 375 000 euros.

(417) Modifié par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

(418) B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2013, n° 318 et s. ; R. HIDALGO, G. SALOMON, P. MORVAN, *Entreprise et responsabilité pénale*, LGDJ, 1994, préf. J.-C. SOYER.

(419) Selon la circulaire du ministère de la Justice du 13 févr. 2006 (*D.* 2006, p. 704), le cumul de responsabilité pénale devrait être réservé au cas d'infraction intentionnelle. En cas d'infraction non-intentionnelle, seule la personne morale devrait être poursuivie. Sur cette circulaire, v. l'étude critique de J.-C. PLANQUE, « Faute de loi... se contentera-t-on de circulaire », *D.* 2006, p. 1836.

(420) Modifié par la loi n° 2001-104 du 12 juin 2001.

(421) Par exemple, à propos d'un délit en matière de publicité, Crim., 4 mars 2008, *BRDA* 8/2008, n° 6 ; Crim. 16 sept. 2008, *BRDA* 21/2008, n° 6.

(422) L'article 1843-5 C. civ. pose un principe général selon lequel un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en représentation de la société. V. aussi les art. L. 223-22 et L. 225-251 C. com.

(423) Paris 10 sept. 1999, *BRDA* 1999, n° 21, p. 3 ; Com. 7 mars 2006, n° 04-16.536, *Bull. IV*, n° 536, *D.* 2006, p. 857, obs. A. LIENHARD (sol. *a contrario*) ; Com. 10 févr. 2009, n° 07-20.445, *Bull. IV*, n° 21, *BRDA* 4/2009, n° 3 ; J. ABRAS, « Responsabilité extracontractuelle des dirigeants sociaux, L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ? », *JCP E* 2008.1912.

(424) Art. L. 651-2 et L. 652-1 C. com.

(425) Art. 2 de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

(426) L'autorisation de faire le commerce était donnée par les parents ou par le conseil de famille et elle était publiée au registre du commerce.

(427) En effet, le loueur du fonds de commerce n'a pas nécessairement la qualité de commerçant. C'est le locataire-gérant qui exploite le fonds en son nom et pour son compte et qui a seul la qualité de commerçant (*infra*, n° 495).

(428) Créé par l'art. 2 de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 et modifié par l'art. 32 de la loi n° 2012 du 22 mars 2012.

(429) Sur cette catégorie d'actes, v. *supra*, n° 207.

(430) Art. 473 et s. C. civ.

(431) Art. R. 123-46 C. com.

(432) Art. 435 C. civ.

(433) Art. 467 C. civ.

(434) Sur l'art. 123-7 C. com., v. *supra*, n° 364.

(434a) Com. 17 févr. 2015, n° 13-27.508, *RTD com.* 2015, p. 227, note B. SAINTOURENS.

(435) M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial*, Dalloz, 3^e éd., 2011, n° 147.

(436) *Infra*, n° 454.

(437) Com. 4 mai 1970, n° 68-11.811, *Bull. IV*, n° 139, arrêt rendu sous l'empire des textes antérieurs au décret du 30 mai 1984.

(438) Disposition nouvelle, due à la loi du 26 juill. 2005 sur la sauvegarde des entreprises.

(439) Une personne ne peut pas être l'*objet* d'une action en responsabilité. En outre le commerçant n'est pas, en l'hypothèse, responsable, mais tenu d'une obligation contractuelle.

[\(440\)](#) Com. 9 févr. 1971, n° 69-13.209, *Bull.* IV, n° 38 ; *D.* 1972, jur. p. 600, note A. JAUFFRET, (arrêt rendu sous l'empire de l'article 16, al. 2 du décret du 27 déc. 1958, dont les dispositions se retrouvent aujourd'hui dans l'article 123-8 C. com.). Selon l'arrêt : la règle selon laquelle la perte de la qualité de commerçant ne peut être opposée aux tiers qu'à partir de la radiation ne souffre pas de preuve contraire.

[\(441\)](#) Sur la location-gérance du fonds de commerce, *infra*, n° 488 et s.

[\(442\)](#) Le régime matrimonial adopté par les époux (régime de séparation ou régime de communauté) a des incidences non négligeables sur la gestion de l'entreprise exploitée en commun. Cette question relève du droit civil des régimes matrimoniaux.

[\(443\)](#) Com. 15 juill. 1987, n° 85-17.220, *Bull.* IV, n° 183.

[\(444\)](#) Le texte, tel que modifié par la loi du 2 août 2005 en faveur des PME (art. 12-II), paraît obliger le conjoint à choisir l'un des trois statuts (B. SAINTOURENS, *RTD com.* 2005.702). Mais cette obligation n'est pas sanctionnée. Dans sa nouvelle rédaction, l'art. L. 121-4 s'applique également au conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou libérale. Les art. R. 121-1 et s. C. com. précisent la définition du conjoint collaborateur ainsi que les modalités de la mention auprès « des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise ». Dans le cas des conjoints de commerçants, il s'agit évidemment de la mention au RCS, par l'intermédiaire du centre de formalités des entreprises.

[\(445\)](#) La présomption de non-commercialité résultant de l'inscription du conjoint collaborateur au RCS a un caractère irréfutable (Com. 11 févr. 2004, n° 01-00.430, *Bull.* IV, n° 28, *D.* 2004, p. 565 ; *RTD com.* 2004.243, obs. B. SAINTOURENS).

[\(446\)](#) Art. 154 *bis* CGI.

[\(447\)](#) Les apports en industrie sont aujourd'hui admis dans les SARL (art. 223-7 C. com., modifié par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques). L'apport en industrie consiste en un engagement d'œuvrer au service de la société.

[\(448\)](#) Art. L. 121-4, II C. com., modifié par la loi LME du 4 août 2008.

[\(449\)](#) Art. 10 *bis* de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME.

[\(450\)](#) V. not. P. CROCQ, « “Les bons sentiments ne font pas les bons textes”, à propos du nouvel article 1387-1 du Code civil », *D.* 2005, p. 2025 ; S. PIEDELIEVRE, « Le nouvel article 1387-1 du Code civil, ou de l'utilisation d'un pavé par un ours », *D.* 2005, p. 2138. Mais on a fait valoir que le nouveau texte pouvait très bien ne concerner que l'obligation à la dette et non la contribution à celle-ci, J.-P. CHAZAL et S. FERRÉ-ANDRÉ, « L'incroyable destin de l'article 1387-1 du Code civil », *D.* 2006, p. 316.

[\(451\)](#) Auquel il convient d'ajouter les ressortissants des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen (Norvège, Lichtenstein et Islande) ainsi que ceux de la Confédération suisse (art. L. 121-1, 1°, CESEDA).

[\(452\)](#) Auparavant, le commerçant étranger devait en outre détenir une carte de « commerçant étranger ». Depuis la loi du 2007-1631 du 20 nov. 2007, l'art. L. 314-4 CESEDA le dispense de cette formalité.

[\(453\)](#) Discriminations qui, rappelons-le (*cf. supra*), ne concernent pas les ressortissants d'un État membre de l'UE.

[\(454\)](#) *Cf. infra*, n° 519.

[\(455\)](#) Cass. 3^e civ., 9 nov. 2011, n° 10-30.291, « Mais attendu que l'article L 145-13 du Code de commerce, en ce qu'il subordonne, sans justification d'un motif d'intérêt général, le droit au renouvellement du bail commercial, protégé par l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à une condition de nationalité, constitue une discrimination prohibée par l'article 14 de cette même Convention », *Bull.* III, n° 194 ; *D.* 2012, p. 532, note J. Monégér ; *RCDIP* 2012, p. 568, note F. Jault-Seseke.

[\(456\)](#) Sur la société unipersonnelle, v. *supra*, n° 108 et s.

[\(457\)](#) Introduit par l'art. 47, III, de la loi du 11 févr. 1994.

[\(458\)](#) Littéralement, l'art. L. 521-3 semble limiter la condition de emploi à l'acquisition d'une résidence principale. Cette limitation semble peu compatible avec le but de la loi et paraît résulter d'une inadvertance du législateur.

[\(459\)](#) Art. L. 526-1 C. com.

[\(459a\)](#) Si la loi Macron (adoptée par l'AN en lecture définitive le 10 juillet 2015) est déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (saisi le 15 juillet 2015), l'insaisissabilité du logement familial sera de droit. V. art. L. 526-1 C. com.

[\(460\)](#) M. SUQUET-COZIC, « L'insaisissable réforme de la déclaration d'insaisissabilité », *BRDA* 21/2008, n° 27. Mais la Cour de cassation décide que la déclaration d'insaisissabilité est opposable au liquidateur de l'entreprise du débiteur : Com. 28 juin 2011, n° 10-15.482, *JCP E* 2011-1551, note F. PÉROCHON.

[\(461\)](#) Commissaire aux comptes, expert-comptable, association de gestion et de comptabilité ou, pour les immeubles, notaire (art. L. 526-10 C. com.). Le défaut d'évaluation est sanctionné par la responsabilité civile de l'entrepreneur à hauteur de la différence entre la valeur réelle du bien et sa valeur déclarée (art. L. 526-10, al. 4). La surévaluation d'un bien de plus de 30 000 euros est sanctionnée par la

responsabilité civile de l'entrepreneur à hauteur de la différence entre la valeur déclarée et la valeur proposée par l'expert (art. L. 526-10, al. 3). Dans les deux cas, la responsabilité engage l'entrepreneur sur le patrimoine affecté et le patrimoine non affecté.

(462) Le décret n° 2012-122 du 30 janv. 2012 précise la notion de « biens, droits, obligations et sûretés nécessaires à l'exercice de l'activité ». Ce sont les biens qui par nature ne peuvent être utilisés que dans le cadre de cette activité (art. R. 526-3 nouveau C. com.). Le décret précise aussi que la valeur des biens affectés est soit la valeur nette comptable, soit la valeur d'origine (art. R. 526-3, 7°). V. C. LEBEL, *JCP E* 2012, act. n° 114.

(463) Les fraudes et manquements graves commis par l'entrepreneur sont sanctionnés par sa responsabilité, laquelle engage l'ensemble de ses biens, affectés ou non affectés (art. L. 526-12, al. 7, C. com.).

(464) Mais la notion de revenus reste incertaine. V. Ph. PETEL, « L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL », *JCP E* 2011.1075 ; F. PÉROCHON, « L'efficacité des mécanismes de prévention des risques : l'EIRL », *Rev. proc. coll.* 2010, p. 104.

(465) Com. 11 déc. 2012, n° 11-22.436 (inédit). Le dirigeant de fait encourt les mêmes responsabilités que le dirigeant de droit.

(466) Art. L. 651-1 et s. C. com. (loi de sauvegarde des entreprises du 26 juill. 2005).

(467) Art. 47, II, de la loi Madelin du 11 févr. 1994, préc. (texte non codifié).

(468) Art. 809, I *bis* CGI.

(469) M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, Lexis-Nexis, 2014-2015. Adde le tableau comparatif réalisé par le journal *Les Échos*, daté du 5 et 6 juin 2015, p. 36. Il en ressort que le choix pour un dirigeant de société entre le versement d'un salaire ou le paiement de dividendes doit se faire au cas par cas après un bilan coûts/avantages.

(470) Sur la protection du nom commercial et de l'enseigne, v. *infra*, n° 696 et s.

(471) En revanche, en cas de cession du fonds, l'obligation du locataire d'informer le bailleur de l'existence d'une sous-location n'est pas transmise avec le fonds de commerce (Civ. 3°, 17 sept. 2008, *BRDA* 2008/19, n° 19).

(472) La question s'est posée de savoir si le droit d'exploiter une terrasse sur le domaine public faisait partie des éléments constitutifs du fonds. Interrogé à ce sujet, le ministre de l'économie a répondu par la négative en se fondant sur le caractère personnel et précaire du droit (art. L. 2122-1 à 2122-3 Code général de la propriété des personnes publiques). V. la réponse ministérielle n° 36869 et son commentaire à la *RTD com.* 2014, p. 305, obs. B. SAINTOURENS. Cette réponse n'est guère convaincante. Le droit d'exploiter une terrasse sur le domaine public a une influence considérable sur la clientèle. Et, le chiffre d'affaires dépend en directement.

(473) Com. 23 oct. 2012, n° 11-24.033, *BRDA* 2012/22, n° 16.

(474) Solution réaffirmée récemment par Com. 31 mars 2009, n° 08-14.180, *Bull.* IV, n° 47, *JCP E* 2009.1899, note F. PLANCKEEL.

(475) Par ex., Civ. 3°, 7 déc. 2005, n° 04-14.180, « Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de clause expresse, la vente d'un fonds de commerce n'emporte pas de plein droit cession à la charge de l'acheteur du passif des obligations dont le vendeur pourra être tenu en raison des engagements initialement souscrits par lui, la cour d'appel a violé les textes susvisés », *Bull.* III, n° 244.

(476) Com. 9 déc. 2008, n° 06-14.414, « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, sauf clause expresse de l'acte de location-gérance, le locataire-gérant, qui n'est pas l'ayant cause à titre universel du propriétaire du fonds, n'est pas tenu des obligations personnelles de ce dernier, la cour d'appel a violé le texte susvisé [art. L. 144-1 C. com.] », *Bull.* IV, n° 203.

(477) Com. 3 oct. 2006, n° 04-13.247 (inédit au *Bull.*), *BRDA* 2006/21, n° 11, à propos d'un engagement d'approvisionnement exclusif souscrit au profit d'un fournisseur, exploitant du fonds de commerce.

(478) Soc. 11 févr. 2009, n° 07-18.509, *Bull.* V, n° 39.

(479) Nul ne pouvant être contraint de changer de débiteur. V. Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2009, n° 08-11.093, *Bull.* I, n° 82, *JCP* 2009, n° 27, 16, note J.-J. Ansault ; *Deffrénois* 2009, p. 1289, obs. R. Libhaber.

(480) J. FRANÇOIS, *Les obligations. Régime général*, Economica, 2^e éd. 2011, n° 504 et s.

(481) Req. 15 févr. 1937, *DP* 1938.1.13, note CORDONNIER ; *S.* 1937.1.169, note ROUSSEAU ; *Rev. gén. dr. com.* 1938.164, note G. LAGARDE.

(482) Civ. 8 mars 1938, *DH* 1938.225.

(483) A. TONNELIER, *Le statut juridique du site internet*, Th. Paris 2, 2011 ; B. DUBOS, *Essai sur la notion de fonds de commerce électronique*, Th. Toulouse 1, 2008 ; O. SEIDOWSKY, *Le fonds de commerce numérique*, Th. Paris 2, 2006 ; T. VERBEIST et M. LE BORNE, « Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ? », *Journal des Tribunaux* 23 févr. 2002, n° 6044, p. 145 ; R. DESGORCES, « Notion de fonds de commerce et Internet », *Comm. com. électr.* mars 2000, § 6.

(484) La Cour de cassation précise d'ailleurs que la cessation d'exploitation ne constitue la cause de la disparition du fonds de commerce que si elle a entraîné la perte de la clientèle. Ainsi, lorsqu'un propriétaire de fonds de commerce, comme celui d'un hôtel-restaurant, le vend alors qu'il a cessé son activité depuis un an. Com. 17 janv. 2012, n° 11-10.468 (inédit au *Bull.*), *BRDA* 2012/5, n° 11.

(485) Com. 24 janv. 2006, n° 04-15.175 (inédit au *Bull.*), *BRDA* 2006/4, n° 12. Cependant la disparition de la clientèle est une question de fait, qui doit être appréciée dans son cadre réel : Paris 30 sept. 2004, *BRDA* 2004/23, n° 20 et la jurisprudence citée. Pour un cas de cessation temporaire d'activité, Civ. 3^e, 15 sept. 2010, n° 09-68521, « la cessation temporaire d'activité n'implique pas en elle-même la disparition de la clientèle ; qu'ayant relevé souverainement que l'interruption temporaire d'exploitation à la suite du décès de l'exploitant n'avait pas affecté l'achalandage attaché au fonds en raison de l'activité exercée concernant en quasi-totalité la clientèle de passage constituée par les pèlerins venant à Lourdes et que, tout comme l'achalandage, la clientèle du fonds n'avait pas davantage pâti de l'interruption de l'exploitation, s'étant naturellement reconstituée dès la réouverture du fonds au public, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé l'existence d'une clientèle actuelle et certaine et non future ou potentielle, en a déduit, à bon droit, que le fonds de commerce litigieux n'avait pas disparu à la date de la conclusion du contrat de location-gérance », *Bull.* III, n° 155, *JCP E* 2010.2065, note P.-H. BRAULT.

(486) Com. 27 févr. 1973, 2 arrêts, *D.* 1974, jur. p. 283, note J. DERRUPPÉ.

(487) Par ex. Com. 10 mars 1970, *D.* 1970, p. 586, dans le cas de la vente du matériel et du droit au bail.

(488) Com. 27 févr. 1973, *D.* 1974, jur. p. 283, note J. DERRUPPÉ ; Civ. 3^e, 13 févr. 1980, n° 78-14.553, *Bull.* III, n° 37, *Deffrénois* 1995, jur. p. 950, obs. P. LE CANNU ; *RTD com.* 1980, p. 760, obs. J. DERRUPPÉ.

(489) Paris, 6 févr. 1996, *JCP* 1997.II.22818, note B. BOCCARA.

(490) Paris, 4 oct. 2000, 2 arrêts, *D.* 2001, p. 380, note A.-L. MONÉGER-DUPUIS ; *D. aff.* 2001, p. 1718, note H. KENFACK.

(491) Civ. 3^e, 27 mars 2002, n° 00-20.732, *Bull.* III, n° 77, *D.* 2002, p. 1487, obs. E. CHEVRIER ; *D.* 2002, p. 2400, note H. KENFACK ; *JCP G* 2002.II.10112, note F. AUQUE.

(492) Com. 29 juin 2010, n° 09-66.773, *Bull.* IV, n° 114, *JCP E* 2010.1694, note N. DISSAUX ; *D.* 2010, p. 1703, obs. E. CHEVRIER ; *JCP G* 2010.876, note C. GRIMALDI ; cassant Paris 9 avr. 2009, *JCP E* 2009.1842, note N. DISSAUX ; F. AUQUE, « La propriété commerciale du commissionnaire-affilié, à propos de l'arrêt *Chattawak 2* », *JCP E* 2010.1860.

(493) P. ROUBIER, « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935, p. 286 ; P. ROUBIER, « Unité et synthèse des droits de propriété industrielle », *Mélanges Plaisant*, Sirey, 1959, p. 171.

(494) Com., 7 mars 2006, n° 04-13569, *Bull.* IV, n° 62 ; *JCP* 2006, II, 10143, note G. LOISEAU ; *JCP* 2006, I, 178, n° 3, note H. PERINET-MARQUET ; *RTD civ.* 2006, p. 348, note T. REVET ; *D.* 2006, p. 2363, note B. MALLET-BRICOUT ; *D.* 2006, p. 2897, note C. KUHN. Sur l'ensemble de la question, v. B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 15, 2008, préf. L. AYNES.

(495) Besançon, 15 mars 1989, *RTD com.* 1990, p. 186, note J. DERRUPPÉ.

(496) Art. 2374, 1^o, C. civ.

(497) 5^e baromètre *BODACC*. V. <http://www.bodacc.fr/barometre/liste>.

(498) Com. 18 juin 1996, n° 93-19645 (inédit au *Bull.*), *D.* 1998, jur. p. 305, 2^e espèce, note F. JAULT-SESEKE.

(499) Com. 9 janv. 2015, n° 13-27.340.

(500) Par exemple, Versailles, 23 mars 2006, *BRDA* 2006/10, n° 12. Pour le cas d'un dol par réticence : Com. 19 févr. 2008, n° 06-22.014 (inédit au *Bull.*) *BRDA* 2008/10, n° 15.

(501) Il doit se faire immatriculer au RCS. Si la cession est constatée par acte notarié, l'obligation de procéder à la formalité de l'immatriculation incombe au notaire rédacteur (art. R. 123-89 C. com.). V. par ex. Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, n° 03-15.918, *Bull.* I, n° 497, *D.* 2006, p. 231, obs. E. CHEVRIER ; *RTD com.* 2006, p. 46, obs. J. MONÉGER.

(502) Art. 1837 CGI. Jusqu'à une époque récente, un texte célèbre, l'art. 1840 du CGI édictait une sanction civile de la dissimulation du prix en déclarant nulle la contre-lettre stipulant un supplément de prix. Seul était valable, du point de vue civil, l'acte apparent, contenant le prix apparent. Mais l'art. 1840 CGI a été abrogé par l'art. 20 de l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 déc. 2005.

(503) La loi de simplification du droit du 22 mars 2012 a remplacé l'expression « bénéfices commerciaux » par celle de « résultats d'exploitation ».

(504) V. S. REZEK, « Nouveautés dans la rédaction des ventes de fonds de commerce, Commentaires de la loi du 22 mars 2012 », *JCP E* 2012, n° 1609. Le délai d'un an prévu par l'art. L. 141-1-II est un délai préfix (non susceptible d'interruption ou de suspension) : Com. 31 mars 2004, n° 01-13.089, *Bull.* IV, n° 67, *BRDA* 2004/9, n° 14 ; *D.* 2004, p. 1238, obs. E. CHEVRIER ; *JCP E* 2004.1057, note M. KEITA ; *RTD com.* 2004, p. 695, n° 3, obs. B. SAINTOURENS. L'expiration du délai d'un an empêche l'acheteur d'invoquer la nullité spéciale de l'article L. 141-1-II par voie d'exception (même arrêt).

(505) Com. 30 oct. 1951, *D.* 1952, jur. p. 86.

(506) Com. 23 juill. 1957, *D.* 1957, jur. ; p. 710 ; Paris, 9 nov. 2001, *BRDA* 2002/2, n° 18.

(507) Com. 21 juill. 1953, *Gaz. Pal.* 1953.2.316.

(508) Le dol du vendeur est, de droit commun, sanctionné soit par une action en nullité relative, fondée sur l'art. 1116 C. civ., (ex. Com. 6 janv. 2015, n° 13-27.340, *RTD com.* 2015, p. 225, note B. SAINTOURENS) soit par une action en responsabilité délictuelle fondée sur l'art. 1382. V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 240.

(509) Paris, 9 nov. 2001, *BRDA* 2/2002, n° 18.

(510) Sur la différence entre l'omission et l'inexactitude : v. Com. 3 déc. 2002, n° 00-21669 (inédit au *Bull.*), *RTD com.* 2003, p. 270, n° 3, obs. B. SAINTOURENS.

(511) Mais *contra*, Com. 6 mai 2008, n° 07-14.321 (inédit au *Bull.*), *BRDA* 2008/12, n° 11. Les juges du fond doivent rechercher si les inexactitudes relevées ont déterminé le consentement de l'acheteur.

(512) Par exemple, Com. 3 déc. 2013, n° 12-20.991, *JCP E* 2014. 1178, note L. LEVENEUR ; *RTD com.* 2014, p. 308, obs. B. SAINTOURENS, à propos de la vente d'un fonds de commerce de camping et d'hôtellerie de plein air dont les installations d'assainissement présentaient des dysfonctionnements.

(513) Le privilège du vendeur sera étudié avec l'ensemble des sûretés grevant le fonds de commerce, *infra*, n° 505.

(514) Loi de simplification du droit n° 2012-387 du 22 mars 2012 et décret n° 2012-1547 du 28 déc. 2012.

(515) La publication au *BODACC* devait autrefois intervenir dans les quinze jours de l'insertion au journal d'annonces légales, mais cette exigence a été supprimée par l'art. 3 de la loi de simplification du droit du 22 mars 2012. Les deux annonces au *JAL* et au *BODACC* peuvent donc être concomitantes, ce qui réduit le délai d'opposition.

(516) Com. 24 mai 2005, n° 02-18.096, *Bull. IV*, n° 114, *D.* 2005, p. 1698, obs. E. CHEVRIER.

(517) À propos de l'application de l'article L. 141-12 C. com. (ancien art. 8 de la loi du 17 mars 1909), Com. 22 janv. 1974, *Bull. IV*, n° 28 et Com. 1^{er} mars 1982, *Bull. Joly dr. sociétés* 1982, p. 395. À propos de l'article L. 141-1 C. com. (ancien art. 12, de la loi du 29 juin 1935), Com. 13 févr. 1990, n° 88-10.661, *Bull. IV*, n° 42 ; *D.* 1990, jur. p. 470, note C. D'HOIR-LAUPRETRE, *JCP* 1990.II.21587, note H. LAZARSKI ; Com. 6 juin 1990, n° 88-15.784, *Bull. IV*, n° 161. À propos d'un mandat de vendre, Civ. 1^{re}, 6 déc. 1994, *Bull. I*, n° 365, *JCP* 1995.I.3865, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, n° 6.

(518) Com. 29 nov. 1971, *Bull. IV*, n° 286, *Rev. soc.* 1972.703, note B. OPPETIT.

(519) Par. ex., Versailles, 25 févr. 1988, *D.* 1988.IR.94 ; Paris, 31 mai 1996, *RJDA* 1996.1205 ; Paris, 31 janv. 1997, *D.* 1997.IR.59, *D.* 1997, jur. p. 319 ; *JCP* 1997.II.22875, note A. VIANDIER.

(520) En pratique le contrat de vente contient presque toujours une « clause de séquestre du prix », ce qui retarde la perception du prix pendant cinq ou six mois. La protection jugée excessive des créanciers a été critiquée en doctrine : F. CHALVIGNAC, « Libérez le prix de vente du fonds de commerce ! Appel à une réforme de la protection des créanciers », *JCP E* 2008.1771. La loi de simplification du droit du 22 mars 2012 s'est efforcée de réduire la durée du séquestre. Mais son effet semble plus symbolique que réel, puisque la durée totale d'immobilisation du prix serait réduite d'une quinzaine de jours seulement. V. T. ALAIN, « La durée de séquestre du prix de cession d'un fonds de commerce après la loi dite "Warsmann IV" du 22 mars 2012 », *JCP E* 2012, n° 1277. S. REZEK, « Nouveautés dans la rédaction des ventes de fonds de commerce, Commentaires de la loi du 22 mars 2012 », *JCP E* 2012, n° 1609.

(521) Le paiement fait prématurément, par exemple le jour de la vente, avant toute publication est inopposable aux créanciers du vendeur, *qu'ils aient fait opposition ou non* : Com. 24 mai 2005, n° 01-15.337, *Bull. IV*, n° 113, *BRDA* 2005/12, n° 9 ; *D.* 2005, p. 1634, obs. E. CHEVRIER et p. 2612, note M. SÉNÉCHAL ; *RTD com.* 2006, p. 294, obs. B. SAINTOURENS.

(522) Art. L. 141-15 C. com.

(523) Art. L. 141-19 C. com.

(524) Art. L. 143-13, al. 2, C. com.

(525) V. le commentaire de B. SAINTOURENS, *RTD com.* 2005, p. 704.

(526) Et art. D. 146-1 et D. 146-2 C. com.

(527) L'article L. 146-3 C. com. institue une commission minimale garantie, dont le montant est prévu dans un accord-cadre conclu entre le mandant et ses gérants-mandataires. À défaut d'accord-cadre, l'article L. 146-3, al. 2, prévoit que le montant de la commission est fixé par le ministre chargé des PME. Logiquement, l'application du nouveau statut des gérants-mandataires devrait être suspendue jusqu'à la publication de l'arrêté ministériel fixant la commission minimale garantie.

(528) V. cependant l'opinion contraire de B. SAINTOURENS, *op. cit.*

(529) Art. L. 144-3 et L. 144-5 C. com.

(530) L'exception en faveur du conjoint a été ajoutée par l'ordonnance du 25 mars 2004. Mais le conjoint doit avoir participé à

l'exploitation pendant deux ans avant la dissolution du régime matrimonial. En fait, comme on l'a observé (B. SAINTOURENS, *RTD com.* 2004, p. 247), la disposition ne s'applique qu'en cas de divorce des époux. En effet si le régime matrimonial est dissous par le décès, le conjoint survivant est héritier (Com. 11 déc. 2007, n° 05-19.145, *Bull.* IV, n° 263, *BRDA* 2008/1, n° 14) et c'est l'exception prévue en faveur des héritiers qui s'applique (art. L. 144-5, 5°).

(531) Com. 4 févr. 1997, n° 94-21.510, *Bull.* IV, n° 42, *D.* 1998, jur. p. 153, note F. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO ; *JCP E* 1997.II.977, note L. LEVENEUR ; Com. 9 juin 2004, *Loyers et copropriété* 2004, n° 186, obs. H. BRAULT. V. cependant *contra* Paris 30 mai 2001, *D.* 2001, jur. p. 2746, obs. E. CHEVRIER, « Le contrat de location-gérance frappé de nullité ne saurait d'ailleurs être reconverti en sous-bail commercial (Com. 18 mai 2005, *RTD com.* 2006, p. 293, obs. B. SAINTOURENS), à moins que le locataire ait créé sa propre clientèle ».

(532) Après la codification et jusqu'à son abrogation par l'ordonnance du 25 mars 2004, la condition figurait dans le 2° alinéa de l'art. L. 144-3 C. com.

(533) Paris 5 nov. 2008, *BRDA* 2009/1, n° 13 ; Com. 16 déc. 2008, n° 07-19.922 (inédit au *Bull.*), *BRDA* 2003/3, n° 12.

(534) Ancien décret du 14 mars 1986, relatif aux mesures de publicité afférentes à la location-gérance d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal, art. 2.

(535) Par ex., Com. 4 nov. 2014, n° 13-18.840, *BRDA* 2014/23, n° 16.

(536) Il s'agit de l'engagement de ne pas vendre des produits concurrents, v. *infra*, n° 1042.

(537) Qui se combine avec l'article L. 123-8 C. com., relatif au Registre du commerce et des sociétés, v. *supra*, n° 410 et 411.

(538) Exemple : Paris 17 janv. 2008, *BRDA* 10/2008, n° 16.

(539) Paris, 28 juin 2002, *BRDA* 2002/19, n° 15.

(540) Art. 2374 C. civ. (ordonnance du 23 mars 2006).

(541) À la différence de l'ancien art. 2071 C. civ. qui définissait le nantissement comme « un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ».

(542) V. not. art. 77 de la loi.

(543) Par ex., Orléans, 3 juill. 2014, *BRDA* 2014/18, n° 14.

(544) Art. L. 144-5, 3, C. com.

(545) Sur la portée de la codification à droit constant, Civ. 3°, 19 mars 2003, n° 02-10.537 *D.* 2004, p. 561, note C. GRARE.

(546) V. aussi art. R. 145-3 à R. 145-33 C. com.

(547) Les textes modifiant le statut produisent des effets légaux qui s'appliquent immédiatement aux contrats en cours. V. à propos de la loi Murcef du 11 déc. 2001, Civ. 3°, 18 févr. 2009, n° 08-13.143, *BRDA* 2009/5, n° 10.

(548) J. MONEGER et F. KENDERIAN, « Premiers regards sur les dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial », *RTD com.* 2014, p. 535 ; H. KENFACK, chronique « Baux commerciaux », *JCP E* 2015, 1117.

(549) J. Moneger (dir.), *Guide des baux commerciaux*, LexisNexis, 2014 ; L. RUET, *Les baux commerciaux*, Defrénois, 3° éd., 2014.

(550) La constitutionnalité du statut des baux commerciaux par rapport à la liberté contractuelle, à la liberté de la concurrence et au droit de propriété, a été posée dans le cadre d'une QPC. Mais la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel, arguant de la trop grande généralité de la question posée : « Mais attendu que la question posée, qui vise l'ensemble des articles du Code de commerce relatifs au statut des baux commerciaux comportant des dispositions multiples, sans que celles spécialement applicables au litige soient identifiées et confrontées à des droits et libertés garantis par la Constitution, ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur l'applicabilité au litige des dispositions critiquées et sur le caractère sérieux de la question ; D'où il suit que la question prioritaire de constitutionnalité est irrecevable ». V. Civ. 3°, QPC 5 mai 2014, n° 14-40.013.

(551) Cependant, dans le cas où les conditions d'application du statut ne sont pas remplies, la jurisprudence admet que les parties puissent s'y soumettre volontairement, v. *infra*, n° 532.

(552) Par ex., un kiosque à journaux situé dans le hall d'un immeuble en copropriété est un local, v. Civ. 3°, 1^{er} juin 2010, n° 09-65.482, *BRDA* 2010/14, n° 22.

(553) Civ. 3°, 10 mai 1989, n° 87-16.595.

(554) Civ., 11 mai 1949, *JCP CI* 1949, 4967.

(555) Civ. 3°, 1^{er} octobre 2003, n° 02-11.239.

(556) Civ. 3°, 20 mars 2014, n° 13-24.439, *JCP E* 2015, 1130, obs. H. KENFACK.

- (557) Civ. 3^e, 25 avril 1968, *Bull.* III, n° 167.
- (558) Civ. 3^e, 27 septembre 2005, n° 04-12.297.
- (559) Civ. 3^e, 25 janv. 1983, n° 81-13588.
- (560) Art. 12 de la loi du 13 juin 1989, modifiant l'article 3 de l'ordonnance n° 67-821 du 23 sept. 1967 sur les groupements d'intérêt économique, devenu art. 251-4 C. com.
- (561) Civ. 3^e, 16 juin 2004, n° 03-11.314, *RJDA* 2004, n° 1092 ; Civ. 3^e, 19 sept. 2006, n° 05-18.365, *BRDA* 2006/21, n° 15.
- (562) Ass. plén., 24 avr. 1970, n° 68-10914, *JCP* 1970.II.16489, note B. BOCCARA, *D.* 1970, jur. p. 381.
- (563) Par ex. Civ. 3^e, 24 févr. 1976, n° 74-13.314, *JCP* 1976.II.18427 ; Civ. 3^e, 5 juill. 1995, n° 93-17.647, « la cour d'appel, qui, ayant relevé l'absence de gestion indépendante et de clientèle propre et exactement retenu que l'espace délimité, sur le sol de l'hypermarché par des cloisons légères à hauteur d'homme, ne constituait pas un local au sens de l'article 1^{er} du décret du 30 septembre 1953 », *RJDA* 1995/8-9, n° 939 ; Versailles 22 mars 2001, *BRDA* 12/2001, n° 5.
- (564) Exemple, Paris 17 déc. 2008, *BRDA* 8/2009, n° 16.
- (565) Civ. 3^e, 5 févr. 2003, n° 01-16.672, *BRDA* 2003/6, n° 13 ; *RTD com.* 2003.275, obs. J. MONÉGER.
- (566) Civ. 3^e, 19 janv. 2005, n° 03-15.283, *BRDA* 2005/3, n° 21, *D.* 2005, p. 491, obs. Y. ROUQUET.
- (567) Civ. 3^e, 19 mars 2003, n° 01-17679, *BRDA* 2003/7, n° 12 ; *D.* 2003, p. 2749, note H. KENFACK. *D.* 2006, p. 927, obs. L. ROZÉS. En l'espèce, les locataires exerçaient dans les lieux loués un commerce de vente de « casse-croûte » et de boissons. Le local se situait sur les pistes de ski de fond. La Cour de cassation a estimé que les locataires bénéficiaient du statut des baux commerciaux, car ils possédaient, en dehors de la clientèle de la régie des remontées mécaniques, une clientèle propre constituée des skieurs, des randonneurs et des amateurs d'équitation.
- (568) Art. L. 145-1, I et III, C. com. V. Civ. 3^e, 28 janv. 2004, n° 02-18.983, *BRDA* 2004/3, n° 19. Remarques : 1° L'immatriculation effective n'est exigée que pour l'exercice du droit au renouvellement et non pour l'application des autres dispositions du statut des baux commerciaux : Civ. 3^e, 18 mai 2005, n° 04-11.985, *D.* 2005, p. 1554, obs. Y. ROUQUET ; v. L. ROZÉS, panorama « Baux commerciaux », *D.* 2006, p. 925. 2° L'immatriculation doit être régulière. L'activité déclarée au RCS doit correspondre à l'activité exercée dans les lieux loués : Civ. 3^e, 18 janv. 2011, n° 09-71.910, *JCP E* 1355, note E. CHAVANCE. 3° On note en jurisprudence une tendance à sanctionner le défaut d'immatriculation, non pas sur le terrain classique du droit au renouvellement, mais sur celui des conditions d'entrée dans le statut des baux commerciaux. V. Civ. 3^e, 22 janv. 2014, n° 12-26.179 et Civ. 3^e, 18 juin 2014, n° 12-20.714, *AJDI* 2014, p. 778 et 785, obs. J.-P. BLATTER ; *JCP E* 2015, 1130, obs. H. KENFACK. La portée de ces deux arrêts est *a priori* limitée au cas du locataire qui, dans un premier temps, n'est pas titulaire d'un bail commercial (le bail est, par exemple, saisonnier), puis qui, dans un second temps, revendique le bénéfice du statut des baux commerciaux. Il devrait alors justifier de son immatriculation au RCS au moment de sa demande.
- (569) Com. 27 févr. 1973, n° 71-10797, *D.* 1974, jur. p. 283, note J. DERRUPÉ, *JCP* 1973.II.14403. En l'espèce, il s'agissait d'une station-service. Celle-ci était propriétaire du fonds de commerce et l'exploitant avait la qualité de locataire-gérant. Il ne pouvait prétendre au bénéfice du statut des baux commerciaux.
- (570) Ce que confirme l'art. L. 151-1, II, C. com. Mais si le contrat de location-gérance est annulé, le propriétaire du fonds de commerce doit se faire immatriculer pour pouvoir revendiquer le renouvellement (Civ. 3^e, 10 nov. 2010, n° 09-16.927, *BRDA* 2010/23, n° 14).
- (571) Et non équivoque : Paris, 29 oct. 1999, *BRDA* 2000, n° 2, p. 7.
- (572) Pas seulement au regard du droit au renouvellement. La passation du contrat de bail peut supposer l'établissement de diagnostics (amiante, termites, plomb, installation de gaz, performance énergétique). De même, le propriétaire de locaux doit joindre au contrat un état des risques naturels et technologiques (art. L. 125-5 C. env.). Et, si le local fait plus de 2 000 m², le bail doit comprendre une annexe environnementale (art. L. 125-9 C. env. rappelé par l'art. D. 145-34 C. com.).
- (573) Civ. 3^e, 10 juin 1980, n° 79-13.330, « si la convention de crédit-bail immobilier peut faire appel à des éléments empruntés à d'autres contrats, elle constitue une institution juridique particulière tendant essentiellement à l'acquisition de la propriété des murs ; que la cour d'appel en déduit exactement que les dispositions du décret du 30 septembre 1953 ne lui sont pas applicables », *D.* 1980, jur. p. 566, note Y. GUYON, *JCP* 1981.II.19655.
- (574) Par ex., Paris, 19 janv. 2011, *BRDA* 2011/9, n° 24. Civ. 3^e, 31 mai 2012, n° 11-15.580, *JCP E* 2012, n° 1539, note O. BARRET.
- (575) Par ex., Paris, 22 juin 2005, *BRDA* 2005/21, n° 17.
- (576) Avant, la jurisprudence disait que la convention d'occupation précaire résultait de « circonstances particulières, autres que la seule volonté des parties, constituant un motif légitime de précarité ». V. Civ. 3^e, 9 nov. 2004, n° 03-15084.
- (577) Paris, 6 juill. 2006, *AJDI* 2006, p. 820.
- (578) Civ. 3^e, 29 avr. 2009, n° 08-13.308, *JCP E* 2009.1732, note E. CHAVANCE ; Civ. 3^e, 31 janv. 2012, n° 10-28.591, *BRDA* 2012/4, n° 15.

[\(579\)](#) Civ. 3^e, 1^{er} avr. 2009, n° 07-21.833, *BRDA* 2009/8, n° 14.

[\(580\)](#) Civ. 3^e, 18 juin 2013, n° 12-19.568.

[\(581\)](#) Civ. 3^e, 16 nov. 1994, n° 92-18.280.

[\(582\)](#) Civ. 3^e, 2 oct. 1984, n° 82-14.855.

[\(583\)](#) Civ. 3^e, 26 janv. 2012, n° 71-10.304.

[\(584\)](#) Art. L. 145-38, 1^{er} et 2^e al. : « La demande en révision ne peut être formée que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé.

De nouvelles demandes peuvent être formées tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable ».

[\(585\)](#) Qui cependant ne sont pas d'ordre public. Les parties peuvent d'un commun accord, par une clause particulière du bail, déterminer les conditions de fixation du prix du bail renouvelé : Civ. 3^e, 10 mars 2004, n° 02-14.998, *BRDA* 2004/6, n° 18 ; *RTD com.* 2005, p. 256, obs. J. MONEGER, et la doctrine citée.

[\(586\)](#) Art. R. 145-2 et s. C. com.

[\(587\)](#) Civ. 3^e, 13 juill. 2011, n° 10-30.870, *BRDA* 2011/15-16, n° 19. Civ. 3^e, 14 sept. 2011, n° 10-30.825, *JCP E* 2012, n° 1095, note F. KENDERIAN, n° 1094, chron. H. KENFACK.

[\(588\)](#) La référence aux indices ILC et ILAT date de la loi 2014-626 du 18 juin 2014. Auparavant, l'indice pris en compte dans le cadre de l'article L. 145-38 était celui du coût de la construction (ICC). Les indices ICL et ILAT ne s'appliquent qu'à la révision des baux conclus ou renouvelés depuis le 1^{er} septembre 2014. On continuera donc d'appliquer l'ICC aux baux conclus ou renouvelés avant cette date.

[\(589\)](#) La preuve d'une modification des facteurs locaux de commercialité incombe à celui qui s'en prévaut. V. Versailles, 11 juin 1998, *Bull. inf. cass.* 1999, n° 346.

[\(590\)](#) Exemples d'appréciation des facteurs locaux de commercialité : Paris 16 janv. 2008, *BRDA* 2008/11, n° 22 ; Paris 28 mai 2008, *BRDA* 2008/20, n° 20 ; Civ. 3^e, 5 janv. 2010, n° 09-11.313, *BRDA* 2010/2, n° 24 ; Civ. 3^e, 4 janv. 2012, n° 10-23.532, *BRDA* 2012/2, n° 17.

[\(591\)](#) Civ. 3^e, 16 déc. 1963, *Bull.* III, n° 545.

[\(592\)](#) Civ. 3^e, 24 janv. 1996, n° 93-20.842, *Bull.* III, n° 24, *JCP E*, 1996.2.821, note F. AUQUE.

[\(593\)](#) Not. Paris, 2 mai et 9 mai 2001, *D.* 2001, p. 1798, note M.-L. SAINTURAT.

[\(594\)](#) Civ. 3^e, 30 mai 2001, n° 99-17.837, *D.* 2001, p. 2036, obs. M.-L. SAINTURAT ; *JCP G* 2001, II, 10561, note F. AUQUE.

[\(595\)](#) Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

[\(596\)](#) Civ. 3^e, 27 févr. 2002, n° 00-17.902 et 00-18.241, *BRDA* 2002/6, n° 9 ; *D.* 2002, p. 1142, obs. Y. ROUQUET.

[\(597\)](#) Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 02-18.188 et n° 03-13.617, *BRDA* 2004/3, n° 23, *D.* 2004, p. 1108, note P.-Y. GAUTIER ; *RTD com.* 2004, p. 699, obs. G. LARDEUX.

[\(598\)](#) Civ. 3^e, 6 févr. 2008, n° 06-21.983, *BRDA* 2008/4, n° 16.

[\(599\)](#) La Cour de cassation a rejeté une QPC qui portait sur la constitutionnalité de l'art. L. 145-34. La règle ne porte atteinte ni à la liberté d'entreprendre ni à la liberté contractuelle et la QPC n'avait pas de caractère sérieux.

[\(600\)](#) Mais la saisine de la commission est facultative (Civ. 3^e, 10 mars 2010, n° 09-10.344, *BRDA* 2010/7, n° 15).

[\(601\)](#) Cette restriction date de l'ord. 30 décembre 1958 (art. 79). À l'époque le législateur voulait limiter les effets inflationnistes des clauses d'échelle mobile, en particulier de celles prévoyant une indexation sur le niveau général des prix ou le salaire minimum.

[\(602\)](#) Toutefois, la clause d'indexation prévoyant une révision du loyer à la hausse ou à la baisse, mais stipulant un loyer plancher ne pouvant être inférieur à celui précédemment payé par le locataire, doit être réputée non écrite. V. Versailles, 10 mars 2015, *JCP E* 2015, 1231, note B. GRIGNON.

[\(603\)](#) Civ. 3^e, 10 nov. 2010, n° 09-15.937.

[\(604\)](#) Ex. Civ. 3^e, 9 juillet 2014, n° 13-22562.

[\(604a\)](#) Civ. 3^e, 20 mai 2015, n° 13-367.

[\(605\)](#) Exemple. Le loyer fixé par les parties est de 1 000 euros. Les contractants avaient décidé de faire évoluer cette somme en fonction d'un indice licite. En application de la clause d'indexation, le loyer passe à 1 300 euros. Il a bien augmenté de plus du 1/4 par rapport au loyer au loyer antérieur : $1/4 \text{ de } 1\,000 = 250$; $1\,000 + 250 = 1\,250$; $1\,300 > 1\,250$.

(606) Pour une hypothèse opposée, v. Civ. 3^e, 15 janvier 1992, n° 90-15.876 : le loyer calculé selon la valeur locative s'avérant inférieur au montant du loyer calculé d'après la clause d'indexation et même au montant du loyer initial. En l'espèce, le loyer initial était de 300 000 francs ; en application de la clause d'indexation, il était de 505 294 francs ; l'augmentation étant de plus du quart, le loyer a été ajusté à la valeur locative qui était de seulement 272 000 francs. Cette somme fut le montant du nouveau loyer.

(607) Civ. 3^e, 7 mars 2001, n° 99-17.055, *D.* 2001, p. 1874, obs. Y. ROUQUET ; *BRDA* 8/2001, n° 8. Civ. 3^e, 5 mars 2013, n° 11-28.461, *BRDA* 2013/8, n° 18.

(608) Civ. 3^e, 9 septembre 2014, n° 13-14.448 : « Ayant constaté que le loyer était binaire et comprenait une partie déterminée, le loyer de base et une partie variable en fonction du chiffre d'affaires du preneur et retenu par une interprétation souveraine des clauses du bail que le loyer de base correspondait à l'évaluation faite par les parties de la valeur locative sans qu'il soit fait référence pour son indexation et son évaluation en cas de renouvellement, aux textes du statut des baux commerciaux en matière de fixation du loyer, la Cour d'appel a pu en déduire que faute d'accord entre les parties sur le loyer de renouvellement, elle était incompétente pour fixer le loyer en leurs lieu et place ». M. Kenfack critique cette solution, car le pouvoir du juge de statuer sur « les contestations relatives à la fixation du prix du bail renouvelé sont portées, quel que soit le montant, devant le président du TGI » (art. R. 145-23 C. com.). V. *JCP E* 2015, 1130.

(609) C. BOISMAIN, « Les activités connexes ou complémentaires et les juges du fonds », *JCP E* 2012, n° 1138.

(610) Versailles, 12 janv. 1995, *JCP* 1995, IV, 2324.

(611) Sur ce point, v. J. MONÉGER, *RTD com.* 2005, p. 53, n° 4.

(612) Civ. 3^e, 19 mai 2004, n° 03-11.303.

(613) Civ. 3^e, 28 mai 2003, n° 02-11.155, *BRDA* 2003/15-16, n° 15 et la jurispr. citée.

(614) Cette procédure est, elle aussi, obligatoire : Civ. 3^e, 23 mars 2010, n° 09-13.441, *BRDA* 2010/10, n° 14.

(615) Le bailleur qui refuse la déspecialisation doit le faire par acte d'huissier. Sinon, le refus est inopérant (Civ. 3^e, 11 juin 2008, n° 07-14.551, *BRDA* 2008/12, n° 14).

(616) Exemple : Versailles, 30 oct. 2007, *BRDA* 4/2008, n° 18.

(617) Sur l'obligation de non-concurrence, v. *infra*, n° 595 et s.

(618) Ass. plén., 26 janv. 1973, n° 71-10.583, *Gaz. Pal.* 1973.1.463 ; *JCP* 1973.II.17462, note B. BOCCARA ; *RTD com.* 1973, p. 213, obs. M. PEDAMON.

(619) Civ. 3^e, 15 févr. 2012, n° 11-17.213, *BRDA* 2012/5, n° 16.

(620) H. KENFACK, « Liberté contractuelle et clauses de transfert de charges », *AJDI* 2014, p. 101.

(621) Civ. 3^e, 9 juill. 2008, n° 07-14.631, *Bull.* III, n° 12, *AJDI* 2008. 841, obs. V. Zalewski ; *D.* 2009, p. 896, obs. N. Damas. V. aussi H. Kenfack, « Inefficacité des aménagements conventionnels vidant de tout contenu une obligation essentielle du bailleur de locaux commerciaux », *RLDA* nov. 2008, n° 32.

(622) J. ATTARD, « Répartition des travaux, charges et impôts dans le cadre de la loi Pinel du 18 juin 2014 », *JCP* 2014, 778.

(623) Sur ce décret, v. J.-P. BLATTER, *AJDI* 2014, p. 753 ; *Gaz. Pal.* 23-25 nov. 2014, n° spéc., p. 6.

(624) Civ. 1^{re}, 11 déc. 2001, *D.* 2002, p. 488, obs. Y. ROUQUET. Et, en l'absence de clause dans le contrat de bail, le bailleur peut donner son consentement, même tacite, à la cession, lorsque celle-ci lui a été signifiée par le locataire cédant, Civ. 3^e, 19 avr. 2005, n° 03-16.437, *BRDA* 2005/12, n° 22.

(625) L'art. L. 145-31 C. com. prévoit que dans les cas de sous-location autorisée, le bailleur doit être appelé à concourir à l'acte de sous-location et la jurisprudence fait une application stricte de cette règle (Civ. 3^e, 27 sept. 2006, n° 05-14.700, *BRDA* 2006/20, n° 14 ; Civ. 3^e, 28 oct. 2009, n° 08-17.736, *BRDA* 2009/22, n° 16). Toutefois, lorsque la sous-location est l'objet même de l'activité du locataire, le bailleur ne peut invoquer l'art. L. 145-31 pour justifier le non-renouvellement du bail sans indemnité d'éviction. V. Civ. 3^e, 15 avril 2015, n° 14-15.976, *JCP E* 2015, 1233.

(626) La clause interdisant la mise en location-gérance est licite, mais elle doit être expresse et non équivoque (Paris, 12 oct. 2005, *BRDA* 2006/2, n° 24).

(627) Civ. 3^e, 19 mars 2008, n° 07-11.805, « la mise en location-gérance d'un fonds de commerce ne constitue pas une sous-location, la jouissance des locaux n'en étant que la conséquence accessoire et nécessaire », *BRDA* 2008/9, n° 15.

(627a) L'art. L. 145-13 qui refusait le bénéfice du renouvellement aux étrangers non ressortissants de l'UE ou de l'EEE a été abrogé par la loi 2014-626 du 18 juin 2014. V. *supra*, n° 420.

(628) Civ. 3^e, 10 févr. 2015, n° 13-26.403, *JCP E* 2015, 1198, note B. Grignon.

(629) Sinon le congé est nul et le locataire peut se prévaloir du renouvellement par tacite-reconduction, Civ. 3^e, 9 mars 2005, n° 03-15.734, *BRDA* 2005/8, n° 21.

(630) Le bail reconduit est à durée indéterminée et peut prendre fin par un congé conformément à l'article L. 145-9 : Civ. 3^e, 11 mars 2002, n° 00-22.392.

(631) Mais il peut par avance prendre l'engagement de renouveler le bail et renoncer à son droit de refuser le renouvellement, Civ. 3^e, 12 déc. 2012, n° 11-20.727, *BRDA* 2013/1, n° 20.

(632) Même si le congé ne comporte pas d'offre d'indemnité et est délivré de mauvaise foi, Civ. 3^e, 28 oct. et 25 nov. 2009, *JCP E* 2010.1155, note M. ROUSSILLE.

(633) Civ. 3^e, 10 déc. 2008, n° 07-15.241, *BRDA* 2009/3, n° 14. Autre exemple de refus de renouvellement sans indemnité : le manquement du locataire aux règles d'hygiène et de sécurité (Civ. 3^e, 13 mai 1971, n° 70-10.339), la réalisation de travaux non autorisés (Civ. 3^e, 11 mai 1993, n° 91-16791).

(634) Si le bailleur désire construire ou reconstruire l'immeuble qui n'est ni insalubre ni dangereux, l'indemnité d'éviction reste due (art. L. 145-18, al. 1^{er}). Mais le bailleur peut éviter d'avoir à verser l'indemnité s'il offre au locataire évincé un local correspondant situé à un emplacement équivalent (art. L. 145-18, al. 3).

(635) Com. 13 févr. 2001, *BRDA* 2001/5, n° 14. V. CA Aix-en-Provence, 13 mai 2011, *BRDA* 2011/18, n° 17.

(636) Selon une jurisprudence constante, les juges du fond apprécient souverainement la valeur marchande du fonds de commerce et le préjudice subi ; p. ex. Civ. 3^e, 15 oct. 2008, n° 07-17.727, *BRDA* 2008/21, n° 21.

(637) Par ex. Versailles, 2 juin 2005, *BRDA* 2005/15-16, n° 22. Mais la venue d'enseignes de luxe dans le quartier ne suffit pas à accroître la clientèle d'un fonds ordinaire, Paris 21 mars 2005, *BRDA* 2005/10, n° 20.

(638) Mais le bailleur peut faire valoir son droit de repentir avant tout jugement sur le principe ou le montant de l'indemnité. V. Civ. 3^e, 30 nov. 2005, n° 04-19703, *RTD com.* 2006, p. 43, obs. J. MONÉGER. La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC relative à la constitutionnalité du droit de repentir. Le délai de 15 jours ne porte pas atteinte au droit de propriété du bailleur (Civ. 3^e, QPC 13 nov. 2011, n° 11-19.043, *BRDA* 2011/24, n° 19).

(639) Civ. 3^e, 2 oct. 2012, n° 11-17.098, *JCP E*, n° 1666, Mais à condition d'être toujours immatriculé au registre du commerce et des sociétés, Civ. 3^e, 27 mars 2002, *D.* 2002, p. 1423, obs. Y. ROUQUET.

(640) Civ. 3^e, 5 sept. 2012, n° 11-19.200, *BRDA* 2012/18, n° 15.

(641) L. ARCELIN, *Droit de la concurrence*, Presses universitaires de Rennes, 2009 ; M.-C. BOUTARD-LAGARDE, G. CANIVET *et al.*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008 ; D. BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ 2004 ; E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005 ; A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 6^e éd., LGDJ, 2014 ; A.-M. FRISON-ROCHE et V. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006 ; C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, PUF, 2002 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^e éd., Sirey, 2014 ; L. NICOLAS-VUILLERME, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Vuybert, 2011 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso, 2013 ; C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruyland, 2013 ; L. VOGEL, *Droit de la concurrence européen et français, Traité de droit économique*, t. 1, Lawlex, 2012 ; *Droit français de la concurrence*, LawLex, 2009 ; *Droit des ententes et abus de domination*, LawLex, 2009. V. aussi les traités de droit commercial de P. DIDIER et Ph. DIDIER et de RIPERT et ROBLOT, t. 1, par GERMAIN et VOGEL.

(642) Certains auteurs estiment cependant qu'il s'agit de deux principes différents. V. not. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 2006, n° 1, note 2.

(643) J. MESTRE, *D.* 1984. chr. 1.

(644) En 1976, la patente fut remplacée par la taxe professionnelle, d'ailleurs tout aussi impopulaire, supprimée en 2010.

(645) *JCP* 1982.II.19788, note NGUYEN QUOC VINH et C. FRANCK.

(646) La loi du 18 déc. 1981 portait nationalisation d'un très vaste secteur de l'économie : la quasi-totalité des établissements bancaires et quatre grandes sociétés financières contrôlant des entreprises industrielles de premier rang.

(647) Art. 106 TFUE.

(648) CE 30 mai 1930, n° 06781, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers* : « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière » ; V. aussi CE, 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*.

- (649) CE 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers, précit.
- (650) Sur la situation des commerçants étrangers, V. *supra*, n° 419.
- (653) Directive n° 98-5 du Parlement européen et du Conseil, *JOCE* L 77 du 14 mars 1998, p. 36.
- (654) Il existe aujourd'hui onze directives concernant les règles applicables à ces deux types de sociétés.
- (655) *Supra*, n° 104.
- (656) Pour l'article 49 TFUE : CJCE, 21 juin 1974, *Reyners, Rec.*, p. 631. Pour l'article 56 TFUE : CJCE, 3 déc. 1974, *van Binsbergen, Rec.*, p. 1299.
- (657) *Supra*, n° 46.
- (658) Arrêt *Reyners*, préc.
- (659) Arrêt *van Binsbergen*, préc.
- (660) Par exemple, CJCE, 25 juill. 1991, *Säger, Rec.*, p. 4221.
- (661) La question s'est posée, par exemple, dans le cas d'une personne qui avait le titre d'avocat en Grèce, mais qui travaillait en Allemagne en qualité de collaborateur dans un cabinet juridique et qui demandait à accéder à la profession d'avocat dans cet État. La Cour a estimé que l'article 49 TFUE imposait aux autorités allemandes l'obligation d'examiner dans quelle mesure les connaissances et qualifications attestées par le diplôme obtenu en Grèce correspondaient à celles qui étaient exigées en Allemagne (CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou, Rec. I*, p. 2357).
- (662) Par ex. Com. 27 oct. 1981, *D.* 1982.IR.204, obs. Y. SERRA.
- (663) Com. 12 févr. 2013, n° 12-13 726 : bien que limitée dans le temps, une clause de non-concurrence était nulle car elle n'était pas limitée dans l'espace (*BRDA* 2013/5, n° 16).
- (664) Dans le cas d'un contrat de franchise, Com. 29 mai 1980, *Bull.* IV, n° 220 et com. 3 avr. 2012, n° 11-16301. Dans le cas d'un contrat d'agence, Com. 9 juill. 2002. *D.* 2003. som. 902, obs. Y. AUGUET.
- (665) Com. 23 sept. 2014, n° 13-18 938, à propos d'une clause de non-concurrence figurant dans un contrat d'agence commerciale. Com. 23 septembre 2014, n° 13-30 454, à propos d'un contrat de franchise, note M. MALAURIE-VIGNAL, Appréciation de la proportionnalité d'une clause de non-concurrence, *JCP E* 2014, n° 1657.
- (666) Com. 23 sept. 2014, n° 13-21 285 : « est nulle, ... toute clause de non-concurrence qui n'est pas proportionnée, c'est-à-dire qui n'est pas justifiée par les intérêts légitimes à protéger, compte tenu de l'objet du contrat ».
- (667) La jurisprudence exige parfois que l'engagement de non-rétablissement ait une cause, ce qui est une autre façon d'imposer sa justification. V. Paris 10 sept. 2009, *BRDA* 2009/22, n° 12.
- (668) N° 92-14121 ; *Bull.* IV, n° 4 ; *D.* 1995.205, note Y. SERRA ; Com. 24 nov. 2009, n° 08-17650, *JCP E* 2010.1220, note N. DISSAUX ; Com. 13 déc. 2011, n° 10-21653, *BRDA* 1012/2, n° 4.
- (669) Com. 23 sept. 2014, n° 13-20454, à propos de la clause figurant dans un contrat de franchise.
- (670) Même arrêt.
- (671) P. ex. Com. 8 avril 2014, n° 13-14693, *BRDA* 2014/9, n° 12.
- (672) Com. 14 avr. 1992, *D.* 1992.IR.165 ; *RTD com.* 1992.786, obs. J. DERRUPPÉ ; *RTD civ.* 1993.150, obs. P.-Y. GAUTIER. Com. 16 janv. 2001, *D. aff.* 2002.712, note F. ARCHER.
- (673) Com. 11 juill. 2006, n° 04-20552, *D. aff.* 2006, som. comm. *Concurrence interdite et concurrence déloyale*, sous la dir. de Y. PICOD, n° 1.
- (674) Com. 24 mai 2005, n° 02-19 704, CCC 2005, comm. 135, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, *D.* 2005, AJ 1637, obs. E. CHEVRIER .
- (675) En revanche, la clause souscrite par une société ne se transmet pas aux acquéreurs de parts sociales de cette société, sauf stipulation expresse. Com. 6 nov. 2012, n° 11-19.457, *BRDA* 2013/1, n° 7.
- (676) Par *transmission active*, on entend la transmission de la créance, par opposition à la transmission passive, qui est celle de la dette.
- (677) Req. 6 nov. 1923, *Gaz. Pal.* 1924.1.37.
- (678) Req. 18 nov. 1946, *JCP* 1947.II.3854, note Bastian. De même, l'obligation de non-concurrence souscrite lors de la vente d'une partie du fonds de commerce n'engage pas l'acquéreur de l'autre partie du fonds : Com. 11 mars 2014, n° 13-12507.
- (679) Com. 17 mai 1971, *Bull.* IV, n° 133.

(680) Civ. 3^e, 16 mars 1976, *Bull.* III, n° 114 ; *D.* 1976.559, note Y. SERRA.

(681) La jurisprudence a d'ailleurs tendance à reconnaître l'existence d'un engagement tacite de non-concurrence à la charge du bailleur, lorsque le contrat de bail énumère avec précision les activités que pourra exercer le preneur (Civ. 3^e, 19 mai 1971, *Bull.* III, n° 321).

(682) Sur la désécialisation, v. *supra*, n° 551 et s.

(683) Civ. 3^e, 15 févr. 2012, n° 11-17213. Cependant, selon l'article L. 145-48, al. 2 C. Com., le premier locataire d'un local compris dans un ensemble constituant une unité commerciale définie par un programme de construction ne peut, pendant un délai de neuf ans, demander à exercer dans les lieux loués une activité différente de celle qu'il exerçait initialement.

(684) *JCP* 1973.II.17462, note BOCCARA ; *Gaz. Pal.* 1973.1.463.

(685) Texte non codifié, version en vigueur au 1^{er} juill. 2015.

(686) Civ. 3^e, 11 mars 1971, deux arrêts, *JCP* 1971.II.16722, concl. PAUCOT, note GUILLOT ; *D.* 1971.427 ; *RTD civ.* 1971.871, obs. BREDIN.

(687) Civ. 3^e, 14 déc. 1976, *Bull.* III, n° 460 ; *JCP* 1977.II.18687, note GUILLOT. Civ. 3^e, 25 nov. 1980, *Bull.* III, n° 184 ; *RTD civ.* 1981.414, obs. GIVERDON.

(688) La loi du 10 juill. 1965 ne s'applique pas aux clauses de non-concurrence extérieures au règlement de copropriété : Civ. 3^e, 7 mars 1984, *Bull.* III, n° 63 ; *D.* 1984.IR.384, obs. GIVERDON ; *D.* 1985.IR.157, obs. SERRA.

(689) L'article L. 134-14 du Code de commerce dispose que, « lorsqu'une clause de non-concurrence est prévue dans un contrat d'agence commerciale, elle ne peut excéder une période maximale de deux ans après la cessation du contrat et doit concerner le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiés à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation » Selon la jurisprudence, est nulle, en outre, toute clause de non-concurrence qui n'est pas proportionnée (Com. 23 sept. 2014, précit *supra*, n° 599).

(690) Com. 20 juill. 1965, *Bull.* III, n° 466.

(691) Cette conception était la conséquence de la jurisprudence relative au refus de vente. En effet, selon la chambre criminelle, le contrat de concession n'autorisait le refus de vente qu'à la condition de comporter des engagements réciproques d'exclusivité. V. *infra*, n° 1040.

(692) V. Cependant *contra*, Y. PICOD, « L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E* 1994.I.349.

(693) V. *infra*, n° 1058 et s.

(694) V. *infra*, n° 1002 et 1003.

(695) Cependant le droit de la concurrence de l'Union européenne (art. 101 TFUE et art. 5 du règlement n° 330-2010 du 20 avril 2010) limite à une durée de cinq ans les accords qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché intérieur et qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. V. *infra*, n° 1077.

(696) V. « Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme », sous la dir. de Y. PICOD, *D. aff.* 2006.2925.

(697) *Supra*, n° 599. Mais pour une application rigoureuse de la clause : Com. 24 nov. 2009, *JCP E* 2010.1220, note N. DISSAUX.

(698) Com. 3 avr. 2012, n° 11-16.301 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Les liaisons étroites entre clause de non-concurrence et clause de non-réaffiliation », *JCP E* 2012, n° 1402. Com. 30 mai 2012, n° 11-18.779, *BRDA* 2012/12, n° 10. Com. 18 déc. 2012, n° 11-27.068, *JCP E* 2013, n° 1037, note N. DISSAUX.

(699) Soc. 10 juill. 2002, *D.* 2002.J.2491.

(700) Soc. 25 mai 2005, n° 04-45794, *D.* 2005.IR.1586, obs. E. CHEVRIER.

(701) Com. 4 déc. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 255 ; 24 nov. 2009, *RJDA* 2010/3, n° 208. V. A. COURET et B. DONDERO, « Toute clause de non-concurrence doit-elle prévoir une contrepartie financière ? », *JCP E* 2011.1409.

(702) Civ. 1^{re}, 2 oct. 2013, n° 12-22846 et 12-22948.

(703) À condition qu'il ait connu l'existence de la clause ou que, celle-ci étant usuelle dans le secteur d'activité, il fût tenu de la connaître (Com. 18 déc. 2001, *BRDA* 2002/2, n° 24).

(704) Par ex. Paris, 28 juin 1989, *D.* 1990, som. 79.

(705) Soc. 21 avr. 1977, *D.* 1978.9 ; Com. 27 mars 2001, *D. aff.* 2001.1617, obs. E. CHEVRIER.

(706) Com. 6 mai 2003, *D. aff.* 2004.1154, som. comm. « Concurrence interdite et concurrence déloyale », sous la dir. de Y. PICOD, n° 2, obs. A. BUGADA ; Com. 26 oct. 2010, obs. G. DECOCQ et A. BALLOT-LENA, chron. « Concurrence ».

(707) Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, *BRDA* 2005/13, n° 11.

(708) En revanche, dans le cas d'une clause de non-concurrence souscrite par un salarié, le juge des référés ne peut pas ordonner au nouvel employeur de résilier le contrat de travail conclu par ce salarié en violation de la clause : Soc. 13 mai 2003, *D. aff.* 2004.1154, som. comm. « Concurrence interdite et concurrence déloyale », sous la dir. de Y. PICOD, n° 2, obs. A. BUGADA.

(709) *V. supra*, n° 578.

(710) Ainsi en Allemagne, la loi sur la concurrence déloyale du 7 juin 1909 comporte une clause générale et une énumération des actes de concurrence déloyale. V. aussi la loi belge du 14 juill. 1971 sur les pratiques du commerce.

(711) Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée), L 376 du 27 déc. 2006.

(712) Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOUE L 149 du 11 juin 2005. Selon la Cour de justice, cette directive procède à une harmonisation complète de la réglementation des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs de sorte qu'elle interdit les dispositions nationales plus restrictives, y compris celles qui viseraient à assurer un niveau de protection plus élevé des consommateurs. V. CJUE, 10 juill. 2014, Commission c. /Belgique, aff. C-421/12.

(713) *Le droit de la propriété industrielle*, 1952, t. 1^{er}, n° 119 et s.

(714) Chronique A. BALLOT-LENA et G. DECOCQ, Droit de la concurrence déloyale (2013 – 2014), *JCP E* 2015, n° 2064. Chronique, Centre de droit de la concurrence Y. SERRA, Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme, (2013 – 014), *D.* 2014.2488.

(715) Com. 25 sept. 2012, n° 11-21266, *BRDA* 2012/19, n° 27. La jurisprudence se montre parfois plus tolérante. Elle accepte la critique publique de la politique commerciale d'un concurrent, pourvu que le propos soit modéré en la forme et que les termes n'en soient pas outranciers : Paris, 24 nov. 2004, *BRDA* 2005/10, n° 21.

(716) Ainsi, constitue un acte de concurrence déloyale le fait d'adresser à des clients une lettre les informant de la non-conformité d'un produit à la réglementation européenne, Com. 24 sept. 2013, n° 12-19 790.

(717) Versailles, 12 juin 1998, *BRDA* 1998, n° 19, p. 11.

(718) Par ex., Paris, 7 juin 1973, *D.* 1973.619.

(719) A. CHAVANNE, *RTD com.* 1969.76.

(720) Com. 27 janv. 1981, *Bull.* IV, n° 53.

(721) *D.* 1986.436, note G. CAS.

(722) En conséquence, un commerçant a le droit de faire pratiquer par ses salariés des relevés de prix dans les surfaces de vente de ses concurrents. V. E. LAMAZEROLLES, « Le droit de relever les prix chez un concurrent : l'épilogue ? », note sous Com. 4 oct. 2011, n° 10-21.862, *JCP E*, n° 1074.

(723) Par ex., Paris, 23 mai 2003, *BRDA* 2003/02, n° 19.

(724) Directive 97/55 du Parlement européen et du Conseil, du 6 oct. 1997, modifiant la directive 84/450 sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, *JOCE* L 290 du 23.10.1997. La Cour de justice des Communautés européennes, répondant à des renvois préjudiciels en interprétation de la directive 97/55, a précisé les conditions d'utilisation licite de la publicité comparative, notamment les circonstances qui confèrent à la comparaison un caractère trompeur (CJCE, 8 avr. 2003, aff. C-44/01, *Pippig Augenoptik, Rec.*, p. I-3095 ; CJUE, 18 nov. 2010, aff. C-159/09, *Lidl c. Vierzon Distribution, Rec.*, p. I-11761). Elle a également précisé que le titulaire d'une marque ne peut pas interdire à un tiers l'utilisation de cette marque dans une publicité comparative (CJCE, 12 juin 2008, *O2 Holdings*, aff. C-533/06, *Rec.*, p. I-4231).

(725) Directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité, précit.

(726) Com. 22 mars 2005, *D. aff.* 2005.2462, n° 1. Pour le cas de produits contrefaits, bloqués en douane et non commercialisés en France, Com. 10 févr. 2009, *BRDA* 2009/7, n° 21.

(727) C'est ainsi qu'est considérée comme déloyale l'utilisation d'un nom de domaine électronique qui imite l'enseigne et le nom commercial d'un concurrent, antérieurement utilisés par lui, lorsque cette utilisation est susceptible d'engendrer la confusion dans l'esprit de la clientèle : Com. 7 juill. 2004, *D. aff.* 2004.2151, note C. MANARA. De même une annonce sur internet, à partir d'un mot-clé identique à celui d'une marque, pour faire la promotion de produits identiques à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée : CJUE, 23 mars 2010, *Google France*, aff. jointes 236/08 à 238/08, *Rec.*, p. I-2417. Mais le titulaire de la marque ne peut demander le déréférencement de l'annonceur qu'après s'être assuré de l'existence de son droit (sinon il se rendrait lui-même coupable de concurrence déloyale : Com. 14 mai 2013, n° 12-15 534).

(728) Par ex. Versailles, 18 février 2014, n° 12/07318, *BRDA* 2014/8, n° 22.

(729) Civ. 1^{re}, 25 mai 2004, *D.* 2004.1893, note N. BOUCHE ; « Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme », *pan.* 2004-2005, par Y. PICOD, *D. aff.* 2005.2462.

(730) Paris 22 févr. 1995, *D.* 1996, *sum.* 250.

(731) En ce sens, Soc. 31 oct. 2012, n° 11-16.988, *BRDA* 2012/22, n° 25. Le simple fait que les clients aient suivi le salarié ne suffit pas à prouver la faute de celui-ci.

(732) Com. 19 oct. 1999, *BRDA* 1999/22, p. 8. L'embauchage du salarié d'un concurrent n'est pas fautif si ce salarié ne détenait pas d'informations confidentielles concernant un savoir-faire propre à l'entreprise qu'il avait quittée : Com. 11 févr. 2003, *BRDA* 2003/5, n° 21.

(733) Com. 29 janv. 2008, *BRDA* 2008/4, n° 20.

(734) Com. 24 oct. 2000, *RJDA* 2001/2, n° 251 ; Douai, 29 sept. 2005, *BRDA* 2006/4, n° 23.

(735) Dans le cas d'un détournement de clientèle par une fraude informatique, Versailles 8 oct. 2008, *BRDA* 2008/24, n° 20. Pour un cas de détournement de fichier de clientèle, Versailles 26 nov. 2009, *BRDA* 2010/3, n° 24.

(736) Y. SERRA, continué par Y. PICOD, Y. AUGUET et N. DORANDEU, *Rép. Dalloz de droit commercial*, V° *Concurrence déloyale*, n° 184.

(737) Art. L. 410-2 C. com.

(738) Com. 6 déc. 2005, *BRDA* 2005/24, n° 26.

(739) Com. 18 nov. 1997, *JCP* 1998.10026, note P.-Y. GAUTIER.

(740) ROUBIER, *op. cit.*, n° 106, p. 493.

(741) La sollicitation des clients d'un concurrent déterminé, afin qu'ils cessent de s'approvisionner chez celui-ci est constitutive de concurrence déloyale, Com. 16 juin 1998, *BRDA* 1998, n° 21, p. 14.

(742) Paris, 16 janv. 1980, *D.* 1981.564, note P. GODÉ.

(743) Paris 23 janv. 2014, n° 12/02577, *BRDA* 2014/5, n° 19.

(744) Com. 26 janv. 1999, *D. aff.*, 27 janv. 2000, p. 87, note Y. SERRA.

(745) Com. 26 janv. 1999, *préc.*

(746) Ce que rappelle la chambre commerciale dans un arrêt du 20 janv. 2001 (*D. aff.* 2001.1939, note Ph. LE TOURNEAU). De même, la chambre commerciale a considéré que se rendait coupable de concurrence déloyale et de parasitisme un ancien franchisé qui avait développé un réseau concurrent utilisant des méthodes commerciales identiques à celles de son franchiseur. De plus, il avait créé une confusion dans l'esprit de la clientèle (Com. 14 févr. 2012, n° 10-30.872, *BRDA* 2012/9, n° 17).

(747) Com. 20 janv. 2001, *préc.* Mais *contra*, Paris, 18 oct. 2000, *D. aff.* 2001.850, note J. PASSA. Sur la controverse doctrinale, Ph. LE TOURNEAU, « Retour sur le parasitisme », *D. aff.* 2000, *chr.* 403 ; « Peut-on entonner le requiem du parasitisme ? », *D. aff.* 2001.1227 ; PASSA, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D. aff.* 2000, *chr.* 297 et note sous Paris, 18 oct. 2000, *préc.* Dans le cas de la reproduction des CGV d'un concurrent, v. Paris 24 sept. 2008, *BRDA* 2008/23, n° 19.

(748) Paris, 8 déc. 1962, *D.* 1963.406, note DESBOIS ; *RTD com.* 1963.311, obs. ROUBIER et CHAVANNE.

(749) Paris, 15 déc. 1993, *D.* 1994.145, note Ph. LE TOURNEAU.

(750) Com. 30 janv. 1996, *D. aff.* 1996.257.

(751) Com. 30 janv. 1996, *préc.*

(752) ROUBIER, *op. cit.*, n° 117 et 118.

(753) RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, par ROBLOT, 6^e éd., 1968, n° 463.

(754) *Supra*, n° 462.

(755) ROUBIER admettait déjà que « l'action en concurrence déloyale appartient à la famille des actions en responsabilité, mais c'est une action en responsabilité d'un type particulier parce qu'il s'agit de la responsabilité dans l'exercice d'un droit » (*op. cit.*, n° 118).

(756) J. AZÉMA, *Le droit français de la concurrence*, n° 170 ; M.-A. FRISON-ROCHE, *RJDA* 1994, *chron.* 483.

(757) Civ. 1^{re}, 18 janv. 2005, *Contrats, conc. consom.* 2005, *comm.* n° 88, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; Paris, 21 janv. 2005, *Concurrence déloyale*, *pan.* 2004-2005, *dir.* Y. PICOD, *D.* 2005.2463. Un manquement à une règle de déontologie ne constitue un acte de concurrence déloyale s'il ne s'accompagne pas d'un détournement de clientèle : Com. 10 sept. 2013, n° 12.19 356.

(758) ROUBIER a particulièrement insisté sur ces distinctions (*op. cit.*, n° 104).

(759) Par ex. Com. 19 juill. 1976, *JCP* 1976.II.18507, note R. D. M.

- (760) Versailles, 21 avr. 1988, *D.* 1988.IR.163.
- (761) Com. 22 oct. 1985, *Bull.* IV, n° 245 ; Rapport de la Cour de cassation pour 1985-1986, p. 110.
- (762) Y. SERRA, continué par Y. PICOD, Y. AUGUET et N. DORANDEU, *Rép. Dalloz de droit commercial*, préc., n° 121 et s. P. LE MORE, « Récents développements de la réparation au titre d'un préjudice commercial », *JCP E* 2013, 3 Questions, n° 288.
- (763) J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, 2^e éd., 1989, n° 170.
- (764) Com. 25 févr. 1992, *Bull.* IV, n° 88. Com. 29 juin 1993, *D.* 1995, som. 211, obs. Y. PICOD.
- (765) Com. 30 mai 2000, Y. SERRA, « La notion de parties à l'action en concurrence déloyale », *D. aff.* 2001.2587.
- (766) Com. 12 févr. 2008, *BRDA* 7/2008, n° 24.
- (767) Paris, 14 janv. 2005, « Concurrence interdite, concurrence déloyale et parasitisme », pan., *D. aff.* 2005.2463, obs. Y. A.
- (768) La directive n° 2004/48/CE du 29 avr. 2004 a pour but d'améliorer la lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle. En France, elle a été transposée par la loi du 29 oct. 2007 (V. C. CARON, « La loi du 29 oct. 2007 dite "de lutte contre la contrefaçon" », *JCP E* 2008.2419). Celle-ci a été remplacée par la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 qui améliore la situation des victimes de contrefaçon, notamment leur indemnisation par l'octroi de dommages et intérêts (*BRDA* 2014/8, n° 28 ; M. OUANICHE, Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon, *JCP E* 2014, n° 1194). Les dispositions d'application font l'objet du décret n° 2014-1550 du 19 décembre 2014.
- (769) Il est vrai que l'acquisition du nom commercial n'est pas soumise à la condition du dépôt ou de l'enregistrement. Mais le nom commercial est protégé par une simple action en concurrence déloyale et non par une action en contrefaçon. Ainsi l'exception confirme la règle.
- (770) Art. D. 211-6 C. org. jud., modifié par le décret n° 2009-1205 du 9 oct. 2009, en application de l'art. L. 716-3 C. propr. intell.
- (771) Mais l'annulation d'un brevet d'invention ne permet pas à celui qui a été antérieurement condamné pour contrefaçon de réclamer la restitution des dommages et intérêts qu'il a payés. Ass. plén. 17 févr. 2012, n° 10-24.282, *JCP* 2012, n° 1299, note S. AGE et M. MENDES-MOREIRA.
- (772) La contrefaçon de brevet est pénalement sanctionnée par un emprisonnement de trois ans et une amende de 300 000 euros (art. L. 615-14 C. propr. intell.). Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende en cas de circonstances aggravantes (loi du 14 mars 2011, art. 3, modifiant l'art. L. 615-14).
- (773) Après la première commercialisation par le breveté ou avec son autorisation d'un produit couvert par un brevet ou obtenu à l'aide de celui-ci, la loi consacre l'épuisement du droit de propriété industrielle. Le breveté ne peut plus utiliser l'action en contrefaçon pour faire respecter les limitations d'origine conventionnelle qui limiteraient la commercialisation ultérieure des objets vendus. L'épuisement du droit réalise une transaction entre l'exigence de protection du breveté et le principe de libre circulation des marchandises.
- (774) Art. D. 211-6 C. org. jud. (v. *supra*, n° 652).
- (775) Ou « accord TRIP », par référence aux initiales de l'appellation anglaise, *Trade related Aspects of Intellectual Property Rights*.
- (776) V. art. L. 614-17 à L. 614-24 C. propr. intell.
- (777) 38 États au 1^{er} janv. 2013.
- (778) *JCP E* 2013, n° 5, Focus.
- (779) Le droit français devançait cependant l'entrée en vigueur de la convention de Luxembourg. V. art. L. 614-25 à L. 614-30 C. propr. intell.
- (780) V. J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *RTD com.* 2000.639 et 2004.291.
- (781) *JOUE* L 76 du 22 mars 2011.
- (782) J.-C. GALLOUX, « Le brevet européen à effet unitaire : un volapük juridique intégré », *D.* 2013.520. O. TAMBOU, « Le brevet européen à effet unitaire : un brevet tant attendu », *Europe* avril 2013, Étude 7.
- (783) Un brevet pour l'Europe : titre et juridiction, Dir. M. VIVANT, *Cah. Dr. entr.* ; mars-avril 2014, p. 17 et s.
- (784) Directive du Conseil n° 98/71 du 13 oct. 1998, *JOCE* L 289 du 28 oct. 1998, p. 28 ; *D.* 1998. L. 366.
- (785) Panorama (2013 – 2014), par J.-C. GALLOUX et J. LAPOUSTELLE, *D.* 2014.2207.
- (786) Cependant, certains réclament la suppression de la protection des pièces détachées de carrosserie automobile sur le marché de la revente et de la réparation. V. avis n° 12-A-21 de l'Autorité française de la concurrence du 8 oct. 2012. P. ARHEL, *JCP E* 2012, actu. n° 645.

- (787) Dont plusieurs ont été modifiés en dernier lieu par les décrets n° 2014-650 du 20 juin 2014 et n° 2015-511 du 7 mai 2015.
- (788) Art. L. 521-10 C. propr. intell. Les peines sont les mêmes qu'en matière de contrefaçon de brevet (*supra*, n° 665).
- (789) JOCE L 3 du 5 janv. 2002. V. aussi le règlement n° 1891/2006 du 18 déc. 2006, JOUE L 386 du 29 12 2006, concernant l'enregistrement international des dessins et modèles.
- (790) Directive n° 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques (version codifiée), JOCE L 299 du 8 nov. 2008.
- (791) La déceptivité s'apprécie par rapport aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle et non de l'article R 112-7 du Code de la consommation qui vise les mentions de l'étiquetage. Com. 21 janvier 2014, n° 12.24 959.
- (792) Si l'enregistrement est frauduleux, le créateur de la marque dispose néanmoins d'une action en revendication (art. L. 712-6 C. prop. intell. Com. 2 nov. 2011, n° 10-26.201, BRDA 2011/24, n° 22). Mais l'action en revendication se prescrit par trois ans (Com. 14 déc. 2010, n° 09-16.755), BRDA 2011/1, n° 19.
- (793) L'ordonnance n° 2008-1301 du 11 déc. 2008, prise en application de la loi LME, contient un certain nombre de dispositions destinées à améliorer la procédure d'enregistrement des marques. Les mesures d'application ont été prises par le décret n° 2008-1472 du 30 déc. 2008.
- (794) Com. 29 oct. 1975, JCP 1977.II.18616.
- (795) Le tribunal ne doit pas se contenter d'apprécier la similitude des signes mais également, d'une façon plus globale, la similitude des produits ou des services eux-mêmes. Com. 1^{er} juin 2010, n° 09-15.568, BRDA 2010/12, n° 18.
- (796) CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora*, C-323/09. M. BOURGEOIS, « Référencement payant et utilisation d'une marque : les précisions apportées par l'arrêt *Interflora* », JCP E 2012, n° 1058. Mais en l'absence de tout risque de confusion entre les sites internet, le simple référencement de la marque d'autrui pour démarcher ses clients, n'est pas un acte de concurrence déloyale : Aix-en-Provence, 3 avril 2014, n° 2014/167, JCP E 2014, n° 1436, note M. MALAURIE-VIGNAL.
- (797) Com. 20 sept. 2011, n° 10-16.569, BRDA 2011/20, n° 17. Com. 3 mai 2012, n° 11-10.508 (aff. *eBay*), BRDA 2012/13, n° 23. Com. 12 févr. 2013, n° 11-25.914, BRDA 2013/6, n° 25.
- (798) Art. L. 716-10 C. propr. intell., modifié par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, art. 3.
- (799) À l'inverse, des actes accomplis en France, mais destinés à une commercialisation licite à l'étranger sur un site internet ne constituent pas une contrefaçon en France (Com. 11 janv. 2005, *Hugo Boss*, Bull. IV, n° 8 ; Com. 10 juill. 2007, *Nutri-Rich*, JCP G 2007.10161, note C. CHABERT, JCP E 2007.2239, note J. PASSA).
- (800) L'arrangement réunissait 51 États au 1^{er} janv. 1996.
- (801) *Supra*, n° 681.
- (802) Règlement n° 40-94 du Conseil du 20 déc. 1993, (JOCE L 11 du 14 janv. 1994), règlement d'application, n° 2868-95 de la Commission du 13 déc. 1995, JOCE L 303 du 15.12.1995.
- (803) Version codifiée, JO L 78 du 24 mars 2009. Le Conseil de l'UE envisage une révision du règlement de 1999 et de la directive de 2008. V. les conclusions du Conseil du 25 mai 2010, JOUE C 140 du 29 mai 2010. V. aussi communication de la Commission, IP/13/287 du 27 mars 2013.
- (804) Comp. Paris 30 nov. 2011, n° 09-17.146, BRDA 2012/4, n° 16.
- (805) Paris, 18 oct. 2000, BRDA 3/2001, n° 10. V. aussi CJUE, 19 juill. 2012, *Pie Optiek*, C-376/11, note A. MENDOZA-CALINADE, JCP E 2012, n° 1664, à propos d'un contrat de licence.
- (806) Com. 7 juill. 2004, D. aff. 2004.2151, note C. MANARA.
- (807) Com. 12 mars 1985, D. 1985.471, note GHESTIN, JCP 1985.II.20400, note BONET.
- (808) Crim. 9 déc. 1836, S. 1836.1.881
- (809) Crim. 9 déc. 1836, préc. ; Crim. 3 juin 1923, S. 1923.1.329, note ROUX, D. 1923.1.129, note LELOIR.
- (810) Les deux types de pratiques se retrouvent respectivement dans les titres II et IV du livre IV du Code de commerce.
- (811) L'article 3, du traité de Rome posait, au nombre des objectifs de la Communauté, l'instauration d'une *concurrence non faussée* dans le marché commun. Depuis le traité de Lisbonne, le traité sur l'Union européenne ne comporte plus formellement de référence à une concurrence non faussée, l'article 2 TUE prévoyant seulement « un marché intérieur » et « un développement durable de l'Europe fondé sur... une économie sociale de marché hautement compétitive ». Cependant le protocole sur le marché intérieur et la concurrence, annexé au traité UE, stipule que « le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 2 du traité sur l'Union européenne comprend un

système garantissant que la concurrence n'est pas faussée ». Or le protocole a même autorité que le traité lui-même.

(812) Règlement du Conseil n° 4064/89 du 21 déc. 1989, aujourd'hui remplacé par le règlement n° 139/2004 du 20 janv. 2004.

(813) Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* L 1 du 4 janv. 2003, p. 25.

(814) La loi éphémère du 30 déc. 1985 avait apporté quelques modifications substantielles, notamment à l'interdiction des pratiques individuelles, à l'exemption des ententes et au contrôle des concentrations.

(815) Elle figure aujourd'hui à l'article L. 410-2 du Code de commerce. Les codificateurs de l'an 2000 ont cru nécessaire, on ne sait pour quelle raison, de la faire précéder de la mention « sauf dans les cas où la loi en dispose autrement ». Cette mention emblématique est inutile, puisque les articles du code ayant valeur de loi ordinaire, ils peuvent évidemment être modifiés par une loi postérieure.

(816) Elles figuraient dans le titre IV de l'ordonnance.

(817) Initialement, l'ordonnance avait reconnu la compétence du Conseil d'État pour statuer sur les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence.

(818) Contrairement à l'intitulé de l'ordonnance de 1986, celui du livre IV est ambigu : vise-t-il la liberté de la concurrence ou la concurrence tout court ?

(819) L. BOY, « Réflexions sur le “droit de la régulation” », *D. aff.* 2001.3031 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D. aff.* 2001.610 ; J. GALLOT, « Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition », *Rev. conc. et consom.*, n° 119, janv. 2001, p. 5.

(820) Ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

(821) Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

(822) M. COUSIN, « Ordonnance du 13 nov. 2008 : La régulation modernisée et (presque) unifiée de la concurrence », *Concurrences* 1/2009, p. 63. B. LASSERRE, « La nouvelle autorité de la concurrence », *Concurrences* 1/2009, p. 6.

(823) La loi LME est un texte complexe, dont la plupart des dispositions concernent le statut des PME (*supra*, n° 426 et s.), le droit des sociétés, le droit de la consommation, les relations commerciales (*infra*, n° 927 et s.), l'urbanisme commercial (*infra*, n° 1022 et s.), les télécommunications, et le financement des entreprises. Seuls les articles 95, 96 et 97 de la loi concernent le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations. L'article 97 renvoie pour le reste à une ordonnance. Sur cette base a été prise l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008. Sur la base de l'ordonnance, ont été ensuite publiés un certain nombre de décrets d'application.

(824) Ainsi, la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre. Certaines dispositions qui figurent dans le Code de la consommation peuvent également intéresser le droit de la concurrence, par exemple la réglementation des ventes avec primes (art. L. 121-35) ou l'interdiction de la publicité trompeuse (art. L. 121-1 et s.).

(825) <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/index.php> ; <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF>.

(826) V. la Bibliographie générale, *supra*, p. 9 et s.

(827) Les textes du droit dérivé sont publiés au *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)*. La Commission édite un rapport annuel sur la politique de concurrence. Ses décisions sont publiées *in extenso* sur son site web (<http://ec.europa.eu/comm/competition>) et au *JOUE*, mais sous forme de résumé et avec un retard souvent considérable.

(828) V. le site de la Cour : <http://curia.europa.eu/fr/content/juris/index.htm>.

(829) C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, n° 83 et s.

(830) E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, n° 1 et s. ; P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1, n° 592 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, et S. PAYET, *Droit de la concurrence*, n° 28 et s. ; M. GLAIS, *Économie industrielle, Les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1992 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, n° 300 et s. ; C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, n° 107 et s.

(831) CJCE, 23 avr. 1991, C-41/90, *Rec.*, p. I-1979.

(832) Décision de la Commission du 24 juin 2004, *Ordre des architectes belge*, *JOUE* L 4 du 6 janv. 2005.

(833) CJCE, 12 sept. 2000, *Pavlov*, aff. C-180/98 et s., *Rec.*, p. I-6451.

(834) CJCE, 19 févr. 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, *Rec.*, p. I-691.

(835) TPICE, 26 janv. 2005, *Laurent Piau*, aff. T-193/02, *Rec.*, p. II-209.

(836) CJCE, 18 juin 1998, *Commission c. Italie*, aff. C-35/96, *Rec.*, p. I-3851 ; CJCE, 11 juill. 2006, *Fenin*, aff. C-205/03 P, *Rec.* p. I-6295.

(837) À propos de l'organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne, CJCE, 19 janv. 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92,

Rec., p. I-43 ; TPICE, 12 déc. 2006, *Selex Sistemi*, aff. T-155/04, *JOCE* C 331 du 30 déc. 2006.

(838) CJCE, 17 févr. 1993, *Poucet*, aff. C-159/91 et C-160/91, *Rec.*, p. I-637 ; CJCE, 22 janv. 2002, *Cisal*, aff. 218/00, *Rec.*, p. I-691.

(839) CJCE, 19 févr. 2002, *Wouters*, préc.

(840) CJCE, 18 juill. 2006, *Meca Medina*, aff. C-519/04 P, *Rec.*, p. I-6991.

(841) Trib. confl. 6 juin 1989, *AJDA* 1989.467, note BASEX ; *D.* 1990.418, note J.-J. ISRAËL ; *Gaz. Pal.* 1989.2.582, concl. STIRN ; *JCP* 1990.II.21395, note TERNEYRE ; *RDP* 1989.1780, note Y. GAUDEMET. V. aussi BOUTARD-LABARDE et VOGEL, *Gaz. Pal.* 1989.2, doct. 747.

(842) Trib. confl. 18 oct. 1999, *AJDA* 1999.996 et 1032, note BASEIX, *D. aff.* 2000.607, note A. LOUVARIS, *JCP* 2000.2.10413, obs. SCHWARTZ ; *RTD com.* 2000.619, obs. CLAUDEL.

(843) Par ex. décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-10 du 27 févr. 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent et sur recours, Paris, 9 mars 2010 et Com. 21 juin 2011, n° 10-15.754.

(844) Les mêmes faits peuvent parfois donner lieu à la compétence cumulée de la juridiction administrative et de l'ADLC. L'intervention du juge administratif pour apprécier la régularité d'un acte administratif (en l'espèce, un appel d'offres) ne fait pas obstacle à la compétence de l'ADLC pour examiner une pratique anticoncurrentielle, comme un abus de position dominante. Com. 21 juin 2011, aff. SNCM, précit.

(845) CE, 3 nov. 1997, *AJDA* 1996.247, note GUEZOU, *RDP* 1998.256, obs. GAUDEMET.

(846) CJCE, 25 nov. 1971, *Béguelin*, aff. 22/71, *Rec.*, p. 949.

(847) Décision du 19 déc. 1984, *JOCE* L 85 du 26 mars 1985 ; CJCE, 27 sept. 1988, *Ahlström*, aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *Rec.*, p. 5193.

(848) Les rédacteurs de la loi NRE du 15 mai 2001 ont cru nécessaire d'ajouter, à l'article L. 420-1, un membre de phrase faisant référence à une « société du groupe implantée hors de France ». Cette précision est à tout point de vue maladroite : inexacte grammaticalement, mal venue dans une disposition qui pose un principe général, inutile car l'article L. 420-1 s'applique indépendamment de la localisation des membres de l'entente.

(849) Décision du Conseil de la concurrence n° 92-D-68 du 15 déc. 1992 ; sur recours ; Paris, 15 sept. 1993, *Contrats, conc. consom.* 1993, n° 53 et 100, obs. VOGEL.

(850) Décision de la Commission du 22 oct. 1964, *DECA*, *JOCE* L 173 du 31 oct. 1964.

(851) CJCE, 28 avr. 1998, *Javico International*, aff. C-306/96, *Rec.*, p. I_949.

(852) Après qu'une première décision d'approbation eut été annulée par la Cour de justice. V. CJCE, 9 août 1994, *France c. Commission*, aff. C-327/91, *Rec.*, p. I-3666.

(853) CJCE, 30 juin 1966, *LTM*, aff. 56/65, *Rec.*, p. 337.

(854) CJCE, 6 mai 1971, *Cadillon/Höss*, aff. 1/71, *Rec.*, p. 351. En France, la Cour de cassation retient la même conception que la Cour de justice. Dans l'affaire *France Telecom et Orange Caraïbes*, la cour d'appel de Paris avait retenu une conception plus étroite de l'affectation du commerce, en notant l'absence d'entreprises autres que françaises sur le marché en cause. Son arrêt a été censuré par la Cour de cassation, qui a réaffirmé à cette occasion la définition traditionnelle de l'affectation. Com 31 janv. 2012, n° 10-25.772, *BRDA* 2012/5, n° 18 ; *JCP E* 1012, n° 1165.

(855) Com. 20 janv. 2015, n° 13-16 745, *JCP E* 2015.1218, note D. MAINGUY, à propos d'une entente entre compagnies pétrolières pour la livraison de carburant sur l'aéroport de l'île de La Réunion.

(856) Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* C 101 du 27 avr. 2004, p. 81.

(857) V. aussi la Section 1 du *Sherman Act* et le § 1^{er} de la loi allemande sur les restrictions de concurrence.

(858) Art. 59 *bis*, puis 50, de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 ; art. 7 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986.

(859) CJCE, 15 juill. 1970, *ACF Chemiefarma*, aff. 41/69, *Rec.*, p. 661. Jurisprudence constante.

(860) *Rapport annuel pour 2005*, p. 250.

(861) *Rapport annuel pour 2013*, p. 125.

(862) A. GUILLOTIN, « La preuve et la forme des ententes », *JCP E* 2012, n° 1107.

(863) Sur ces formes, v. *infra*, n° 1038 et s.

- (864) CJCE, 30 juin 1966, *LTM c. MBU*, aff. 55/65, *Rec.*, p. 337, et 13 juill. 1966, *Grundig*, aff. Jointes 56 et 58/64, *Rec.*, p. 429.
- (865) *Rapport annuel pour 2013*, p. 133.
- (866) *Rapport annuel pour 1987*, p. 43.
- (867) Paris, 28 janv. 1988, *BOCCRF* du 4 févr. 1988 ; Com. 25 avr. 1989, *BOCCRF* du 10 mai 1989.
- (868) C'est-à-dire l'interdiction de vendre des produits d'une autre marque. V. *infra*, n° 1042.
- (869) Décision du 29 sept. 1987, *Rapport annuel pour 1987*, p. 65. Confirmée par CA Paris, 5 mai 1988, *Gaz. Pal.* 1988.2.578.
- (870) Décision du 6 déc. 1988, *Société Philips Électronique*, *Rapport annuel pour 1988*, p. 103. Conseil de la concurrence, *La preuve des accords de volonté constitutifs d'entente, Étude thématique, Rapport annuel pour 2006*, La Documentation française, 2007.
- (871) CJCE, aff. C-2/01 et C-3/01 P, *Rec.*, p. I-23, point 102.
- (872) Décision n° 05-D-72 du 20 déc. 2005, *Exportations parallèles de médicaments, Rapport annuel pour 2005*, p. 250.
- (873) *Rapport annuel pour 2013*, p. 135, à propos de l'interdiction des prix imposés.
- (874) Com. 16 mai 2000, *BRDA* 2000/12, p. 10 (à propos de l'Ordre national des pharmaciens).
- (875) *Rapport annuel pour 2013*, p. 124.
- (876) Décision du Conseil de la concurrence du 11 oct. 1988, *Rapport annuel pour 1988*, p. 45.
- (877) Décision du Conseil de la concurrence du 3 déc. 1996, *Rapport annuel pour 1996*, p. 747.
- (878) CJCE, 16 déc. 1975, *Suiker Unie*, aff. jointes 40/73 et a., *Rec.*, p. 1663.
- (879) *Rapport annuel pour 2005*, p. 248 et 249 ; v. not. décision n° 05-D-38 du 5 juill. 2005, *Transport public urbain de voyageurs*.
- (880) *Rapport annuel pour 2013*, p. 125.
- (881) Décision du Conseil de la concurrence du 22 mars 1989, *Rapport annuel pour 1989*, p. 40. Confirmée par CA Paris 15 nov. 1989 et pourvoi rejeté par Com. 14 janv. 1992, *BOCCREF* du 1^{er} févr. 1992.
- (882) CJCE, 8 juill. 1999, *ANIC*, aff. C-49/92 P, *Rec.*, p. I-4125, point 81.
- (883) Décision n° 13-D-12 du 28 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des commodités chimiques.
- (884) TPI, 14 mai 1998, *Sarrio*, aff. T-334/94, *Rec.*, p. II-1439, point 169.
- (885) TPI, 14 mai 1998, *Sarrio*, préc., point 118.
- (886) CJCE, 8 juill. 1999, *ANIC*, préc.
- (887) Décision 99-D-41 du Conseil de la concurrence du 22 juin 1999, *BOCCRF*, n° 17 du 14 oct. 1999, p. 566. Sur cette décision v. la chronique B. ÉDELMAN, *D.* 2000, n° 16, chr., p. 261.
- (888) Paris, 29 févr. 2000, *BRDA* 6/2000, n° *Contrats, conc. consom.* 2000, n° 95, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.
- (889) *D. aff.* 2002.720, obs E. CHEVRIER.
- (890) En droit européen, v. Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales (*JOCE*, C 130, du 19 mai 2010), points 12 et s. ; TPICE, 15 sept. 2005, *Daimler Chrysler*, aff. T-325/01, *Rec.*, p. II-3319.
- (891) CJCE, 16 sept. 1999, *Becu*, aff. C-22/98, *Rec.*, p. I-5665.
- (892) Décision du Conseil de la concurrence du 7 juill. 1987, *Rapport annuel pour 1987*, p. 54 ; décision du 26 mars 1991, *Rapport annuel pour 1991*, p. 44.
- (893) CJCE, 24 oct. 1996, *Viho*, aff. C-73/95 P, *Rec.*, p. I-5457.
- (894) Plus précisément, l'article L. 420-1 vise les ententes « qui peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ».
- (895) Sur la détermination des marchés pertinents, v. *infra*, n° 802 et s.
- (896) Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOUE* C 101, 12 avr. 2004, p. 97.
- (897) L'on parle aussi dans ce cas de la règle *de minimis*.
- (898) CJCE, 9 juill. 1969, *Völk*, aff. 5/69, *Rec.*, p. 295.

(899) CJUE, 13 déc. 2012, *Expedia*, C-226/11, *JCP E* 2013, n° 1020, note C. MARÉCHAL (arrêt rendu sur renvoi préjudiciel de la Cour de cassation française).

(900) Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, § 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis), JOUE C 291 du 30 août 2014, remplaçant la précédente communication du 22 décembre 2001.

(901) CJUE, 13 déc. 2012, *Expedia*, C-226/11, précit.

(902) *Rapport annuel pour 2013*, p. 127.

(903) Com. 4 mai 1993, *BOCCRF* du 10 sept. 1993.

(904) Décision du 17 déc. 1995, *Rapport annuel pour 1995*, p. 751. Recours rejeté par CA Paris, 28 janv. 1997, *BOCCRF* du 31 déc. 1997.

(905) Dispositions nouvelles introduites par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004.

(906) La part de marché d'une entreprise se calcule normalement en fonction du chiffre d'affaires réalisé par cette entreprise sur le marché considéré.

(907) *Supra*, n° 584.

(908) Communication de la Commission du 27 avr. 2004, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOCE C 101 du 27 avr. 2004, p. 97.

(909) A. PIROVANO, « Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001) », *D. aff.* 2002.62.

(910) Disposition insérée dans l'article L. 420-4-I, 2° par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008

(911) Règlements n°s 1217/2010 et 1218/2010 de la Commission du 14 déc. 2010 relatifs à l'exemption des d'accords de recherche et de développement et des accords de spécialisation, JOUE L 335 du 18 déc. 2010. Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale, JOUE C 11 du 14 janv. 2011 ; C. et C. VILMART, « Les lignes directrices sur les restrictions horizontales : l'enfer pavé de bonnes intentions », *JCP E* 2011.1134 ; Règlement n° 316/2014 du 21 mars 2014, d'exemption des accords de transfert de technologie, JOUE L-93 du 28 mars 2014, v. P. ARHEL, Nouveau régime de concurrence pour les accords de transfert de technologie, *JCP E*, 2014, act. 290.

(912) Avis du 12 juill. 1988, *Rapport annuel pour 1988*, p. 156.

(913) V. *infra*, n° 1050.

(914) TPICE, 18 sept. 2001, *M 6 et a.*, aff. T-112/99, *Rec.*, p. II-2459.

(915) A.-S. CHONÉ, *Les abus de la domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, 2010, préface B. TEYSSIÉ.

(916) *Rapport annuel pour 2005*, p. 273.

(917) CJCE, 14 févr. 1978, *United Brands*, *Rec.*, p. 207 ; BOULOUIS et CHEVALLIER, *Grands arrêts*, t. 2, n° 22.

(918) CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffmann La Roche*, *Rec.*, p. 461.

(919) Conseil de la concurrence, *Le marché pertinent*, Étude thématique, *Rapport annuel 2001*, p. 89. – Commission européenne, *Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JOCE C 372 du 9 déc. 1997, p. 5.

(920) *Le marché pertinent*, Étude thématique préc., p. 92.

(921) *Le marché pertinent*, Étude thématique préc., p. 105.

(922) Conseil de la concurrence, *Rapport annuel pour 1996*, p. 47.

(923) Décision du Conseil de la concurrence du 20 févr. 1996, *Rapport annuel pour 1996*, p. 217.

(924) Décision du Conseil de la concurrence du 7 oct. 1997, *Rapport annuel pour 1997*, p. 723.

(925) À propos d'une opération de concentration, Avis du 1^{er} déc. 1992, *Rapport annuel pour 1992*, p. 518.

(926) CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffmann La Roche*, préc. Conseil de la concurrence, 10 juin 2002, *BRDA* 13/2002, n° 23.

(927) TPI, 12 déc. 1991, *Rec.* 1991.II, p. 1439.

(928) CJCE, 31 mars 1998, *Kali & Salz*, aff. jointes C-68/94 et C-30/95.

(929) Décision du Conseil de la concurrence, n° 07-D-08 du 12 mars 2007, *Secteur de l'approvisionnement et de la distribution du*

ciment en Corse ; CA Paris 4 juin 2002, *CFDT Radio Télé*.

(930) Conseil de la concurrence, *Rapport annuel 2005*, p. 277.

(931) Com. 4 novembre 2014, n° 11-14 026, *JCP E* 2014, n° 1639, note A.S. CHONE-GRIMALDI.

(932) Par ex., aff. *Akzo Chemie*, CJCE, 3 juill. 1991, *Rec.* 1991, p. 3359.

(933) Autorité de la concurrence, décisions n° 13-D-11 du 14 mai 2013 et n° 13-D-21 du 18 septembre 2013.

(934) Com. 9 mai 2002, *BRDA* 12/2001, n° 18.

(935) CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffmann La Roche*, préc.

(936) CJCE, 2 mars 1994, *Hilti*, *Rec.* 1994, p. 667. TPI, 6 oct. 1994, *Tetra Pak*, *Rec.* 1994.II, p. 755.

(937) Communiqué de presse du 19 déc. 2005. V. aussi le document “*DG competition discussion paper on the application of article 82 of the treaty to exclusionary abuses*”, sur le site de la Commission.

(938) Communication de la Commission du 9 févr. 2009, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, en langue française.

(939) Par la loi NRE du 15 mai 2001 et par la loi du 2 août 2005. La loi NRE avait d'ailleurs fait de l'abus de dépendance une pratique restrictive, condamnée par l'article L. 442-6-2°, b). Mais cette disposition a été abandonnée lors de la réforme du titre IV par l'ordonnance du 13 nov. 2008.

(940) Décision 01-D-49 du 31 août 2001, *BOCCRF* du 30 oct. 2001. V. aussi décisions 05-D-05 du 18 févr. 2005 et 05-D-44 du 21 juill. 2005

(941) Com. 3 mars 2004, *D. aff.* 2004.874, obs. E. CHEVRIER et 2004.1661, note Y. PICOD. Com. 12 févr. 2013, n° 12-13.603, *BRDA* 2013/4, n° 22.

(942) Décision du Conseil de la concurrence du 6 nov. 1990, *Rapport annuel 1990*, p. 124.

(943) Décision du Conseil de la concurrence du 18 juin 1991, *Rapport annuel 1991*, p. 81.

(944) Décision du Conseil de la concurrence du 8 juin 1993, *Rapport annuel 1993*, p. 206.

(945) Décision du Conseil de la concurrence du 18 juin 1996, *Rapport annuel 1996*, p. 394.

(946) Décision du Conseil de la concurrence du 27 nov. 1996, *Rapport annuel 1996*, p. 796 (sol. impl.).

(947) Une offre de prix proposée dans le cadre d'un appel d'offre lancée par une chambre de commerce et d'industrie concerne des transactions entre entreprises et n'est pas visée par les dispositions de l'article 420-5 (décision du Conseil de la concurrence du 12 mars 1997, *Rapport annuel pour 1997*, p. 916). De même, une collectivité territoriale qui lance un appel d'offres ne se comporte pas en tant que consommateur pour satisfaire des besoins personnels (décision du Conseil de la concurrence du 27 mai 1997, *Rapport annuel pour 1997*, p. 919).

(948) Décision du Conseil de la concurrence du 12 mars 1997, préc.

(949) Dans son avis du 2 mai 1996, rendu à propos du projet de loi, le Conseil de la concurrence a effectivement déclaré que le prix abusivement bas s'identifiait au prix prédateur (*Rapport annuel pour 1996*, p. 851).

(950) B. LASSERRE, « La nouvelle autorité de la concurrence », *Concurrences* 1/2009, p. 6. V. aussi le Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence ; en dernier lieu, Rapport pour 2014, La Documentation française.

(951) V. BEAUMEUNIER, « Une Rapporteuse générale pour l'Autorité de la concurrence », *Concurrences* 2/2009, p. 6.

(952) Art. L. 461-4, al. 4, C. com.

(953) Cons. d'Ét. 11 nov. 2012, 2 arrêts, *BRDA* 2012/20, n° 22.

(954) La consultation de l'Autorité de la concurrence n'est pas obligatoire et l'avis qu'elle donne ne lie pas la juridiction qui l'a consultée.

(955) Notamment l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et la Commission de régulation de l'énergie (CRE).

(956) Au sein de la catégorie des autorités administratives indépendantes, l'Autorité de la concurrence prend place à côté, notamment, de l'Autorité des marchés financiers, de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (v. *supra*, n° 55).

(957) Autorité de la concurrence, *Rapport annuel pour 2013*, p. 17 et s. A. MARIE, Le point sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles locales, *BRDA* 2014/11 Commentaire 26.

- (958) Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, *JCP E* 2012, Actu. n° 612.
- (959) Com. 15 mars 2011, n° 09-17.055.
- (960) Sur la suspension de la prescription, Com. 17 juill. 2001, *D. aff.* 2001.2827, obs. E. CHEVRIER.
- (961) Com. 12 juill. 2005.
- (962) C. VILMART, « Le nouveau contrôle judiciaire des enquêtes de concurrence », *JCP E* 2010.1653.
- (963) On a souvent parlé de l'enquête *légère* prévue par l'art. L. 450-3, par opposition à l'enquête *lourde* instituée par l'art. L. 450-4.
- (964) Le contenu de l'article L 450-3 a été enrichi par la loi sur la consommation (loi Hamon) n° 2014-344 du 17 mars 2014, qui a étendu aux enquêtes de concurrence certaines précisions figurant dans l'article 112 du Code de la consommation.
- (965) Dans le cas d'une enquête demandée par la Commission pour une infraction aux art. 101 ou 102 TFUE (*infra*, n° 866).
- (966) Crim. 25 juin 2014, n° 13-81 471, note J. H. ROBERT, *JCP E* 2014, n° 1551, à propos de la présence d'un avocat.
- (967) J. CATALA MARTY et L. NOUVEL, « Conciliation des droits de la défense et des intérêts de l'enquête dans les perquisitions en concurrence », *JCP E* 2012, n° 1442.
- (968) Le juge n'est pas tenu de relever des éléments de preuve de la pratique anticoncurrentielle motivant la perquisition. Il doit seulement apprécier si des indices laissent *présumer* la possibilité de telles pratiques (Crim. 22 janvier 2014, n° 13-81 013). La Cour de cassation a validé la pratique des ordonnances prérédigées par l'administration. En effet, les motifs et le dispositif d'une ordonnance sur requête sont réputés avoir été établis par le juge qui l'a rendue et signée (Crim. 27 févr. 2013, n° 11-88.471).
- (969) Sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2008, l'ordonnance ne pouvait être attaquée que par un pourvoi en cassation. À la suite de l'arrêt *Ravon* de la CEDH du 21 févr. 2008 (rendu à propos des procédures fiscales, mais dont le principe s'applique par analogie aux procédures de concurrence), les rédacteurs de l'ordonnance du 13 nov. 2008 ont modifié la nature de la voie de recours contre l'ordonnance autorisant la visite.
- (970) Com. 21 octobre 2014, n° 13-16 602.
- (971) Crim. 14 décembre 2011, n° 10-85 293, et 14 novembre 2013, n° 12-87 346.
- (972) Crim. 27 nov. 2013, n° 12-85 830. L'occupant des lieux et son avocat ne peuvent pas exiger que les enquêteurs leur soumettent un par un les documents saisis. En revanche, ils peuvent s'opposer pendant les opérations à la saisie de documents ou fichiers déterminés dont ils ont connaissance (même arrêt, BRDA 2013/23, n° 23). Crim. 25 juin 2014, précit.
- (973) M. GINER ASINS et A. SANZ ; Enquêtes simples de concurrence : des enquêtes pas si simples, *JCP E* 2014, n° 1029.
- (974) Com. 14 janv. 1992, *BOCCRF* du 24 janv. 1992, p. 39.
- (975) L'article L. 463-2 C. com. distingue soigneusement entre les *intéressés*, les *parties*, le *commissaire du gouvernement* et les *ministres intéressés*. Les *intéressés* sont les personnes poursuivies, à qui sont notifiés les griefs. Les *parties* sont les intéressés et les entreprises ou organismes ayant saisi le Conseil de la concurrence, à l'exclusion du ministre, qui est représenté par le commissaire du gouvernement.
- (976) Celle-ci est composée du président et des quatre vice-présidents (art. L. 461-3 C. com.).
- (977) Paris, 26 avr. 1994, *Gaz. Pal.* 1994.2.648, note JOBARD ; *Contrats, conc. consom.* 1994, n° 99, obs. VOGEL ; 6 mai 1997, *BOCCRF* n° 12 du 8 juill. 1997, p. 440.
- (978) Paris, 15 juin 1999, *D. aff.* 1999, p. 1319 ; *BOCCRF* n° 14 du 25 août 1999, p. 439.
- (979) Com. 5 oct. 1999 (*D. aff.* 1999, n° 40, p. 44 ; *BOCCRF* n° 2 du 18 févr. 2000, p. 61), cassant Paris, 6 mai 1997, préc.
- (980) L. VOGEL, « Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ? », in *Les sanctions du droit de la concurrence*, *JCP E* 2013, n° 1168 et s.
- (981) La Cour de justice de l'UE a décidé que les autorités nationales de concurrence n'ont pas le pouvoir de prendre une décision déclarant l'absence de violation de l'article 101 TFUE. En revanche, elles peuvent décider de ne pas poursuivre la procédure (CJUE, 3 mai 2011, *Tele2 Polska*, aff. 375/09, Rec.).
- (982) <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>. Jusqu'en 2009, les décisions du Conseil de la concurrence étaient publiées dans l'édition imprimée du *BOCCRF*. Elles étaient également publiées sur le site internet du Conseil.
- (983) Chiffre d'affaires mondial hors taxes, consolidé, le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.
- (984) Décision du Conseil de la concurrence du 29 nov. 1995, *Rapport annuel pour 1995*, p. 563. Sanction maintenue en appel, CA Paris, 6 mai 1997, *BOCCRF* du 8 juill. 1997. s

- (985) Décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-65 du 30 nov. 2005.
- (986) La Cour de cassation a précisé, d'une part, que, dans le cas d'une entente, le dommage à l'économie ne peut être présumé et, d'autre part, que l'importance du dommage à l'économie dépend de la sensibilité de la demande au prix : Com. 7 avr. 2010, n° 09-12.984 (affaire de la téléphonie mobile). La Cour de cassation a d'ailleurs refusé de transmettre au Conseil constitutionnel, pour manque de caractère sérieux, une QPC portant sur la compatibilité de la référence au dommage causé à l'économie avec le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines (Com. QPC, 19 nov. 2013, n° 13-16 602).
- (987) Com. 18 févr. 2014, n° 12-27 643, *D.* 2014.1359, note A. C. MARTIN.
- (988) F. JENNY, « L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique », in *Les sanctions du droit de la concurrence*, *JCP E* 2013, n° 1168 et s.
- (989) V. Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence, Conseil de la concurrence, *Étude thématique, Rapport annuel 2005*, p. 99. DRUMMEN, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit de la concurrence », *JCP E* 2010.1443.
- (990) V. aussi le communiqué de procédure de l'ADLC du 10 févr. 2012. P. ARHEL, « Non-contestation des griefs et programmes de conformité », *JCP E* 2012, act., n° 131.
- (991) En ligne sur le site de l'Autorité de la concurrence. V. S. GRANDVUILLEMIN, « La procédure d'engagements : état des lieux après le communiqué de procédure du 2 mars 2009 », *JCP E* 2009.1542.
- (992) Modifié par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008.
- (993) Décision n° 05-D-25 du 31 mai 2005.
- (994) Décision n° 05-D-16 du 26 avr. 2005.
- (995) Communiqué de procédure de l'ADLC du 10 févr. 2012. P. ARHEL, « Non-contestation des griefs et programmes de conformité », préc. D. ROSKIS et S. JAFFAR, « Programmes de conformité, Réflexions sur la portée du document-cadre de l'Autorité de la concurrence », *JCP E* 2012, n° 1326. F. ZIVY, « Les programmes de conformité aux règles de concurrence : de l'auto-évaluation à l'auto-régulation ? », *JCP E* 2012, n° 1474.
- (996) Modifié par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 nov. 2008.
- (997) En ligne sur le site de l'Autorité de la concurrence. S. GRANDVUILLEMIN, « La procédure d'engagements : état des lieux après le communiqué de procédure du 2 mars 2009 », *JCP E* 2009, n° 1542.
- (998) Les ANC membres du réseau européen de concurrence ont adopté un *programme modèle en matière de clémence* (en ligne sur le site de la Commission européenne).
- (999) L'article L. 464-8 a été modifié par la loi Murcef du 11 déc. 2001 qui a supprimé la référence à l'article L. 464-1 concernant les décisions sur les mesures conservatoires. En ce qui concerne ces dernières, le délai du recours est de 10 jours (art. 464-7).
- (1000) *D.* 1987.117, note LUCHAIRE ; *JCP* 1987.II.20854, note SESTIER.
- (1001) Le sursis à exécution est prononcé par le premier président de la Cour de Paris (L 464-8 *C. com.*) qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il peut notamment tenir compte de l'appartenance de l'entreprise condamnée à un groupe de sociétés pouvant aider au paiement de l'amende (Com. 22 oct. 2013, n° 12-23 486).
- (1002) Art. R. 464-19 *C. com.* modifié par le décret n° 2012-840 du 29 juin 2012. Les rédacteurs du décret ont tenu compte d'un arrêt de la CJUE du 7 déc. 2010, *Véhic*, C-439/08, jugeant qu'une ANC doit avoir la faculté de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure judiciaire dirigée contre une décision dont cette autorité est l'auteur.
- (1003) Art. L. 464-8, al. 5 *C. com.*
- (1004) Com. 8 avril 2014, n° 13-11 765.
- (1005) Cons. État, 10 octobre 2014, n° 367807, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées*, BRDA 2014/22, n° 23.
- (1006) A. MARIE, Le point sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles locales, précit. V. Rapport annuel 2013 de l'Autorité de la concurrence, *Étude thématique, Les marchés locaux*, p. 55.
- (1007) Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (dite loi Hamon), art. 109.
- (1008) J.-B. BLAISE, « La sanction pénale », in *Les sanctions du droit de la concurrence*, *JCP E* 2013, n° 1168 et s.
- (1009) Le délit est une *infraction continue*. La prescription ne commence à courir qu'à partir du jour où l'acte délictueux a pris fin : Crim. 17 juin 2009, n° 08-84.482.

- (1010) Disposition introduite dans le Code de commerce par la loi du 15 mai 2001 et modifiée par l'ordonnance du 4 nov. 2004.
- (1011) J. VOGEL, « Stratégies et moyens de défense face à une action en dommages-intérêts pour atteinte au droit de la concurrence », in *Les sanctions du droit de la concurrence*, JCP E 2013, n° 1168 et s.
- (1012) T. D'ALES et A. CONSTANS, Indépendance de l'action en réparation consécutive à une sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence, TGI Paris, 17 déc. 2013, n° 10-03480, JCP E 2014, n° 1145.
- (1013) Com. 24 oct. 2000, *D. aff.* 2000.429, note A. MARMONTEL. V. aussi Com. 29 janv. 2002, *D. aff.* 2002.1550.
- (1014) Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, document COM/2005/0672 final.
- (1015) Recommandation du JOUE C du 2013. A-S. CHONÉ-GRIMALDI, « Avant-projet de loi "Hamon" : les apports en droit de la concurrence », JCP E 2013, actu. n° 265. D. MAINGUY et M. DEPINCÉ, « Pour l'action de groupe en droit français », JCP E 2013, actu. n° 355.
- (1016) T. D'ALES et A. CONSTANS, Le futur arsenal au bénéfice des victimes de pratiques anticoncurrentielles, ou quand l'office du juge n'est plus de juger mais d'indemniser, JCP E 2015 n° 1164.
- (1017) Le décret d'application n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 a introduit un nouveau chapitre dans la partie réglementaire du Code de la consommation, dans les articles R 423-1 et s. Une circulaire du ministère de la justice du 26 septembre 2014 détaille la procédure de l'action de groupe.
- (1018) Art. L 211-15 *C. org. jud.*
- (1019) Com. 15 juin 2010, à propos du cartel de la lysine, pourvoi n° 09-15.816. Interrogée dans le cadre d'un renvoi en interprétation, la Cour de justice de l'UE a répondu que l'acheteur d'un produit chez un fournisseur non-membre d'une entente, mais qui avait aligné son prix sur celui d'un cartel condamné pour fixation concertée des prix, pouvait obtenir réparation auprès des membres du cartel en raison du dommage que lui causait la surélévation du prix : CJUE, 5 juin 2014, *Kone*, aff. 557/12, v. notes C. MARECHAL, « Ombrelle sur les prix » : quand le principe d'effectivité du droit de l'Union fait de l'ombre à l'autonomie procédurale des États membres, JCP E 2014, n° 1401, et S. CARVAL, *D.* 2014.1525.
- (1020) C. CLARENC et R. CHRISTOL, « Transmission des dossiers de l'Autorité de la concurrence dans les procédures indemnitaires », JCP E 2013, Actu. n° 18. T. D'ALES et A. CONSTANS, L'accès aux preuves des victimes de pratiques anticoncurrentielles, JCP E 2014, n° 1575.
- (1021) Règlement n° 17/62 du 6 févr. 1962.
- (1022) JOCE L 1 du 4 janv. 2003.
- (1023) TPICE, 18 sept. 1992, *Automec II*, *Rec.* 1992, p. II-2223 ; TPICE, 26 janv. 2005, *Laurent Piau*, aff. T-193/02, *Rec.*, p. II-209.
- (1024) Le Code de commerce organise cette coopération, v. art. L. 450-1-I et L. 462-9.
- (1025) Art. 20 du règlement 1/2003. CJCE, 21 sept. 1989, *Hoechst*, *Rec.*, p. 2859. CJCE, 10 nov. 1993, *Otto BV*, *Rec.* 1993, p. I-5683.
- (1026) Art. 27 du règlement 1/2003 ; CJCE, 21 sept. 1989, *Hoechst*, préc.
- (1027) Art. 7 du règlement 1/2003.
- (1028) Art. 23, paragraphe 2, du règlement 1/2003.
- (1029) Par exemple, près de 500 millions d'euros pour abus de position dominante de la société *Microsoft* (décision du 24 mars 2004).
- (1030) CJCE 10 septembre 2009, *Akzo Nobel*, aff. C-97/08.
- (1031) Art. 5 du règlement 1/2003. Avant la réforme de 2008, l'on considérait qu'il existait en France deux autorités administratives spécialisées : le Conseil de la concurrence et la DGCCRF. La loi LME du 4 août 2008 a mis fin à cette organisation bicéphale et désormais la seule autorité administrative spécialisée, au sens du droit communautaire, est l'Autorité de la concurrence.
- (1032) En droit français, l'article L. 470-6 C. com. confirme cette application des règles internes de procédure. C'est ce que l'on appelle « l'autonomie procédurale des États membres ».
- (1033) V. Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JOCE C 101 du 27 avr. 2004, p. 43. E. DAVID, « La coopération entre autorités nationales au sein du Réseau européen de concurrence », *Concurrences* 1/2009, p. 39.
- (1034) Comp. *supra*, n° 866 et s.
- (1035) V. Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, JOCE C 101 du 27 avr. 2004.

- (1036) Sur l'exemption prévue par le droit interne, comp. *supra*, n° 790.
- (1037) L. IDOT, « Le futur “règlement d'application des articles 81 et 82 CE” : chronique d'une révolution avancée », *D. aff.* 2001.1370.
- (1038) Les accords verticaux bénéficient d'une exemption générale, prévue par le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 (*infra*, n° 1074 et s.).
- (1039) Succédant au règlement n° 4064 du Conseil du 21 déc. 1989.
- (1040) S. MARTIN, « Contrôle des concentrations : la fin d'une exception française », *JCP E*, 2009.1117.
- (1041) Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2013, p. 293 et s. ; D. REDON et V. COURSIERE-PLUNTZ, *Révision des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations*, BRDA 1013/17, n° 25.
- (1042) Loi NRE du 15 mai 2001.
- (1043) Montant modifié par l'ordonnance du 25 mars 2004.
- (1044) Sur ce dernier point, *infra*, n° 902 et s.
- (1045) Avant 2008, la règle figurait à l'article R. 430-1 C. com. Cet article a été abrogé par le décret n° 2009-139 du 10 févr. 2009.
- (1046) V. l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 10-A-26 du 7 déc. 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire. Les nouvelles lignes directrices de 2013 (*supra*, n° 887) contiennent des développements relatifs aux réseaux de distribution. La détermination du pouvoir de marché d'un réseau requiert de prendre en compte tous les magasins adhérents dont l'autonomie est faible à l'égard de la tête de réseau. Comme indices de l'absence d'autonomie, l'ADLC retient par exemple le respect de la politique publicitaire de la tête de réseau ou l'interdiction de modifier un point de vente sans l'accord de celle-ci.
- (1047) Avant la loi NRE de 2001, la notification était facultative en droit français interne. Elle est aujourd'hui obligatoire.
- (1048) Art. L. 430-3, al. 1^{er}.
- (1049) Art. R. 430-2, C. com.
- (1050) L'art. R. 430-4, C. com. énumère les éléments du communiqué. Selon l'article L 2323-20 du Code du travail, « lorsqu'une entreprise est partie à une opération de concentration, telle que définie à l'article L. 430-1 du code de commerce, l'employeur réunit le comité d'entreprise au plus tard dans un délai de trois jours à compter de la publication du communiqué relatif à la notification ».
- (1051) La réception des engagements par l'Autorité de la concurrence a pour effet d'augmenter de 15 jours le délai initial de 25 jours (art. L. 430-5, II, al. 2).
- (1052) Art. L. 430-5-IV C. com. en liaison avec l'art. L. 430-7-1, I.
- (1053) Sur la dépendance d'achat, *supra*, n° 812.
- (1054) V. *supra*, n° 802. Dans ses *lignes directrices*, l'ADLC confirme qu'elle recourt au test dit du « monopoleur hypothétique » pour la détermination des marchés. Ce test, appelé aussi test *SNIPP* (*Small but significant non transitory increase in price*) ; consiste à rechercher si les clients des entreprises en cause se tourneraient vers des produits de substitution en cas d'augmentation légère, entre 5 et 10 %, mais durable des prix des produits considérés dans le territoire considéré.
- (1055) Avant la réforme de 2008, l'art. L. 430-6 prévoyait que l'appréciation devait tenir compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ainsi que de la création ou du maintien de l'emploi. Le texte, dans sa nouvelle version, ne comporte plus ces précisions.
- (1056) V. par ex., décision 13-DCC-90, du 31 juillet 2013, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino.
- (1057) V. par ex., décision 13-DCC-137 du 4 novembre 2013, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Transdev Group par la Caisse des dépôts et consignations.
- (1058) Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, *JCP E* 2012, Actu. n° 612.
- (1059) Avant la réforme de 2008, le Conseil de la concurrence pouvait seulement, dans ce cas, demander au ministre de procéder aux injonctions nécessaires. Aujourd'hui, l'Autorité de la concurrence détient le pouvoir nécessaire.
- (1060) *JOCE* L 395 du 30 déc. 1989.
- (1061) *JOCE* L 24 du 29 janv. 2004.
- (1062) Cette exception a été à l'origine introduite par un règlement n° 1310/97 du Conseil, qui modifiait l'ancien règlement n° 4064/89.
- (1063) Décision de la Commission du 30 juill. 1997, *JOCE* L 336 du 8. déc. 1997.

(1064) La Commission a prévu une procédure simplifiée pour les entreprises détenant sur un même marché des parts cumulées de 20 % (concentrations horizontales) ou 30 % (concentrations verticales). V. le règlement n° 1269/2013 de la Commission du 5 décembre 2013 modifiant le règlement n° 802/2004, *JOUE* L 336 du 14 déc. 2013.

(1065) Art. L. 440-1 et art. D. 440-1 à D. 440-13 C. com.

(1066) v. M. MARTIN, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives*, préface L. VOGEL, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012 ; G. DEMME, *Le droit des restrictions verticales*, préface L. VOGEL, Economica, 2011.

(1067) *JOUE* L 48 du 23 févr. 2011.

(1068) A. BERG-MOUSSA, Les apports de la loi Hamon en matière de délais de paiement, *JCP E* 2014, n° 1320.

(1069) Art. D 441-5, C. com.

(1070) Com. 2 nov. 2011, n° 10-14.677, *BRDA* 2011/22, n° 19.

(1071) Art. L 441-6, VI, C. com., modifié par la loi du 18 juin 2014, art. 68, I.

(1072) Sur le régime des amendes administratives prononcées dans le cadre du titre IV du Livre IV du Code de commerce, v. le décret n° 2014-1109 du 30 septembre 2014, pris pour l'application de la loi Hamon relative à la consommation du 17 mars 2014 et la note d'information n° 2014-185 du 22 octobre 2014 de la DGCCRF (en ligne sur le site de la DGCCRF. V. *BRDA* 2014/23 n° 23).

(1073) Paris 18 décembre 2013, n° 12-00150.

(1074) Sur l'interdiction de la revente à perte, v. *infra*, n° 949 et s.

(1075) Com. 6 sept. 2011, n° 10-17.963, *BRDA* 2011/18, n° 18.

(1076) Art. 121, III de la loi du 22 mars 2012. V. A. BERG-MOUSSA, *JCP E* 2012, n° 251. B. LAURIN, « Penser à modifier ses conditions générales pour 2013 », *JCP E* 2012, n° 627.

(1077) Y. CHENET et T. PARIENTE, Déterminisme ou détermination du prix, la fixation du prix pendant un an, la conséquence (peut-être) inattendue de la loi Hamon, *JCP E*, 2015.1236.

(1078) La DGCCRF laisse aux opérateurs le choix entre une rémunération sous forme de réduction de prix sur facture et une facturation distincte par le distributeur. Instructions en ligne sur le site de la DGCCRF, *Les-relations-industrie-commerce*.

(1079) Sur le régime des amendes administratives prononcées dans le cadre du titre IV du Livre IV de code de commerce, v. le décret n° 2014-1109 du 30 septembre 2014, pris pour l'application de la loi Hamon relative à la consommation du 17 mars 2014 et la note d'information n° 2014-185 du 22 octobre 2014 de la DGCCRF (en ligne sur le site de la DGCCRF. V. *BRDA* 2014/23 n° 23).

Paris 18 décembre 2013, n° 12 00150.

(1080) CJCE, 24 nov. 1993, *Keck et Mithouard*, *Rec.* 1993, I, p. 6097 ; *D.* 1994.185, note VOINOT ; *Gaz. Pal.* 1994.2.414, note D'ORMESSON et WACHSMANN ; *Contrats, conc. consom.* 1993, n° 210, obs. VOGEL.

(1081) CJUE, ordon. 7 mars 2013, *Eurocics Belgium*, C-343/12, *JCP E* 2013, n° 1205.

(1082) Crim. 11 mars 1993, *JCP E* 1993, pan. n° 594, en sous-note.

(1083) Crim. 11 mars 1993, *JCP E* 1993, pan. n° 833.

(1084) La fixation du prix minimum d'une prestation de service pourrait se rencontrer, par exemple, dans un contrat de franchise de service.

(1085) CJCE, 10 janv. 1985, *Leclerc*, aff. 229/83, *Rec.* 1985, p. 1.

(1086) Loi n° 2011-590. V. *BRDA* 2011/10, commentaire 29.

(1087) Décret n° 2012-146 du 30 janv. 2012 prévoyant une amende contraventionnelle de 450 euros.

(1088) La Cour de cassation juge que le refus de livrer un produit au prétexte que le prix de revente est insuffisant constitue un moyen indirect d'imposer un caractère minimal au prix de revente : Crim. 31 oct. 2000, *BRDA* 1/2001, n° 25.

(1089) Com. 7 oct. 2014, n° 13-19 476, comm. *BRDA* 2014/22, n° 21.

(1090) Com. 21 janv. 2014, n° 12-29 166, *JCP E*, 2014, n° 1124, note L. ARCELIN-LECUYER, La contagion de la notion d'entreprise en droit économique.

(1091) Exemple d'application, Trib. com. Lille 6 janv. 2010, *minist. éco c. Castorama*, note J.-C. GRALL, *JCP E* 2010, act. 84.

(1092) Décision n° 2010-85 QPC.

(1093) Com. 3 mars 2015, deux arrêts, n° 143-27 525 et n° 14-10 907.

[\(1094\)](#) V. not. Paris 4 juillet 2013, n° 12/07651, *EMC Distribution c. Ministre de l'économie* ; Paris 18 décembre 2013, n° 12/00150, *Ministre de l'économie c. GALEC*, BRDA 2014/1, n° 32. Trib. Com. Paris, 20 mai 2014, n° 2013070793, *Ministre de l'Économie c. GALEC*. Paris 1^{er} octobre 2014, n° 13/16336, *Ministre de l'économie c. Carrefour France*.

[\(1095\)](#) Ou l'élaboration d'un plan de développement des performances du fournisseur. Paris 2 févr. 2012, n° 09/22350, *BRDA* 2012/5, n° 19.

[\(1096\)](#) *Comp.* Paris 4 juillet 2013, n° 12/07651, *BRDA* 2013/19, n° 24.

[\(1097\)](#) La rupture brutale de relations commerciales, dossier, dir. B. SAINTOURENS, *Cah. Dr. entr.*, janv.-févr. 2014, p. 21 et s.

[\(1098\)](#) Com. 9 juillet 2013, n° 12.21 001.

[\(1099\)](#) Com. 20 mai 2014, n° 13-16 398, *JCP E* 2014, n° 1381, note N. MATHEY.

[\(1100\)](#) Com. 25 sept. 2012, n° 11-24 301 ; Paris 10 septembre 2014, n° 12/11809, *JCP E* 2014, n° 1564, note N. MATHEY.

[\(1101\)](#) Com. 2 décembre 2008, n° 08.10 731. Pour évaluer la durée du préavis, les tribunaux tiennent compte notamment de la situation de dépendance du partenaire par rapport à l'auteur de la rupture : Com. 20 mai 2014, précit. V. aussi, Com. 7 octobre 2014, n° 13-20 390, *JCP E* 2015, n° 1071, note N. MATHEY, *Personnalité morale et rupture brutale de relations commerciales*.

[\(1102\)](#) Versailles 6 mars 2003, n° 01-623, *RJDA* 2003/7, n° 685. V. aussi, à propos de suppression d'une exclusivité, Com. 10 février 2015, n° 13-26 414. *JCP E* 2015, n° 1180, note S. LE GAC-PECH, *Dernière touche au régime de la rupture brutale des relations commerciales*.

[\(1103\)](#) S. REGNAULT, *L'indemnisation de la rupture fautive des contrats de distribution*, *JCP E* 2014, n° 1429.

[\(1104\)](#) Com. 7 octobre 2014, n° 13-21 086, *JCP E* 2014, n° 1640, note N. MATHEY, *D.* 2014.2329, note F. BUY.

[\(1105\)](#) Paris 2 juillet 2014, n° 11/13823. Le manquement justifiant une rupture sans préavis doit cependant être d'une certaine gravité : Com. 24 juin 2014, n° 12-27 908, *JCP E* 2014, n° 1520, obs. N. MATHEY.

[\(1106\)](#) En revanche, la revente hors réseau par un non-professionnel n'est pas répréhensible. Com. 3 mai 2012, n° 11-10.508, *BRDA* 2012/10, n° 18.

[\(1107\)](#) Cette question est examinée plus en détail *infra*, n° 1066, à propos des contrats de distribution.

[\(1108\)](#) Avis de la CEPC n° 14-02 du 23 janv. 2014.

[\(1109\)](#) Paris 3 oct. 2013, n° 12/04879.

[\(1110\)](#) Paris 4 juill. 2013, n° 12/07651.

[\(1111\)](#) Com. 24 sept. 2013, n° 12-21 089, 7 oct. 20104, n° 13-21 086, précit., 31 mars 2015, n° 14-10 016.

[\(1112\)](#) Com. 24 sept. 2013, n° 12-21 089. Com. 31 mars 2015, précit.

[\(1113\)](#) Com. 7 oct. 2014, n° 13-21 086.

[\(1114\)](#) Paris, 1^{er} juill. 2014, n° 13/09208, *JCP E* 2014, n° 1494, note N. MATHEY.

[\(1115\)](#) Crim. 19 nov. 1960, *D.* 1960.463, note DURRY, *JCP* 1960.II.11448, note CHAMBON ; *Rev. sc. crim.* 1960.198, note ROBERT. Crim. 11 juill. 1962, *JCP* 1962.II.12799.

[\(1116\)](#) En ce sens, Paris, 9 juin 1998, *D.* 1998.IR.177.

[\(1117\)](#) Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC.

[\(1118\)](#) Com. 18 janv. 2011, n° 10-11.885, *JCP E* 2011.1179, note D. DE LAMMERVILLE et N. AYNÈS.

[\(1119\)](#) Ainsi, l'action fondée sur l'article L 442-6, I, 5° pour rupture brutale d'un contrat de transport n'est pas soumise à la prescription annale prévue en matière de contrat de transport par l'article L 122-6 du Code de commerce, mais à la prescription de droit commun. Com. 1^{er} octobre 2013, n° 12-23 456.

[\(1120\)](#) Com. 25 mars 2014, n° 12-29 534. *JCP E* 2014, n° 1336, note L. WYNAENDTS et L. MARION ; *D* 2014.1250, note F. JAULT-SESEKE.

[\(1121\)](#) Il faut donc les distinguer des intermédiaires, au sens économique, qui s'insèrent dans le circuit de distribution entre le fabricant et le consommateur, et qui sont des commerçants indépendants, qui achètent et revendent pour leur propre compte.

[\(1122\)](#) Soc. 4 févr. 1976, *Bull.* V, n° 75, *D.* 1976.IR.94. Soc. 26 févr. 1986, *Bull.* V, n° 42.

[\(1123\)](#) Soc. 29 juin 1972, *JCP* 1972.IV.213.

[\(1124\)](#) Soc. 29 oct. 1953, *Bull.* IV, n° 668. Soc. 16 oct. 1974, *D.* 1974.IR.232.

[\(1125\)](#) Soc. 6 juill. 1939, *DC.* 1942.33.

- (1126) Soc. 27 janv. 1971, *D.* 1971.341.
- (1127) Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, *JOCE* du 31 déc. 1986. V. le commentaire de M. LELOUP, *JCP* 1987.I.3308.
- (1128) Le représentant d'un prestataire de services, comme un architecte-décorateur, peut avoir la qualité d'agent commercial. Com. 3 avr. 2012, n° 11-16.303, *BRDA* 2012/8, n° 12.
- (1129) Com. 9 décembre 2014, n° 13-22 476.
- (1130) L'agent qui désire mener son activité avec un concurrent de son mandant doit informer celui-ci et obtenir son autorisation : Com. 15 mai 2007, n° 06-12 282 ; Com. 8 octobre 2013, n° 12-24 064.
- (1131) Com. 29 oct. 1979, *D.* 1980.69 ; Com. 28 avr. 1980, *D.* 1981.IR.196 ; Com. 24 oct. 1995, *D. aff.* 1995.197.
- (1132) Com. 24 oct. 1995, *D. aff.* 1995.195.
- (1133) Dans le cas où l'agent est chargé d'un secteur géographique, v. CJCE, 12 déc. 1996, *Kontogeorgas*, *Rec. I.* p. 6643, *D.* 1997438, note LELOUP.
- (1134) Com. 22 oct. 1996, *D.* 1998.511, note ARLIE.
- (1135) La rupture du contrat d'agence relève de l'art. L. 134-11 C. com. et non de la rupture brutale sanctionnée par l'article L. 442-6, I, 5° C. com. Com. 3 avril 2012, n° 11-13.527, *BRDA* 2012/8, n° 20.
- (1136) Com. 22 janv. 1980, *Bull.* IV, n° 38.
- (1137) La « faute grave » excluant l'indemnité compensatrice, est celle qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel : Com. 15 octobre 2002, n° 00-18 122, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 19, note L. LEVENEUR. Le manquement à l'obligation de loyauté, comme le fait de traiter de façon dissimulée avec un concurrent du mandant constitue une faute grave : Com. 15 mai 2007, n° 06-12 282. De même, le fait de se désintéresser de façon manifeste et généralisée de l'exécution du mandat : Com. 9 décembre 2014, n° 13-28 170. En revanche, un simple manquement aux obligations contractuelles, justifiant la rupture du contrat, ne suffit pas à caractériser une faute grave commise par l'agent : Com. 21 juin 2011, n° 10-19.902, *BRDA* 2011/13, n° 14.
- (1138) Ainsi, outre les commissions, doit être prise en compte pour le calcul de l'indemnité la rémunération fixe, versée chaque mois à l'agent : Com. 8 octobre 2013, n° 12-26 544.
- (1139) Dans ce cas, la clause doit respecter les conditions posées par l'art. L. 134-14 C. com. Une clause de non-concurrence est nulle lorsqu'elle entraîne une interdiction générale d'activité. Com. 15 mai 2012, n° 11-18.330, *BRDA* 2012/12, n° 9.
- (1140) V. N. DISSAUX, *Agent commercial et commissionnaire-affilié : une différence de fond(s) ?*, *JCP E* 2011.1246.
- (1141) Ces mesures existaient déjà dans la législation antérieure : v. ancien art. L. 621-122 et L. 621-124 C. com.
- (1142) Décret du 19 août 1994 modifiant le décret du 29 avr. 1964, *D.* 1994. La loi n° 2011-850 du 21 juill. 2011 a repris toute la matière. S. THOMASSET-PIERRE, « La réforme de la profession de courtiers de marchandises assermentés, handicap ou opportunités ? », *JCP E* 2013, n° 1018.
- (1143) À des fins statistiques, la circulaire du 20 mars 1993 a défini les magasins de grande surface. Un hypermarché est défini comme un magasin de commerce de détail non spécialisé à dominante alimentaire d'une surface de vente égale ou supérieure à 2 500 m². Le supermarché a la même activité que l'hypermarché, mais sa surface est comprise entre 400 et 2 500 m² et il réalise plus de 65 % de ses ventes dans le secteur alimentaire. Le grand magasin est un magasin de commerce de détail non spécialisé sans prédominance alimentaire, d'une surface de vente égale ou supérieure à 2 500 m².
- (1144) Les règles relatives à l'équipement commercial figuraient initialement dans les articles L. 720-1 à 720-11 C. com. La nouvelle numérotation est due à l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, qui a réintroduit dans le titre VII les dispositions relatives à la juridiction commerciale (*supra*, n° 270).
- (1145) R. VANDERMEEREN, Nouvelle réforme de l'urbanisme commercial, *BRDA* 2014/13, n° 27.
- (1146) CJCE, 8 déc. 1987, *Gauchard*, et 20 avr. 1988, *JCP* 1988.II.21138, note M.-C. BOUTARD-LABARDE ; *D.* 1988, som. 170, obs. L. CARTOU.
- (1147) CJCE, 17 oct. 1995, *D.* 1995.IR.240, *Contrats, conc. consom.* 1995, comm. 205, note L. VOGEL.
- (1148) *C. just. adm.*, art. R 311-3).
- (1149) Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-17.587, *BRDA* 2012/14, n° 12.
- (1150) Colmar, 15 juill. 1988, *LPA*, 30 sept. 1988, n° 118, p. 8.

- (1151) DELBARRE et LAVABRE, *D.* 1985, chr. 165 ; BERNARD, thèse Paris, 1975.
- (1152) *Supra*, n° 812 et 967.
- (1153) V. F. ALBERT, « Les mécanismes conventionnels de protection des réseaux de distribution alimentaire sont-ils anticoncurrentiels ? », *JCP E* 2010.1941. V. aussi Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-26.
- (1154) Bien que les grands fabricants participent parfois au financement de leurs distributeurs.
- (1155) Sur cette question, v. *supra*, n° 755.
- (1156) Pour l'application des règles de compétence internationale, la Cour de justice de l'UE juge que le contrat de concession de vente exclusive est un contrat de fourniture de services s'il comporte des stipulations particulières concernant la distribution par le concessionnaire. V. CJUE 19 décembre 2013, *Corman Collins*, aff. 9/12, Rec. num. ECLI : EU : C : 2013 : 860.
- (1157) L'étendue du territoire varie évidemment avec chaque contrat : elle peut se limiter au quartier d'une ville ou prendre une dimension régionale ou nationale. Certains contrats sont conclus pour l'Europe entière.
- (1158) Sur le calcul de l'indemnité pour résiliation abusive, v. Paris, 30 janv. 2008, *BRDA* 6/2008, n° 20. Sur la rupture anticipée en raison de la gravité des manquements du concédant, Com. 23 sept. 2008, *BRDA* 19/2008, n° 15.
- (1159) Malgré le respect du préavis prévu par le contrat, le concédant manque à son obligation de bonne foi lorsqu'il entrave sciemment la reconversion de son concessionnaire, par exemple en entravant la négociation du concessionnaire avec un éventuel repreneur de son fonds de commerce : Com. 8 octobre 2013, n° 12-22 952, note D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *JCP E* 2014, n° 1063. En revanche, le concédant n'est pas d'une obligation d'assistance du concessionnaire : Com. 7 avril 2014, n° 02-15 287.
- (1160) Lorsque les parties ont conclu deux contrats distincts, un contrat de franchise et un contrat d'approvisionnement exclusif, les deux contrats ne sont pas indivisibles, sauf volonté contraire des parties : Reims, 6 août 2013, *BRDA* 2013/21, n° 12. Mais un contrat de location-gérance de fonds de commerce et un contrat de franchise ont été déclarés indivisibles, par interprétation de la volonté tacite des parties et ils ont été l'un et l'autre déclarés nuls pour défaut d'information pré-contractuelle. Paris, 2 octobre 2013, n° 10/19115.
- (1161) Com. 19 janv. 2010, note E. FRIEDEL et G. TOULOUSE, *JCP E* 2010.1348.
- (1162) Mais l'art. L. 330-3 C. com. peut être invoqué par un nouveau concessionnaire qui succède au précédent. Com. 21 févr. 2012, n° 11-13 653.
- (1163) *D.* 1972.353, note GHESTIN ; *JCP* 1972.II.16975, note BORÉ.
- (1164) Com. 7 avr. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 154 ; *D.* 1992, som. 396, obs. FERRIER ; *JCP E* 1992.II.333, note SCHÖDERMEIER ; *Contrats, conc. consom.* 1992, n° 177, obs. LEVENEUR. V. l'arrêt cassé, *D.* 1991.165, note MALAURIE.
- (1165) Com. 1^{er} déc. 1981, *Bull.* IV, n° 423.
- (1166) Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, 1^{re} et 3^e espèces, *D. aff.* 1996.13, concl. JÉOL, note AYNÈS ; *JCP* 1996.II.22565, concl. JÉOL, note GHESTIN, *RTD com.* 1997, p. 1 et s.
- (1167) En pratique, il est fréquent dans les contrats d'exclusivité que le fournisseur s'engage à appliquer le prix usuellement pratiqué avec les clients de même nature. Com. 28 juin 2011 et sur renvoi Montpellier 11 déc. 2012, *BRDA* 2013/1, n° 11.
- (1168) Com. 4 novembre 2014, n° 11-14 026.
- (1169) Com. 15 janv. 2002, *D. aff.* 1974, note Ph. STOFFEL-MUNCK.
- (1170) Comp. l'art. 1^{er} § 3 de l'ancien règlement communautaire n° 4087-88 du 30 nov. 1988, concernant l'application de l'article 81, § 3 du traité à des catégories d'accords de franchise.
- (1171) Art. 1^{er} du règlement communautaire préc.
- (1172) La publication du contrat de franchise contenant une licence de marque au registre national des marques de l'INPI n'est pas une condition de validité du contrat. Le défaut de publication n'est pas une cause de nullité de celui-ci : Com. 4 novembre 2014, n° 13-21 933.
- (1173) Arrêt *Pronuptia*, v. *infra*, n° 1072.
- (1174) Paris 12 septembre 2013, n° 11/19074, rendu sur renvoi après cassation par Com. 4 octobre 2011, n° 10-20 956
- (1175) Paris 22 janvier 2014, n° 11/18554.
- (1176) C'est dans ce cas que joue l'obligation spéciale d'information précontractuelle, prévue par la loi Doubin du 31 déc. 1989. Cependant, même en l'absence d'exclusivité d'approvisionnement, le principe de bonne foi exige évidemment du franchiseur qu'il informe le franchisé des caractéristiques de son activité. Le franchisé victime d'un défaut d'information peut demander des dommages et intérêt, même s'il n'a pas agi en nullité du contrat (Com 27 janv. 2009, *BRDA* 6/2009, n° 10).
- (1177) Sur la clause de « non-réaffiliation », Com. 28 sept. 2010, *JCP E* 2010.1943, note N. DISSAUX ; obs. J. RAYNARD, chron. *Technique*

contractuelle, JCP E 2010.2134, n° 12.

(1178) Paris, 7 févr. 1961, *D.* 1961.175, concl. ROBIN, *JCP* 1961.II.12052, note PLAISANT.

(1179) Crim. 11 juill. 1962, *D.* 1962.497, *JCP* 1962.II.12799.

(1180) Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* n° L 102 du 23 04 2010. V. *infra*, n° 1074 et s.

(1181) V. notamment la décision du Conseil et l'arrêt de la cour de Paris dans l'affaire des cuves des stations-services, *supra*, n° 757.

(1182) CJCE, 25 oct. 1977, *Metro*, *Rec.* 1967.1875.

(1183) Décision du Conseil de la concurrence, 9 juin 1987, *Rapport pour l'année 1987*, annexe 24, p. 43 ; *Rec. Lamy*, n° 281, obs. V. SELINSKY. Paris, 28 janv. 1988, *BOCCRF* du 4 févr. 1988 ; *D.* 1989.499, note C. BOLZE. Com. 25 avr. 1989, *BOCCRF* du 10 mai 1989 ; *D.* 1990.64, note LAVILAISSE-JULIET.

(1184) Paris 12 mars 2014, n° 2013/00714.

(1185) Arrêt de principe : Com. 16 févr. 1988, *Bull.* IV, n° 76. V. aussi Com. 27 oct. 1992, *D.* 1992.505 et 15 mars 1994, *D.* 1995, som. 81, obs. FERRIER.

(1186) La solution est la même lorsque, devant la juridiction française, se pose la question de la compatibilité de l'accord avec le droit européen de la concurrence.

(1187) Art. L. 422-2, C. propr. intell.

(1188) Crim. 18 mai 1987, *D.* 1987.558.

(1189) Crim. 24 févr. 1987, *D.* 1987.558, sur la base de la loi sur les marques en vigueur à l'époque.

(1190) Com. 27 oct. 1992, *D.* 1992.505, 2^e espèce.

(1191) Com. 13 déc. 1988 et 10 janv. 1989, *D.* 1989.337, note MALAURIE ; Paris, 1^{er} oct. 1997, *D.* 1998.445, note MALAURIE-VIGNAL.

(1192) Com. 10 févr. 1998, *D.* 1998, som. 331, 3^e espèce.

(1193) Com. 19 oct. 1999, *D. aff.* 2000.341, note L. MAUGER-VIELPEAU ; Com. 25 avr. 2001, *D. aff.* 2001.1946, obs. E. CHEVRIER.

(1194) Com. 27 oct. 1992, 3 arrêts, *D.* 1993.505.

(1195) V. Paris 3 avril 2013, n° 10/24013, BRDA 2013/11, commentaire 22, Validité des obligations imposées à un franchisé dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire.

(1196) Décision 89-D-43 du 5 déc. 1989, *Rec. Lamy* n° 381, note BERTHAULT ; confirmée partiellement par CA Paris 7 juin 1990, *BOCCRF* du 20 juin 1990.

(1197) CJCE, 30 juin 1966, *La Technique Minière*, *Rec.* 1966.337, *D.* 1966.669, *Gaz. Pal.* 1966.2.155.

(1198) CJCE, 13 juill. 1966, *Consten et Grundig*, *Rec.* 1966.429.

(1199) *JOCE* L 173 du 30 juin 1983.

(1200) *JOCE* L 173 du 30 juin 1983.

(1201) *Rec.* 353 ; *RTDE* 1986.298, note BOUTARD-LABARDE.

(1202) Décision 89-D-43 du 5 déc. 1989, *Rec. Lamy* n° 381, note BERTHAULT ; confirmée partiellement par CA Paris, 7 juin 1990, *BOCCRF* du 20 juin 1990.

(1203) *JOCE* L 359 du 28 déc. 1988.

(1204) Précité *supra*, n° 1063. V. aussi CJCE, 3 juill. 1985, *Binon c. Agence et Messagerie de la Presse*, aff. 243/83, *Rec.* 1985, p. 2015 ; TPICE, 27 févr. 1992, *Vichy*, aff. T-19/91, *Rec.* 1992, p. II-415 ; TPICE, 12 déc. 1996, *Leclerc (Saint-Laurent)*, aff. T-19/92, *Rec.* 1996, p. II-1851.

(1205) Par ex., décision *IBM* du 18 avr. 1984, *JOCE* L 118 du 4 mai 1984 ; décision *Grundig II* du 10 juill. 1985, *JOCE* L 233 du 30 août 1985.

(1206) Livre vert de la Commission sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales (COM (96) 721 final) du 22 janv. 1997. Communication de la Commission du 30 sept. 1998 sur le suivi du Livre vert sur les restrictions verticales (COM (98) final) ; Communication du 24 sept. 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité CE à des catégories d'accords et de pratiques concertées et projet de règlement (*JOCE* C 270 du 24 sept. 1999, p. 7).

[\(1207\)](#) *JOCE* L 336 du 29 déc. 1999, p. 21.

[\(1208\)](#) Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avr. 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* n° L 102 du 23 avr. 2010. Un règlement particulier concerne la distribution des véhicules automobiles : règlement n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010, *JOUE* L 129 du 28 mai 2010. Ce règlement a expiré le 1^{er} juin 2013 et depuis cette date, le secteur économique relève du règlement n° 330/2010, précit. V. T. LAMBERT, À propos de la résiliation du contrat de distribution portant sur la vente d'automobiles, *JCP E* 2014, n° 1452.

[\(1209\)](#) Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 mai 2010 (document SEC (2010) 411 final) *JOUE* C 130, du 19 mai 2010, succédant aux lignes directrices du 13 oct. 2000, *JOCE* C 291 du 13 oct. 2000.

[\(1210\)](#) *JOCE* n° C 101 du 27 avr. 2004, p. 81.

[\(1211\)](#) Sur les difficultés suscitées par l'interdiction par le fournisseur de pratiquer la vente sur internet, décisions du Conseil de la concurrence (devenu Autorité de la concurrence) n° 08-D-25 du 29 oct. 2008 et de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-23 du 12 déc. 2012. Interrogée par la cour d'appel de Paris, la Cour de justice de l'UE a jugé que la clause interdisant la distribution sur internet constitue une restriction de concurrence interdite par l'article 101 TFUE, à moins qu'elle ne soit justifiée par un objectif légitime. CJUE, 13 oct. 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, notes C. VILMART, *JCP E* 2011, n° 1833, L. VOGEL, *JCP E* 2012, n° 1182. La cour de Paris, statuant au fond, a condamné la clause et rejeté le recours contre la décision du Conseil de la concurrence du 29 oct. 2008. C. VILMART, « La distribution sélective condamnée à la vente en ligne », *JCP E* 2013, n° 1119. G. AMEDÉE-MANESME, « Il est “interdit d'interdire” la vente en ligne par internet aux membres d'un réseau de distribution sélective », *JCP E* 2013, n° 1133. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Paris en relevant que « le fabricant s'était borné à réclamer le bénéfice de l'exemption individuelle », Com. 24 septembre 2013, n° 12-14 344.

À propos de la distribution automobile et de l'application du règlement d'exemption 1400/2002 de la Commission du 31 juill. 2002, la Cour de justice, interrogée par la Cour de cassation, a jugé qu'il fallait distinguer entre les critères de sélection selon qu'ils sont quantitatifs ou qualitatifs. Selon la Cour, les critères quantitatifs (ce que l'on appelle le *numerus clausus*, qui fixe le nombre et l'emplacement des revendeurs) n'ont pas à être justifiés ni appliqués de façon uniforme pour bénéficier de l'exemption par catégorie. Il suffit que les critères quantitatifs de sélection puissent être vérifiés. CJUE, 14 juin 2012, *Auto 24 c. Jaguar Land Rover*, C-158/11, La Cour de cassation en a tiré les conséquences dans son arrêt du 15 janv. 2013, n° 10-12.734. A.-M. TERCINET, « Distribution sélective quantitative de véhicules automobiles : nul besoin de critères objectifs et non discriminatoires », *JCP E* 2013, n° 1186.