

Droit commercial et des affaires

18^e édition



Droit commercial et des affaires

DANS LA MÊME COLLECTION

Droit privé

- AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Introduction au droit*, 12^e éd., 2008
- CITEAU Jean-Pierre, BAREL Yvan, *Gestion des ressources humaines*, 5^e éd., 2008
- CEURET Alain, GAURIAU Bernard, MINÉ Michel, *Droit du travail*, 2^e éd., 2009
- CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, 7^e éd., 2004
- CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Procédure pénale*, 4^e éd., 2002
- COUCHEZ Gérard, *Procédure civile*, 15^e éd., 2008
- COUCHEZ Gérard, *Voies d'exécution*, 9^e éd., 2007
- COURBE Patrick, *Droit de la famille*, 5^e éd., 2008
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Les obligations*. Tome 1 : *L'acte juridique*, 13^e éd., 2008
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Les obligations*. Tome 2 : *Le fait juridique*, 13^e éd., 2009
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Les obligations*. Tome 3 : *Le rapport d'obligation*, 6^e éd., 2009
- FLOUR Jacques, CHAMPENOIS Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., 2001
- HOUTCIEFF Dimitri, *Droit du commerce et des affaires. Droit commercial. Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, 2^e éd., 2008
- JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, BOURASSIN Manuella, BRÉMOND Vincent, *Droit des sûretés*, 2007
- LARGUIER Jean, CONTE Philippe, *Droit pénal des affaires*, 11^e éd., 2004
- LE CORRE Pierre-Michel, LE CORRE-BROLY Emmanuelle, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd., 2006
- LEGEAIS Dominique, *Droit commercial et des affaires*, 18^e éd., 2009
- MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4^e éd., 2008
- MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la distribution*, 2006
- MATHIEU-IZORCHE Marie-Laure, *Droit civil. Les biens*, 2006
- OBERDORFF Henri, *Les institutions administratives*, 5^e éd., 2006
- VÉRON Michel, *Droit pénal spécial*, 12^e éd., 2008

Droit public

- CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, 26^e éd., 2009
- DUPUIS Georges, GUÉDON Marie-José, CHRÉTIEN Patrice, *Droit administratif*, 11^e éd., 2009
- GODFRIN Philippe, DEGOFFE Michel, *Droit administratif des biens*, 8^e éd., 2006
- ISAAC Guy, BLANQUET Marc, *Droit communautaire général*, 9^e éd., 2006
- LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8^e éd., 2009
- OBERDORFF Henri, *Les institutions administratives*, 5^e éd., 2006
- PACTET Pierre, MÉLIN-SOUCRAMANIAN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 28^e éd., 2009

HORS COLLECTION

- BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Première année : introduction, biens, personnes, famille*, 16^e éd., 2009
- BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Deuxième année : les obligations*, 11^e éd., 2008

Dominique Legeais

Professeur à l'Université Paris-Descartes (Paris V)

Droit commercial et des affaires

18^e édition

2009





Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC – 20, rue des Grands-Augustins – 75006 Paris).

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux – 75685 PARIS CEDEX 14

Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés réservés pour tous pays.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans le présent ouvrage, faite sans l'autorisation de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon. Seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective et, d'autre part, les courtes citations justifiées par le caractère scientifique ou d'information de l'œuvre dans laquelle elles sont incorporées (art. L. 122-4, L. 122-5 et L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle).

ISBN 978-2-247-08467-8

ISBN 978-2-247-08601-6

© Éditions Dalloz, 2001, 2009

Sommaire

Principaux sigles et abréviations	IX
Bibliographie	XI
Introduction	1

**PREMIÈRE PARTIE
LES ACTEURS DE LA VIE COMMERCIALE**

Chapitre 1	Les professionnels commerçants	21
Chapitre 2	Les autres acteurs de la vie commerciale	53

**DEUXIÈME PARTIE
L'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ COMMERCIALE
SOUS FORME INDIVIDUELLE**

Chapitre 1	Le fonds de commerce	65
Chapitre 2	Limitation du risque professionnel	135

**TROISIÈME PARTIE
LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES**

**SOUS-PARTIE I
LE DROIT COMMUN DES SOCIÉTÉS**

Chapitre 1	La notion de société	149
Chapitre 2	La vie des sociétés commerciales	177

**SOUS-PARTIE II
LES RÈGLES PROPRES À CHAQUE FORME SOCIALE**

Titre I. Les sociétés de personnes

Chapitre 1	La société en nom collectif	201
Chapitre 2	La société en commandite simple	207

Titre II. La société à responsabilité limitée

Chapitre 1	La société à responsabilité limitée pluripersonnelle	211
Chapitre 2	L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée	221

Titre III. Les sociétés par actions

Sous-titre I. La société anonyme 227

Chapitre 1 Le droit commun de la société anonyme 231

Chapitre 2 Les sociétés cotées 267

Chapitre 3 Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions 283

Sous-titre II. Les autres sociétés par actions 293

Chapitre 1 La société par actions simplifiée 295

Chapitre 2 La société en commandite par actions 301

Chapitre 3 La société européenne 305

**QUATRIÈME PARTIE
LE DROIT DE LA CONCURRENCE**

Chapitre 1 Le droit français de la concurrence 309

Chapitre 2 Le droit communautaire de la concurrence 353

**CINQUIÈME PARTIE
LES MOYENS DE PAIEMENT ET DE CRÉDIT**

Chapitre 1 La lettre de change 369

Chapitre 2 Le billet à ordre 399

Chapitre 3 Le bordereau « Dailly » 405

Chapitre 4 Le chèque, instrument de paiement 413

Chapitre 5 Les cartes de paiement et de crédit 429

Chapitre 6 Le virement et ses dérivés 435

**SIXIÈME PARTIE
LES CONTRATS CONCLUS PAR LES COMMERÇANTS**

Chapitre 1 Les principes gouvernant les contrats conclus
par les commerçants 441

Chapitre 2 La vente commerciale 447

Chapitre 3 La distribution 457

**SEPTIÈME PARTIE
L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ**

Titre I. La prévention des difficultés de l'entreprise

Chapitre 1 La détection des difficultés 489

Chapitre 2 Les procédures spécifiques 493

Titre II. La continuation de l'entreprise

Chapitre 1	L'ouverture de la procédure de sauvegarde	501
Chapitre 2	L'entreprise au cours de la période d'observation	507
Chapitre 3	Plan de sauvegarde	525

Titre III. Le redressement judiciaire

Titre IV. La liquidation judiciaire

Titre V. Responsabilités et sanctions

Chapitre 1	Sanctions civiles	551
Chapitre 2	Sanctions professionnelles	553
Chapitre 3	Sanctions pénales	555

Index alphabétique	557

Table des matières	567

Principaux sigles et abréviations

ADPIC	Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce
AFNOR	Association française de normalisation
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
Ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
<i>BALO</i>	<i>Bulletin des annonces légales obligatoires</i>
<i>BODACC</i>	<i>Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles</i>
<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly</i> (mensuel d'information des sociétés)
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C. pr. civ.	Code de procédure civile
<i>Cah. dr. entr.</i>	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
CBV	Conseil des bourses de valeur
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CFE	Centre de formalités des entreprises
CGI	Code général des impôts
Chron.	Chronique
Civ.	Cour de cassation, chambres civiles
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CMF	Conseil des marchés financiers
CNUDCI	Commission des Nations unies
COB	Commission des opérations de bourse
CODEFI	Comités départementaux d'examen
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contrats, conc. consom.</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CPI	Code de la propriété intellectuelle des problèmes de financement d'entreprises pour le droit commercial international
<i>D.</i>	<i>Le Dalloz</i> (Recueil <i>Dalloz-Dalloz Affaires</i>)
Décr.	Décret
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
<i>Dr. et patrimoine</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Dr. sociétés</i>	<i>Droit des sociétés</i>
EDI	Échange de données informatisées
EURATOM	Communauté européenne de l'énergie atomique
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GEIE	Groupement européen d'intérêt économique
GIE	Groupement d'intérêt économique
IDI	Institut de développement industriel
INPI	Institut national de la propriété industrielle
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques

<i>J.-Cl.</i>	<i>Juris-Classeur</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur périodique</i>
<i>L.</i>	<i>Loi</i>
<i>LCR</i>	<i>Lettre de change relevé</i>
<i>MATIF</i>	<i>Marché à terme international de France</i>
<i>MONEP</i>	<i>Marché des options négociables de Paris</i>
<i>nouv. C. pr. civ.</i>	<i>Nouveau Code de procédure civile</i>
<i>Obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>OMC</i>	<i>Organisation mondiale du commerce</i>
<i>OPA</i>	<i>Offre publique d'achat</i>
<i>OPE</i>	<i>Offre publique d'échange</i>
<i>PME</i>	<i>Petites et moyennes entreprises</i>
<i>Quot. jur.</i>	<i>Quotidien juridique</i>
<i>RD bancaire</i>	<i>Revue de droit bancaire et de la bourse</i>
<i>RD imm.</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>Rec. CE</i>	<i>Recueil des décisions du Conseil d'État (Lebon)</i>
<i>Rec. CJCE</i>	<i>Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RJC</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>SA</i>	<i>Société anonyme</i>
<i>SARL</i>	<i>Société anonyme à responsabilité limitée</i>
<i>SAS</i>	<i>Société par actions simplifiée</i>
<i>SEL</i>	<i>Société d'exercice libéral</i>
<i>SELARL</i>	<i>Société d'exercice libéral à responsabilité limitée</i>
<i>SICAV</i>	<i>Société d'investissement à capital variable</i>
<i>SICOVAM</i>	<i>Sociétés interprofessionnelles pour la compensation des valeurs mobilières</i>
<i>SNC</i>	<i>Société en nom collectif</i>
<i>TIP</i>	<i>Titre interbancaire de paiement</i>
<i>URSSAF</i>	<i>Union pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales</i>
<i>VRP</i>	<i>Voyageurs, représentants, placiers</i>

Bibliographie

Ouvrages généraux

Traités

RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome 1, vol. 1, 18^e éd., 2001, par L. VOGEL ; Tome 1, vol. 2, *Sociétés commerciales*, 19^e éd., 2009, par M. GERMAIN ET V. MAGNIER, Tome 2, *Effets de commerce, Banque et Bourse, contrats commerciaux, procédures collectives*, 16^e éd., 2000, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN ; Tome 3, *Droit fiscal des affaires*, 3^e éd., par P. SERLOOTEN, LGDJ, 1994.

Manuels

M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité de droit de la distribution*, LGDJ, 1999.
J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, LGDJ, 4^e éd., 2008.
Ph. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 7^e éd., 2007.
M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DE BOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 19^e éd., 2009.
F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Droit commercial*, 6^e éd., avec la collaboration de E. BLARY-CLÉMENT, Montchrestien, 2008.
P. DIDIER et Ph., *Droit commercial*, t. 1 : *Les sources, l'entreprise individuelle*, Economica, 2005.
Chr. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 2008.
J. HUET, *Contrats civils et commerciaux, Traité de droit civil*, LGDJ, 2^e éd., 2001.
M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Dalloz, 6^e éd., 2003.
P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2005.
P. MALAURIE, L. AYNÈS et P.Y. GAUTIER, *Contrats civils et commerciaux*, Défrenois, 2007.
Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 12^e éd., 2008.
J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, LGDJ, 28^e éd., 2009.
F. PEROCHON et R. JUAN, *Instruments de paiement et de crédit, procédures collectives*, LGDJ, 6^e éd., 2008.
Ph. PETEL, *Procédures collectives*, Dalloz, 6^e éd., 2009.
E. PUTMAN, *Effets de commerce*, PUF, 1996.
Y. REINHARD et J.P. CHAZAL, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, 8^e éd., 2008.
C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2008.
J. VALLANSAN et A. VIANDIER, *Actes de commerce, commerçants et activité commerciale*, collection Droit fondamental, PUF, 1992.
D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 2008.

Recueils de jurisprudence

Grands arrêts du droit des affaires, sous la direction de J. MESTRE, E. PUTMAN et D. VIDAL, Dalloz, 1995.

Codes de commerce annotés

Code Dalloz annoté par Y. Chaput.

Code Litec annoté par M.-J. Campana.

Principales revues

De nombreuses revues sont spécialisées en droit des affaires.

Certaines sont généralistes : *Dalloz Affaires* ; *La Semaine juridique*, édition entreprise ; la *Revue trimestrielle de droit commercial* ; *Droit et patrimoine* ; la *Revue générale de droit des affaires* ; la *Revue de jurisprudence commerciale*.

D'autres revues sont spécialisées.

En droit des sociétés :

- la *Revue des sociétés*,
- le *Bulletin Joly*,
- la *Revue du droit bancaire et financier*,
- *Banque et droit*.

En droit des procédures collectives :

- la *Revue des procédures collectives*,
- *Actualité des procédures collectives*.

Encyclopédie

Les Juris-Classeurs.

Encyclopédie juridique Dalloz.

Lamy.

Dictionnaires permanents.

Mémentos Francis Lefebvre.

Introduction

1. Évolution du droit commercial. Le droit commercial peut apparaître aujourd'hui comme la survivance d'un passé encore récent¹. La vie des affaires était alors aux mains des commerçants. Depuis le Moyen Âge, ces professionnels étaient soumis à des règles propres et relevaient d'une juridiction spécifique, le tribunal de commerce.

Aujourd'hui, les commerçants perdent progressivement leur identité. Ils se fondent dans une communauté composée de différents *professionnels*. Les règles juridiques applicables aux seuls commerçants tendent aussi à se réduire. Dans le même temps, un corps de règles essentielles pour le commerce, le droit de la concurrence s'applique à l'ensemble des entreprises. La disparition du droit commercial dans sa présentation classique est donc programmée². Il est par exemple révélateur que l'expression même de droit commercial soit de moins en moins utilisée, remplacée par des appellations plus générales telles celle de droit des affaires ou de droit de l'entreprise. Il apparaît clairement aujourd'hui que *le droit des commerçants est progressivement devenu le droit des professionnels*.

Pourtant, l'appellation de droit commercial doit être maintenue. D'une part, il existe toujours un droit spécifique pour les commerçants et il en sera toujours ainsi dès lors qu'une juridiction spéciale aura à connaître de leurs litiges. D'autre part, l'expression de droit commercial peut très bien désigner le droit applicable à la vie des affaires alors même que cette dernière intéresse un ensemble de professionnels.

Il convient, dans un premier temps, de préciser quelles sont les exigences de la vie des affaires qui ont toujours justifié la spécificité du droit commercial (Section 1). Le droit commercial s'étant profondément transformé, il convient dans un second temps de le définir et d'en préciser le domaine (Section 2). Le particularisme de ce droit apparaît principalement à l'examen de ses sources (Section 3) et de ses facteurs d'évolution (Section 4).

Section 1

Exigences de la vie des affaires

2. Nécessité du droit commercial. Si les commerçants se sont forgés un droit sur mesure, c'est parce que le droit civil classique ne répondait pas à leurs besoins. Le droit commercial a été créé pour satisfaire plusieurs exigences. Les opérations commerciales

1. M. Cabrillac, « Vers la disparition du droit commercial », *Écrits en hommage à Jean Foyer*, p. 329.

2. D. Bureau et N. Molfessis : « Le bicentenaire d'un fantôme », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, p. 61.

doivent pouvoir être réalisées dans la rapidité et la sécurité. L'activité commerciale nécessite du crédit. Enfin, pour l'exercice du commerce et de l'industrie il faut des structures juridiques adaptées.

Ces impératifs ont justifié la création du Code de commerce. Aujourd'hui, il apparaît que les inconvénients d'un droit commercial spécifique sont plus nombreux que les avantages. L'évolution du droit français et du droit européen semble commander la suppression du droit commercial tel qu'il a été conçu jusqu'alors. L'opposition majeure oppose aujourd'hui les professionnels, les entreprises et les consommateurs ou les particuliers. L'existence d'un Code civil, d'un Code de commerce, d'un Code des marchés financiers et d'un Code de la consommation est une spécificité bien française qui nuit grandement à sa lisibilité et à son attractivité internationale¹.

3. L'exigence de rapidité. Si un droit commercial s'est développé en marge du droit civil (ce qui ne va pas de soi, beaucoup de pays ignorant la distinction), c'est d'abord dans le but de faciliter la conclusion et l'exécution des opérations commerciales. Le droit civil est apparu trop formaliste. Pour cette raison, *la preuve* est plus facile à établir en matière commerciale. De même, *la négociation des contrats, leur exécution, la transmission des créances commerciales* ont toujours été soumis à des règles dérogatoires. *Les procédures commerciales* se veulent, elles aussi, plus rapides.

Cependant, la rapidité des transactions ne doit pas se faire au détriment de l'exigence de sécurité.

4. L'exigence de sécurité. L'exigence de sécurité est tout aussi fondamentale. Les transactions ne peuvent se développer que si elles ne risquent pas d'être facilement contestées. Les *paiements* une fois effectués ne doivent pas pouvoir être remis en cause.

Pour satisfaire cet impératif, le droit commercial a développé des théories originales, telle celle de *l'apparence*, qui va protéger celui qui, de bonne foi, s'est fié à la qualité annoncée d'une personne ou à l'apparence d'un document. Tout le *droit cambiaire* s'est ainsi construit à partir de cette exigence. Il est tenu compte de la seule signature apposée sur le titre.

Les nombreuses *règles de publicité* imposées pour l'exercice de l'activité commerciale et pour de nombreuses opérations contribuent aussi à cette sécurité juridique².

5. L'exigence de crédit. Tout entrepreneur a besoin de crédit, que celui-ci lui soit consenti par son banquier ou par son fournisseur. Il n'est donc pas surprenant de constater que beaucoup d'institutions propres à la vie des affaires ont pour objet de favoriser l'octroi du crédit, la garantie du prêteur ou son remboursement en cas de défaillance de l'emprunteur. Il faut citer l'escompte des effets de commerce, les cessions de créances professionnelles, les différents nantissements, les procédures collectives.

1. J. Béguin, « L'affirmation de l'autonomie du droit commercial », *Le discours et le Code*, Litec, 2004, p. 73 ; L. Leveneur, « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, p. 81 ; F. Drummond, « Code de commerce et Code monétaire et financier, ou l'enchevêtrement des codes », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, p. 95.

2. *Publicités légales et information dans les affaires*, CREDA, Litec, 1992.

Section 2

Définition du droit commercial

6. Conception étroite ou élargie du droit commercial. Le droit commercial est le fruit d'une longue tradition¹. Un corps de règles a été élaboré pour répondre aux exigences d'une catégorie de professionnels, les commerçants. La conception que l'on peut considérer comme classique du droit commercial a eu son apothéose au milieu du vingtième siècle (§ 1). Depuis, le droit commercial classique se transforme en profondeur. Cependant, il n'est pas aisé de déterminer quel sera le droit commercial du vingt et unième siècle. Plusieurs conceptions renouvelées du droit commercial sont en effet proposées (§ 2).

§ 1. CONCEPTION CLASSIQUE DU DROIT COMMERCIAL

7. Contenu. Le droit commercial classique était le *droit des commerçants, des actes de commerce et de certaines institutions spécifiques comme le fonds de commerce*. Ce droit trouvait en partie sa source dans le Code de commerce qui ne prend pas parti entre deux conceptions du droit commercial. La lecture de l'article L. 121-1 du code (C. com., anc. art. 1) laisse à penser qu'il s'agit du droit des commerçants et qu'il privilégie donc une *conception subjective* de la matière. Mais le commerçant est celui qui accomplit les actes de commerce définis par l'article L. 110-1. Cette dernière disposition traduit une *conception objective* de la matière. La doctrine s'est toujours divisée sur le choix de l'une de ces théories. En réalité, le droit commercial classique est à la fois le droit des commerçants et le droit des actes de commerce. Ce droit est aussi celui de deux institutions majeures. Le droit commercial est le droit *du fonds de commerce*, notion englobant les biens nécessaires à l'activité commerciale et le fruit de leur réunion, à savoir la clientèle. Le droit commercial est aussi le *droit des tribunaux de commerce* et des procédures pour lesquelles ils ont reçu une compétence exclusive (principalement les procédures collectives).

Les frontières de ce domaine bien défini devaient éclater sous l'influence des mutations profondes de l'économie. Le droit commercial classique était conçu pour des petits commerces exercés sous forme individuelle. Il se justifiait aussi par les différences profondes qui existaient entre les commerçants, les agriculteurs, les artisans, les industriels, les membres de profession libérale. Aujourd'hui, les particularismes professionnels diminuent. Les modes d'exercice d'activité se rapprochent sensiblement. Le droit commercial doit tenir compte de ces mutations profondes.

§ 2. CONCEPTION RENOUVELÉE DU DROIT COMMERCIAL

8. Le constat. Depuis plusieurs années, le commerçant ne peut plus être considéré comme l'acteur majeur de la vie des affaires. Il est révélateur de constater que les grands textes français et communautaires intéressant la vie des affaires ne se réfèrent plus à cette notion. Certains visent les entreprises², d'autres les professionnels³.

1. R. Szymkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien.

2. Les lois sur les procédures collectives du 25 janvier 1985 et du 28 juillet 2005, les lois relatives à la concurrence.

3. La loi « Dailly » relative à la cession et au nantissement de créances professionnelles, la loi Madelin du 11 février 1994, le Code de la consommation.

Il apparaît aussi que le droit commercial s'est construit à partir de quelques théories ou constructions : celle des actes de commerce, du fonds de commerce. Aujourd'hui la théorie de la commercialité est devenue obsolète. La théorie du fonds de commerce n'est plus spécifique aux commerçants. Le droit applicable aux seuls commerçants se résume à la compétence du tribunal de commerce et à quelques règles dérogatoires relatives aux obligations commerciales.

Pour rendre compte de cette évolution et reconstruire le droit commercial sur de nouvelles bases, plusieurs propositions sont développées. Le droit commercial peut se transformer en droit des affaires. Il peut devenir le droit des entreprises, celui des marchés ou celui des professionnels.

9. Du droit commercial au droit des affaires. L'appellation de « droit des affaires » a aujourd'hui souvent remplacé celle de droit commercial. L'expression se veut plus moderne. Mais au-delà d'un phénomène de mode, il faut y voir le souci de la doctrine de mieux rendre compte des réalités économiques en ayant *une vision plus globale de la vie juridique*¹. Le changement de terminologie fait bien apparaître que toute question a sa réponse dans des principes trouvant leur source dans des disciplines multiples. Une transmission d'entreprise obéit par exemple à des règles patrimoniales, comptables, fiscales, sociales, sociétaires. Il faut aussi tenir compte du droit de la concurrence français et communautaire.

L'appellation de droit des affaires permet également de rendre compte *d'une matière éclatée*. En effet, en marge du droit commercial se sont développées des *disciplines nouvelles* qui ont une autonomie plus ou moins grande. On peut citer le droit de la concurrence, le droit de la distribution, le droit des entreprises en difficulté, le droit communautaire des affaires, le droit bancaire, le droit financier, le droit de la propriété industrielle. *Le droit commercial peut alors apparaître comme un sous-ensemble du droit des affaires, se résumant aux seules règles applicables aux commerçants.*

Cependant, l'appellation de droit des affaires n'est pas *totalement satisfaisante*. Elle est en effet *trop générale* puisqu'elle désigne pratiquement tout le droit privé à l'exception du droit de la famille. L'expression ne peut donc être utilisée pour désigner des opérations ou des règles ayant vocation à s'appliquer à une catégorie de personnes donnée.

10. Du droit commercial au droit des activités économiques de l'entreprise². L'entreprise est le principal acteur de la vie économique. Le terme est aujourd'hui utilisé largement. Le commerçant individuel a une entreprise. Il en va de même de l'agriculteur, de l'artisan, du professionnel exerçant à titre libéral.

Le droit ne pouvait donc ignorer l'entreprise. Le droit commercial encore moins, compte tenu des rapports étroits qui ont toujours uni cette discipline et l'économie. La reconnaissance de l'entreprise par le droit a d'abord été le fait du droit social et du droit comptable. Puis le droit des sociétés³, le droit de la concurrence, le droit des procédures

1. Cl. Champaud, *Le droit des affaires*, « Que sais-je ? », 1981 ; CREDA, *Quel droit des affaires pour demain ?*, Litec, 1994 ; J. Paillusseau, « Le big bang des affaires à la fin du XX^e siècle ou les nouveaux fondements du droit des affaires », *JCP*, éd. E, 1988. I. 3330 ; B. Mercadal, « Le droit des affaires, pourquoi ? » *JCP*, éd. E, 1985. I. 14401 ; P. Didier, *Le droit commercial*, « Connaissance du droit », Dalloz, 2001.

2. J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle », *D.* 2003. 260 et s.

3. Cl. Champaud, *Le pouvoir de concentration des sociétés par actions*, Sirey, 1962 ; J. Paillusseau, *La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967.

collectives ont été considérés comme composant le droit de l'entreprise. Le droit commercial pourrait ainsi devenir le droit de l'entreprise¹.

Séduisante², l'idée se heurte à quelques obstacles importants.

En premier lieu, l'entreprise demeure un *concept économique* et il est délicat de la définir. Cet obstacle peut cependant être levé si l'on adopte une conception large englobant toutes les activités industrielles, commerciales et libérales, exercées à titre individuel ou en société.

En second lieu, l'entreprise n'a pas la personnalité morale. Juridiquement, elle ne peut donc être considérée comme un acteur de la vie juridique. Notre droit oppose toujours les personnes physiques et les personnes morales. Pour que le droit commercial devienne le droit de l'entreprise, il faudrait donc que la notion de personne morale disparaisse³. Pour un juriste, le terme d'entreprise n'est donc pas un concept parfaitement opératoire⁴.

11. Du droit commercial au droit des marchés⁵. Le droit commercial a toujours été un droit des marchés. Il s'est formé sur les foires, lieu d'échanges par excellence. Le juriste contemporain redécouvre pourtant le marché en lui donnant un sens différent.

Il n'est plus possible de définir le marché comme un lieu physique de rencontres. Les professionnels s'échangent leur consentement à partir de leurs ordinateurs. Il y a marché dès lors que *les échanges* sont régulés *par une autorité*⁶. En ce sens, il y a un droit des marchés financiers. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation constituent également un droit du marché⁷. Le marché peut être régional, national, communautaire, mondial. Il existe aussi des distinctions fondées sur la nature des produits concernés. La notion de marché apparaît ainsi aujourd'hui comme une notion clef des branches dynamiques du droit des affaires. Le droit n'envisage alors plus des relations individuelles mais collectives. Le droit du marché se préoccupe en effet d'abord de l'intérêt collectif. Des règles doivent être énoncées pour protéger des catégories d'intervenants, pour assurer le libre accès au marché, sa transparence, sa liquidité, sa sécurité. Comme il a été écrit « le droit du marché peut ainsi être un droit unificateur qui permettrait de surmonter les oppositions classiques entre le droit civil et le droit commercial, le droit de la consommation et le droit des obligations »⁸.

L'idée est séduisante mais elle est peut-être encore prématurée pour pouvoir éclairer l'ensemble des règles composant le droit commercial. En réalité, elle permet de définir quel peut être le nouveau critère objectif de définition du droit commercial. Ce ne serait plus le droit des actes de commerce mais celui des opérations réalisées sur un marché. Mais le droit commercial ne peut se passer d'un critère subjectif⁹. Il faut toujours déterminer quels sont les acteurs de la vie des affaires.

1. M. Cabrillac, « Vers la disparition du droit commercial », *Écrits en hommage à J. Foyer*, p. 329 ; « Les apports du droit de l'entreprise », *Cah. dr. entr.* 2/1997.

2. V. la présentation du droit commercial à partir de cette idée par P. Didier, *Droit commercial* - 1, PUF, 1999.

3. Ce qui n'est pas inconcevable. La crise de la personne morale est évoquée par un courant doctrinal important. Il y a une part d'artifice dans la reconnaissance de la personnalité à certains groupements.

4. La qualification d'entreprise est également artificielle dès lors qu'une seule personne est concernée.

5. Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, PUF, 2002.

6. La régulation consiste à instaurer et à maintenir les grands équilibres de secteurs qui ne peuvent pas par leur seule force les créer ou les maintenir. Il existe ainsi un droit de la régulation qui se développe avec ses normes, ses méthodes ses autorités. Les marchés bancaires et financiers, les télécommunications sont des secteurs concernés.

7. V. « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, n° 1.

8. Y. Guyon, Synthèse du colloque « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998. 130.

9. M. Cabrillac, in *Mélanges Foyer*, p. 338.

12. Du droit commercial au droit des professionnels. Pendant très longtemps, l'opposition entre le commerçant et les autres acteurs de la vie économique a été fondamentale. Elle pouvait justifier le clivage entre le droit civil et le droit commercial.

Aujourd'hui, le *clivage fondamental oppose le professionnel et le consommateur*¹. Seule cette opposition permet de rendre compte de l'évolution du droit des contrats et de l'existence d'un Code de la consommation.

Le professionnel peut être un commerçant, mais le terme désigne également l'artisan, l'agriculteur, le professionnel exerçant une profession libérale. Le professionnel peut exercer son activité à titre individuel. Il est le plus souvent désigné aujourd'hui sous le nom d'entrepreneur individuel. Il peut aussi choisir une structure sociétaire. L'entrepreneur est donc un professionnel. Celui-ci peut être une personne physique ou une personne morale (une personne morale est peut-être même toujours un professionnel).

Le terme de professionnel est donc intéressant car il peut désigner toute personne juridique quel que soit le mode d'exercice de son activité.

Le droit commercial est donc constitué des règles applicables à l'activité commerciale², qu'elle soit exercée par des commerçants ou d'autres professionnels. Au sein de ce droit, demeure aujourd'hui un droit spécial réservé à une catégorie de professionnels : les commerçants.

Section 3

Sources du droit commercial

13. Formation du droit commercial. Le droit commercial est avant tout un droit né de la pratique des affaires. Il est apparu pour la première fois au Moyen âge dans certaines villes d'Italie (Gênes, Pise, Florence, Venise) qui avaient obtenu leur indépendance et qui étaient dirigées par des commerçants, marchands ou banquiers. Les « consuls »³ étaient alors l'équivalent de conseillers municipaux souverains et de juges. Ils appliquaient des *usages* professionnels qui, tout en s'inspirant du droit romain et du droit canonique, étaient plus simples et moins formalistes que le premier et moins hostiles au profit que le second. Ainsi, apparurent les règles du droit commercial relatives au transport maritime, aux sociétés, aux lettres de change, à la faillite.

Ce droit gagna toute l'Europe, soit par les ports pour le droit maritime, soit par les foires pour le droit commercial terrestre. Il devint la « coutume marchande » internationale à une époque où le droit civil était diversifié en une multitude de coutumes.

L'avènement d'états modernes mit fin à cette uniformité. Le pouvoir royal s'intéressa au commerce source de richesses. Pour assurer sa sécurité, il créa des tribunaux de commerce permanents, composés de juges commerçants élus. Le premier fut celui du Châtelet de Paris créé par un édit de 1563 attribué au chancelier Michel de l'Hospital.

1. Ph. le Tourneau, Rapport de synthèse du colloque « Droit de la concurrence et droit privé », *Cah. dr. entr.* 3, 2000, p. 45 ; L. Leveneur, « Code civil, Code de commerce et Code de la consommation », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 81. ; J Calais-Auloy, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 81.

2. F. X. Vincensini, *La commercialité (recherche sur l'identification d'une activité)*, PUF, Aix, 1998. Pour cet auteur le droit commercial n'est ni le droit des actes de commerce et ni celui de certains acteurs. C'est le droit de l'activité commerciale.

3. De là vient le nom de juridiction consulaire encore donné de nos jours aux tribunaux de commerce.

Sous Louis XIV, Colbert décida de codifier le droit commercial. Une ordonnance de 1673, appelée Code Savary, du nom de l'un de ses rédacteurs, fut consacrée au commerce de terre, et une autre, de 1681, au commerce de mer.

Les principales professions commerciales étaient organisées en *corporations* dont les règlements fixaient les conditions d'accès, les devoirs professionnels et la discipline.

Sous la Révolution, en 1791, les corporations furent supprimées et le *principe de la liberté du commerce et de l'industrie* proclamé. Chacun fut libre d'exercer la profession de son choix. Mais le droit commercial et les tribunaux de commerce ne subirent pas de modifications sensibles bien que la Constituante ait ordonné la préparation d'un Code de commerce. C'est Napoléon qui devait le faire réaliser en 1807.

14. Diversité des sources. De son origine, le droit commercial conserve un particularisme qui apparaît pleinement à l'examen de ses sources. Certes, la loi demeure la source essentielle, mais à ses côtés, les usages et la pratique jouent un rôle prépondérant. Aujourd'hui, le droit des sources est principalement influencé par l'*internationalisation de la vie des affaires, son européanisation et sa mondialisation*¹. Les échanges se multiplient au sein de la Communauté européenne. Il faut aussi tenir compte des tentatives pour unifier le droit applicable dans tous les pays. Il convient donc de distinguer les *sources françaises* (§ 1), *communautaires* (§ 2) et *internationales* (§ 3) du droit commercial.

§ 1. LE DROIT NATIONAL

15. Les sources internes du droit commercial ne cessent de se diversifier. La loi (A) et la jurisprudence (B) jouent un rôle essentiel. Cependant, il faut tenir compte des avis et recommandations émanant de diverses autorités et commissions (C). Les usages (D), la pratique (E) et la doctrine (F) contribuent aussi à l'adaptation de ce droit aux exigences de la vie des affaires.

A. La loi

16. La Constitution. La Constitution, dans ses articles 34 et 37, énonce les domaines respectifs de la *loi* et du *décret*. Ce critère de répartition est essentiel en matière commerciale. L'article 34 ne confère en effet à la loi qu'un domaine exclusif limité. Sont de la compétence de la loi, les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Le *principe de la liberté du commerce et de l'industrie* en fait partie. Beaucoup de décrets sont donc essentiels. On peut citer le décret du 30 septembre 1953 régissant les baux commerciaux, avant qu'il ne soit codifié.

Le Conseil constitutionnel a déduit de la Constitution des principes ayant valeur constitutionnelle. Tel est le cas du *principe de la liberté d'entreprendre*.

17. Le Code de commerce de 1807. Le Code de commerce était composé de 648 articles. Assez mal rédigé, il a mal vieilli². Il n'existe plus beaucoup d'articles d'origine.

1. V. les travaux de l'association « Droit et commerce », « Quel droit des affaires du XX^e siècle », *RJC* nov. 2001.

2. *Le livre du bicentenaire*, sous la direction de l'Université de Paris II, Dalloz, 2007.

Dès 1807, le Code de commerce n'était plus la source unique du droit commercial. Les contrats commerciaux ont ainsi été soumis aux règles énoncées dans le Code civil relatives à la théorie générale des contrats.

Par la suite, des lois ont été votées pour tenir compte de la révolution industrielle et commerciale du XIX^e siècle, entraînant un phénomène de décodification¹. Une loi a ainsi été votée en 1867 pour régir les sociétés commerciales. De nombreux textes ont précisé le régime du fonds de commerce (L. 17 mars 1909), les droits et obligations des commerçants et parmi ceux-ci le *droit à la propriété commerciale* (Décr. 30 sept. 1953).

L'époque contemporaine a vu se multiplier des lois techniques.

Beaucoup d'autres textes essentiels sont directement inspirés de la politique économique du gouvernement en place. Les règles du droit commercial peuvent en effet orienter l'économie. Elles *constituent donc un instrument privilégié d'une politique économique*. Plusieurs époques doivent alors être distinguées.

Tout d'abord, plusieurs textes ont eu une *origine libérale*. Avant la guerre, le législateur a ainsi offert aux commerçants les moyens de trouver du crédit, de protéger leurs marques ou leurs inventions, de faciliter les règlements de la vie des affaires.

L'après-guerre est une période de reconstruction de l'économie et de *dirigisme*. Des lois *nationalisent* des entreprises importantes. Une ordonnance de 1945 *encadre les prix*. Une politique de *planification* est entreprise. Les lois et décrets qui interviennent jusque dans les années soixante traduisent la volonté de protéger les commerçants mais aussi les épargnants.

À partir des années soixante-dix, les *lois sont d'inspiration néo-libérales* avec des variantes liées aux changements de la politique économique menée par les gouvernements qui se succèdent. Une politique de nationalisation est ainsi suivie d'une politique de *privatisation* qui se poursuit aujourd'hui. Les grandes entreprises et les banques sont ainsi en voie d'être *privatisées* totalement ou partiellement.

Le législateur a aujourd'hui des préoccupations souvent contradictoires.

D'une part, il souhaite faciliter la création des entreprises et favoriser les échanges. De nouvelles structures sont offertes pour l'exercice de l'activité commerciale, l'ordonnance de 1986 instaure la liberté des prix, la loi du 1^{er} juillet 1996 abolit le refus de vente entre professionnels, les lois relatives aux procédures collectives se veulent plus douces et favorisent la prévention plus que la sanction des difficultés des entreprises.

D'autre part, il veut favoriser des catégories professionnelles particulières ayant besoin d'une protection renforcée tels les épargnants, les petits commerçants, les artisans, les entrepreneurs individuels ou les consommateurs.

17 bis. Les nouvelles codifications. Le gouvernement a entrepris une vaste opération de recodification. L'objectif est de réunir et d'ordonner les textes disparates pour redonner cohérence à la matière. Le droit des affaires est directement concerné, mais il se trouve éclaté en trois Codes : le Code de la propriété intellectuelle pour ce qui concerne les droits de propriété industrielle, le Code de commerce et le Code monétaire et financier.

C'est une ordonnance en date du 18 septembre 2000 qui a donné naissance au Code de commerce. Il regroupe sous une nouvelle numérotation les grands textes du droit des affaires. Il est divisé en neuf livres : Livre premier, Du commerce en général ; Livre deuxième, des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique ; Livre

1. B. Oppetit, « La décodification du droit commercial français », *Études Rodière*, Dalloz, 1982, p. 197.

troisième, de certaines formes de vente et des clauses d'exclusivité ; Livre quatrième, De la liberté des prix et de la concurrence ; Livre cinquième, Des effets de commerce et des garanties ; Livre sixième, Des difficultés des entreprises ; Livre septième, De l'organisation du commerce ; Livre neuvième, Dispositions relatives à l'outre-mer.

Le Code est complété par une partie réglementaire rénovée par un décret en date du 25 mars 2007¹.

Le Code monétaire et financier est quant à lui annexé à l'ordonnance du 14 décembre 2000. Il est divisé en Livres. Le Livre I consacré à la monnaie, le Livre II consacré aux produits, le Livre III consacré aux services, le Livre IV aux marchés, le Livre V consacré aux prestations de services, le Livre VI consacré aux institutions bancaires et financières, le Livre VII au régime de l'outre-mer.

Ces deux codifications ont fait l'objet de nombreuses critiques².

Tout d'abord, la codification se voulait à droit constant, c'est-à-dire sans aucune modification des dispositions existantes. Or, dans tous les textes, de nombreuses modifications voulues ou non ont été relevées, ce qui est un grave facteur d'insécurité juridique.

Ensuite, il apparaît que la clarification obtenue est toute relative. D'une part, la répartition entre les différents codes est souvent artificielle (la lettre de change est dans le Code de commerce alors que le chèque est dans le Code monétaire et financier, le droit des sociétés est réparti entre le Code de commerce et le Code des marchés financiers). D'autre part, la consultation des codes est totalement insuffisante pour connaître le droit applicable. Par exemple le régime des contrats commerciaux est pour une large part issue du Code civil. Il faut aussi tenir compte du Code de la consommation, du Code de l'artisanat, des principes du droit communautaire.

Enfin, la doctrine regrette qu'une véritable recodification n'ait pas été entreprise³. En effet, pour tous les grands corps de règles composant le droit des affaires, il serait nécessaire que des principes directeurs soient affirmés. Ils font souvent cruellement défaut.

Depuis la codification, le droit commercial est régulièrement profondément refondu. Parmi les réformes récentes il faut citer la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, la loi du 18 décembre 2008 réformant le droit des procédures collectives.

B. La jurisprudence

18. Fonction créatrice. Les décisions judiciaires jouent le même rôle en droit commercial qu'en droit civil : elles interprètent la loi, la complètent et parviennent même à la faire évoluer au gré des besoins⁴. La jurisprudence a ainsi fixé le régime de l'action en *concurrency déloyale*. Le juge joue aujourd'hui un grand rôle, s'efforçant de faire exécuter les contrats de bonne foi. La jurisprudence consacre également certains *principes généraux*.

1. C. Arrighi de Casanova et J. T. Schulz, « Élaboration de la partie réglementaire du Code de commerce », *D.* 2007. chron. 1221.

2. Ph. Reigne et T. Delorme, « Une codification à droit trop constant », *JCP*, éd. E, 2001. 1 ; T. Lebars, « Nouvelles observations sur la codification à droit constant », *JCP*, éd. E, 2000. 2021 ; A. Lienhard, « La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 (ou les surprises de la codification à droit constant) », *D.* 2000, n° 34, *Cah. dr. aff.*, p. III ; G. B., « Le Code de commerce nouveau est arrivé ! "arrêtez de recoder !" », *Bull. Joly* 2000. 885 ; D. Bureau et N. Molfessis, « Le nouveau Code de commerce ? Une mystification », *D.* 2001. chron. 361.

3. F. Terré et A. Outin-Adam, « Si l'on voulait un Code de commerce », *D.* 2007. chron. 1377.

4. P. Bézard, « Le nouveau visage du juge économique et financier », in *Études à la mémoire de A. Sayag*, p. 147 ; D. Schmidt, « À propos de la jurisprudence source du droit des affaires », *D.* 2004. 2130.

Il faut citer le principe de loyauté contractuelle, le principe « *fraus omnia corrumpit* »¹ et le principe de transparence. Elle sanctionne également l'abus de droit².

Gardien des droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel peut être conduit à rendre des décisions intéressant le droit des affaires³.

C. Les avis et recommandations

19. Portée controversée. On assiste aujourd'hui à un véritable éclatement des sources du droit commercial. C'est l'une des conséquences majeures de l'autonomie progressivement acquise par chaque branche du droit commercial. Des autorités, des organismes, des commissions sont ainsi créés pour donner leurs avis ou pour énoncer des recommandations applicables à un secteur donné. On peut citer la Commission des clauses abusives, de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers. Ces organismes énoncent plus des « *doctrines* » que de véritables règles de droit. Cependant, l'autorité de ces organismes est considérable et les professionnels concernés suivent généralement les avis et recommandations émis⁴.

D. Les usages

20. Portée des usages. En droit commercial, la *coutume* n'est pas présentée comme une source du droit. Ce sont les usages auxquels les parties se réfèrent. En réalité, une terminologie controversée rend difficilement compte de la diversité et du rôle joué par les pratiques professionnelles.

Le terme de coutume est le plus souvent écarté car il désignerait la loi des ancêtres. Or beaucoup des pratiques consacrées par le droit commercial ont une origine plus récente. L'origine des usages doit être trouvée dans la renaissance des activités marchandes intervenue à partir du XI^e siècle. La coutume serait également une véritable source du droit alors que la portée conférée à certains usages est controversée.

En réalité, la coutume et les usages sont deux sources du droit commercial⁵. La coutume a simplement un domaine et une portée plus étendue que l'usage. Elle est souvent désignée sous le nom d'*usage de droit*. Cet usage a un caractère impératif. Sauf exceptions, il ne peut toutefois s'opposer à une loi impérative. Les plus importants de ces usages ont été consacrés par la jurisprudence : la règle de l'interdiction de l'*anatocisme* (règle selon laquelle les intérêts échus des capitaux ne peuvent à leur tour produire des intérêts qu'à la condition qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière) reçoit ainsi une exception en matière de compte courant. Les règles applicables à la solidarité

1. Com. 21 janv. 1997, *Rev. sociétés* 1997. 349, note D. Bureau.

2. Pour un exemple d'application de la théorie de l'abus de droit, CA Grenoble, 30 juin 1988, *JCP* 1988. II. 15741, note B. Oppetit ; A. Couret, « L'ingénierie patrimoniale abusive », *Droit et patrimoine* mai 1996, p. 46.

3. L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges L. Hamon*, p. 235 ; pour une illustration de ce rôle s'agissant de l'évaluation des actions de sociétés, Cons. const. 25, 26 juin et 18 sept. 1986, *Rev. sociétés* 1986. 606, note Y. Guyon.

4. Parfois, il est même permis de se demander si les autorités ne dépassent pas leurs prérogatives.

5. M. Pédamon, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.* 1959. 335.

commerciale¹, à la mise en demeure sans acte extrajudiciaire sont d'autres illustrations d'usages de droit consacrés par la jurisprudence. Dans le commerce international, il existe une « *lex mercatoria* » constituée d'usages internationaux qui peuvent s'appliquer alors même qu'ils contredisent des lois nationales².

Il existe une seconde catégorie d'usages constituée par les *usages de fait*. Ces derniers ont une valeur moindre puisqu'ils ne s'appliquent qu'à défaut de volonté contraire exprimée par les parties. Ils ont aussi un domaine d'application plus limité (le plus souvent ils vont concerner une place commerciale, une catégorie limitée de professionnels, des courtiers par exemple). Les professionnels qui contractent sur leur place d'origine sont censés connaître ces usages. Les juridictions peuvent donc leur appliquer la règle qui s'en déduit. Mais l'usage ne pourra être opposé à un non professionnel ou à un professionnel d'une autre place que si ce dernier l'a expressément accepté³. *Il incombe à la partie qui s'en prévaut de prouver l'usage*. Mais celui-ci ne peut prévaloir contre des dispositions impératives⁴.

Des organismes professionnels sont chargés de regrouper les usages. La chambre de commerce internationale délivre ainsi des *parères* attestant leur existence.

E. La pratique

21. Pratiques professionnelles. À la différence des usages, les pratiques professionnelles sont plus récentes⁵. Il existe ainsi des *clauses types*, des *conditions générales de vente* qui s'appliquent à un ensemble de contrats donné. Des codifications privées peuvent aussi regrouper ces règles. Il s'agit alors d'une véritable *normalisation privée*.

Dans le commerce international, il existe des « *règles et usances* » qui constituent un véritable corps de règles supplétives (précisant les règles applicables en matière de crédit documentaire par exemple).

Les codes de conduite ou codes d'éthique ou *codes de déontologie* répondent à une autre ambition⁶, celle de réintroduire plus d'*éthique* dans la vie des affaires, de déduire les conséquences des principes de *transparence* et de *loyauté*. Les documents peuvent être élaborés par une profession donnée. Il existe ainsi un Code de déontologie de l'assurance-vie, de la franchise, une charte professionnelle de la sous-traitance, un Code d'éthique relatif à la publicité hors des lieux de vente.

1. Req. 20 oct. 1920, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 1987 ; A. Kassiss, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984.

2. « Le droit des relations économiques internationales », in *Études Goldman*, Paris, 1982.

3. Com. 8 oct. 1991, *Contrats, conc. consom.* 1992, n° 1, p. 4, obs. L. Leveneur. Ainsi une banque ne peut opposer un usage en matière de compte joint à un particulier qui n'en a pas connaissance : v. Com. 4 mai 1999, *Dalloz Affaires* 2000. 191 ; pour un exemple d'usage dans les filières plastiques Com. 9 janv. 2001, *JCP*, éd. E, 2001. 396.

4. V. pour un usage en cours pour le courtage du vin à Bordeaux : Com. 13 mai 2003, *JCP*, éd. E, 2004. 384, n° 4, obs. C. Masquefa-Neau-Leduc.

5. J.-M. Leloup, *La création des contrats par la pratique commerciale*, Journées Savatier, PUF, Poitiers, 1987, p. 167 ; J. Paillusseau, « Les contrats d'affaires », *JCP*, éd. E, 1987. I. 3275 ; M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges Marty*, p. 235 ; « Les pratiques juridiques source du droit des affaires », *Rencontres Petites Affiches*, sous la direction de N. Molfessis, *Petites Affiches* 27 nov. 2003.

6. B. Oppetit, « Éthique et vie des affaires », in *Mélanges Colomer*, p. 320 ; P. Diener, « Éthique et droit des affaires », *D.* 1993. chron. 17 ; G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Études Goldman, Litec*, 1982, p. 4 ; La morale et le droit des affaires, Montchrestien, 1996 ; B. Delga, « De l'éthique d'entreprise et de son cynisme », *D.* 2004. chron. 3126.

Les codes peuvent aussi être établis par des autorités indépendantes telle l'autorité des marchés financiers¹.

Beaucoup d'entreprises élaborent leur propre Code de déontologie.

La portée de ces règles est controversée. La règle morale vient compléter la règle de droit, sans pour autant être une source autonome de droit.

F. La doctrine

22. Rôle. La doctrine a toujours joué un rôle important en droit commercial². Le Code de commerce étant incomplet, c'est la doctrine qui a énoncé les principes dominant la discipline, qui a élaboré les théories importantes et qui a favorisé l'émergence de matières nouvelles tels que le droit bancaire, le droit de la concurrence, le droit de la distribution. Ripert, Thaller, Hamel, Jauffret, Lagarde, Roubier, Houin, Rodière, Roblot, Sayag, Jeantin, Guyon, ont ainsi construit le droit commercial, affirmé son originalité.

Même lorsque les textes sont abondants, comme en droit des sociétés, la doctrine propose des Modèles d'évolution pour que le droit réponde aux exigences de la pratique (v. *infra*, n° 257).

Le rôle de la doctrine est également considérable dans la recherche de principes ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble de systèmes juridiques. Il s'agit des principes d'Unidroit et de ceux énoncés par la Commission Lando³.

§ 2. LE DROIT COMMUNAUTAIRE

23. Portée du droit communautaire. Le droit communautaire trouve sa source dans les trois traités ayant donné naissance à trois communautés européennes. La Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) et la Communauté économique européenne (Traité de Rome du 25 mars 1957). Le Traité de Maastricht en date du 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, a créé l'*Union européenne* et modifié le traité CE.

À côté de ces textes fondamentaux, il existe un *droit dérivé* constitué des directives et règlements émanant des différentes autorités communautaires. Le Tribunal de première instance des communautés et la Cour de justice des communautés européennes précisent la portée de ce droit communautaire.

La force du droit communautaire résulte de l'application de deux principes fondamentaux. Le *principe de l'application immédiate* ou directe et celui de la *primauté du droit communautaire*.

1. J. Stoufflet, « L'œuvre de la chambre de commerce international dans le domaine bancaire », in *Études Goldman*, p. 361.

2. Chr. Atias, « Hypothèses sur la doctrine en droit commercial », in *Études Roblot*, p. 29 ; Chr. Gavalda, « La doctrine éclatée » in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, p. 41.

3. D. Mazeaud, « À propos du droit virtuel des contrats. Réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mélanges M. Cabrillac*, p. 205 ; B. Fauvarque-Cosson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC* 1998. 463 ; D. Tallon, « Vers un droit européen des contrats », in *Mélanges A. Colomer* 1992, p. 485 ; Cl. Witz, « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », *D.* 2000. chron. 79.

Le droit communautaire repose sur des principes essentiels : celui de la *libre concurrence*, de la *liberté d'entreprendre*, et de la *liberté de la circulation* (des marchandises, des personnes, des services et des capitaux). L'ensemble constitue le droit européen ou communautaire des affaires. Il inspire notre droit de la concurrence et de la distribution.

Beaucoup de directives favorisent l'unification du droit dans les pays de la CEE.

§ 3. LE DROIT INTERNATIONAL

24. Les conventions relatives au commerce. Le commerce est mondial. Très tôt, les commerçants ont donc recherché des mécanismes permettant de limiter les contraintes résultant de droits nationaux. Aujourd'hui, plusieurs voies sont utilisées pour faciliter le commerce juridique¹.

Des conventions internationales ont pour but d'*uniformiser les législations de chaque pays*. Le contenu de la convention est alors intégré dans la législation de chaque pays. Cette technique a été retenue pour les moyens de paiement (Conventions de Genève des 7 juin 1930 et 19 mars 1931) pour la responsabilité du fait des produits, pour les droits de propriété industrielle.

Des conventions énoncent un *régime propre aux seuls contrats internationaux*. Il en existe pour le transport international, pour la vente internationale².

Des conventions facilitent la *désignation du droit applicable* ou de la *juridiction compétente* en énonçant des règles de conflit³.

Des organismes œuvrent de leur côté à la recherche de solutions communes. Il faut citer la *Chambre de Commerce Internationale*. Celle-ci a par exemple élaboré les règles et usances du crédit documentaire, les règles uniformes applicables aux garanties à première demande. Elle a aussi établi la liste des *Incoterms* permettant ainsi l'usage d'un vocabulaire unique. Il faut aussi souligner la contribution essentielle d'*Unidroit* (Institut pour l'unification du droit privé) qui est une organisation internationale intergouvernementale⁴. Cet organisme a pour mission de préparer des projets de loi ou de conventions visant à établir un droit uniforme et à faciliter les rapports internationaux en matière de droit privé⁵. Il a recensé les principes essentiels gouvernant les contrats internationaux⁶. La *CNUDCI* (Commission des Nations unies pour le droit commercial international) joue également un rôle important⁷. Elle a pour mission de préparer de nouvelles conventions internationales, des lois types et des lois uniformes nouvelles, d'encourager l'adoption de tels instruments ainsi que la codification et une acceptation plus générale des termes, règles, usages et pratiques du commerce international.

1. H. Synvet, « L'internationalisation du droit des affaires », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, p. 727.

2. Convention de Vienne de 1980.

3. Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation du 14 mars 1978, Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

4. B. Fauvarque-Cosson, « Les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : nouvelles perspectives, nouveaux enjeux », in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, p. 737.

5. Unidroit a ainsi élaboré deux conventions sur le crédit-bail international et l'affacturage international entrées en vigueur le 1^{er} mai 1995.

6. J.-P. Béraudo, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP* 1995. I. 3842.

7. « La commission des Nations unies pour le droit commercial international : à propos de 35 ans d'activité », colloque Toulouse, 25 oct. 2002, *Petites Affiches* 18 déc. 2003.

Il convient enfin de mettre en avant l'importance du « *General Agreement on Tariffs and Trade* » (GATT), c'est-à-dire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce qui a pour but de réduire ou de supprimer les droits de douane et les contingents dans le domaine des échanges de marchandises, et d'assurer le caractère non discriminatoire des restrictions qui subsistent. Une révision de cet accord a été réalisée grâce à la Convention de Marrakech du 15 avril 1994. Cette convention a créé *L'organisation Mondiale de Commerce* (OMC) qui est dotée de la personnalité juridique. Cet organisme est amené à jouer un rôle croissant puisque les principes qu'il énonce ont vocation à s'appliquer à tous les pays. Cette organisation dispose d'un organe de règlement des différends qui est un véritable tribunal qui peut infliger des sanctions aux états. L'OMC est devenu le juge de l'équilibre des rapports de force mondiaux.

25. Portée de la Convention européenne des droits de l'homme. Même si elle n'est pas propre au droit des affaires, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) y joue un rôle croissant. Signée le 4 novembre 1950 par les états membres du Conseil de l'Europe, elle constitue un véritable modèle pour la protection internationale des droits de l'homme. Elle a été ratifiée par la France le 3 mai 1974. Le 3 octobre 1981 a été reconnu en France le droit de recours individuel devant les instances de Strasbourg. L'exercice de ce recours suppose l'épuisement des voies de recours nationales. *La Convention prime sur le droit national et elle est applicable directement par le juge interne.* La jurisprudence de la Cour européenne a quant à elle autorité relative de la chose jugée. Les magistrats français ne sont pas tenus de s'y conformer.

Beaucoup des principes énoncés par la CEDH sont déjà énoncés dans des textes français ayant valeur constitutionnelle. Cependant, même dans ce cas, il peut être utile pour un justiciable de se référer à la CEDH car la Cour européenne des droits de l'homme confère une large portée à ses dispositions, principalement les articles 6 et 7¹. Le premier de ces deux textes reconnaît à toute personne le *droit à un procès équitable*, énonce le droit au respect de la présomption d'innocence et reconnaît les droits de la défense en matière pénale. Le second pose le principe de la légalité des infractions et des peines.

La CEDH est en passe de devenir une véritable source du droit des affaires². D'une part, elle proclame des prérogatives dites substantielles qui, telles l'inviolabilité du domicile, jugée applicable aux locaux commerciaux, ou la liberté d'expression, étendue au discours publicitaire, intéressent les entreprises. D'autre part, elle énumère des *garanties procédurales* dont tout opérateur économique peut se prévaloir. Ainsi, des procédures mises en place devant les autorités indépendantes telles la COB ou le Conseil de la concurrence ont-elles été déclarées non conforme à la CEDH³.

1. Pour deux illustrations en matière de baux commerciaux : Civ. 3^e, 12 juin 2003 ; Ass. plén. 23 janv. 2004, *RTD com.* 2004. 72, obs. J. Monégier.

2. J.-Fr. Flauss, « La CEDH, une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires », *RJDA* 1995. 524 ; E. Garaud, *Bien utiliser les articles 6 et 7 de la CEDH devant les tribunaux*, « Thème Express », Francis Lefebvre.

3. Com. 1^{er} déc. 1998, *JCP*, éd. E, 1999. 372, note E. Garaud ; Ass. plén. 5 févr. 1999, *JCP*, éd. E, 1999. 957, note E. Garaud et, 1999. II. 10060, note H. Matsopoulou ; *Rev. sociétés* 1999. 620, note H. Le Nabasque (le rapporteur désigné par la COB pour les besoins de l'instruction ne pouvait participer au collège délibérant), CA Paris, 7 mars 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 800, obs. A. Viandier (la CEDH critique les modalités concrètes des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement de la COB) ; v. A. Couret « La sauvegarde des droits de la défense devant la COB », *RJDA* 3/99, p. 203. Le Conseil d'État ne partage pas cette analyse : CE 3 déc. 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 510, note F. Sudre.

Section 4

Facteurs d'évolution du droit commercial

26. Le droit commercial et des affaires est en évolution constante. Il existe des facteurs de renouvellement récents et importants, qu'ils soient d'ordre technique, économiques ou moraux

§ 1. FACTEURS D'ÉVOLUTION D'ORDRE TECHNIQUE

27. Disparition de l'écrit. Le droit commercial a dû s'adapter au passage du papier à l'électronique. Ce passage a profondément modifié le rôle de la preuve, les exigences relatives à l'écrit. Le droit des moyens de paiement et des valeurs mobilières a aussi été profondément transformé.

S'agissant des premiers, le droit a imaginé des techniques permettant d'éviter l'émission de documents papiers devant être transmis manuellement. Les instruments traditionnels tels le chèque ou la lettre de change ont dû être adaptés. De nouveaux moyens de paiement, tels le virement ou la carte bancaire se sont développés.

Les valeurs mobilières qui se présentaient comme des documents dans lesquels le droit s'incorporait dans le titre ont été quant à elles dématérialisées. Le droit du titulaire prend la forme d'une inscription sur un compte ;

28. Internet. Internet et le développement du commerce électronique sont des nouveaux facteurs de renouvellement importants.

Le développement du commerce électronique rend nécessaire quelques adaptations de notre droit. C'est ainsi qu'il est à l'origine de la réforme du droit français de la *preuve*. Le régime des *noms de domaine* a dû être précisé. Il s'agit d'un mode de ralliement de la clientèle qui à ce titre fait partie du fonds de commerce. La protection de son titulaire doit être organisée car il ne s'agit ni d'une marque ni d'un nom commercial. De nombreuses règles du droit des contrats, telles celles relatives à l'information du contractant, à la protection de son consentement, à la détermination de la loi applicable, aux modalités du paiement ont été transposées par la loi sur l'économie numérique en date du 21 juin 2004.

Le commerce électronique est également de nature à justifier la création de concepts et de contrats nouveaux. Il va exister un *fonds de commerce électronique* et une *monnaie électronique*. Des contrats nouveaux sont imaginés pour régler les rapports entre les acteurs de la nouvelle économie, par exemple les contrats avec les fournisseurs d'accès, avec ceux qui réalisent les sites Internet.

§ 2. FACTEURS D'ÉVOLUTION D'ORDRE ÉCONOMIQUE

29. Phénomène de concentration économique. Il est impossible pour le droit commercial d'ignorer l'importance prise par des sociétés et des groupes d'importance mondiale. Ces sociétés ont pour leur majorité perdu leur caractère familial. Leur importance fait courir des risques pour la concurrence, pour les actionnaires, pour les consommateurs, pour les salariés. C'est pour atténuer ces menaces que se développe le droit de la concurrence, le droit des sociétés et le droit des marchés financiers.

L'activité commerciale n'est plus comme elle a pu l'être par le passé le fait de commerçants isolés. L'activité commerciale s'exerce dans des galeries commerciales. Le phénomène de la grande distribution n'a cessé de s'amplifier. Il a fallu adapter ces pratiques le droit des baux commerciaux. Un droit des réseaux de distribution est apparu.

30. *Prise en compte de la taille des entreprises.* De plus en plus, le droit commercial tend à s'adapter à la taille des entreprises. Il existe un droit pour les micro-entreprises, pour les petites structures. Inversement, il existe un droit applicable aux seules structures importantes : c'est le droit des marchés financiers. Le droit de la concurrence tend également à adapter ces règles à l'importance des entreprises.

31. *Internationalisation de la vie des affaires.* L'internationalisation de la vie des affaires même si elle n'est pas nouvelle ne fait que se renforcer. Avec elle, se développe la nécessité d'adopter les règles uniques ou harmonisées entre différents pays. Au sein de la CE le processus est bien avancé. Il est aisé de le constater en droit de la propriété industrielle, en droit des moyens de paiement en droit de la concurrence, en droit des sociétés. Les règlements de Bruxelles sur la compétence et de Rome sur la loi applicable doivent aussi être cités. Au-delà de la CE, l'entreprise d'harmonisation est plus compliquée à réaliser même si des conventions internationales sont importantes.

32. *Effets de la crise économique.* La crise économique a été un facteur de développement de nouvelles règles. Le droit des procédures collectives a dû être adapté pour renforcer les chances de survie des entreprises. Le droit des marchés financiers a dû être modifié pour que soit renforcée la régulation. Des limitations des avantages salariaux des chefs d'entreprises sont envisagées.

§ 3. FACTEURS D'ÉVOLUTION MORAUX

33. *Prise en compte de l'éthique des affaires.* Le droit commercial a toujours entretenu des liens compliqués avec la morale. Les techniques du droit commercial visent à la recherche du profit et sa distribution. Mais cela peut-il se faire à n'importe quelles conditions ? Jusqu'à une époque récente les contraintes pesant sur les acteurs du commerce demeuraient minimes. La règle du secret des affaires l'emportait. Progressivement, une exigence d'éthique dans les affaires s'est imposée ce qui a favorisé l'apparition de codes de déontologie. Le devoir de loyauté a aussi été mis à la charge des dirigeants et des entreprises.

La crise économique a cependant montré qu'une étape supplémentaire devait être franchie. Il existe une *exigence de moralisation* supplémentaire de la vie des affaires. Déjà plusieurs évolutions sont la conséquence de la crise. Une législation plus contraignante du droit des sociétés cotées s'élabore afin d'éviter que les dirigeants ne puissent se faire accorder des avantages excessifs.

L'*exigence de transparence* peut aussi se rattacher à cette plus grande exigence d'éthique. Traditionnellement, le droit commercial reposait sur un principe de *secret des affaires*¹. Il s'en déduisait de nombreuses conséquences. Le secret bancaire recevait peu de limites. Les entreprises n'avaient pas à se communiquer leurs conditions de vente.

1. Chr. Gavalda, « Le secret des affaires », in *Mélanges R. Savatier*, p. 29 ; S. F. Maurice, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », *D.* 2002. chron. 3131.

La règle du secret des affaires a cependant montré ses limites. Tout d'abord, le secret peut favoriser la fraude. Le secret bancaire a ainsi favorisé la fraude fiscale, le blanchiment de l'argent sale. Ensuite, le secret constitue une entrave au jeu de la libre concurrence. Enfin, le secret se révèle être un instrument de domination au profit des grandes entreprises, des centrales d'achat par exemple.

Pour ces raisons, ce sont les mérites de la transparence, *instrument de moralité et d'équilibre des relations contractuelles*, qui sont soulignés¹. Cette idée se révèle très féconde. Elle justifie par exemple que des pouvoirs d'investigations de plus en plus importants soient reconnus aux agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, aux enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers². C'est également au nom du principe nouveau de transparence que les producteurs sont tenus de communiquer leurs barèmes de prix et leurs conditions de vente³ (v. *infra*, n° 526). Il convient enfin de rattacher à l'impératif de transparence toutes les règles relatives à la publicité des opérations commerciales⁴.

34. Plan. Même si la qualification de commerçant demeure importante ne serait qu'en raison de la compétence des tribunaux de commerce, force est de constater une certaine uniformisation des règles applicables aux différents acteurs de la vie des affaires. Il convient donc de présenter dans un premier temps les différents statuts offerts par le droit commercial entre lesquels il est permis de choisir (Première partie).

Jusqu'à une époque récente, le droit a favorisé l'exercice sous forme sociétaire (Troisième partie). Mais, aujourd'hui le mouvement semble s'inverser et le législateur encourage désormais l'exercice sous forme individuelle (Deuxième partie).

Tous les acteurs de la vie des affaires c'est-à-dire l'ensemble des professionnels, commerçants ou non, individus ou personnes morales, sont aujourd'hui soumis à des règles communes. Ils doivent tenir compte des règles du droit de la concurrence (Quatrième partie). Ils disposent pour l'essentiel des mêmes moyens de paiement et de crédit (Cinquième partie).

Les contrats purement commerciaux étant en nombre limité, il apparaît aujourd'hui que la plupart des règles gouvernant les contrats s'appliquent à l'ensemble des professionnels (Sixième partie).

La tendance à l'unification des règles applicables à l'ensemble des acteurs de la vie économique apparaît enfin à l'examen des principes gouvernant la prévention et le règlement des difficultés des entreprises (Septième partie).

1. « La transparence », *RJC*, numéro spécial, nov. 1993 ; E. Garaud, *La transparence en matière commerciale*, thèse, Limoges, 1995.

2. Le secret des affaires ne constitue un obstacle aux mesures d'instruction *in futurum*. La procédure peut être mise en œuvre pour connaître les prix pratiqués par des concurrents, Civ. 2^e, 7 janv. 1999, *Dalloz Affaires* 1999. 294.

3. M. Malaurie-Vignal, « Transparence tarifaire et liberté contractuelle », *JCP*, éd. E, 1996. I. 537.

4. *Publicités légales et informations dans les affaires*, CREDA, Litec, 1992.

Première partie

Les acteurs de la vie commerciale

35. Diversité des acteurs. Les acteurs de la vie des affaires peuvent être des *personnes physiques* ou des *personnes morales*¹. On peut aussi dire qu'il s'agit d'entreprises individuelles² ou sociétaires, mais l'entreprise n'ayant pas la personnalité morale, n'est pas un acteur au sens juridique du mot³. Pour autant, notre droit prend de plus en plus en plus en considération l'entreprise en elle-même. Des règles de plus en plus nombreuses concernent la création de l'entreprise ou sa transmission. Au-delà du commerçant lui-même, c'est le chef d'entreprise ou son conjoint qui est le plus souvent concerné. Cependant, il est toujours essentiel d'opposer l'exercice d'une activité commerciale sous forme individuelle à son exercice avec création de personnalité morale.

Les acteurs de la vie commerciale ne sont plus seulement des commerçants. D'autres professionnels exercent aujourd'hui leur activité dans des conditions similaires. Il est même permis de penser et d'espérer que dans quelques années tous les professionnels de la vie des affaires seront soumis à un corps de règles identiques. Il existera alors un régime propre applicable à l'entrepreneur ayant choisi d'exercer son activité sans constituer une société.

Les lois votées en 2005, qu'il s'agisse de celle en faveur des petites et moyennes entreprises, de celle pour la confiance et la modernisation de l'économie ou de celle relative à la sauvegarde des entreprises accentuent encore l'uniformisation du régime applicable aux différents professionnels de la vie des affaires. Les commerçants, les artisans, les agriculteurs les professions libérales sont aujourd'hui soumis à des règles similaires.

Dans un avenir proche, il est dès lors permis de penser que l'entrepreneur individuel, quelle que soit son activité professionnelle sera l'unique acteur reconnu de la vie des affaires. S'il ne peut en être encore ainsi, c'est que des conséquences demeurent attachées à la seule qualité de commerçant.

Seuls les litiges les concernant sont de la compétence des tribunaux de commerce. Les commerçants ont également des droits et obligations spécifiques. Il convient donc de présenter successivement les commerçants (Chapitre 1) et les autres professionnels (Chapitre 2).

1. Les sociétés commerciales sont étudiées dans la troisième partie.

2. Il est difficile d'organiser le régime juridique de l'entreprise individuelle. La théorie du fonds de commerce élargie au fonds libéral a longtemps suffi. Mais la structure de la société unipersonnelle est également un cadre juridique. La théorie du patrimoine d'affectation est aussi une solution envisageable et peut être même à nouveau envisagée par le législateur : G. Chabot, « De l'évolution du droit de l'entreprise individuelle », *JCP*, éd. E, 2002. 1202.

3. Il existe cependant un projet de réforme ayant pour but de donner un statut à l'entreprise individuelle.

Les professionnels commerçants

36. Acteur majeur de la vie des affaires, le commerçant a pourtant toujours été difficile à définir. Le commerçant est en effet celui qui accomplit des actes de commerce à titre de profession habituelle, ce qui renvoie à une autre définition, celle des actes de commerce. En raison des droits qu'elle confère et des obligations qu'elle impose, la qualité de commerçant est réservée à des personnes qui remplissent un certain nombre de conditions. Il faut donc définir le commerçant (Section 1) avant d'examiner les conditions requises pour exercer une activité commerciale (Section 2), de préciser les droits et obligations des commerçants (Section 3) et de présenter les institutions qui leur sont spécifiques (Section 4)

Section 1

Définition du commerçant

37. Définition. L'article L. 121-1 du Code de commerce définit ainsi le commerçant : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Aucun critère n'est énoncé. Ainsi l'*inscription au registre du commerce* ne fait-elle que présumer jusqu'à preuve contraire la qualité de commerçant.

Cette définition est cependant insuffisante pour déterminer quels sont les commerçants. En effet, toutes les sociétés commerciales sont commerçantes, quelle que soit leur activité. Elles acquièrent la qualité de commerçant à raison de *la forme* qu'elles adoptent, non à raison de l'activité qu'elles exercent (C. com., art. L. 210-1).

Pour qu'une personne physique puisse être qualifiée de commerçante, elle doit faire des actes de commerce (§ 1), le faire à titre de profession habituelle (§ 2) et exercer cette profession à titre indépendante (§ 3).

§ 1. L'ACCOMPLISSEMENT D'ACTES DE COMMERCE

38. La théorie de l'acte de commerce. Le Code de commerce confère un rôle essentiel à la notion d'acte de commerce puisque le commerçant est celui qui accomplit des actes de commerce. *Le domaine du droit commercial est donc doublement défini par le Code de commerce à partir des commerçants et à partir des actes de commerce* (C. com., art. L. 110-1). La doctrine s'est longtemps divisée entre ces conceptions objectives et

subjectives du droit commercial¹. Quelle que soit la conception retenue, la détermination des actes de commerce était essentielle. La théorie de l'acte de commerce a donc été une construction importante de la doctrine commercialiste du début du siècle.

Aujourd'hui, le législateur ne se réfère plus guère aux commerçants et aux actes de commerce pour préciser le champ d'application d'une loi. La détermination des actes de commerce ne présente donc une utilité que pour rechercher quels sont les commerçants. En effet, la commercialité d'un acte de commerce accompli de manière isolée est rarement retenue.

39. Différentes catégories d'actes de commerce. Les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce donnent une liste d'actes de commerce. Les principaux, accomplis par les commerçants, sont les actes de commerce par nature (A). Quelques-uns sont commerciaux pour toute personne. Ce sont les actes de commerce par la forme (B). La théorie de l'accessoire permet d'étendre le domaine de la commercialité (C). Il existe des actes mixtes qui ne sont commerciaux que pour l'une des parties (D). Compte tenu de cette diversité, la doctrine a recherché s'il n'était pas possible de proposer un critère unique de la commercialité (E).

A. Les actes de commerce par nature

40. Définition. L'acte de commerce par nature est *commercial en raison de son objet*. L'article L. 110-1 du Code de commerce en fournit une liste pour le commerce par voie terrestre et l'article L. 110-2 pour le commerce par voie maritime.

En principe, la qualification d'acte de commerce par nature est réservée à des actes accomplis « en entreprise », c'est-à-dire professionnellement par un commerçant.

Exceptionnellement pourtant, un acte va être réputé acte de commerce par nature alors même qu'il n'est pas accompli par un commerçant. La jurisprudence en offre plusieurs exemples.

Le cautionnement a une nature commerciale alors même qu'il n'est pas consenti par un commerçant, dès lors qu'il est intéressé, c'est-à-dire que la caution a un intérêt de nature patrimoniale dans l'opération². Tous les dirigeants de SARL ou de SA qui se portent caution de dettes de leur entreprise sont dans ce cas.

Le gage est commercial s'il garantit une dette commerciale, même si celui qui le constitue n'est pas commerçant.

Les *actes juridiques portant sur un fonds de commerce* sont aussi concernés³, de même que les *cessions de contrôle* de sociétés et les conventions ayant pour objet de garantir le maintien du contrôle d'une société commerciale⁴.

Ces différentes solutions peuvent cependant s'expliquer aussi par le jeu de la *théorie de l'accessoire objectif*. Ces actes sont en effet nécessaires à l'exercice d'une activité commerciale. Ils ont un caractère commercial par leur cause.

1. J. Calais-Auloy, « Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce », in *Mélanges H. Cabrillac*, p. 44.

2. Com. 5 oct. 1993, *Rev. sociétés* 1994. 47, note D. Legeais.

3. Un acte accompli par un non commerçant devient un acte de commerce lorsqu'il est passé dans le but d'exercer le commerce et qu'il est indispensable à l'exercice de celui-ci. Ainsi l'acquisition d'un fonds de commerce n'est un acte de commerce que s'il est fait par un commerçant en vue de son exploitation (Com. 15 nov. 2005, *RTD com.* 2006. 563, obs. B. Saintourens).

4. Com. 26 mars 1996, *JCP*, éd. E, 1996. II. 855, note Th. Bonneau.

Un acte de commerce entrant dans la définition de l'article L. 110-1 peut cependant avoir un *caractère civil* s'il est effectué par un professionnel civil dans l'exercice de sa profession. L'acte est alors civil par application de la théorie de l'*accessoire*.

Le contentieux des actes de commerce par nature relève des tribunaux de commerce. Il importe peu que l'acte soit passé par un non commerçant¹.

L'énumération de l'article L. 110-1 montre que ces actes concernent les principales activités de la vie des affaires, qu'il s'agisse de négoce (1°), d'industrie (2°), de finances (3°), d'intermédiation (4°).

1° Activités de négoce

41. L'achat pour revendre. L'achat pour revendre est le principal acte de commerce par nature. Il peut avoir pour objet les meubles et les immeubles, à moins dans ce dernier cas, que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux (art. L. 110-1, 2°). L'activité de *promoteur immobilier* demeure donc *civile*.

D'autres activités sont civiles. Ainsi l'exigence d'un achat préalable impose de considérer que les *activités intellectuelles sont de nature civile*. Les membres des professions libérales, les auteurs, les compositeurs, les chercheurs n'accomplissent pas d'actes de commerce. Il en va de même des enseignants. Mais ceux qui organisent et commercialisent la production littéraire et artistique font des actes de commerce.

La qualification de l'acte est parfois délicate. Elle a par le passé été source de difficultés pour l'appréciation des activités agricoles (*infra*, n° 82). Elle le demeure pour les *activités extractives*. Alors même qu'il n'y a pas d'achat, ces activités ont un caractère commercial.

L'achat n'est un acte de commerce que *s'il est fait pour revendre*. La preuve de cette intention doit être établie. Le plus souvent, elle résulte de la profession de celui qui l'accomplit². Elle peut aussi se déduire de la multitude des opérations réalisées. La revente doit elle-même être faite dans le but de réaliser un bénéfice.

42. Entreprise de location de meubles. L'article L. 110-1, 4°, du Code de commerce considère comme acte de commerce « toute entreprise de location de meubles ». L'entreprise de location d'*immeubles* demeure donc civile : tel est le cas du propriétaire d'immeuble qui donne en location des appartements, des chambres meublées, des boutiques, des box non gardés pour automobile, etc. Toutefois, si ce propriétaire est une société commerciale, les locations qu'il consent sont des actes de commerce (*infra*, n° 41) ; il en est de même pour les locations consenties par des commerçants comme accessoire de leur activité commerciale, par exemple les locations de chambres par des hôteliers restaurateurs.

Les locations de meubles (automobiles, machines, bâches, etc.) sont toujours des actes de commerce même si elles n'ont pas été précédées d'un achat ; mais il faut qu'elles soient faites « en entreprise », c'est-à-dire par un professionnel et non de façon isolée.

43. Entreprise de fournitures. La loi répute acte de commerce toute entreprise de fourniture (art. L. 110-1, 6°). Le marché de fournitures consiste en des prestations échelonnées de biens ou de services : entreprise de pompes funèbres, d'enlèvement d'ordures ménagères, de distribution, d'eau, de gaz, d'électricité, de journaux, etc. Il porte sur des meubles et la

1. V. le cas d'une association exerçant une activité d'intermédiaire sur un site internet : Com. 14 févr. 2006, *RTD com.* 2006. 564, obs. B. Saintourens.

2. L'acte isolé n'est pas commercial.

fourniture doit être précédée d'un achat ; cependant, la conclusion du marché précède souvent l'achat par le fournisseur des marchandises qu'il a promis de livrer. Le marché de fournitures n'est commercial que s'il est fait en entreprise, c'est-à-dire professionnellement. L'expert en diagnostic immobilier exerce ainsi un acte de commerce dès lors que son activité n'est pas essentiellement intellectuelle¹.

2° Activités industrielles

44. *Entreprise de manufacture.* À l'origine, l'article L. 110-1, 5°, désignait l'industriel qui revendait après les avoir transformés, des matières ou produits qu'il avait achetés : industries mécaniques, métallurgiques, textiles, chimiques, etc. Mais la notion a été progressivement élargie par la jurisprudence et couvre aujourd'hui toutes les *industries de transformation* qui fournissent leur matériel et leur main-d'œuvre même si elles travaillent les matières premières ou produits fournis par les clients : façonniers, teinturiers, blanchisseurs industriels, réparateurs, etc. Elle couvre même les entreprises de bâtiment, de travaux publics ou de terrassement, bien que se rapportant à des immeubles. Mais les opérations doivent être faites en entreprise, c'est-à-dire professionnellement. L'exigence d'une entreprise exclut aussi les artisans.

45. *Entreprise de transports.* Les transporteurs professionnels font des opérations commerciales, que le transport soit effectué par terre, rail, eau ou air, qu'il concerne des marchandises ou des voyageurs.

46. *Établissement de spectacles publics.* Tous les spectacles publics sont des opérations commerciales : théâtre, cirque, cinéma, music-hall, etc. Mais il faut qu'ils soient réalisés à titre professionnel et dans un but de spéculation. Certains établissements permettant la pratique du sport et des clubs sportifs ont une activité commerciale.

3° Activités financières

47. *Opérations de change et de banque.* La loi répute acte de commerce toute opération de change, banque et courtage et toutes les opérations de banques publiques. L'opération de change portant sur des monnaies ou devises nationales et étrangères est commerciale ; il en est de même de façon générale, de toutes les opérations de banque, que celles-ci soient faites par des banques privées ou des banques publiques comme la Banque de France. Ces opérations sont définies dans la loi bancaire du 24 janvier 1984 dans son article 1^{er} : « les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement ».

Par assimilation, les *opérations de bourse* sont aussi commerciales pour les intermédiaires de bourse à savoir les prestataires de service d'investissement ; elles le sont même, d'après la jurisprudence, pour celui qui spéculait habituellement en bourse ; mais l'épargnant qui se borne à placer ses capitaux fait un acte civil.

La jurisprudence considère comme commerciales les opérations de banque faites par des sociétés civiles coopératives sans but lucratif.

1. Com. 5 déc. 2006, *RTD com.* 2007. 673, obs. B. Saintourens.

48. Opérations d'assurances. Le Code de commerce considérait comme commerciales les assurances maritimes, mais ne disait rien des assurances terrestres. La jurisprudence fait une distinction : les compagnies d'assurances qui pratiquent ces assurances dans un but de spéculation, font des actes de commerce ; au contraire, les sociétés mutuelles d'assurances – dans lesquelles les assurés sont aussi des associés – ne cherchent pas à réaliser des bénéfices et font des opérations civiles.

4° Activités des intermédiaires du commerce

49. Activités concernées. Les actes accomplis par de nombreux intermédiaires sont des actes de commerce par nature. L'article L. 110-1 du Code de commerce vise les agents d'affaires, tels les agences de recouvrement de créances, les agences de tourisme, les agences immobilières.

Sont aussi des actes de commerce, les actes accomplis par les *courtiers* et les *commissionnaires*. L'activité d'*agent commercial* demeure quant à elle civile.

Sont seulement exclues des activités libérales comme celles des notaires et des mandataires de justice.

B. Les actes de commerce par la forme

50. Notion. À la différence des précédents, ces actes sont soumis au droit commercial, qu'ils soient faits professionnellement par un commerçant ou qu'ils soient faits à titre isolé par un non commerçant. Ils sont peu nombreux.

51. Lettre de change. C'est un ordre donné par un créancier à son débiteur de payer une certaine somme à une certaine date à un tiers ; toute personne, même non-commerçante, qui signe une lettre de change comme tireur, tiré acceptant, endosseur ou donneur d'aval, se soumet aux règles du droit commercial et, notamment, à la compétence des tribunaux de commerce. Cette solution ne vaut pas pour les autres moyens de paiement, notamment le chèque ; pour ceux-ci, le signataire ne s'oblige commercialement que s'il signe pour les besoins de son commerce.

52. Sociétés à forme commerciale. En principe, les sociétés, comme les individus, ne devraient être commerciales que si leur activité habituelle porte sur des opérations commerciales. Cependant, la loi considère que la plupart des formes commerciales de sociétés donnent le caractère commercial à la société qui se constitue sous l'une de ces formes même si son activité est civile. Il en est ainsi pour les sociétés par actions, pour les sociétés à responsabilité limitée, pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, l'entreprise à responsabilité limitée, et les sociétés d'exercice libéral instituées par la loi du 31 décembre 1990. Il ne reste plus que la société en participation qui échappe à cette commercialité par la forme.

Ces sociétés sont en principe soumises à toutes les règles applicables aux commerçants¹. Elles doivent être inscrites au registre du commerce et des sociétés. Elles sont soumises aux procédures collectives.

1. Certaines prérogatives sont réservées aux commerçants, le bénéfice de la propriété commerciale par exemple.

L'acte par lequel un associé adhère à la société, notamment la souscription d'actions, est un acte de commerce même s'il émane d'un non commerçant.

C. Les actes de commerce par accessoire

53. La théorie de l'accessoire. La théorie de l'accessoire permet d'unifier le régime applicable à certaines opérations. Conformément à un principe général, l'accessoire doit en effet suivre le principal.

En application de cette théorie, un acte en principe civil va devenir commercial s'il est accompli par un commerçant ou s'il se rattache à une opération commerciale. Plus exceptionnellement, un acte de commerce va être qualifié d'acte civil s'il est accompli par un non commerçant.

La théorie de l'accessoire permet principalement d'*étendre le champ de la commercialité*.

Tout d'abord, vont être qualifiés d'actes de commerce, tous les actes effectués par un commerçant pour les besoins de son commerce. Il y a alors présomption de commercialité¹. S'il s'agit d'un contrat, il faut qu'il ait été conclu pour les besoins du commerce².

Ensuite, la théorie s'applique aux obligations contractuelles nées à l'occasion du commerce mais également aux obligations délictuelles telle celle résultant d'une *action en concurrence déloyale*.

Enfin, la théorie de l'accessoire peut justifier la qualification d'acte de commerce réservée à des opérations en rapport avec une activité commerciale alors même qu'elles ne sont pas accomplies par un commerçant.

D. L'acte mixte

54. Régime. L'acte mixte est celui qui *est commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre*. Tous les actes de commerce par nature ou par accessoire peuvent ainsi être mixtes.

En principe, le droit commercial s'applique à la partie qui est commerçante et le droit civil à la partie qui ne l'est pas. Ce principe joue lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les *règles de preuve*. Le principe de la liberté de la preuve posé par l'article L. 110-3 du Code de commerce ne s'applique cependant que si l'acte est commercial et les parties commerçantes.

Le cocontractant civil a cependant toujours le choix. Il peut se soumettre aux règles du droit commercial si tel est son intérêt.

Des exceptions importantes sont apportées à ces règles de partage.

Tout d'abord, les *clauses de compétence territoriale* et les *clauses compromissaires* sont nulles dans les actes mixtes.

Ensuite, la prescription commerciale courte de dix ans s'applique aux deux parties d'un acte mixte³, il en va de même des actions en nullité si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes⁴.

1. Le Code de commerce consacre cette analyse dans ses articles 631, alinéa 1^{er}, 632, alinéa 6, et 638.

2. Com. 13 mai 1997, *RTD com.* 1997. 427, obs. J. Derruppé. Un époux commun en biens qui finance l'exploitation d'un fonds, sans participer à son exploitation ne fait pas un acte de commerce et n'est pas commerçant.

3. Civ. 2^e, 29 avr. 1997, *D.* 1997. 327, note Y. Chartier.

4. Civ. 1^{re}, 27 juin 2006, *RTD com.* 2007. 675.

Enfin, le régime particulier de l'acte mixte s'efface dès lors que le droit de la consommation a vocation à s'appliquer.

E. Le critère général de l'acte de commerce

55. Le problème. Il est essentiel de pouvoir déterminer précisément le domaine du droit commercial. Or les articles du Code de commerce n'y suffisent pas. Au cas par cas, la jurisprudence a donc dû énoncer des solutions. Il serait cependant souhaitable qu'un critère général de la commercialité soit retenu. Aucune des tentatives doctrinales menées n'est totalement convaincante et permet d'éclairer le droit positif. Les évolutions récentes du droit commercial ne peuvent faciliter la recherche. D'une part, il est de moins en moins important de déterminer quels sont les commerçants et les opérations purement commerciales. D'autre part, pour la mise en œuvre de beaucoup de règles, il est devenu essentiel de définir le professionnel ou l'entreprise. Les critères classiques de la commercialité ne pourront donc être utilisés que s'ils sont renouvelés ou enrichis.

Trois critères ont été proposés par la doctrine classique ; celui de la spéculation, celui de la circulation des richesses et celui de l'entreprise.

56. Le critère de la spéculation. Celui qui exerce une activité commerciale cherche à faire des profits. C'est à partir de cette idée simple que la doctrine du XIX^e siècle a construit la théorie de la commercialité. Les opérations désintéressées n'ont pas leur place en droit commercial.

Ce critère permet de justifier beaucoup de solutions (par exemple le caractère en principe civil des associations). Il n'est cependant pas totalement fiable. Des activités visant la recherche du profit ne sont pas commerciales. On peut citer la promotion immobilière. Aujourd'hui encore, les agriculteurs et ceux qui exercent une profession libérale ne font pas d'acte de commerce alors que pourtant ils recherchent le profit.

57. Le critère de la circulation des richesses. Pour Thaller qui est l'auteur de cette analyse, l'acte de commerce est un acte d'entremise dans la circulation des marchandises, depuis la production jusqu'à la consommation.

Ainsi énoncé, ce critère est devenu inopérant. L'activité industrielle est plus une activité de transformation que de distribution.

Est-il possible de renouveler le critère en considérant que sont commerçants tous ceux qui interviennent sur un marché ? Le critère devient alors trop large. Les activités agricoles, les activités des mutuelles seraient alors à tort englobées.

58. Le critère de l'entreprise. L'assimilation entre le droit commercial et le droit de l'entreprise n'est pas nouvelle, l'article L. 110-1 du Code de commerce lui-même visant les actes accomplis en entreprise. Cependant, en l'état de notre droit, le critère de l'entreprise demeure inadapté.

Tout d'abord, l'entreprise n'est pas définie. Le terme est à la fois trop général ou trop restreint pour désigner l'ensemble des activités soumises à des règles spécifiques : le droit du travail est une branche du droit de l'entreprise. Inversement, il existe des entreprises ayant des activités purement civiles.

Ensuite, l'entreprise désigne plus facilement une activité regroupant plusieurs personnes.

Enfin, le terme d'entreprise peut difficilement désigner les professionnels, personnes physiques ou personnes morales, qui seuls ont la capacité de contracter.

§ 2. L'EXERCICE À TITRE DE PROFESSION HABITUELLE

59. Modalités d'exercice des actes de commerce. Le commerçant est celui qui exerce une activité à titre professionnel. Il doit donc accomplir plusieurs actes de commerce. L'idée de répétition, d'*habitude* est donc essentielle¹.

Les actes de commerce doivent être accomplis dans le cadre d'une *profession* : il faut entendre par là, une activité, un état présentant une continuité suffisante pour permettre d'en retirer les moyens ou une partie des moyens nécessaires à l'existence².

Cette activité doit être *réelle* ; il ne suffirait pas de se déclarer commerçant et de respecter les obligations attachées à cette qualité ; sans doute l'inscription au registre du commerce fait présumer cette qualité mais ce n'est vrai que jusqu'à preuve du contraire.

Peu importe que cette activité soit *clandestine* et se cache par exemple sous un prête-nom ; peu importe même qu'elle soit illicite.

L'exercice d'une profession s'accompagne le plus souvent de l'organisation d'une *entreprise* et de l'exploitation d'un *fonds de commerce*. Mais ce n'est pas indispensable, certaines activités commerciales, comme celles de courtiers et d'agents d'affaires, ne comportant pas toujours une installation matérielle. En revanche, une clientèle semble nécessaire, encore que la jurisprudence ait considéré le spéculateur d'habitude en bourse comme un commerçant, bien qu'il n'ait pas de clientèle.

Il n'est pas nécessaire enfin que la profession commerciale soit *exclusive*, ni même *principale*, le cumul avec une autre profession étant possible, sauf incompatibilité. Du moins, ne faut-il pas que les actes de commerce ne soient que l'accessoire d'une profession civile, sinon ce seraient des *actes civils par accessoire* et ils ne donneraient pas à leur auteur la qualité de commerçant.

§ 3. L'EXERCICE À TITRE INDÉPENDANT

60. Distinction entre le commerçant et le non commerçant. Pour être commerçant, il faut agir pour son propre compte, à ses risques et périls et en toute indépendance. Le commerçant doit supporter les chances de perte aussi bien que les chances de gain. Pour cela, il doit agir en maître. La solution est certaine, bien que le Code de commerce ne le dise pas. Les personnes qui, bien que participant à une activité commerciale, ne jouissent pas d'une indépendance suffisante ne sont donc pas des commerçants. Il est tenu compte de la seule *indépendance juridique*, ce qui rend difficile la qualification de certains professionnels.

Les *salariés*, liés par un contrat de travail à un employeur, ne sont jamais des commerçants, quelle que soit la part qu'ils prennent à l'activité de l'entreprise. Il en est ainsi, non seulement des ouvriers, des employés, des vendeurs, mais aussi des directeurs techniques ou chefs de service.

1. Com. 20 févr. 1996, *JCP*, éd. E, 1996. Pan. 516 ; Fr. Pollaud-Dulian, « L'habitude en droit commercial », in *Mélanges A. Sayag*, p. 349 ; Civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, *RTD com.* 1997. 85, obs. J. Derrupé ; Com. 5 déc. 2006, *RTD com.* 2007. 673, obs. B Saintourens.

2. Com. 1^{er} oct. 1997, *RTD com.* 1998. 131, obs. J. Derrupé. Un non commerçant peut ainsi faire des actes de commerce à titre habituel sans devenir commerçant (dirigeant qui cautionne régulièrement les dettes de sa société).

Les *mandataires*, liés par un contrat de mandat, ne sont pas non plus commerçants. C'est le mandant, pour le compte de qui ils agissent qui est commerçant. Tel est le cas des fondés de pouvoir, ou des gérants et administrateurs de sociétés. Toutefois, le prête-nom qui dissimule l'activité d'une autre personne, est considéré comme commerçant en même temps que celle-ci.

La difficulté se retrouve pour les *représentants de commerce*. Les représentants salariés qui sont liés par un contrat de travail, notamment ceux qu'on appelle les VRP (voyageurs, représentants et placiers ; L. 18 juill. 1937, mod. par L. 7 mars 1957) ne sont pas commerçants. Les agents commerciaux, lorsqu'ils sont seulement liés par un contrat de mandat avec une ou plusieurs maisons qu'ils représentent, n'ont pas la qualité de commerçant (L. 25 janv. 1991). Mais il en est autrement s'ils font des opérations pour leur compte ou s'ils exercent une activité de commissionnaire ou de courtier auprès d'une clientèle qui leur est propre.

Exceptionnellement, des personnes exerçant de manière indépendante ne sont pas des commerçants. Les établissements publics industriels et commerciaux sont ainsi soumis à un régime spécifique. Il en va de même pour les *sociétés nationalisées* et les sociétés d'économie mixte. Beaucoup de règles du droit commercial leur sont cependant appliquées.

Section 2

Conditions requises pour exercer une activité commerciale

61. Principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le droit commercial est dominé par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, énoncé par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791. De ce texte se déduit le principe de la *liberté d'entreprendre*. La liberté du commerce et de l'industrie est, pour le Conseil d'état, une *liberté publique* garantie par la loi. Le Conseil constitutionnel lui a même reconnu une *valeur constitutionnelle*¹.

Cependant, malgré ce principe de liberté, il a toujours existé des limites à la liberté d'entreprendre. Notre droit réserve la possibilité de devenir commerçant aux personnes qui ont certaines qualités. Il existe ainsi des limites au droit de devenir commerçant (§ 1).

D'autres restrictions, les plus nombreuses, concernent l'exercice de certaines activités qui sont interdites ou soumises à conditions (§ 2).

§ 1. LES LIMITES AU DROIT DE DEVENIR COMMERÇANT

62. Principe. Malgré le principe de la liberté d'entreprendre, toutes les personnes physiques ou morales ne peuvent pas exercer une activité commerciale. Il faut en effet tenir compte des restrictions qui trouvent leur source dans des réglementations d'origine diverses.

Les personnes protégées (A), les sociétés (B), les étrangers (C) ne peuvent ainsi devenir commerçants qu'à certaines conditions. Il faut aussi tenir compte de certaines incompatibilités (D) ou déchéances (E).

1. Cons. const. 16 janv. 1982, D. 1983. 169, note L. Hamon.

A. Les personnes protégées

63. Fondement de l'interdiction. Les incapacités ont pour but de *protéger* les mineurs et les personnes dont les qualités mentales sont altérées. En lui-même, l'exercice d'une activité commerciale est dangereux. Il doit donc être réservé aux personnes capables. Les actes passés par les incapables sont sanctionnés par la nullité. Il convient cependant de distinguer les règles applicables aux mineurs et aux majeurs.

1° Mineurs

64. Mineur non émancipé. Le mineur non émancipé est absolument incapable de faire le commerce et son père, sa mère ou son tuteur ne peuvent pas le faire en son nom. Si néanmoins le mineur faisait le commerce, il n'aurait pas la qualité de commerçant et la nullité de chacun de ses actes pourrait être demandée par son représentant légal ou par lui-même, sans qu'il soit nécessaire de prouver la lésion. Cependant, le mineur demeure obligé par ses fautes ou par son enrichissement. Si le mineur non émancipé hérite d'un fonds de commerce, il ne peut pas l'exploiter ; il doit, ou bien le vendre, ou bien l'apporter à une société, ou bien le donner en location-gérance ; son père ou, à défaut, sa mère peut aussi l'exploiter personnellement en vertu du droit de jouissance légal des parents sur les biens de leurs enfants de moins de 18 ans.

65. Mineur émancipé. Depuis que la loi du 5 juillet 1974 a fixé la majorité électorale et civile à 18 ans et permis l'émancipation à partir de 16 ans, *le mineur émancipé ne peut plus être commerçant* (C. com., art. L. 121-2) ; il semble qu'il puisse faire des actes de commerce isolés, à l'exception toutefois de la signature des lettres de change interdite par l'article L. 511-5, du Code de commerce. S'agissant de la sanction de l'incapacité, il faut distinguer. L'incapable peut s'en prévaloir pour éviter l'ouverture d'une procédure collective ou la compétence du tribunal de commerce. Si un acte juridique a été passé à tort, l'incapable peut se prévaloir de la nullité à condition d'apporter la preuve d'une lésion.

2° Majeurs aux facultés mentales altérées

66. Majeurs protégés. Le régime de la protection des incapables a été profondément modifié par la loi du 5 mars 2007. La loi distingue quatre régimes : la tutelle, la curatelle, la sauvegarde de la justice et le mandat de protection future.

Plus le régime de protection est lourd, moins l'incapable peut accomplir un acte de commerce. Un autre paramètre important entre en ligne de compte. Celui de la gravité de l'acte passé. Les actes sont classés en trois catégories : les actes conservatoires, les actes d'administration et les actes de disposition. Le décret d'application fournit une liste de ces actes en opérant des distinctions. Certains actes sont toujours des actes d'administration ou de disposition. D'autres sont des actes d'administration ou de disposition sauf preuve contraire.

Lorsqu'une *tutelle* est ouverte à raison du besoin de protection continue de l'intéressé, il faut appliquer les mêmes règles qu'en cas de tutelle d'un mineur (C. civ., art. 495). Il faut en déduire que le commerce ne peut être continué ni par l'incapable ni par son tuteur et le fonds de commerce doit donc être cédé ou apporté en société ou donné en location-gérance. Sinon, l'incapable n'est pas considéré comme commerçant et les actes qu'il fait sont nuls de droit à la demande du tuteur. Mais le jugement ouvrant la tutelle n'est opposable

aux tiers de bonne foi qu'à compter de sa mention au registre du commerce (Décr. 30 mai 1984, art. 12).

Les mêmes règles sont applicables à la tutelle des personnes condamnées à des peines criminelles et soumises à l'interdiction légale (L. 3 janv. 1968, art. 5).

La *curatelle* peut être ouverte par jugement à l'égard soit de personnes dont les facultés mentales sont altérées et qui, sans être hors d'état d'agir, ont besoin d'être conseillées ou contrôlées dans les actes de la vie civile, soit de personnes dont la prodigalité, l'intempérance ou l'oisiveté les expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de leurs obligations familiales. Tout acte qui, dans le régime de la tutelle, exigerait l'autorisation du conseil de famille, ne peut être fait qu'avec l'assistance du curateur. Théoriquement, la continuation du commerce ne paraît pas impossible ; mais elle est peu pratiquée car elle exige l'assistance constante du curateur. Toutefois, le juge des tutelles peut étendre la capacité du majeur en curatelle et il pourrait, sans doute, permettre sous certaines conditions la continuation du commerce (C. civ., art. 511). La protection des tiers est alors assurée par la publicité réalisée au registre du commerce.

La *sauvegarde de la justice* est une mesure provisoire de protection qui peut intervenir notamment en cas d'internement ou de procédure de désignation d'un tuteur ou d'un curateur. En principe, l'intéressé conserve l'exercice de ses droits ; il peut aussi confier la gestion de ses biens à un mandataire. Mais les actes qu'il fait peuvent être rescindés pour lésion ou réduits en cas d'excès, compte tenu de sa fortune, de la bonne ou mauvaise foi du tiers avec lesquels il traite et de l'utilité de l'acte. Il ne semble pas qu'une telle mesure s'oppose nécessairement à la continuation du commerce. Les tiers ne sont cependant pas protégés par une publication au registre du commerce et des sociétés.

B. Les personnes morales commerçantes

67. Principe de spécialité. Les groupements de personnes dotés de la personnalité morale ne sont autorisés par la loi que dans la limite d'un objet et d'un but précis qu'on appelle leur spécialité. Celle-ci est généralement exclusive de toute activité commerciale. Seules les sociétés commerciales, constituées dans les conditions prévues pour ce genre de sociétés, peuvent se livrer à une telle activité. Ni les sociétés civiles, ni les associations, ni les syndicats, ni les congrégations ne peuvent faire le commerce ; sans doute, les syndicats peuvent acheter les produits de leurs membres pour les écouler ou fournir à leurs membres des matériels, produits ou services, mais ce sont des activités sans but lucratif qui ne présentent pas un caractère commercial ; il en est de même pour les œuvres gérées par les associations ou les spectacles publics organisés par elles. Si ces groupements se livraient à une véritable activité commerciale, ils seraient considérés comme des commerçants de fait et seraient soumis aux rigueurs du droit commercial.

L'état et les collectivités publiques ne sont pas libres, non plus, d'avoir une activité commerciale ou industrielle. Pour l'état, la création d'un service public ou d'un établissement public industriel et commercial suppose une loi votée par le Parlement, car il s'agit d'une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Pour les départements et les communes, des régies de services industriels et commerciaux, dotées ou non de la personnalité morale, peuvent être créées avec l'agrément de l'autorité de tutelle mais à la condition que, ou bien elles aient pour objet de gérer un véritable service public (hygiène, assistance, etc.) ou bien qu'il existe un besoin d'intérêt public et que l'initiative privée ne suffise pas à le satisfaire. Le Conseil d'état considère comme contraires à la liberté du commerce les services départementaux et communaux qui ne remplissent pas ces conditions et en annule la création, pour excès de pouvoir.

C. Les étrangers

68. Le commerçant étranger. Depuis deux décrets de 1938, l'exercice par les étrangers d'une activité commerciale en France est limité. Cependant, les réformes qui se succèdent tendent toutes à favoriser l'exercice d'une activité commerciale par les étrangers. Une faveur spéciale est réservée aux étrangers appartenant à la Communauté européenne.

L'article L. 122-1 du Code de commerce énonce qu'« un étranger qui exerce sur le territoire français, sans y résider, une profession commerciale, industrielle ou artisanale, dans des conditions rendant nécessaire son inscription ou sa mention au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, doit en faire *la déclaration* au préfet du département dans lequel il envisage d'exercer pour la première fois son activité dans des conditions définies par décret. Les ressortissants des États membres de l'Union européenne, des autres États parties à l'accord de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse sont dispensés de l'obligation de déclaration. »

D. Les incompatibilités

69. Personnes concernées. Certaines professions ou fonctions sont déclarées incompatibles avec l'exercice du commerce parce qu'elles supposent soit un sens de l'intérêt général, soit une impartialité, soit même un désintéressement qui s'accommoderait mal avec l'esprit de spéculation et de lucre du commerce. Tel est le cas :

- pour les fonctionnaires, magistrats et militaires ;
- pour les officiers publics et ministériels : notaires, huissiers, commissaires-priseurs, etc. ;
- pour les avocats ;
- pour la plupart des professions organisées en un ordre : experts-comptables, architectes, etc.

La personne qui méconnaît une telle incompatibilité, par exemple un notaire ou un fonctionnaire qui fait des opérations commerciales, n'en est pas moins commerçante et peut être mise en faillite ; mais elle encourt des sanctions professionnelles telles que la révocation, la destitution, la radiation de l'ordre, etc.

E. Les déchéances

70. Personnes concernées. Le législateur moderne interdit le commerce aux personnes dont le *défaut de moralité* est déjà établi à la suite, par exemple de condamnations pénales ou de mises en faillite. Des mesures particulières à certaines professions furent d'abord prises par des lois spéciales, notamment pour les directeurs de publications, les débitants de boissons, les banquiers, les intermédiaires dans les ventes de fonds de commerce ainsi que pour les gérants et administrateurs de sociétés ; de même, dans les professions organisées, l'inscription au tableau de l'ordre est subordonnée à des conditions de moralité. Par ailleurs, certains délits, notamment les délits économiques, peuvent justifier la condamnation à la fermeture du fonds de commerce et à l'interdiction de l'exercice de la profession. Ces dispositions demeurent en vigueur mais elles ont été « coiffées » par la loi générale du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales.

Les dispositions sont reprises par l'ordonnance en date du 6 mai 2005 relative aux incapacités en matière commerciale. Ce texte codifie les dispositions en vigueur dans un

nouveau chapitre VIII du titre II du livre I du Code de commerce intitulé « incapacités d'exercer une profession commerciale ou industrielle ».

Le nouvel article L. 128-1 du Code de commerce frappe d'une incapacité de faire le commerce :

a) les personnes qui ont été condamnées pour *crime*, à une peine d'emprisonnement sans sursis, au moins ;

b) les personnes qui ont été condamnées à trois mois d'emprisonnement sans sursis au moins pour les délits à caractère économique et financier ;

c) les officiers ministériels destitués.

Ces personnes ne peuvent plus exercer directement ou indirectement pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui ou entreprendre l'exercice d'une profession, diriger, administrer ou contrôler une entreprise. La durée de l'incapacité professionnelle est limitée à une durée de dix ans à compter de la condamnation définitive.

La faillite personnelle conduit également à la déchéance.

§ 2. LES ACTIVITÉS INTERDITES OU SOUMISES À CONDITION

71. Activités interdites. Certaines activités sont *interdites*, soit dans un but d'hygiène, de morale ou de police (fabrication de l'absinthe ou de jouets dangereux, maisons de tolérance, etc.), soit à raison d'un *monopole* fiscal, économique ou de police de l'état et des collectivités publiques (tabacs et allumettes, poudre et alcool, commerce du blé, houillères, gaz et électricité, émission de billets de banque, etc.).

72. Activités soumises à autorisation. D'autres activités sont subordonnées à une *autorisation*, une *licence* ou un *enregistrement* qui sont délivrés après vérification de certaines conditions de sécurité, de moralité et de compétence : établissements dangereux et insalubres, débits de boissons, magasins généraux, fabrications d'armes, entreprises de spectacles, agences de voyages, agences de recherches, laboratoires d'analyse médicale, etc. Depuis quelques années, certaines de ces autorisations ou licences permettent un contrôle préalable de l'*utilité économique* de l'entreprise, en vue d'éviter une concurrence stérile ; tel est le cas pour les banques, pour les transports publics routiers, aériens et maritimes, les entreprises cinématographiques, les pharmacies, etc.

73. Contraintes liées à l'aménagement commercial. Depuis une loi en date du 27 décembre 1973, dite loi Royer, il existe une législation qui a pour but de limiter l'implantation des grandes surfaces. Alors que les textes ne devraient concerner que le droit de l'urbanisme, il existe dans le Code de commerce les articles 750-1 et suivants consacrés à l'aménagement commercial (ex. équipement commercial)¹. Des pouvoirs sont ainsi confiés à des *commissions départementales d'aménagement commercial* et à une commission nationale d'aménagement commercial. Ces commissions se prononcent sur les demandes d'implantation des grandes surfaces dès lors que des seuils sont atteints (1 000 m²). Le maire de la commune est aussi doté de prérogatives. Il peut ainsi saisir la Haute Autorité de la concurrence. La commission d'aménagement se prononce sur les

1. G. Marson, « Le nouveau visage de la législation d'équipement commercial : une réforme au milieu du gué », *Contrats, conc. consom.* nov. 2009, p. 18.

effets du projet en matière d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs.

74. Activités soumises à conditions. Pour d'autres activités, il faut une *déclaration* à la préfecture ou à la mairie (par exemple pour les entreprises de presse de travail temporaire), ou la possession d'une *carte professionnelle* (cas des courtiers en vins, des mareyeurs, etc.), ou l'inscription à un ordre *professionnel* (pharmaciens), ou la possession d'un *diplôme* (pharmaciens, opticiens-lunetiers), ou l'observation de *conditions techniques d'installations* pour la sécurité ou la salubrité (produits alimentaires, poissonneries), ou la justification de *garanties financières* pour le paiement des impôts et des cotisations de sécurité sociale (marchands forains). L'activité des marchands ambulants, forains, caravaniers et nomades est réglementée par la loi du 3 janvier 1969 et le décret du 31 juillet 1970 ; elle est soumise à une déclaration si le marchand ambulant a un domicile fixe ; sinon, il y a lieu à délivrance d'un livret ou carnet de circulation par le préfet, sous certaines conditions.

75. Exigence de qualification. La loi du 5 juillet 1996 subordonne l'exercice de certaines activités à des exigences de *qualification professionnelle*. Les activités suivantes sont visées (L. 5 juill. 1996, art. 16-I) : l'entretien et la réparation des véhicules et des machines ; la construction, l'entretien et la réparation des bâtiments ; la mise en place, l'entretien et la réparation des réseaux et des équipements utilisant les fluides, ainsi que des matériels et équipements destinés à l'alimentation en gaz, au chauffage des immeubles et aux installations électriques ; le ramonage ; les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux ; la réalisation de prothèses dentaires ; la préparation ou la fabrication de produits frais de boulangerie, pâtisserie, boucherie, charcuterie et poissonnerie, ainsi que la préparation ou la fabrication de glaces alimentaires et artisanales ; l'activité de maréchal-ferrant.

Pour chacune de ces activités, un décret en Conseil d'état pris après avis du Conseil de la concurrence, de la Commission de sécurité des consommateurs, de l'assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, de l'assemblée permanente des Chambres de métiers et des organisations professionnelles représentatives, détermine, en fonction de la complexité de l'activité et des risques qu'elle peut présenter pour la sécurité ou la santé des personnes, les diplômes, les titres homologués ou la durée et les modalités de validation de l'expérience professionnelle qui justifient la qualification (L. 5 juill. 1996, art. 16-II).

Des dispositions spécifiques existent pour l'exercice de la profession de coiffeur (L. 23 mai 1946, mod. par L. 5 juill. 1996).

Section 3

Soumission des commerçants à des règles spécifiques

76. Jusqu'à une date récente, les commerçants avaient des droits et des obligations qui les distinguaient des autres professionnels. Cela est de moins en moins vrai dans la mesure où il y a harmonisation progressive des règles applicables. Progressivement, tous les entrepreneurs individuels se voient appliquer les mêmes principes. Cependant les commerçants demeurent tenus à des obligations spécifiques (§ 2). Des règles sont applicables aux commerçants (§ 1).

§ 1. LES OBLIGATIONS DU COMMERÇANT

77. Énoncé des principales obligations du commerçant. La qualité de commerçant ne confère pas seulement des droits ; elle crée également des obligations. S'il en est ainsi, c'est parce que l'exercice de l'activité commerciale peut être source de fraudes (à l'égard de l'administration fiscale par exemple). Les intérêts des tiers, qu'ils soient créanciers ou concurrents, doivent également être protégés. Le droit de la concurrence est pour cette raison source de nombreuses contraintes (v. n° 511). L'exercice de certaines activités est subordonné au respect d'exigences particulières (tel est le cas pour l'activité bancaire, pour l'activité d'assurances).

Plusieurs obligations sont imposées à tout commerçant :

- le commerçant est tenu d'établir une facture lorsqu'il contracte avec un professionnel (C. com., art. L. 441-3) (v. n° 529) ;
- le commerçant a l'obligation d'utiliser un compte bancaire et il doit effectuer un certain nombre de règlements par chèques ou virement, bancaire (v. n° 669) ;
- en cas de cessation des paiements, le commerçant doit déposer son bilan ce qui déclenche l'ouverture d'une procédure collective (v. n° 819).

Les deux obligations les plus importantes sont toutefois l'obligation de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés (A) et l'obligation de tenir une comptabilité (B).

A. L'inscription au registre du commerce et des sociétés

78. Utilité du registre. Le registre du commerce et des sociétés trouve sa raison d'être dans la nécessité de mettre en place une *publicité commerciale*. Les tiers doivent pouvoir connaître un minimum d'informations relatives au commerçant. La publicité permet également un certain contrôle de l'activité commerciale. Depuis sa création en 1919, l'importance du registre ne cesse de croître. Initialement réservé aux commerçants, il concerne aujourd'hui les sociétés civiles et commerciales. Une telle extension démontre bien son utilité.

C'est un décret en date du 30 mai 1984, complété à de nombreuses reprises¹ et précisé par un arrêté en date du 9 février 1988, qui détermine les conditions de tenue du registre et les effets qui sont attachés aux inscriptions. Un décret en date du 1^{er} février 2005 a pour ambition de moderniser le registre en permettant l'immatriculation en ligne².

1° Organisation du registre

a) Tenue du registre

79. Registre local. Le registre du commerce et des sociétés est tenu par le greffier de chaque tribunal de commerce ou tribunal de grande instance statuant commercialement.

1. Principalement par des décrets en date du 10 avril 1995 et du 2 juillet 1998.

2. Décr. 1^{er} févr. 2005, *D.* 2005. 426 ; *JCP*, éd. E, 2005, Act. 36 ; *RTD com.* 2005, obs. B. Saintourens, p. 475. L. Grynbaum, « Le registre des sociétés au format électronique », *Comm. com. électr.* 2003, comm. n° 95.

Ce registre comprend un fichier alphabétique des personnes immatriculées, des dossiers individuels, et pour les personnes morales un dossier où figurent un certain nombre de pièces dont le dépôt est obligatoire (statuts, actes de nomination des dirigeants).

Un registre d'arrivée mentionne toutes les demandes classées à partir de leur date d'arrivée ou de dépôt au greffe.

80. *Registre national.* Un registre national tenu par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) centralise un second original des registres tenus dans chaque greffe. Ce second registre est alimenté par les greffiers des tribunaux de commerce qui transmettent les doubles des déclarations et documents reçus.

b) Inscriptions au registre

81. *Personnes devant être immatriculées.* Doivent être immatriculées les personnes physiques ayant la qualité de commerçant, les sociétés et groupements d'intérêt économique ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morale, les sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français et qui ont un établissement dans l'un de ces départements, les établissements publics français à caractère industriel et commercial, des personnes morales dont l'inscription est prévue par des dispositions législatives et réglementaires (les groupements européens d'intérêt économique par exemple), les représentations commerciales ou agences commerciales des états, collectivités ou établissements publics étrangers établis dans un département français.

Une même personne ne peut faire l'objet que d'une seule immatriculation à titre principal. Des immatriculations secondaires faisant référence à l'immatriculation principale doivent être prises pour les fonds et établissements secondaires.

82. *Procédure d'immatriculation.* La demande d'immatriculation doit émaner du commerçant, du représentant de la société ou de leur mandataire. À l'appui de sa demande, le déposant doit faire un certain nombre de déclarations qui concernent la personne (nom, statut matrimonial, etc.), l'établissement (enseigne, activité exercée, indications relatives au fonds de commerce, etc.) et les locaux. Depuis la loi du 1^{er} août 2003, introduisant un nouvel article L. 123-10 du Code de commerce, les personnes physiques peuvent déclarer l'adresse de leur local d'habitation et y exercer leur activité dès lors qu'aucune disposition législative ou contractuelle ne s'y oppose. Une clause du contrat de bail peut ainsi faire obstacle à la nouvelle règle. L'exercice de l'activité commerciale dans les locaux d'habitation pourrait justifier l'application du statut des baux commerciaux¹. À l'appui de sa demande, le commerçant doit fournir un certain nombre de pièces justificatives (contrat de mariage, titre locatif, licence, etc.) ; il doit également souscrire une déclaration dans laquelle il reconnaît ne pas avoir fait l'objet d'une mesure d'interdiction d'exercice de l'activité commerciale.

Le demandeur doit faire état de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale prévue par l'article L. 526-1 du Code de commerce. Doit également figurer dans la déclaration aux fins d'immatriculation de l'information donnée au conjoint commun en biens sur les conséquences des dettes contractées dans l'exercice de sa profession sur les biens communs.

1. B. Saintourens, obs. *RTD com.* 2004. 690.

83. Immatriculations en ligne. Le décret du 1^{er} février 2005 autorise les *immatriculations en ligne*. L'article premier du décret énonce ainsi qu'« une demande d'inscription, un dépôt d'acte ou de pièce au registre du commerce peuvent être effectués par la voie électronique dès lors qu'ils peuvent être transmis et reçus par cette voie, à l'exception toutefois du dépôt des actes et pièces dont l'original doit être fourni et qui ont été établis sur un support papier ». Il est alors fait usage d'une signature électronique sécurisée. Pour les demandes d'immatriculation, la signature électronique peut résulter de l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel il s'attache.

84. Rôle des centres de formalité des entreprises. La demande d'immatriculation doit être transmise par un *centre de formalité des entreprises* (CFE). Les CFE ont été institués par décret en date du 18 mars 1981. La loi Madelin du 11 février 1994¹ renforce leur rôle. Ces centres ont pour mission de faciliter les rapports des entreprises avec les administrations de l'état, les établissements publics à caractère administratif, les collectivités locales, leurs groupements et leurs établissements publics à caractère administratif, les personnes privées chargées d'un service public administratif, les organismes gérant un régime de protection sociale obligatoire ou facultatif et les organismes chargés de la tenue d'un registre de publicité légale y compris les greffes.

Les centres permettent de souscrire en un lieu unique et au moyen d'un seul document les diverses déclarations administratives auxquelles les entreprises sont tenues lors de leur création, de la modification de leur situation ou de la cessation de leur activité.

Des centres sont désignés pour chaque catégorie de professions. Les Chambres des métiers sont compétentes pour les entreprises artisanales et les personnes assujetties au répertoire des métiers. Les greffes des tribunaux de commerce sont compétents pour les sociétés civiles d'exercice libéral, les sociétés coopératives agricoles, les agents commerciaux, les GIE et les GEIE. Les URSSAF ou les caisses générales de sécurité sociale sont compétentes pour les personnes exerçant, à titre de profession habituelle, une activité indépendante, réglementée ou non, autre que commerciale, artisanale ou agricole. Les centres des impôts sont compétents principalement notamment pour les associations et les sociétés en participation. Enfin, les chambres d'agriculture créent des centres compétents pour les personnes physiques et morales exerçant à titre principal des activités agricoles.

La saisine du centre n'interdit cependant pas qu'une demande directe soit adressée au greffe du tribunal de commerce.

La demande d'immatriculation doit être formulée par le commerçant au plus tard dans le délai de quinze jours à compter du début de son activité commerciale. L'immatriculation peut aussi être demandée dans le mois qui précède la date déclarée du début de l'activité commerciale.

1. Précisée par les décrets des 19 juillet 1996 et 19 mars 2002.

La loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique prévoit que lorsque le dossier de demande d'immatriculation est complet, le greffier délivre un récépissé comportant la mention « en attente d'immatriculation » auquel sont attachés certains effets. Il permet d'accomplir, sous la responsabilité personnelle de la personne physique les démarches nécessaires auprès des organismes publics et des organismes privés chargés d'une mission de service public¹.

85. Obtention d'un numéro d'immatriculation. Dans les cinq jours du dépôt de la demande, le greffier doit immatriculer le commerçant, s'il estime le dossier conforme aux prescriptions légales². Cela se traduit par l'obtention d'un numéro mentionné sur le dossier conservé au greffe et sur l'exemplaire destiné au registre national.

Le numéro se compose de l'indicatif RCS, du nom de la commune du siège de la juridiction où est tenu le registre, de la lettre A s'il s'agit d'une personne physique, de la lettre B s'il s'agit d'une personne morale commerçante autre qu'un groupement d'intérêt économique, de la lettre C s'il s'agit d'un groupement d'intérêt économique, de la lettre D s'il s'agit d'une personne morale non commerçante autre qu'un groupement d'intérêt économique et du numéro d'identité, le numéro national d'identification des entreprises délivré par l'INSEE (ce numéro à neuf chiffres est le numéro SIREN).

86. Alimentation du registre. Le registre du commerce et des sociétés doit être en permanence actualisé.

Des inscriptions modificatives peuvent être demandées pour rectifier ou compléter des énonciations du registre. Les modifications à inscrire intéressent soit l'état et la capacité du commerçant, soit l'exercice de l'activité commerciale (création ou fermeture d'établissements secondaires, procédure de redressement judiciaire ou de liquidation, mise en location-gérance du fonds, etc.).

L'ordonnance du 6 mai 2005 porte suppression de l'obligation pour les commerçants de déclarer au RCS leur régime matrimonial ainsi que sa modification (Décr. 24 mai 2005).

Une demande de radiation doit être formée par les commerçants ou leurs héritiers dans le délai d'un mois à compter de la cessation totale de leur activité.

Tous les événements majeurs affectant la vie d'une société doivent aussi être mentionnés (modification de la forme sociale, nomination de nouveaux dirigeants, etc.).

L'actualisation du registre ne dépend pas uniquement de la diligence du commerçant. Les notaires sont tenus de faire procéder à des inscriptions modificatives ou à des radiations correspondant aux actes portant sur le fonds qu'ils rédigent. En cas de vente du fonds, la publicité peut être faite par le vendeur ou l'acheteur. Le greffier a l'obligation de mentionner les jugements d'ouverture d'une procédure collective.

Il existe des procédures de radiation d'office.

87. Respect des obligations légales. Les obligations relatives au registre du commerce et des sociétés sont impératives.

Un contrôle permanent du respect des exigences légales est assuré par le greffier qui se livre à un contrôle formel et matériel des inscriptions demandées.

1. Nouvel article L. 123-9-1 du Code de commerce. Pour un commentaire, B. Saintourens, obs. *RTD com.* 2003. 688.

2. Le greffier n'assure qu'un contrôle de régularité (art. 30, al. 1^{er}, Décr. 30 mai 1984). Son rôle est cependant accru lors de la constitution des sociétés. Il y a alors pratiquement un contrôle de fond (v. J. Derruppé, *RTD com.* 1995. 581).

Le juge a également un rôle essentiel. Il peut adresser une injonction à un commerçant de se faire immatriculer ou de procéder à des régularisations. Le juge commis à la surveillance du registre tranche par ordonnance toute contestation entre le greffier et l'assujetti.

Le non-respect par le commerçant de ses obligations le rend passible de sanctions civiles et pénales.

La personne non immatriculée ne peut jamais se prévaloir à l'égard des tiers du statut de commerçant. Celui qui a omis de publier une information obligatoire ou qui a publié une fausse information est tenu de réparer le préjudice subi par les tiers.

Deux sanctions pénales sont prévues par une ordonnance du 27 décembre 1958. La première concerne les commerçants qui n'ont pas obéi dans les quinze jours à l'injonction judiciaire de s'immatriculer. La seconde concerne les commerçants qui, de mauvaise foi, ont fait des déclarations frauduleuses. Outre des amendes et des peines correctionnelles, les commerçants peuvent être déchus du droit d'exercer le commerce. Ils peuvent aussi être privés du droit de vote et de l'éligibilité aux chambres de commerce.

Enfin, celui qui exerce une activité commerciale de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services sans être immatriculé peut être puni pour travail clandestin (C. trav., art. L. 324-10).

Une telle rigueur du législateur démontre bien l'importance du registre du commerce et des sociétés. Il est vrai que beaucoup de conséquences importantes sont attachées aux inscriptions.

2° Effets attachés aux inscriptions et dépôts d'actes

88. Portée de la présomption de commercialité. Dans la conception française, *la publicité au registre n'est pas constitutive de droit*. L'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant (Décr. 30 mai 1984, art. 64). La portée de cette présomption est variable.

La présomption de commercialité n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire.

Le commerçant immatriculé peut aussi combattre la présomption mais il doit aussi prouver que les tiers concernés savaient qu'il n'était pas commerçant.

N'étant pas considérée comme commerçant, la personne non inscrite ne peut se prévaloir des avantages attachés à la qualité de commerçant.

La présomption de commercialité ne joue pas pour les sociétés. *Mais c'est à partir de l'inscription au registre que la société acquiert la personnalité morale.*

En cas de vente de fonds de commerce ou de location-gérance, le commerçant ne peut opposer la cessation de son activité 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.

89. Inopposabilité aux tiers des faits et actes non mentionnés. Les personnes assujetties à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ne peuvent dans leur activité opposer ni aux tiers, ni aux administrations publiques, les faits et actes sujets à mention, que si ces derniers ont été publiés au registre ; peu importe qu'ils aient fait l'objet d'une autre publicité légale. Ainsi, à défaut de mention au registre et même si les autres formalités de publicité civile ont été observées, le commerçant ne peut opposer aux tiers

son mariage, son divorce. Une société, de la même façon ne peut pas opposer aux tiers une modification de ses statuts, la démission ou le remplacement d'un gérant.

Ce sont seulement les tiers de bonne foi qui sont protégés par cette inopposabilité. Celle-ci ne joue pas si le commerçant ou la société établit qu'au moment où il a traité, le tiers ou l'administration en cause avait connaissance du fait ou de l'acte qui lui est opposé.

3° Publicité des informations permettant d'identifier l'entreprise

a) Publicité des informations figurant sur le registre

90. Communication des inscriptions et des actes. Le registre est une source d'information essentielle pour tous les acteurs de la vie des affaires. Pour cette raison, les greffiers et l'Institut national de la propriété industrielle sont astreints et seuls habilités à délivrer à toute personne qui en fait la demande des certificats, copies ou extraits des inscriptions portées au registre et actes déposés en annexe. Les documents et les renseignements demandés sont fournis aux frais du demandeur.

91. Signalisation des inscriptions. Pour faciliter l'accès à l'information des tiers et assurer une meilleure publicité des informations contenues sur le registre, deux séries de règles complètent le dispositif mis en place.

D'une part, toute personne immatriculée doit indiquer son numéro d'immatriculation en tête de ses factures et plus généralement sur tous ses papiers commerciaux.

D'autre part, toute immatriculation donne lieu à l'insertion d'un avis au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (BODACC). Des avis modificatifs sont également insérés au bulletin.

b) Identification de l'entreprise

92. Attribution d'un numéro d'identification. La loi Madelin du 11 février 1994 facilite l'identification de l'entreprise à l'égard des tiers.

Un numéro d'identification unique est attribué à l'entreprise. Il peut s'agir du numéro SIREN ou du numéro SIRET (numéro SIREN complété par cinq chiffres propres à l'entreprise, le service ou la personne répertorié).

Les entreprises sont tenues de mentionner ce numéro dans leurs papiers d'affaires (factures, bons de commande, tarifs...).

B. La tenue des livres de commerce et la comptabilité

93. Évolution du droit de la comptabilité. Le Code de commerce réglementait surtout la forme des livres de commerce en vue d'en faire de bons instruments de preuve ; le commerçant qui ne tenait pas de livres ou qui les tenait de façon irrégulière n'encourait guère de sanctions pénales qu'en cas de faillite. Mais dans le milieu du XIX^e siècle, la comptabilité a pris une importance considérable : elle est devenue un moyen de contrôle pour les actionnaires qui confient leurs capitaux aux sociétés par actions ou pour les clients des banques ou surtout pour le fisc ; plus récemment, elle est apparue comme un moyen d'information et de direction de l'économie ; de là l'apparition d'un nouveau droit de la comptabilité qui se traduit par une réglementation des méthodes comptables, par un

renforcement des sanctions pénales et par l'organisation de contrôles permanents. La législation, pour une large part issue du Code de commerce, n'était plus adaptée à ces fonctions nouvelles. Profitant de l'application de la quatrième directive européenne du 25 juillet 1978 faisant obligation aux états membres de coordonner leurs législations nationales relatives à la présentation et au contenu des comptes annuels des sociétés de capitaux, le législateur énonça de nouveaux principes dans deux textes importants : la loi comptable du 30 avril 1983 complétée par le décret du 29 novembre 1983 et la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention des difficultés de l'entreprise qui a ajouté de nouvelles obligations à certaines entreprises. Un allègement des obligations comptables des commerçants est réalisé par le décret du 26 février 2002¹ (1°).

La loi Madelin du 11 février 1994 allège les obligations des commerçants personnes physiques en opérant des distinctions fondées sur la taille de l'entreprise (C. com., art. L. 123-25 et s.) (2°).

1° Principes gouvernant la comptabilité des commerçants

94. Obligations comptables applicables à tous les commerçants. La comptabilité est devenue un moyen d'information, de gestion et de contrôle, soit au profit de ceux qui sont intéressés à la marche de l'entreprise, soit au profit des services de l'économie nationale. Les principes applicables sont énoncés aux articles L. 123-12 et suivant du Code de commerce². Des documents comptables doivent être tenus (a). La tenue de la comptabilité est également soumise à des règles strictes (b).

a) Les documents comptables

1) Contenu des documents

95. Livres comptables. « Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise » énonce l'article L. 123-12 du Code de commerce. Tout commerçant doit en principe tenir au moins *trois livres*.

Le *livre journal* enregistre les mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise opération par opération et jour par jour. Cet enregistrement doit indiquer l'origine, le contenu et l'imputation de chaque opération ainsi que les références de la pièce justificative qui l'appuie. L'obligation de tenue du livre journal est assouplie pour les personnes physiques placées sur option ou de plein droit sous le régime réel simplifié d'imposition et de celles soumises au régime d'imposition des micro-entreprises.

Le *grand-livre* regroupe l'ensemble des comptes de l'entreprise. Il enregistre l'ouverture et le fonctionnement des comptes en liaison avec les écritures du livre journal.

Le *livre inventaire* récapitule chaque année, après évaluation, tous les éléments actifs et passifs de l'entreprise ; il reproduit également ses comptes annuels.

96. Tenue des livres. Le livre journal et le livre d'inventaire peuvent être cotés et paraphés sans frais par le greffier du tribunal de commerce ; ils sont tenus sans blanc ni

1. RTD com. 2002. 454, obs. B. Saintourens.

2. A. Viandier et Chr. de Lauzainghein, *Droit comptable*, « Précis », Dalloz.

altération d'aucune sorte. Chaque livre reçoit un numéro d'identification répertorié par le greffier. Des documents informatiques écrits peuvent tenir lieu de livre journal et de livre d'inventaire, à condition qu'ils soient identifiés, numérotés et datés dès leur établissement par des moyens offrant toute garantie en matière de preuve.

97. Les comptes annuels. Le commerçant est tenu d'établir des documents de synthèse ; ils comprennent nécessairement le bilan, le compte de résultat et l'annexe qui forment un tout indissociable.

Le *bilan* décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise et fait apparaître de façon distincte les capitaux propres. Le *compte de résultat* récapitule les produits et les charges de l'exercice sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement ; il fait apparaître, par différence après déduction des amortissements et des provisions, le bénéfice ou la perte de l'exercice. L'*annexe* complète et commente l'information donnée par le bilan et les comptes de résultat (C. com., art. L. 123-13).

Ces documents et les pièces justificatives doivent être conservés pendant dix ans.

Pour améliorer la prévention des difficultés de l'entreprise, la loi du 1^{er} mars 1984 impose aux sociétés commerciales, qui, à la clôture de leur exercice social, emploient au moins 100 salariés ou ont réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions de francs, d'établir des *documents de gestion prévisionnelle*. Ils doivent éclairer sur la situation présente et future de la société. Il s'agit de la situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible, du tableau de financement, du compte de résultat prévisionnel, du plan de financement. Ces documents doivent être communiqués aux commissaires aux comptes, au comité d'entreprise, au conseil de surveillance s'il en existe un (v. n° 810).

98. Documents facultatifs. Le livre journal et le grand-livre sont détaillés en autant de journaux auxiliaires et de livres auxiliaires que les besoins du commerce l'exigent (échancier, livre de caisse). Les écritures portées sur les journaux et les livres auxiliaires sont centralisées au moins une fois par mois sur le livre journal et le grand-livre.

99. Sanctions de la tenue des comptes. Au plan civil, une comptabilité irrégulièrement tenue ne peut faire preuve au profit de son auteur. Cependant, comme en droit commercial, la preuve est libre, le juge peut retenir les mentions de documents mal tenus à titre de présomption.

Les sanctions sont le plus souvent répressives. Au cas d'ouverture d'une procédure collective, les commerçants, artisans, dirigeants sociaux encourent la faillite personnelle s'ils ont omis de tenir une comptabilité conforme aux exigences légales ou fait disparaître tout ou partie des documents comptables. Ils encourent la banqueroute s'ils ont tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître les documents comptables ou se sont abstenus de tenir toute comptabilité. La loi fiscale (CGI, art. 1743) frappe de sanctions pénales quiconque a sciemment omis de passer ou faire passer des écritures, ou a passé ou fait passer des écritures inexactes ou fictives au livre journal et au livre d'inventaire, ou dans les documents qui en tiennent lieu.

2) La preuve par les documents comptables

100. Principes. Les documents comptables font preuve contre les commerçants (C. civ., art. 1330). Mais comme toujours en matière commerciale, la preuve contraire peut être faite par tous moyens.

Les documents comptables ne font pas preuve contre les non-commerçants (C. civ., art. 1329). Les livres peuvent valoir comme une présomption simple et le juge peut déférer le serment à l'autre partie.

Entre commerçants, la comptabilité régulièrement tenue peut être admise par le juge pour faire preuve pour faits de commerce (C. com., art. L. 123-23).

101. Utilisation en justice des documents comptables. Elle peut se faire selon deux modalités. La communication porte sur l'ensemble des documents comptables du commerçant ; elle ne peut être ordonnée que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, redressement ou liquidation judiciaire (C. com., art. L. 123-23). La production ne concerne que les documents qui intéressent le litige. Elle peut être ordonnée dans toute affaire contentieuse. Elle est soumise aux dispositions générales du nouveau Code de procédure civile (art. 138 à 142).

b) Établissement de la comptabilité

102. Exigences du plan comptable. Approuvé par arrêté du 2 avril 1982, le plan comptable a pour objectif de normaliser la tenue des comptes. La tenue de la comptabilité est ainsi soumise à des principes généraux.

Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise (C. com., art. L. 123-14).

Les articles L. 123-15 et suivants du Code de commerce énoncent des principes techniques pour l'établissement des comptes. Ils imposent plusieurs principes : la présentation détaillée des comptes annuels en autant de rubriques et de postes qu'il est nécessaire pour satisfaire à l'exigence de fidélité, la permanence des méthodes de présentation et d'évaluation des comptes, l'évaluation des biens à leur coût historique, la règle de prudence qui conduit par exemple à procéder aux amortissements et provisions nécessaires en cas d'absence ou d'insuffisance des bénéfices.

103. Exigences fiscales. La comptabilité des entreprises permet de contrôler les déclarations des bénéfices ou du chiffre d'affaires qui servent de base à l'impôt sur le revenu, à l'impôt des sociétés ou aux taxes sur le chiffre d'affaires. Chaque entreprise doit pour cette raison fournir le tableau des résultats de l'exercice, le bilan, le tableau des immobilisations et amortissements, le tableau des plus-values et moins-values, le tableau des provisions. Un droit de communication est reconnu aux inspecteurs de l'administration fiscale. Des délits fiscaux sanctionnent les comptabilités tenues irrégulièrement.

104. Exigences du droit des sociétés. Pour favoriser l'information des associés et des salariés et leur permettre l'exercice d'un certain contrôle, le législateur impose des publicités des comptes et organise leur communication. Après avoir été vérifiés par les commissaires aux comptes, les documents comptables des sociétés anonymes doivent être mis à disposition ou adressés aux actionnaires et au comité d'entreprise. Les obligations des sociétés cotées en bourse sont renforcées. Des publicités au BALO sont alors exigées. Leur contenu est précisé par un décret du 17 février 1986. Les banques et les compagnies d'assurances sont également soumises à des obligations particulières.

105. L'ordre des experts-comptables et des comptables agréés. Les professions indépendantes d'expert-comptable et de comptable agréé ont été organisées en un Ordre

national, inspiré des ordres d'avocats et de médecins. Cet ordre assure la discipline des professions afin que celles-ci soient exercées par des personnes honnêtes, compétentes et indépendantes. Une telle organisation contribue à la bonne tenue des comptabilités non seulement dans l'intérêt des entreprises mais aussi dans l'intérêt général.

2° Obligations comptables applicables à certains commerçants, personnes physiques

106. Allègement des obligations comptables. Dans son souci de favoriser l'initiative et l'entreprise individuelle, la loi Madelin allège les obligations comptables des petits commerçants exerçant sous forme individuelle. Les articles L. 123-25 et suivants du Code de commerce distinguent trois catégories de commerçants.

Des dérogations sont tout d'abord prévues en faveur des commerçants personnes physiques placés sur option ou de plein droit sous le régime réel simplifié d'imposition. Ces personnes peuvent inscrire au compte de résultat, en fonction de leur date de paiement, les charges dont la périodicité n'excède par un an, à l'exclusion des extras. Elles peuvent également procéder à une évaluation simplifiée des stocks et des productions en cours.

Des dérogations sont ensuite prévues en faveur des personnes physiques soumises à un régime forfaitaire d'imposition. Elles peuvent ne pas établir de comptes annuels ; elles doivent enregistrer au jour le jour les recettes encaissées et les dépenses payées, établir un relevé en fin d'exercice des recettes encaissées et des dépenses payées, des dettes financières, des immobilisations et des stocks évalués de manière simplifiée.

Des dérogations sont enfin énoncées en faveur des personnes physiques soumises au régime d'imposition des micro-entreprises (art. L. 123-28). Les personnes physiques ne peuvent tenir qu'un livre d'encaissement mentionnant chronologiquement le montant et l'origine des recettes qu'elles perçoivent au titre de leur activité professionnelle.

§ 2. SOUMISSION DES ACTES PASSÉS PAR LE COMMERÇANT À DES RÈGLES SPÉCIFIQUES

107. Évolution. Le droit d'être jugé par ses pairs c'est-à-dire par le tribunal de commerce constitue assurément le principal avantage attaché à la qualité de commerçant (v. *infra*, n° 245). D'autres avantages sont traditionnellement liés à la spécificité des contrats conclus par les commerçants. Mais le particularisme s'estompe fortement aujourd'hui. Le commerçant est un contractant professionnel comme un autre. Entrepreneur individuel à la direction d'une entreprise individuelle, il va pouvoir bénéficier des règles de plus en plus nombreuses qui profitent à l'ensemble des entreprises. Ainsi la loi du 1^{er} août 2003 reconnaît aux commerçants personnes physiques et aux artisans le droit d'adhérer à un groupement de prévention agréé¹.

Deux règles ne s'appliquent cependant qu'entre commerçants. Elles concernent la preuve, et la solidarité.

108. La preuve. La preuve est libre entre commerçants. Cette règle traditionnelle est énoncée à l'article L. 110-3 du Code de commerce. Pour faciliter la rapidité des transactions commerciales, le commerçant a toujours été dispensé de se préconstituer une preuve

1. C. com., art. L. 611-1 ; *RTD com.* 2003. 693, obs. B. Saintourens.

par écrit. Le commerçant peut donc prouver à partir de sa comptabilité et à partir de tous écrits ou témoignages.

Les règles relatives à la date certaine des actes juridiques ne s'appliquent pas. Il est donc tenu compte de la seule date figurant sur un contrat.

Le principe de la liberté de la preuve ne s'applique pas à un contrat commercial dès lors qu'il n'a pas été souscrit par un commerçant¹.

109. La solidarité. En vertu d'un usage, la solidarité se présume en matière commerciale, alors qu'elle doit être expressément stipulée en droit civil. Dès lors, le créancier peut à son choix poursuivre l'un des deux. Il n'a pas à supporter le risque d'insolvabilité de l'un d'entre eux.

Même si la question est débattue, la solidarité est la conséquence de la conclusion d'un acte de commerce. Il importe donc peu que les parties aient la qualité de commerçant. La règle est rigoureuse, car par exemple, une caution non commerçante va être tenue solidairement avec le débiteur principal dès lors que son cautionnement aura un caractère commercial. De même, le cessionnaire de parts entraînant cession de contrôle de la société sera présumé tenu solidairement avec un autre cédant.

Il a ainsi été proposé de n'appliquer la règle que lorsque deux commerçants, voire deux professionnels sont parties à l'acte². La lecture de certaines décisions pourrait révéler une évolution en ce sens.

Section 4

Les institutions spécifiques

110. Diversité. Les commerçants ont toujours eu des institutions constituées dans leur seul intérêt. La principale est la juridiction consulaire, chargée du règlement des litiges commerciaux. Elle se trouve aujourd'hui concurrencée par d'autres modes de règlements des litiges. Les parties peuvent préférer recourir à un arbitre ou à un médiateur (§ 1). D'autres institutions ont un rôle important (§ 2).

§ 1. LES INSTITUTIONS AYANT POUR MISSION DE RÉGLER LES LITIGES

111. Principes. L'existence même du droit commercial est étroitement liée à la présence de juridictions spécifiques, les tribunaux de commerce aussi désignés sous le nom de juridictions consulaires. Le maintien de ces juridictions assure aujourd'hui la survivance d'un droit commercial autonome. Le droit pour le commerçant d'être jugé par ses pairs constitue même l'une de ses dernières prérogatives exclusives (A).

Même si elles ne sont pas réservées aux commerçants, les procédures d'arbitrage sont principalement mises en œuvre pour régler des conflits commerciaux. Les exigences de confidentialité et de rapidité qui sont des impératifs propres au droit des affaires sont alors parfaitement prises en considération (B). Les mêmes exigences justifient le recours à la médiation (C).

1. V. pour un cautionnement : Civ. 1^{re}, 18 mai 2004, *RTD com.* 2004. 693, obs. B. Saintourens.

2. B. Dondéro, « La présomption de solidarité en matière commerciale : une rigueur à modérer », *D.* 2009. chron. 1097.

A. Les tribunaux de commerce

112. Tribunaux de commerce. Les tribunaux de commerce sont des juridictions d'exception qui connaissent en première instance d'un certain nombre de litiges intéressant le commerce énumérés par la loi. Leur origine lointaine se trouve dans les juridictions consulaires des villes italiennes du Moyen âge et dans les juridictions des foires. Le premier tribunal de commerce permanent fut créé à Paris, au Châtelet, par un édit de 1563 du chancelier Michel de l'Hospital, sous Charles IX. Composés de commerçants élus, ces tribunaux furent maintenus sous la Révolution et firent l'objet du livre IV du Code de commerce de 1807. Leur ressort ne coïncide pas toujours avec celui des tribunaux de grande instance qui sont d'ailleurs beaucoup moins nombreux ; là où il n'existe pas de tribunal de commerce, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent pour juger commercialement, en observant alors la procédure commerciale ; dans les départements d'Alsace et de Lorraine, les affaires commerciales relèvent de la chambre commerciale du tribunal de grande instance, présidée par un magistrat professionnel assisté de deux assesseurs commerçants élus, conformément aux règles du droit allemand qui a été conservé sur ce point.

Un débat est intervenu pour déterminer si les tribunaux de commerce devaient être conservés ou être supprimés comme ils l'ont été dans la plupart des pays d'Europe. En leur faveur, on fait remarquer que leur procédure est simple, rapide et peu coûteuse, que les juges consulaires ne sont pas rémunérés, qu'ils connaissent mieux les usages commerciaux et peuvent faire évoluer le droit en fonction des besoins du commerce, qu'ils sont mieux informés de la marche des entreprises ce qui est particulièrement utile dans les procédures collectives. En sens inverse, on relève que les litiges commerciaux soulèvent souvent de difficiles problèmes de droit que beaucoup de magistrats consulaires de petits tribunaux sont peu aptes à résoudre, que ces magistrats peuvent avoir à juger des concurrents, ce qui peut faire douter de leur impartialité, que la coexistence des tribunaux civils et des tribunaux de commerce soulève des conflits de compétence qui entraînent des retards. *Une réforme est en projet.* Elle aura pour objet d'introduire la *mixité* entre magistrats consulaires et juges professionnels au sein de ces juridictions, tout du moins lorsque les questions intéressent le droit des procédures collectives. La loi sur les nouvelles régulations précise quant à elle la compétence des tribunaux de commerce (COJ, art. L. 411-4 à L. 411-7).

113. Organisation des tribunaux de commerce. Les tribunaux de commerce sont créés et supprimés par décret. Ils fonctionnent sous l'autorité directe du ministre de la Justice. Les juges sont élus par un collège qui comprend les délégués consulaires, les membres en exercice des tribunaux de commerce et des chambres de commerce et d'industrie, les anciens membres des tribunaux de commerce et des chambres de commerce et d'industrie ayant demandé à être inscrits sur la liste électorale (COJ, art. L. 413-1). Sont éligibles les personnes âgées de trente ans au moins inscrites sur la liste électorale et justifiant soit d'une immatriculation depuis cinq ans au moins au registre du commerce et des sociétés, soit pendant le même délai, de l'exercice de l'une des qualités énumérées dans le texte de loi (art. L. 413-3). Les juges sont élus pour deux ans lors de leur première élection et pour quatre ans lors des élections suivantes. Ils sont rééligibles. Toutefois, après quatorze années de fonctions judiciaires ininterrompues dans un même tribunal de commerce, les magistrats ne sont plus éligibles dans ce tribunal pendant un an. Les juges prêtent serment devant la cour d'appel. Le tribunal comprend au moins un président (élu pour quatre ans) et deux juges. Le procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le

ressort duquel se trouve le siège du tribunal de commerce exerce le ministère public devant cette juridiction.

La représentation des parties est libre devant les tribunaux de commerce et le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. Les parties peuvent se faire représenter par des avocats ou des huissiers. Des greffiers ayant la qualité d'officiers ministériels exercent leurs fonctions auprès des tribunaux de commerce. Dans de nombreux tribunaux de commerce, il existe d'autres auxiliaires de justice : les administrateurs judiciaires et les mandataires liquidateurs. Ils interviennent dans les procédures collectives depuis la loi du 25 janvier 1985 ayant supprimé la profession de syndic. Tous ces auxiliaires sont soumis à une discipline professionnelle sous la surveillance du tribunal et parfois du procureur de la République près le tribunal de grande instance.

114. Compétence d'attribution des tribunaux de commerce. Les tribunaux de commerce ne peuvent connaître que des litiges qui leur sont attribués en vertu d'un texte de loi. Peu importe d'ailleurs la valeur du litige ; même si cette valeur est minime, le tribunal d'instance ne peut pas en connaître. Les tribunaux de commerce connaissent :

- des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ;
- des contestations relatives aux sociétés commerciales ;
- des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Ce texte peut justifier une compétence élargie des tribunaux de commerce. Ces derniers sont ainsi compétents pour trancher les litiges nés à l'occasion des cessions de contrôle mais également des honoraires dus à un conseiller intervenant lors de l'opération¹.
- des billets à ordre portant en même temps des signatures de commerçants et de non-commerçants². Ne sont point de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru, ni les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier.

Le tribunal de commerce est absolument incompétent pour connaître des autres litiges et il doit, au besoin, se déclarer d'office incompétent. En revanche, si un litige commercial est porté devant un tribunal civil, l'incompétence de celui-ci n'est que relative et doit être soulevée dès le début du procès par le défendeur.

115. Compétence territoriale de tribunaux de commerce. Ce sont les règles du droit commun qu'il y a lieu d'appliquer en vertu des articles 42 et suivants du nouveau Code de procédure civile de 1975. En matière contractuelle, le demandeur a le choix entre le tribunal du domicile commercial du défendeur (ou du siège social de la société défenderesse) et le tribunal du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service. Il semble que le tribunal dans le ressort duquel se trouve une succursale est aussi compétent pour connaître des litiges nés des contrats conclus par cette succursale (jurisprudence dite des « gares principales »).

Un contrat commercial peut aussi attribuer compétence territoriale à un tribunal déterminé. Pour être valable la *clause de compétence territoriale* doit figurer dans un contrat

1. Com. 15 janv. 2008, *RTD com.* 2008. 497, obs. B. Saintourens.

2. Lorsque les billets à ordre ne portent que des signatures de non-commerçants et n'ont pas pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce est tenu de renvoyer au tribunal de grande instance s'il en est requis par le défendeur.

commercial pour toutes les parties. D'autre part, elle doit être spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée, afin que celle-ci puisse être considérée comme l'ayant acceptée au moins tacitement (nouv. C. pr. civ., art. 48).

116. Procédure commerciale. En principe, la procédure devant les tribunaux de commerce est la même que devant les tribunaux de grande instance. Il existe cependant des différences dont les principales sont les suivantes :

a) le président du tribunal peut autoriser à assigner le défendeur à bref délai en cas d'urgence ;

b) il n'est pas nécessaire que les parties se signifient des conclusions écrites ;

c) les parties peuvent comparaître personnellement ou se faire représenter par toutes personnes munies d'une procuration ; les avocats sont dispensés de procuration ;

d) si les parties le demandent, le tribunal peut renvoyer l'affaire au délibéré d'un juge qui essaie de les concilier ; à défaut, le juge fait un rapport au tribunal qui statue ; sous cette réserve et sauf en cas de faillite, il n'y a pas de juge rapporteur, ni de juge chargé de la mise en état des causes ;

e) le tribunal de commerce peut statuer par un jugement unique sur sa compétence et sur le fond. Dans ce cas, la procédure du « contredit » ne joue pas et le jugement ne peut être frappé que d'appel ;

f) les voies de recours, appel et opposition, sont en principe soumises aux règles du droit commun. Le tribunal de commerce statue en dernier ressort et sans appel lorsque le principal de la demande ne dépasse pas 5 000 euros. En cas d'appel, l'affaire est portée devant la cour d'appel qui doit instruire et juger l'affaire comme en matière sommaire ce qui permet notamment de signifier des conclusions jusqu'au jour de l'audience. Si l'arrêt de la cour est frappé d'un pourvoi en cassation l'affaire est portée devant la Chambre commerciale de la Cour de cassation ;

g) les jugements des tribunaux de commerce sont en principe exécutoires « par provision » nonobstant appel, sur la demande d'une des parties ;

h) en cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut statuer « en référé » ou sur simple requête ; par cette procédure rapide, il peut notamment accorder des délais, nommer un séquestre, un expert, un administrateur provisoire, etc.¹ ;

i) une procédure simplifiée, la *procédure d'injonction de payer*, est prévue pour le recouvrement des créances notamment celles représentées par une lettre de change acceptée ou un billet à ordre. Le créancier demande au président du tribunal de commerce de rendre une ordonnance enjoignant au débiteur de payer sa dette ; cette ordonnance, qui n'a pas besoin d'être motivée, est notifiée au débiteur qui dispose d'un délai d'un mois pour former un contredit qui est porté, après une tentative de conciliation devant le tribunal. Dans ce cas, la procédure ordinaire suit son cours ; si le débiteur ne forme pas de contredit, l'ordonnance est revêtue de la formule exécutoire, et elle permet au créancier de procéder à des saisies pour se faire payer.

B. L'arbitrage commercial

117. Principes gouvernant la procédure. L'arbitrage est souvent utilisé dans les litiges commerciaux, spécialement dans les relations internationales. Les parties y voient, à tort

1. Ph. Grandjean, « L'évolution du référé commercial », *RJC* 1993. 177.

ou à raison, un moyen rapide et relativement économique de parvenir à résoudre leurs litiges, sans leur donner la publicité d'une instance devant le tribunal. Des chambres d'arbitrages, véritables juridictions privées, ont été créées par des chambres de commerce et par la Chambre de commerce international.

L'arbitrage interne et l'arbitrage international sont régis par les dispositions du nouveau Code de procédure civile (art. 1442 à 1507).

Deux types de conventions peuvent donner naissance à une procédure d'arbitrage.

Par la *clause compromissoire*, les parties à un contrat promettent à l'avance de soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

La clause doit être stipulée par écrit. Elle doit désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. Cette clause a été prohibée dans les contrats civils et dans les actes mixtes. La loi sur les nouvelles régulations économiques modifiant l'article 2061 du Code civil l'*autorise dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle*. Elle précise le domaine possible de l'arbitrage. L'article L. 411-4 du Code de l'organisation judiciaire autorise en effet les parties, au moment ou elles contractent à soumettre à l'arbitrage les litiges de la compétence des tribunaux de commerce à l'exception de ceux concernant les billets à ordre.

Si le litige survient, il est nécessairement soumis à la procédure d'arbitrage.

Le *compromis* est la convention par laquelle les parties à un litige déjà né soumettent celui-ci à l'arbitrage. Le compromis est, à la différence de la clause compromissoire, valable entre particuliers sauf dans les matières qui intéressent l'état des personnes ou l'ordre public.

Les arbitres ont une certaine liberté pour organiser la procédure mais ils sont tenus de respecter les principes directeurs énoncés dans le nouveau Code de procédure civile et qui protègent les droits de la défense. Ils peuvent ordonner la communication de pièces.

Les parties ont la possibilité de donner pouvoir aux arbitres de statuer en *amiable compositeur*, c'est-à-dire en équité. La sentence présente les caractères d'un jugement. Dès son prononcé, elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Elle n'est cependant susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une *décision d'exequatur* émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel elle a été rendue.

La sentence peut faire l'objet d'un appel devant la cour d'appel. Les parties peuvent renoncer à cette faculté. La renonciation se déduit de l'attribution aux arbitres du rôle d'amiable compositeur. Les parties ont alors un recours en annulation en cas de violation du principe du contradictoire ou d'une règle d'ordre public.

C. La médiation ou conciliation

118. Utilité. La procédure d'arbitrage peut apparaître lourde et coûteuse. Pour cette raison, la pratique a imaginé de nouveaux modes de règlements des conflits fondés sur l'accord des parties. Il peut être fait appel à un médiateur ou à un conciliateur. Il s'agit dans les deux cas d'organiser un règlement pacifique du litige. Il est fait appel à une personne, le médiateur ou le conciliateur, chargé de rapprocher les points de vue en recherchant l'origine du litige qui n'est pas nécessairement juridique.

En cas de succès de sa mission, le médiateur établit un procès-verbal de conciliation signé par les parties. En cas d'échec, les parties peuvent recourir à l'arbitrage ou saisir la juridiction compétente.

§ 2. LES AUTRES INSTITUTIONS SPÉCIFIQUES

119. Structures administratives. Diverses institutions favorisent l'activité commerciale. Sous l'autorité du Premier ministre, plusieurs ministres dont les domaines de compétence varient au gré des changements de gouvernement ont vocation à intervenir : ministres du commerce, de l'artisanat, de la recherche, du commerce extérieur.

Le rôle majeur est cependant assuré par des organismes ou instituts.

– Le Commissariat général au plan a pour vocation d'établir des priorités dans le développement de l'activité commerciale. Dans un système d'économie libérale son rôle ne peut qu'être minime.

– La DATAR (délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale) joue un rôle dans la politique de régionalisation.

– Le FDES (fonds de développement économique et social) et l'IDI (Institut de développement industriel) peuvent aider financièrement les entreprises.

Divers organismes rattachés aux collectivités territoriales peuvent venir en aide aux entreprises en difficulté. Tel est le cas des CODEFI (comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises).

Le Conseil économique et social est une assemblée d'élus qui a pour vocation de donner son avis sur certains textes. C'est aussi une structure de rencontres.

Il existe des *organismes qualifiés d'autorités administratives indépendantes* : l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers.

120. Organismes professionnels. Les commerçants sont représentés par des *chambres de commerce et d'industrie*. La loi relative aux petites et moyennes entreprises rénove leur statut et leurs fonctions (C. com., art. L. 710 -1 et s.).

Il existe un *réseau des chambres de commerce et d'industrie* qui se compose des chambres de commerce et d'industrie, des chambres régionales de commerce et d'industrie, des groupements interconsulaires que peuvent former plusieurs chambres entre elles et de l'assemblée des chambres françaises du commerce et d'industrie. Il remplit des missions de service public et d'intérêt général en contribuant au développement économique des territoires.

Les chambres de commerce et d'industrie sont créées par un décret qui fixe leur siège et leur circonscription. Elles représentent auprès des pouvoirs publics les intérêts de l'industrie, du commerce et des services de leur circonscription.

Elles ont un *rôle de consultation* à l'égard de l'état sur les règlements relatifs aux usages commerciaux. Elles peuvent être consultées par l'état et les collectivités locales sur les projets d'infrastructure, sur les projets en matière de formation professionnelle et plus généralement sur toute question relativement à l'industrie, au commerce et au développement économique. Elles sont associées à l'élaboration des schémas de cohérence territoriale et des plans locaux d'urbanisme.

Elles ont une *mission de services aux entreprises industrielles et commerciales*. Elles créent et gèrent des centres de formalité des entreprises. Elles peuvent également créer et assurer directement d'autres dispositifs de conseil et d'assistance aux entreprises, dans le respect du droit de la concurrence et sous réserve de la tenue d'une comptabilité analytique.

Elles doivent *contribuer au développement économique du territoire*. À ce titre, elles peuvent assurer des fonctions de maîtrise d'ouvrage ou de maîtrise d'œuvre de tout projet d'infrastructure ou d'équipement et gérer tout service concourant à l'exercice de leurs

missions. Elles peuvent gérer des équipements ou infrastructures. Ainsi, elles peuvent se voir confier des délégations de service public en matière d'aéroports, de ports et de voies navigables.

Elles peuvent *gérer des structures de formation professionnelle*.

Au niveau de la région, les chambres régionales exercent des missions comparables (C. com., art. L. 711-7).

Au plan national, il existe une assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie. Aux termes de l'article L. 711-11, elle représente auprès de l'état et de l'Union européenne ainsi qu'au plan international, les intérêts nationaux de l'industrie, du commerce et des services. Elle anime le réseau des chambres de commerce et d'industrie.

Les membres élus sont des commerçants et représentants des sociétés commerciales. Ces chambres ont un rôle consultatif pour des sujets concernant l'activité économique ; elles gèrent de nombreux organismes tels des centres de recherche, des ports ou aéroports. Elles jouent un rôle important dans la désignation des magistrats consulaires. Elles ont également une mission d'assistance et de conseil auprès des entreprises. La chambre de commerce et d'industrie de Paris est un organisme de la toute première importance. Les *chambres de métiers* représentent les artisans. Il existe aussi des syndicats représentatifs de secteurs d'activités. Ils peuvent établir des conventions types pour leurs adhérents. En face d'eux, ils trouvent maintenant des associations de consommateurs investies par le législateur de pouvoirs de plus en plus importants.

Des organismes interprofessionnels gèrent des services d'intérêt commun et défendent certains produits comme les vins, le blé.

La *chambre de commerce internationale* est un organisme international dont le siège est à Paris. Cet organisme purement privé joue un rôle important dans l'élaboration du droit commercial international.

Les autres acteurs de la vie commerciale

121. Mouvement d'unification des professions. Classiquement, il était d'usage, dans la présentation du droit commercial, d'opposer le commerçant à d'autres catégories professionnelles. Il est vrai que dans un passé récent, les commerçants, les artisans, les agriculteurs, les membres des professions libérales avaient chacun leur corps de règles et leurs institutions spécifiques. Un mouvement d'unification s'est amorcé depuis quelques années et les clivages s'estompent : les professionnels tendent à former un corps unique ; ils s'opposent désormais aux salariés et aux consommateurs. Les structures d'exercice de leur activité deviennent similaires. Les procédures collectives ont ainsi vocation à s'appliquer à tous ces professionnels dans des conditions voisines. Des particularismes subsistent mais pour combien de temps encore ? Après la présentation de ces acteurs à part entière que sont les artisans (Section 1), les agriculteurs (Section 2) et les professions libérales (Section 3), il conviendra de préciser le statut du conjoint des chefs d'entreprises (Section 4) et celui des auto-entrepreneurs (Section 5).

Un statut est enfin offert aux professionnels aidant à la création, à la reprise ou à la cession d'une entreprise (Section 5).

Section 1

Les artisans

122. La distinction du commerçant et de l'artisan. Historiquement, la distinction entre artisans et commerçants est importante. L'artisan vit de son travail manuel alors que le commerçant trouve son profit dans l'accomplissement d'actes de commerce.

Aujourd'hui, la distinction subsiste mais il faut bien reconnaître qu'elle a perdu une grande part de son utilité. Progressivement, le législateur soumet les artisans aux mêmes règles que les commerçants. Les conjoints et pacsés bénéficient ainsi des statuts offerts aux proches du commerçant (C. com., art. L. 121-1 et L. 121-8). Les artisans ont un fonds artisanal et sont soumis au droit des procédures collectives. Deux distinctions majeures subsistent pourtant. En premier lieu, l'artisan appartient au secteur des métiers et à ce titre il est soumis à une réglementation administrative particulière. En second lieu, *les litiges intéressant les artisans sont de la compétence des juridictions civiles*. Cependant, lorsqu'une *procédure collective* est ouverte, c'est bien la juridiction commerciale qui devient compétente.

§ 1. LA RÉGLEMENTATION ADMINISTRATIVE

123. Définition administrative de l'artisan. La loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat¹ retient la définition suivante de l'artisan : « sont des artisans, les personnes physiques et les personnes morales qui n'emploient pas plus de dix salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établie par décret (art. 19-1). Les personnes remplissant ces conditions appartiennent au secteur des métiers et doivent s'inscrire au répertoire des métiers ». Depuis la loi du 4 août 2008, il existe des dérogations à l'obligation d'immatriculation au répertoire des métiers. Il s'agit de favoriser le développement des petites entreprises.

124. Le répertoire des métiers. Il a toujours existé une réglementation propre aux artisans. Un *Code de l'artisanat* énonce ainsi certaines règles. De nombreux décrets sont intervenus dont l'un en date du 10 juin 1983 créant le répertoire des métiers. La loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat fixe de nouvelles règles. Elle renforce notablement la portée de l'inscription au répertoire des métiers. Seules les personnes inscrites peuvent se prévaloir, à certaines conditions ayant trait à leur compétence, de la qualité d'artisan, de celle d'artisan d'art ou de maître artisan. Ces qualités peuvent aussi être attribuées aux conjoints collaborateurs, aux conjoints associés et aux associés prenant part personnellement et habituellement à l'activité de l'entreprise. Le président de la chambre des métiers a des pouvoirs renforcés par la loi du 1^{er} août 2003 pour veiller à ce que des personnes ne réunissant pas les conditions puissent se prévaloir de la qualité d'artisan². Un décret en date du 24 août 2007 renforce les attributions de la Chambre des métiers³.

Une ordonnance en date du 30 mai 2008 précise dans quelles conditions les qualifications professionnelles obtenues à l'étranger sont validées⁴.

Seules ces personnes peuvent utiliser le mot « artisan » et ses dérivés pour l'appellation, l'enseigne, la promotion et la publicité de l'entreprise, du produit ou de la prestation de service (L. 5 juill. 1996, art. 21).

§ 2. LE STATUT PRIVÉ DE L'ARTISAN

125. L'artisan non commerçant. Pour être qualifié d'artisan, la personne doit répondre à plusieurs exigences. L'artisan doit travailler sans l'apport d'une main-d'œuvre interne ou externe, Il doit exercer de manière prépondérante une activité de production, transformation ou prestation de service dont il tire l'essentiel de sa rémunération. L'achat pour revente de marchandises ne doit représenter qu'une faible part du résultat d'exploitation. Lorsque l'artisan n'exerce pas d'activité commerciale, il n'est pas, par tradition soumis au

1. Th. Revet, « Les qualifications artisanales au regard de la liberté du commerce et de l'industrie », *Dalloz Affaires* 1998. 51 ; *Les réformes du commerce et de l'artisanat*, LGDJ, 1998.

2. Art. 19-1, L. 5 juill. 1996, *RTD com.* 2003. 693, obs. B. Saintourens.

3. *JCP*, éd. E, 2007. 2424

4. *JCP*, éd. E, 2008. 2227, obs. H. Azarian et B. Saintourens.

régime juridique applicable aux commerçants. Les litiges le concernant sont ainsi de la compétence des juridictions civiles¹.

Cependant, le législateur tend à rapprocher, voir à unifier les règles de droit privé applicables à ces deux catégories de professionnels.

L'artisan n'a pas un fonds de commerce mais il est titulaire d'un *fonds artisanal*. Les règles relatives à la vente et au nantissement du fonds de commerce lui sont applicables (L. 5 juill. 1996, art. 22). Il est simplement précisé que « sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement du fonds artisanal : l'enseigne et le nom professionnel, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier professionnel, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les dessins et modèles ainsi que les autres droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés ».

Le fonds artisanal peut être mis en location-gérance au même titre que le fonds de commerce. L'artisan régulièrement inscrit a droit à la *propriété commerciale* et donc droit à une indemnité en cas de non-renouvellement de son droit au bail.

Le statut des *conjointes d'artisans* est identique à celui des conjoints de commerçants. Il en va de même des concubins et personnes pacsées.

Enfin, depuis la réforme des procédures collectives par la loi du 25 janvier 1985, les artisans peuvent être déclarés en redressement ou liquidation judiciaire comme les commerçants. Les tribunaux de commerce sont alors compétents.

126. Statut professionnel de l'artisan. Il existe des organisations professionnelles propres aux artisans : les *chambres des métiers* composées de membres élus parmi les chefs d'entreprises et les compagnons². Ces chambres tiennent les répertoires des métiers, les *centres de formalités des entreprises artisanales*. Il existe une Chambre nationale qui étudie les problèmes de la profession.

127. L'artisan commerçant. Un artisan peut être commerçant. L'immatriculation au répertoire des métiers ne dispense pas, le cas échéant, de l'immatriculation au registre du commerce (L. 5 juill. 1996, art. 19-II).

L'artisan commerçant est alors totalement assimilé au commerçant. Les litiges le concernant sont de la compétence des tribunaux de commerce.

L'artisan n'est commerçant que s'il réunit les critères définis par la jurisprudence. Il doit spéculer sur le travail d'autrui et doit donc avoir plusieurs salariés. Il doit accomplir de nombreux achats pour revendre, signer des traites, avoir de nombreuses machines.

Section 2

Les agriculteurs

128. Caractère civil de l'activité agricole. L'activité agricole est traditionnellement une activité civile. L'article 638 du Code de commerce énonce ainsi que ne sont point de la compétence des tribunaux de commerce « les contestations dirigées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, à raison de la vente de produits de son cru ». Même si le

1. Com. 11 mars 2008, *JCP*, éd. E, 2008, 2227 : cas d'une action en concurrence déloyale.

2. Déc. 27 août 2004, *JCP*, éd. E, 2004, Act. 197.

critère était délicat à mettre en œuvre, il a toujours été admis que l'agriculteur qui procédait à des achats pour revendre accomplissait des actes de commerce et devenait commerçant. Il suffisait pour cela que l'agriculteur achète plus qu'il ne produisait lui-même. Des éleveurs, des pépiniéristes pouvaient ainsi être commerçants.

Une loi du 30 décembre 1988 a clarifié la situation. Dans son article 2, elle répute agricoles et civiles « 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 ».

L'activité agricole ne s'éloigne pourtant pas du monde des affaires, bien au contraire.

Tout d'abord, la loi nouvelle n'exclut pas que certains agriculteurs puissent devenir commerçants. Seuls les critères changent. Il existe un fonds agricole.

Ensuite, les entreprises agricoles sont soumises au droit des procédures collectives.

Enfin, d'autres points de rapprochements existent. Le contrat d'intégration qui unit l'agriculteur à un fournisseur d'aliments est proche d'autres contrats conclus par les professionnels. L'agriculteur est inscrit à un registre comparable au registre du commerce et des sociétés. Une réflexion plus générale est en cours pour déterminer si la spécificité de l'entreprise agricole mérite d'être maintenue.

Section 3

Les professionnels ayant une activité libérale

129. Règles applicables. Les professionnels exerçant une activité libérale sont peut-être ceux qui traditionnellement sont les plus éloignés des commerçants. Par nature, leur activité est civile. Un principe veut également que les clientèles civiles soient incessibles en tant que telles.

Pourtant, depuis quelques années, notre droit a pris en compte les évolutions importantes des professions libérales. Ces professionnels se groupent de plus en plus pour l'exercice de leur activité. Ils ont besoin de capitaux (que l'on songe aux cliniques). Ils emploient de nombreux salariés. Au plan économique, il existe de véritables *entreprises libérales*.

La soumission au droit commercial a commencé lorsque le législateur a par une loi du 31 décembre 1990, offert à ces professionnels la possibilité d'exercer leur activité en recourant aux *sociétés d'exercice libéral* qui sont des sociétés commerciales, qu'il s'agisse de sociétés en participation, de SARL ou de société anonyme. Seules quelques règles particulières ont été introduites pour tenir compte des qualités professionnelles exigées de leurs membres¹.

La loi en faveur des petites et moyennes entreprises institue un statut du collaborateur libéral.

Le droit des procédures collectives s'applique à ces sociétés ce qui est une autre avancée sensible du droit commercial.

1. V. en dernier lieu le décret en date du 23 août 2004 organisant les sociétés de participations financières de profession libérale d'avocats : *JCP*, éd. E, 2004. 1299 ; *D.* 2004. 2211.

Allant plus loin, un auteur a proposé la reconnaissance d'un *fonds libéral* sur le modèle du fonds de commerce¹. La jurisprudence, en admettant sous conditions la *cession de clientèles civiles* semble consacrer cette analyse. Des îlots de résistance au droit commercial subsistent cependant. Les tribunaux de commerce ne sont pas compétents, même pour les procédures collectives. Ces professionnels ne peuvent pas se prévaloir de la propriété commerciale.

Section 4

Le statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale

130. Principes. Il est fréquent que le conjoint d'un commerçant participe à l'exploitation du fonds. Une loi du 10 juillet 1982 a apporté des précisions sur le statut du conjoint collaborateur. *Le statut conféré manifeste la volonté du législateur de protéger le conjoint* du commerçant qui s'investit personnellement par son travail dans le fonds de commerce. La loi offre au conjoint la possibilité de choisir la qualité sous laquelle il entend intervenir².

Un premier renforcement de la protection résulte de l'article L. 526-4 du Code de commerce. Ce texte impose à toute personne physique mariée sous le régime de communauté légale ou conventionnelle qui s'inscrit à un registre professionnel de justifier que son conjoint a été informé des conséquences sur les biens communs des dettes contractées dans l'exercice de sa profession.

La loi du 2 août 2005 en faveur de petites et moyennes entreprises renforce les droits des conjoints³. D'une part, elle ne réserve plus la protection aux seuls conjoints de commerçants. Sont désormais concernés les conjoints du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale. D'autre part, la protection du conjoint est renforcée. Le statut social est renforcé par des obligations relatives aux assurances. Elle se prolonge en cas de divorce. Un nouvel article L. 121-4-1 du Code de commerce confie en effet au juge le soin de veiller aux intérêts du conjoint tout en préservant les droits des tiers. Lorsque le divorce est prononcé, le juge doit ordonner en veillant à préserver l'intérêt des tiers, le partage des obligations contractées par les époux dans le cadre de la gestion de l'entreprise. Il peut mettre à la charge exclusive du conjoint qui conserve le patrimoine professionnel, ou à défaut la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise, les dettes et les sûretés consenties par le couple, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion de l'entreprise.

La loi du 4 août 2008 étend le bénéfice de ces dispositions aux *personnes pacées* (C. com., art. L. 121-8) mais non aux concubins à la différence de la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006 pour les agriculteurs.

1. Fonds qui serait la technique juridique d'organisation de l'entreprise libérale individuelle, J.-J. Daigre, « Du fonds libéral en général », in *Études à la mémoire de A. Sayag*, p. 191 ; Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *JCP* 2000. II. 10452, note F. Vialla ; *RTD civ.* 2001. 130. note J. Mestre et B. Fages et 167, note Th. Revet.

2. J. Beauchard, « Les difficultés d'application du nouvel article 4 du Code de commerce », *D.* 1984, chron. 147 ; S. Amiel-Donat, « La femme du boulanger, dix ans plus tard », in *Mélanges Colomer*, p. 7 ; Ph. Pétel, « Le nouvel article 4 du Code de commerce, dix ans après », in *Mélanges Colomer*, p. 365.

3. *RTD com.* 2005. 701, obs. B. Saintourens.

§ 1. L'EXERCICE PAR LE CONJOINT D'UN COMMERCE À TITRE INDÉPENDANT

131. Conditions. En application de l'article L. 121-3 du Code de commerce, « le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux ». Ce droit reconnu au conjoint de s'établir est discrétionnaire. Tout au plus, le mari peut-il demander au juge, comme pourrait le faire la femme, que soient prises des mesures de sauvegarde, s'il y a mise en péril des intérêts de la famille. C'est l'article 220-1° du Code civil qui doit alors être invoqué. La femme peut exercer son commerce sous son propre nom. Son domicile peut être distinct du domicile conjugal (C. civ., art. 108). La loi du 23 décembre 1985 a conféré à chacun des conjoints la même autonomie professionnelle. En conséquence, la femme commerçante a la gestion exclusive de ses biens professionnels (C. civ., art. 1421). De même, la femme engage par ses actes les biens de la communauté. S'agissant du cautionnement ou de l'emprunt, la femme n'engage cependant que ses biens propres et ses revenus à moins que le consentement signé du mari ait été obtenu. Alors tous les biens communs sont engagés.

§ 2. LES STATUTS OFFERTS AU CONJOINT

132. Critère de détermination du statut. Le conjoint qui ne fait que collaborer avec son époux chef d'entreprise n'est en principe pas lui-même commerçant. La loi lui offre la possibilité d'adhérer à l'un des trois statuts suivants : *il peut être collaborateur, salarié ou associé* (C. com., art. L. 121-4).

La loi relative aux petites et moyennes entreprises étend considérablement le nombre des conjoints bénéficiaires de la protection. L'article L. 121-4 dans sa nouvelle rédaction s'applique au conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle. Il importe donc peu que l'entreprise concernée soit une entreprise individuelle ou une société.

La situation du conjoint qui n'opte pas pour l'un de ces statuts est délicate à déterminer. L'article L. 121-3 du Code de commerce présume que l'époux collaborateur n'est pas commerçant (il ne l'est que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux). La présomption posée est cependant simple. Dès lors, il est possible de démontrer que le conjoint est commerçant. Deux voies sont alors ouvertes à ceux qui veulent prouver cette qualité.

Ils peuvent apporter la preuve que par sa présence et ses actes le conjoint est bien commerçant pour avoir de manière indépendante exercé des actes de commerce et en avoir fait sa profession habituelle¹.

Ils peuvent démontrer l'existence d'une *société créée de fait* entre les conjoints pour l'exploitation du fonds².

La loi en faveur des petites et moyennes entreprises impose au conjoint d'adhérer à l'un des trois statuts proposés. Le chef d'entreprise doit mentionner le statut choisi par le conjoint auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation.

1. Com. 4 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 1 ; Com. 15 mars 2005, *JCP*, éd. E, 2005. 728. En l'espèce, le conjoint a été considéré comme commerçant et mis en procédure collective, l'épouse était inscrite comme co-exploitante du fonds de commerce. Des éléments de fait démontraient que celle-ci était intervenue, selon des choix qui ne lui ont pas été dictés, à la réalisation habituelle d'actes de nature commerciale ayant pour finalité l'intérêt de l'entreprise commune.

2. Com. 11 juill. 1989, *JCP*, éd. E, 1989. II. 15415, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 29 mars 1994, *Bull. Joly* 1994. 665, note J. Vallansan.

133. Conjoint collaborateur. Le conjoint est considéré comme collaborateur lorsqu'il exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil¹. Les conjoints qui exercent à l'extérieur de l'entreprise une activité salariée d'une durée au moins égale à la moitié de la durée légale du travail, ou une activité non salariée, sont présumés ne pas exercer dans l'entreprise une activité professionnelle de manière régulière. En ce qui concerne les sociétés, le statut du conjoint collaborateur n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée dont l'effectif n'excède pas vingt salariés (Décr. 1^{er} août 2006, art. 3). Le choix effectué par le conjoint du gérant majoritaire de bénéficiaire du statut de conjoint collaborateur est porté à la connaissance des associés lors de la première assemblée générale suivant la mention de ce statut auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise (CFE, registre du commerce, répertoire des métiers).

Le conjoint collaborateur assiste le chef d'entreprise sans être rémunéré et sans exercer aucune autre activité professionnelle. L'article L. 121-6 énonce que le conjoint collaborateur est réputé avoir reçu du chef d'entreprise le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise. Le mandat peut prendre fin par déclaration faite devant notaire. La présomption de mandat cesse également de plein droit en cas de séparation de corps ou de séparation de biens judiciaires et lorsque le conjoint n'est plus mentionné au registre du commerce ou au répertoire des métiers. La qualité de collaborateur confère au conjoint un certain nombre d'avantages sociaux. Sa situation n'est cependant pas totalement satisfaisante². Un arrêt récent rendu par la Chambre commerciale le démontre bien³. Le cas le plus dramatique est celui dans lequel le conjoint commerçant est en procédure collective. Le conjoint a alors tout intérêt à bénéficier également de la procédure. Si tel n'est pas le cas et qu'il est marié sous le régime de la communauté, il contribue alors aux pertes. La famille peut alors être ruinée. À juste titre la Cour de cassation a refusé le bénéfice de l'ouverture de la procédure collective au conjoint collaborateur. Ce dernier est seulement mentionné au registre du commerce. Il n'y est pas inscrit. Or l'inscription est une condition de l'ouverture de la procédure. Pour pouvoir obtenir l'ouverture de la procédure collective, le conjoint doit donc démontrer qu'il est co-exploitant ou que les conditions de la confusion de patrimoine sont réunies. Ce sera rarement le cas.

La réforme devrait assurer une meilleure protection du conjoint collaborateur. Un nouvel article L. 121-7 du Code de commerce énonce que « dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont toujours réputés accomplis pour le compte du chef d'entreprise, et n'entraînent à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle ».

1. Décr. 1^{er} août 2006, art. 1.

2. N. Cocquempiot-Caulier, « La protection du conjoint collaborateur... un leurre », *JCP*, éd. E, 2002. 676 ; M. Cabrillac, « L'extension de la procédure collective du commerçant à son conjoint collaborateur », *Mélanges Honorat*, Éd. Frison-Roche, p. 81 ; F.-X. Lucas, « L'attraction du conjoint *in bonis* dans la procédure collective », colloque CRAJEFE 23 mars 2002, *Petites Affiches* 24 avr. 2003, p. 4.

3. Com. 11 févr. 2004, *D.* 2004. 565, obs. A. Lienhard ; *JCP*, éd. E, 2004. 1742, note I. Parachkevova ; *RTD com.* 2004. 243, obs. B. Saintourens.

134. Conjoint salarié. Le conjoint est considéré comme salarié lorsqu'il participe effectivement à l'entreprise à titre professionnel et habituel et qu'il reçoit une rémunération au moins égale au SMIC. L'exigence de subordination n'a pas à être respectée¹.

Ce statut assure au conjoint une couverture complète offerte par le régime général de la Sécurité sociale.

135. Conjoint associé. C'est celui qui participe, dans le cadre d'une société, à l'activité de l'entreprise. Cette qualité lui confère au sein de l'entreprise à la fois des droits de contrôle et d'administration et une vocation au partage des bénéfices. La loi du 10 juillet 1982 encourage le recours à la formule sociétaire. La société peut être constituée par apport des biens communs. Des apports en industrie sont autorisés dans les SARL. Le conjoint apporte alors uniquement son travail. Enfin, depuis la loi du 23 décembre 1985, deux époux peuvent être associés dans une société quelle qu'elle soit (C. civ., art. 1832-1).

Section 5

Les auto-entrepreneurs

136. Justification. Les auto-entrepreneurs constituent une nouvelle catégorie d'entrepreneurs instituée par la loi du 4 août 2008². Par la création de ce nouveau statut, le législateur a voulu encourager le développement des micro-entreprises et la création d'entreprises par ceux qui exercent déjà une activité à temps partiel. Le régime proposé est attractif car les formalités sont assouplies et le régime fiscal et social intéressant. La formule a rencontré immédiatement un grand succès. En réalité, trois statuts sont offerts. Celui de la micro-entreprise, celui de micro-entrepreneur et celui d'auto-entrepreneur.

137. La micro-entreprise. La micro-entreprise se caractérise par sa taille. Au sens du droit communautaire, une micro-entreprise ne dépasse pas les limites de deux des trois seuils suivants : 10 salariés, un total bilan inférieur à 500 000 euros et un montant net du chiffre d'affaires inférieur à 11 millions d'euros. En droit français les seuils sont beaucoup plus bas. Pour bénéficier du régime fiscal avantageux des BIC les entreprises ne doivent pas dépasser le seuil de 80 000 euros pour les activités de vente et de fourniture de logement et celui de 32 000 euros pour les prestations de services. L'application du régime entraîne un mode simplifié du calcul du bénéfice imposable. Les obligations fiscales et comptables sont aussi allégées.

138. Statut du micro-entrepreneur. L'entrepreneur principal exploitant une micro-entreprise bénéficie d'un régime fiscal et social et avantageux. Il s'agit de prélèvements libératoires pour les cotisations sociales et pour l'impôt sur le revenu. Le statut se compose en réalité de deux options : l'option pour le régime micro-social et l'option pour un prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu qualifié de micro-fiscal.

1. Soc. 6 nov. 2001, *RTD com.* 2002. 36, obs. B. Saintourens.

2. D. Gallois-Cochet, « Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME », *JCP*, éd. E, 2009. 1407.

139. Statut de l'auto-entrepreneur. Le statut de l'auto-entrepreneur est réservé à celui qui a opté pour le régime micro-social. Le statut comporte la dispense d'immatriculation au registre du commerce ou au répertoire des métiers. Les personnes doivent simplement déclarer leur activité auprès du Centre de formalité des entreprises compétent. N'étant pas immatriculé, l'auto-entrepreneur ne bénéficie pas du statut des baux commerciaux. L'auto-entrepreneur peut faire l'objet d'une procédure collective.

Une information des tiers est prévue sur les documents commerciaux et à l'occasion des opérations portant sur le fonds exploité par un auto-entrepreneur.

Pour éviter qu'un salarié ne fasse concurrence à son employeur, il est prévu que les salariés ne peuvent, sans l'accord de leur employeur exercer à titre complémentaire l'activité professionnelle prévue à leur contrat de travail auprès des clients de leur employeur.

Aux termes de l'article L. 8221-6 du Code du travail, est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec le donneur d'ordres¹.

Section 6

Les professionnels aidant à la création, la reprise ou la cession d'une entreprise

140. Raison d'être. Le législateur s'efforce aujourd'hui de favoriser l'aide aux entrepreneurs qui en ont besoin. L'aide peut provenir d'une personne morale dans le cadre d'un contrat d'appui à un projet d'entreprise. Elle peut aussi être assurée par le cédant de l'entreprise dans le cadre d'un tutorat.

141. Contrat d'appui au projet d'une entreprise. Le contrat d'appui au projet d'entreprise est une création de la loi du 1^{er} août 2003 (C. com., art. L. 127 -1 et s. ; Décr. 19 mai 2005).

Il s'agit d'un contrat par lequel une personne morale s'oblige à fournir, par les moyens dont elle dispose, une aide particulière et continue à une personne physique, non salariée, à temps complet qui s'engage à suivre un programme de préparation à la création ou à la reprise et à la gestion d'une activité économique. le contrat est conclu pour une durée de douze mois renouvelable. Lorsqu'en cours de contrat débute une activité économique, le bénéficiaire doit procéder à l'immatriculation de l'entreprise. Avant toute immatriculation, les engagements pris par le bénéficiaire à l'égard des tiers à l'occasion du programme d'appui sont au regard de ces tiers, assumés par l'accompagnateur. La personne morale responsable de l'appui et le bénéficiaire sont, après l'immatriculation, tenus solidairement des engagements pris par ce dernier conformément aux stipulations du contrat d'appui.

142. Le tutorat en entreprise. C'est une création de la loi relative aux petites et moyennes entreprises en date du 2 août 2005. Il s'agit de l'un des dispositifs mis en place pour faciliter la transmission et la reprise d'une entreprise.

1. Sur la portée d cette disposition, v. J. Barthélémy, « Statut de l'auto-entrepreneur, présomption renforcée d'absence de contrat de travail et développement de la création d'entreprise », *JCP*, éd. E, 2009. 1455.

Le nouvel article L. 129-1 du Code de commerce énonce que le cédant d'une entreprise commerciale, artisanale ou de services peut, après cette cession et la liquidation de ses droits à pension de retraite, conclure avec le cessionnaire de cette entreprise une convention aux termes de laquelle il s'engage à réaliser une prestation temporaire de tutorat. Cette prestation vise à assurer la transmission au cessionnaire par le cédant de son expérience. Le tuteur bénéficie alors d'une prime de transmission à la charge de l'état.

Deuxième partie

L'exercice de l'activité commerciale sous forme individuelle

143. Attractivité de l'entreprise individuelle. Aujourd'hui, il existe plus d'un million et demi d'exploitants individuels. Depuis plus de vingt-cinq ans pourtant le législateur s'est efforcé de renforcer l'attractivité des sociétés. De nombreux obstacles à la constitution de société ont ainsi été levés qu'il s'agisse du capital ou du nombre d'associé. L'ambition était de faire de la société la structure adaptée pour toutes les entreprises. Tout dernièrement, encore la loi de modernisation de l'économie dispense les SAS d'un capital minimum et du recours au commissaire aux comptes en dessous d'un certain seuil. L'objectif affiché est de permettre aux entrepreneurs d'adopter des structures sociétaires laissant une large place à la liberté contractuelle.

Malgré les réformes, beaucoup de professionnels restent cependant attachés à l'exercice de l'activité sous forme individuelle. Les réformes récentes renforcent cet attrait dans la mesure où un statut de l'entrepreneur individuel est en cours d'élaboration. Autre évolution significative et essentielle, l'entrepreneur individuel a désormais la *possibilité de limiter son risque entrepreneurial*.

144. Inconvénients de la structure sociétaire. La société est devenue très attractive en raison des nombreux assouplissements apportés aux formalités de constitution et au choix de structures nouvelles adaptées à ceux qui souhaitent exercer à titre individuel. Pourtant, la société présente toujours des inconvénients.

Les premiers sont d'ordre juridique. Toute société est soumise à un formalisme lors de sa constitution et par la suite lors de son développement. Il existe ainsi un formalisme lié à la tenue des assemblées.

Les contraintes comptables et fiscales sont également plus nombreuses. La mise en société a ainsi un coût et nécessite le recours permanent à des professionnels du droit et de la comptabilité.

À une certaine époque, le choix d'une structure sociétaire pouvait permettre au gérant de bénéficier d'un régime fiscal ou social avantageux. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. L'entrepreneur individuel peut bénéficier d'un régime équivalent à celui d'un dirigeant de société.

145. Mesures de faveur pour les entrepreneurs individuels. En créant différents statuts tels celui du micro-entrepreneur, le législateur renforce l'attractivité de l'entreprise individuelle. Cependant, lorsque le professionnel exerce son activité à titre individuel il

dispose dans son patrimoine du fonds de commerce qui regroupe tous les biens affectés à l'entreprise à l'exception de l'immeuble et des contrats (Chapitre 1). Il en résulte que tout son patrimoine professionnel ou personnel répond de ses dettes. Aujourd'hui, le législateur offre des techniques permettant de limiter ce risque, ce qui doit favoriser le choix de la structure individuelle (Chapitre 2).

Le fonds de commerce

146. Importance du fonds de commerce. Le fonds de commerce est assurément l'une des pièces maîtresses du droit commercial¹. Au début du siècle, le fonds de commerce désignait la boutique composée de quelques droits mobiliers rassemblés par un commerçant indépendant. Comme le souligne un auteur, « au sein du patrimoine du commerçant, le fonds de commerce représentait une certaine richesse et le produit d'un travail personnel ayant consisté à sélectionner, réunir et organiser un ensemble d'éléments autour d'un objectif de conquête et de conservation de la clientèle »². La notion a été consacrée par le législateur par l'importante loi du 17 mars 1909 relative à la vente du fonds.

À l'origine de la consécration du fonds, il y a une constatation simple. Tout commerçant grâce à ses compétences, à la réunion d'un certain nombre d'éléments corporels et incorporels, dispose d'une clientèle. Cet ensemble constitue une valeur, qui en tant que telle, doit pouvoir être cédée ou constituer un moyen d'obtenir du crédit (le fonds peut être l'assiette d'une sûreté).

Le fonds de commerce peut ainsi être l'objet de plusieurs opérations : la vente, le nantissement, la location-gérance, le crédit-bail. Une opération unique porte sur des éléments de nature différente, individuellement soumis à des règles propres. Le fonds est ainsi le principal bien du commerçant.

L'avenir du fonds est pourtant incertain³. La notion même de fonds a pu être contestée au motif que des biens importants pour le commerçant ne figurent pas dans le fonds de commerce : l'immeuble en propriété⁴, les créances. L'exploitation ne peut ainsi être dotée d'un régime unitaire.

La notion d'entreprise rendrait ainsi mieux compte des réalités économiques⁵. P. Didier utilise ainsi la notion de fonds d'entreprise⁶. Cependant, l'entreprise en tant que telle a des difficultés à devenir l'un des acteurs ou l'un des objets du droit commercial.

Le développement des sociétés et tout particulièrement des EURL est un facteur d'affaiblissement plus important. Toute société a bien un fonds de commerce mais le recours à la notion est alors moins utile car ce sont des parts et actions qui sont alors cédées ou données en nantissement.

1. J. Derruppé, *Le fonds de commerce*, Dalloz, « Connaissance du droit », 1994 ; « Le fonds de commerce, mythe ou réalité », *AJDI* 2001. 1042 et s.

2. P. Le Floch, « Propriété commerciale et distribution intégrée », in *Mélanges Cl. Champaud*, p. 406.

3. P. Le Floch, *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, LGDJ, 1986.

4. J. Foyer, « L'immeuble, le fonds de commerce et le fonds agricole », *Mélanges P. Didier*, p. 161.

5. CREDA, *L'entreprise individuelle*, Litec, 1981.

6. P. Didier, « À quoi sert la clientèle ? », *Mélanges J. Calais-Auloy*, p. 352.

La multiplication des réseaux de distribution pourrait aussi constituer une menace. L'exercice du commerce est de moins en moins indépendant. Le commerçant exerce dans le cadre de réseaux de distribution (franchises, concessions) ou de centres commerciaux. La clientèle, qui est considérée comme l'élément essentiel du fonds, est alors de moins en moins attachée à la personne du commerçant. C'est la marque qui fait vendre et elle n'appartient pas au commerçant. À terme, la notion de fonds de commerce qui a été conçue pour des commerçants indépendants pourrait donc être remise en cause (v. *infra*, n° 130). Il peut en effet sembler artificiel d'appliquer aujourd'hui à des formes de distribution nouvelles un droit du fonds de commerce et des baux commerciaux créés pour protéger de petits commerçants exerçant leur activité isolément et en toute indépendance¹.

Cependant, d'autres éléments permettent de penser que *le fonds peut demeurer l'une des notions clefs du droit commercial* à la condition peut être d'évoluer dans sa définition et son contenu². Il peut demeurer la seule structure juridique adaptée à la petite entreprise.

D'une part, la codification du droit commercial à droit constant est assurément un facteur de stabilité de notre droit, de même que le maintien des tribunaux de commerce. Il n'existe aucune volonté de reconstruire notre droit des professionnels sur des fondements totalement nouveaux.

D'autre part, la jurisprudence a montré son attachement à la notion en reconnaissant aux distributeurs l'existence d'une clientèle et donc d'un fonds de commerce³. Elle a consacré le fonds libéral, alignant progressivement son statut sur celui de son modèle⁴ et admettant à certaines conditions la cession de la clientèle civile⁵. Le législateur a de son côté créé un fonds agricole par la loi du 5 janvier 2006.

Il y a ainsi place pour une conception rénovée du fonds qui doit prendre en compte le développement des réseaux de distribution et le développement du commerce électronique. Cette évolution peut conduire à intégrer dans le fonds des éléments qui en sont traditionnellement exclus comme les immeubles ou les contrats nécessaires à l'activité commerciale. Facteur de rattachement de la clientèle, les noms de domaine doivent faire partie du fonds de commerce. Il n'est pas non plus inconcevable de consacrer la notion de *fonds de commerce électronique*⁶.

Aujourd'hui beaucoup d'opérations portent sur le fonds de commerce. Préalablement à la présentation de leur régime (Section 2), il importe de préciser la composition du fonds de commerce (Section 1).

1. G. Parléani, « Le "petit commerce" au début du XXI^e siècle », Droit et actualité, *Études offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, p. 621.

2. J. Derrupé, « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », in *L'Avenir du droit, Mélanges offerts à Fr. Terré*, p. 577 ; Travaux du congrès des notaires 2009, n° spécial *RJC* 2009, consacré au centenaire du fonds de commerce.

3. CA Paris, 16^e ch. A, 4 oct. 2000 (2 arrêts) : *JCP*, éd. E, 2001. 324, note B. Boccara ; *RTD com.* 2000, obs. J. Derrupé. Cet arrêt opère un revirement par rapport à une décision de la même chambre en date du 6 février 1996 ayant refusé à un franchisé le bénéfice de la propriété commerciale ; Civ. 3^e, 27 mars 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1252, note F. Auque.

4. F. Vialla, *L'introduction du fonds libéral en droit positif français*, Litec, 1999 ; J.-J. Daigre, « Du fonds libéral en général », *Études à la mémoire d'A. Sayag*, p. 191.

5. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000 : *Cah. dr. entr.* 1/2001, p. 10, note F. Viala ; *JCP*, éd. E, 2001. 419, note G. Loiseau, *RTD civ.* 2001. 167, note Th. Revet, et 130, obs. J. Mestre et B. Pages. Pour la Cour de cassation, « 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 ».

6. J. Huet, « La problématique du commerce électronique », *RJC*, nov. 2000 ; D. Ferrier, « Le fonds de commerce virtuel », *Cah. dr. entr.* 2/2000, p. 14 ; X. Linant de Bellefonds, « Clientèle et nouvelles technologies », CREDA, 2000, p. 34 et s.

Section 1

La composition du fonds de commerce

147. Absence de définition légale. Il n'existe pas de définition légale du fonds de commerce. Cependant, les différents textes relatifs au fonds éclairent la notion (§ 1). Parmi les éléments composant le fonds, certains ont une importance toute particulière : le bail commercial (§ 2), les droits de propriété industrielle (§ 3). Des développements particuliers doivent leur être consacrés.

§ 1. LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE

148. Principes. En l'absence de définition, le fonds de commerce a toujours nourri la controverse.

Une première interrogation est relative aux éléments composant le fonds de commerce. *Des éléments n'y figurent pas* : Il s'agit d'une part des *immeubles* car la vente immobilière est soumise à un régime propre. L'exclusion concerne d'autre part les créances et les *dettes* qui demeurent personnelles à l'exploitant. C'est l'intention présumée de l'acquéreur qui justifie alors cette solution.

La doctrine dominante considère que *le fonds regroupe l'ensemble des éléments permettant d'attirer la clientèle*. Mais c'est la place de cette dernière dans la définition du fonds qui divise la doctrine. La clientèle est-elle l'un des éléments du fonds¹ ou constitue-t-elle le critère de l'existence du fonds, le but poursuivi par le commerçant ? La loi du 17 mars 1909 relative à la vente du fonds (C. com., art. L. 141-1 et s.) comme la jurisprudence consacre la première analyse². Cependant on peut penser que la clientèle est à la fois un élément du fonds et sa finalité³. Ainsi s'explique la définition retenue par la cour d'appel de Paris dans son arrêt en date du 4 octobre 2000⁴ : « Le fonds de commerce est un ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire celui de la perte des investissements qu'il a faits pour l'acquérir, le maintenir et le développer ». La Cour de cassation a clairement consacré cette analyse dans un arrêt de principe en date du 27 mars 2002. La clientèle fait bien partie du fonds et le fonds ne peut être réduit à elle⁵.

La référence à la clientèle a été récemment contestée. Une vision économique du fonds permet de le définir comme « l'ensemble des biens meubles employés par un commerçant pour l'exercice de son activité ou, encore, comme l'ensemble des biens meubles employés par une entreprise pour la réalisation de son objet⁶ ». Le concept de clientèle a ainsi pu être utile alors que celui d'entreprise était encore ignoré. Aujourd'hui, le concept demeure opératoire dans la mesure où des effets sont toujours attachés au fonds commerce et que ce dernier demeure défini par référence à la clientèle. Si notre droit devait attacher des

1. « La clientèle, c'est le fonds », écrivait Ripert.

2. Req. 15 févr. 1937, S. 1937. 1. 169, note Rousseau.

3. En ce sens O. Barret, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001.

4. JCP, éd. E., 2001. 324, note B. Boccara.

5. Civ. 3^e, 27 mars 2002, JCP, éd. E., 2002. 1252, note F. Auque.

6. P. Didier, « À quoi sert la clientèle ? », *Mélanges J. Calais-Auloy*, op. cit.

conséquences à la seule entreprise individuelle, les concepts de fonds de commerce et de clientèle perdraient tout intérêt.

La deuxième interrogation concerne la nature du fonds de commerce. Ce n'est ni une personne morale, ni une entreprise, ni un patrimoine d'affectation. C'est une *simple universalité*.

Le fonds de commerce est donc composé d'éléments disparates (A) qui forment une universalité de fait (B).

A. Diversité des éléments composant le fonds de commerce

149. Classification. La loi ne fixe pas une composition type de fonds de commerce. Elle se contente de classer ses éléments en trois catégories qui présentent notamment un intérêt pour l'assiette du privilège du vendeur ou du nantissement. Il faut distinguer :

- les éléments incorporels : clientèle et achalandage, nom commercial, nom de domaine et enseigne, droit au bail, brevets, marques et autres droits de propriété industrielle et commerciale ;

- le matériel et l'outillage ;

- les marchandises.

Parmi ces éléments, seule la clientèle est indispensable pour qu'il y ait un fonds de commerce¹ ; elle n'est d'ailleurs pas suffisante et d'autres éléments incorporels ou corporels doivent lui servir de support. Mais aucun de ces autres éléments n'est absolument essentiel ; même le droit au bail, c'est-à-dire le droit à la jouissance d'un local n'est pas indispensable. Le fonds de commerce est donc un ensemble à contenu variable. Il est composé d'éléments corporels (1°) et d'éléments incorporels (2°).

1° Éléments corporels

150. Matériel et outillage. Ce sont des biens meubles affectés à l'exploitation du fonds : machines, outillage, matériel roulant, mobilier, etc. Si le propriétaire du fonds de commerce est en même temps propriétaire de l'immeuble et qu'à raison de l'aménagement spécial de celui-ci, ces machines ou ce matériel présentent le caractère d'immeubles par destination, ils ne font pas partie du fonds.

Le matériel et l'outillage sont souvent l'objet d'une convention de crédit-bail. Ils n'appartiennent donc pas au commerçant.

151. Marchandises. Ce sont les stocks de matières premières ou de produits destinés à la vente. Le lien avec le fonds est beaucoup plus lâche. Elles sont exclues du nantissement de fonds de commerce. Elles font partie de l'assiette du privilège du vendeur mais en cas de vente elles sont libérées les premières.

1. Req. 15 févr. 1937, *D.* 1938. 13, note Cordonnier ; Com. 29 mai 1953, *JCP* 1953. II. 7720, note Cohen.

2° Éléments incorporels

a) La clientèle

152. Nature de la clientèle. La clientèle est constituée par l'ensemble de ceux qui s'approvisionnent habituellement auprès d'un commerçant déterminé. Elle se distingue de l'*achalandage*, clientèle passagère qui n'offre aucun lien de fidélité au marchand puisqu'elle consomme uniquement en raison de son emplacement. Le terme de clientèle peut désigner la clientèle effective, le terme d'*achalandage* désignant la clientèle potentielle¹.

La clientèle n'est pas un élément du fonds de commerce analogue aux autres. C'est sans nul doute le principal élément du fonds, celui sans lequel il ne saurait exister². Mais la clientèle n'existe que parce que d'autres éléments du fonds permettent son ralliement (l'emplacement du local, la marque). La clientèle ne peut donc se comparer aux autres éléments. Le commerçant n'a pas un « droit » sur la clientèle car celle-ci est libre d'aller chez un autre commerçant³.

La clientèle est donc tout à la fois un élément du fonds et le résultat de la réunion de tous les autres éléments⁴. La recherche et la conservation de la clientèle constituent le but du commerçant et la raison d'être du fonds qui en constitue le support.

La Cour de cassation a confirmé cette analyse pour reconnaître au franchisé l'existence d'une clientèle autonome⁵. Elle a ainsi défini la clientèle : « la clientèle locale n'existe que par le fait de moyens mis en œuvre par le franchisé parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail ; cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel, avec ses fournisseurs et prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls ».

La portée attachée à la clientèle a été contestée. Notre droit commercial peut se construire aujourd'hui à partir de la notion d'entreprise. Pour définir cette dernière, il n'est nul besoin de se référer à la clientèle. Mais tant que notre droit commercial demeurera construit autour de la notion de fonds, on peut penser que le rôle attaché à la clientèle subsistera. Cependant sa définition doit s'adapter aux nouvelles formes de distribution⁶.

1. J. Derruppé, « Fonds de commerce et clientèle », in *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 231 ; « La distinction de la clientèle et de l'achalandage », in *Études offertes à J. Savatier*, PUF, 1992. La cession de l'achalandage à la différence de celle de la clientèle n'équivaut pas à la vente du fonds.

2. Une doctrine classique considère même que le fonds de commerce est une propriété incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servant à l'exploitation (Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, 15^e éd. par M. Germain, n° 522). La propriété du fonds serait de même nature que la propriété intellectuelle analysée comme un droit sur la clientèle. L'objet de la propriété du commerçant désigne la création abstraite, qui sous diverses formes s'exprime à travers une exploitation commerciale. Le droit du commerçant sur sa clientèle peut ainsi être rapproché du droit d'un titulaire d'une marque ou d'un brevet. La création est celle d'une exploitation commerciale. Dans la logique de cette analyse, l'action en concurrence déloyale devait permettre de protéger le droit du commerçant sur sa clientèle. Cette analyse ne correspond plus au droit positif. Le commerçant n'a pas de propriété sur une clientèle. Il n'a des droits que sur certains éléments permettant d'attirer la clientèle tels le droit au bail, la marque, le nom commercial, l'enseigne. V. P. Le Floch, « Propriété commerciale et distribution intégrée », in *Mélanges Cl. Champaud*, p. 413.

3. Civ. 3^e, 18 mai 1978, *Bull. civ.* III, n° 205.

4. Pour O. Barret (*Les opérations sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001, n° 1), elle est au cœur de la notion de fonds de commerce.

5. Civ. 3^e, 27 mars 2002, *JCP*, éd. E, 2002, 1252, note F. Aueu.

6. P. Didier, « La clientèle appropriée », *Travaux du CREDA*, 2004.

153. Caractères de la clientèle. La jurisprudence a progressivement défini les caractères essentiels de la clientèle¹.

La clientèle est la condition essentielle d'existence d'un fonds de commerce. Le fonds n'existe donc que si son titulaire dispose d'une clientèle réelle et certaine. La création d'un fonds ne peut pas précéder l'apparition de la clientèle. Inversement, un fonds de commerce ne saurait survivre à la disparition de la clientèle.

La vente du fonds entraîne la cession de la clientèle. Une cession d'une branche autonome d'activité à laquelle est attachée une clientèle propre constitue une cession de fonds de commerce indépendant.

La clientèle doit être *personnelle* à celui qui se prévaut du fonds de commerce. Le commerçant doit se prévaloir d'une *clientèle autonome*. Elle doit donc lui être attachée. Pourtant, il n'est pas toujours facile de déterminer l'appartenance d'une clientèle. Il convient successivement de rechercher quel est l'élément qui attire principalement la clientèle. Dans un deuxième temps, il faut identifier le propriétaire de cet élément.

Ce raisonnement a permis de refuser de reconnaître l'existence de fonds et donc le bénéfice du statut des baux commerciaux, au profit de ceux qui profitent d'une clientèle créée par d'autres et donc préexistante. Tel est le cas de ceux qui tiennent des buvettes dans des hippodromes, des bancs sur des parkings de supermarchés (v. *infra*, n° 143).

b) Le droit au bail

154. Importance du droit au bail. Le droit au bail est souvent le principal élément du fonds de commerce. Dans la majorité des cas, en effet, le commerçant n'est pas propriétaire de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité. Il est donc essentiel pour lui de pouvoir disposer d'un local de manière prolongée.

Pour protéger le commerçant, un décret du 30 septembre 1953 a instauré un régime particulier pour les baux commerciaux (C. com., art. L. 145-1 et s.). Le preneur est assuré d'une durée minimum de neuf ans. Ses droits sont renforcés. Le preneur a droit au renouvellement de son bail. L'expression de *propriété commerciale* traduit bien la force de cette prérogative.

La cession du droit au bail commande souvent celle du fonds. Aussi, toute clause ou convention tendant à interdire au locataire la cession de son bail ou de son droit au renouvellement à l'acquéreur du fonds est frappée de nullité.

c) Signes de ralliement de la clientèle

155. Le nom commercial est le nom sous lequel le commerçant exerce le commerce. Ce peut être son nom patronymique, un prénom, un surnom ou même une dénomination de fantaisie.

Même lorsqu'il est constitué par le nom patronymique, le nom commercial fait partie du fonds et est transmissible avec lui à l'acquéreur. Il se détache alors de la personne physique qui le portait. Le titulaire du nom ne peut dès lors plus faire défense à l'acquéreur du fonds d'en faire usage². Le nom, traditionnellement considéré comme un attribut de la personnalité, devient ainsi l'*objet d'une propriété incorporelle*.

1. Y. Serra, « La clientèle », *Droit et patrimoine* juillet 1996, p. 64.

2. Com. 12 mars 1985, *D.* 1985. 471, note J. Ghestin.

Le nom commercial est protégé par l'*action en concurrence déloyale* contre les usurpations ou imitations des concurrents qui pourraient être cause de confusion dans l'esprit de la clientèle (v. *supra*, n° 517). Toutefois, un concurrent peut toujours se servir de son propre nom patronymique, même si ce nom était déjà utilisé par un autre commerçant. Il devra toutefois prendre toutes précautions pour éviter des confusions, par exemple mentionner son prénom, la date de fondation de la nouvelle entreprise ou utiliser une présentation distincte des produits. Il ne faut pas qu'il s'agisse d'un simple prête-nom utilisé dans un but de fraude¹.

Le nom commercial notoire bénéficie d'une protection renforcée. C'est ainsi que l'accord donné par son titulaire à une société de l'utiliser ne vaut pas abandon définitif de ses prérogatives². La société ne peut déposer le nom à titre de marque sans autorisation (v. *supra*, n° 192).

156. L'enseigne sert à désigner la boutique plutôt que l'entreprise. Elle peut se confondre avec le nom commercial ; mais ce peut être une dénomination de fantaisie (Hôtel de France, au Bon Marché, etc.) ou un emblème (enseigne en fer forgé, animal, armoiries, etc.). Moyen de ralliement de la clientèle elle est liée au fonds de commerce et transmissible avec lui. L'action en concurrence déloyale permet de la protéger contre les imitations des concurrents à la condition qu'elle ne soit pas simplement descriptive ou banale et tombée dans le domaine public (la question se pose pour la croix verte des pharmacies). La protection est limitée au périmètre géographique dans lequel se trouve la clientèle liée à l'enseigne et qui est naturellement variable selon, par exemple, qu'il s'agit d'un débit de boissons ou d'un grand magasin qui a une clientèle nationale.

157. Les noms de domaine. Les noms de domaine sont apparus avec le développement de l'Internet³. *Le nom de domaine permet en effet de désigner un site.* Il s'agit d'une adresse plus facilement lisible que l'adresse informatique ou numérique correspondant à une suite de chiffres. Le nom de domaine est très vite devenu un signe de ralliement de la clientèle. C'est en effet un signe distinctif qui a une valeur patrimoniale et qui peut être vendu. Sa protection s'en trouve renforcée⁴.

Les conditions de la protection sont les suivantes⁵. Elles ont été précisées par un décret en date du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'internet⁶. Le titulaire du nom de domaine doit justifier de son droit sur la dénomination revendiquée, donc de son dépôt. L'autorité de nommage est une association de droit privé américaine, l'ICANN (*Internet for Assigned Names and numbers*). L'ICANN habilite des offices d'enregistrement. C'est l'AFNIC pour la France. L'AFNIC habilite des bureaux d'enregistrement. L'AFNIC gère les noms de domaine pour la France. Il existe trois sous domaines : pour la zone fr. les sous-domaines publics, sectoriels et ceux réservés à des

1. Fr. Pollaud-Dulian, « L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial », *JCP* 1992. I. 3618.

2. V. l'affaire *Ducasse* : Com. 6 mai 2003, *D.* 2003. 2228, note G. Loiseau, *D.* 2004. 263, obs. J.-C. Hallouin ; *Bull. Joly* 2003. 921, obs. P. Le Cannu ; *Rev. soc.* 2003. 548, obs. G. Parléani.

3. J.-B. Blaise et J. Huet, « Commerce électronique et nom de domaine », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 434 ; Ch. Alleaume, « Les noms de domaine », *RJC* 2000. 102 ; G. Loiseau, « Nom de domaine et Internet : turbulence autour d'un nouveau signe distinctif », *D.* 1999. chron. 245.

4. G. Loiseau, « L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine », *Droit et patrimoine*, mars 2001, p. 59 ; CA Paris, 18 oct. 2000, *D.* 2001. J. 1379, note G. Loiseau.

5. E. Tardieu-Guigues, « La protection des noms de domaine », *Cah. dr. entr.* 3/2003, p. 14 ; S. Rocques, « Le nom de domaine, un nouveau signe distinctif inquiétant pour les titulaires de marque », *Propri. industr.* juin 2002, p. 13.

6. C. Manara, « Le décret relatif à l'attribution des noms de domaine », *D.* 2007. chron. 1740.

organismes professionnels. Une autre distinction oppose les noms de domaine de premier niveau à ceux du second niveau. Le décret s'applique aux noms de domaine de premier niveau.

Il précise les conditions du choix des noms de domaine. Ainsi un nom identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel est conféré un droit de propriété intellectuelle par les règles nationales ou communautaires ou par le présent code ne peut être choisi pour nom de domaine sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi.

De même, un nom identique à un nom patronymique ne peut être choisi pour nom de domaine ; sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi.

Le titulaire du nom doit ensuite justifier de l'antériorité de son usage par rapport au signe contesté. Il doit enfin justifier de l'existence d'un risque de confusion qui entraîne, dans l'esprit du public, l'emploi de ce dernier. La jurisprudence récente n'exige pas que le nom de domaine ait un caractère distinctif¹. Si les conditions sont réunies, le titulaire du nom peut agir sur le fondement de la concurrence déloyale et du parasitisme.

Plusieurs conflits peuvent apparaître. Le premier oppose les titulaires de deux noms de domaines.

En application du principe de spécialité, la solution du conflit dépend du point de savoir si les deux signes servent à promouvoir des activités semblables risquant d'entraîner une confusion dans l'esprit du public entre les deux titulaires.

Le second conflit oppose le titulaire d'une marque et celui du nom de domaine. Il est tenu compte de l'antériorité et du risque de confusion. La spécialité du nom de domaine s'apprécie par référence aux produits ou aux services offerts sur le site. Dès lors, un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, peu important que celle-ci soit déposée en classe 38, pour désigner des services de communication télématique, que si les produits et les services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires à ceux visés dans l'enregistrement de la marque et de nature à entraîner un risque de confusion dans l'esprit du public².

Lorsque le nom de domaine évoque la marque alors même que les produits sont différents, une distinction s'impose. La protection est renforcée lorsque les marques sont notoires. Le titulaire de la marque peut alors se prévaloir de l'article L. 713-5 du CPI. Le titulaire doit cependant démontrer le caractère injustifié ou préjudiciable de l'emploi³. Lorsque la marque n'est pas notoire, le titulaire ne peut agir que sur le fondement du parasitisme ou de la concurrence déloyale⁴. La procédure amiable de règlement des litiges en ligne peut être utilisée.

Pour accélérer le règlement des conflits, une procédure a été mise en place par l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) d'après les recommandations de l'OMPI. Des centres de médiation et d'arbitrage sont mis en place.

1. Com. 7 juill. 2004, *JCP*, éd. E, 2005. 81, n° 4, obs. E.T.-G.

2. Com. 13 déc. 2005, *D.* 2006. 2322, obs. S. Durrande ; *JCP*, éd. E, 2006. 1234, note Caron.

3. Le titulaire de la marque « Décathlon » n'a ainsi pas pu faire interdire l'usage du mot dans son usuel comme nom de domaine : Com. 29 févr. 2007, *D.* 2007. AJ. 795.

4. Le nom de domaine « Argus » peut être retenu alors même que la revue *Argus de l'automobile* a un droit sur ce mot : Com. 23 janv. 2007, *D.* 2007. AJ. 795 ; *JCP* 2008. 1000, obs. Chr. Caron.

d) Droits de propriété industrielle

158. Définition. Ce sont des biens de nature incorporelle qui procurent à leurs titulaires un *monopole d'exploitation ou d'utilisation*. Il s'agit des marques, des brevets, des dessins et modèles. Ces droits ont une valeur considérable car ils constituent le plus souvent la véritable richesse d'une entreprise. Ces droits s'acquièrent et sont protégés dans des conditions précisées par le Code de la propriété intellectuelle (v. *infra*, n° 196).

Progressivement, le nom de domaine a donc un régime qui le rapproche des véritables droits de propriété intellectuelle. Dès lors qu'il est de plus en plus considéré comme une valeur et non plus comme une simple adresse, il est légitime de conférer à son bénéficiaire un droit d'exclusivité, un droit de propriété et non plus un simple droit d'usage¹.

e) Autres éléments incorporels

159. Licences et contrats transmis. Le fonds de commerce peut aussi comprendre des licences ou autorisations administratives, comme la licence des débits de boissons, les cartes de transporteurs publics, les contingents de mouture attribués aux moulins. Mais d'autres autorisations sont personnelles au commerçant et ne sont pas transmissibles avec le fonds ; le successeur doit en demander une autre, comme par exemple pour la licence d'agence de voyages.

Enfin, dans la vente ou la location-gérance de fonds de commerce, le bénéfice ou la charge de certains contrats passe ou peut passer au successeur. Ainsi les contrats de travail se continuent automatiquement ; il en est de même des contrats d'assurance relatifs au fonds sauf résiliation par l'acquéreur ou l'assureur. Il est fréquent que le successeur s'engage à continuer les contrats de fourniture (par ex. abonnement au téléphone, contrats d'édition avec des auteurs, etc.) ou à exécuter les commandes antérieures, sauf compte à faire avec le prédécesseur.

B. Qualification de l'ensemble

160. Caractère d'universalité. Le fonds de commerce est un tout qui est soumis à un régime juridique particulier, distinct du régime qui demeure applicable à chacun des éléments qui le composent : ainsi les règles qui régissent la vente ou le nantissement du fonds de commerce, dans son ensemble, ne sont pas celles applicables à la vente ou à la mise en gage de chacun de ses éléments incorporels ou corporels. Pour justifier l'existence de ce bien et de son régime juridique, on ne peut pas dire que le fonds de commerce soit une universalité de droit, c'est-à-dire une sorte de patrimoine séparé du commerçant, distinct du reste de son patrimoine. En effet, le fonds de commerce ne répond pas spécialement des dettes commerciales ; il ne comprend que des éléments d'actif et n'a pas de passif propre ; il fait partie du patrimoine général du commerçant et répond de toutes ses dettes aussi bien civiles que commerciales. Il est aujourd'hui admis que même si la portée pratique de l'analyse est réduite, c'est une *universalité de fait*. Il est ainsi possible pour un commerçant d'avoir une pluralité de fonds.

1. En ce sens, G. Loiseau, *op. cit.*

161. Caractère mobilier et incorporel. Le fonds de commerce ne peut comprendre que des éléments mobiliers ; il est lui-même un meuble soumis aux règles applicables aux biens meubles, notamment en matière de régime matrimonial ou de succession. C'est un meuble incorporel. La règle « en fait de meubles possession vaut titre » ne lui est donc pas applicable.

162. Caractère commercial. Les règles du fonds de commerce ne s'appliquent qu'aux fonds affectés à une activité commerciale ; elles ne s'appliquent ni aux exploitations agricoles, ni aux clientèles civiles des professions libérales¹. Par analogie, il existe un *fonds artisanal* pour les artisans, susceptible d'être nanti (L. 5 juill. 1994, art. 22).

§ 2. LE BAIL COMMERCIAL

163. Fondement du régime dérogatoire des baux commerciaux. Le bail commercial est soumis à un régime juridique qui déroge aux dispositions du Code civil consacrées au bail. Les locataires commerçants bénéficient d'une protection particulière depuis une loi de 1926 reprise et complétée par un décret du 30 septembre 1953 (intégré dans le Code de commerce aux articles L. 145-1 et suivants)².

Le droit de disposer d'un local commercial est un des éléments essentiels du fonds car l'emplacement constitue l'un des moyens principaux d'attirer la clientèle. La perte du droit au bail pourrait ainsi avoir pour le locataire des conséquences gravement préjudiciables. Le législateur a donc organisé un *statut protégeant les locataires*. Ces derniers bénéficient d'une durée minimale de location ; ils ont le droit d'obtenir le renouvellement du bail ou le versement par le bailleur d'une indemnité d'éviction si le bailleur ne le renouvelle pas. Cette prérogative est désignée sous le nom de *propriété commerciale*. D'autres dispositions impératives limitent considérablement la liberté des bailleurs. Des plafonnements sont ainsi prévus en cas de révision et de renouvellement du bail pour éviter des hausses excessives de loyers. Comme l'écrit J. Derruppé³, « conçu à l'origine pour garantir la valeur économique du fonds de commerce, le statut est devenu un instrument de protection du droit au bail envisagé comme une valeur patrimoniale autonome, la propriété commerciale ».

164. Avenir de la propriété commerciale. Le décret de 1953 a parfaitement rempli son rôle en évitant toute spéculation dans une période caractérisée par la pénurie de locaux commerciaux et une inflation constante.

Aujourd'hui pourtant, les dispositions du décret peuvent apparaître inadaptées⁴. Les données économiques ont en effet fortement évolué. D'une part, l'offre de locaux est souvent supérieure à la demande et l'inflation est maîtrisée. D'autre part, l'organisation

1. Il a été proposé de reconnaître un fonds libéral : J.-J. Daigre, in *Mélanges Sayag*, p. 191.

2. V. Les chroniques d'actualité de L. Rozès au Dalloz ; J. Monéger et H. Kenfack au *JCP*, éd. E, et à la *RTD com.* ; F. Auque, « La codification des baux commerciaux à droit presque constant », *JCP*, éd. E, 2000. 1729.

3. « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », in *Mélanges offerts à Fr. Terré*, p. 578. « Faut-il supprimer le statut des baux commerciaux », colloque Lille, *AJDI* 2000. 1 et s.

4. Ph. de Bellot, « La propriété commerciale a-t-elle un avenir ? », *RJC* 1994. 9 ; J. Monéger, « Le bail du local d'exploitation de l'entreprise entre les statuts d'hier et les exigences de demain », *Mélanges J. Beguin*, Litec 2007, p. 509.

du commerce s'est transformée avec le développement des centres commerciaux et la multiplication des réseaux de distribution¹. Les dispositions du décret peuvent alors apparaître comme trop contraignantes. Tel est tout particulièrement le cas de la règle de plafonnement des loyers qui conduit à fixer le montant des loyers révisés et renouvelés à des sommes sans rapport avec le prix du marché. En l'absence de réforme d'ensemble, la pratique et la jurisprudence tentent d'adapter les règles applicables aux exigences contemporaines. Cela ne peut se faire sans artifices car les dispositions du décret de 1953 sont le plus souvent impératives.

Plusieurs évolutions sont cependant notables. D'une part, les juridictions admettent de plus en plus facilement que *certains baux échappent au statut* (les baux contenant une clause recettes, par exemple). D'autre part, *la règle du plafonnement est écartée le plus souvent possible* afin de permettre de fixer les loyers à la valeur locative qui correspond le mieux au prix du marché. Il existe ainsi un *recul de l'ordre public* et parallèlement un rôle *accru conféré à la liberté contractuelle*². S'agissant d'un ordre public de protection, le preneur est en droit de renoncer au statut³.

Cependant, malgré ces assouplissements, il reste difficile d'adapter les règles spécifiques aux rapports établis dans les centres commerciaux. Les règles relatives à la révision et au renouvellement du loyer demeurent également d'une rare complexité⁴. Une rédaction nouvelle des dispositions applicables serait dès lors souhaitable. Un projet de réforme a été proposé par la commission Pelletier mais en apparence tout du moins, il est resté sans suite.⁵ Il tendait à favoriser la liberté contractuelle et à limiter les cas de plafonnement. Son adoption ne semblait cependant pas faire l'unanimité et le projet a été abandonné⁶.

Cependant, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 reprend quelques suggestions sans toutefois réaliser la réforme d'ampleur souhaitée⁷. Le statut protecteur ne s'applique que si certaines conditions sont réunies (A). Le bail est alors soumis à un régime impératif (B). La protection essentielle du locataire est réalisée par son droit au renouvellement (C).

A. Conditions d'application du statut

165. Le bénéfice du statut est réservé aux locataires qui remplissent plusieurs conditions relatives au bail (1°), au local (2°), et au fonds de commerce exploité (3°). Celui qui revendique le bénéfice du statut doit disposer d'un local stable et permanent, exercer son exploitation de manière autonome et avoir une clientèle propre. Il existe enfin des conditions relatives aux parties (4°). Cependant, bailleur et preneur peuvent convenir de soumettre aux dispositions du Code consacrées au bail commercial ou à certaines de ses

1. J. Derruppé, « La vie du centre commercial », *RDI* 1994. 565.

2. F. Auke, « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle ? », *AJDI* 2000. 484 ; J.-B. Seube, « Baux commerciaux : occuper les espaces de liberté », *Cah. dr. entr.* 2005, n° 3, p. 22.

3. Civ. 3^e, 4 mai 2006, *JCP*, éd. E, 2006. 2780, note M. P. Dumont-Lefranc.

4. J. Monéger, « La mathématique des baux commerciaux », *Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur de É. Alfandari*, Dalloz, 1999, p. 115.

5. J. Monéger, « Le bail du local d'exploitation de l'entreprise entre les statuts d'hier et les exigences de demain », *Droit et actualité, Études offertes à J. Béguin*, Litec 2005, p. 507.

6. *Dalloz Affaires* 2004. 1437 ; *JCP*, éd. E, 2004, act. 113, obs. F. Auke ; F. Auke, « Faut-il réformer le statut des baux commerciaux ? », *RJC* 2004. 235.

7. Pour un commentaire : J. Monéger et F. Kendérac, *RTD com.* 2008. 501 ; J. Monéger et Ph. H. Brault, *JCP*, éd. E, 2008. 2200 ; J. Monéger et H. Kenfack : *JCP*, éd. E, 2009. 1041.

dispositions, un bail qui y échapperait en raison de son objet, de l'affectation des lieux ou de la qualité des parties¹.

Depuis la loi du 4 août 2008, les parties à un bail à usage exclusivement professionnel soumis au micro-statut de l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986 peuvent y renoncer *ab initio* au profit d'une qualification commerciale du bail. C'est une étape de plus vers l'adoption d'un bail unifié d'entreprise.

La soumission conventionnelle entraîne cependant nécessairement l'application des règles impératives, par exemple celles relatives au congé².

1° Conditions relatives au bail

166. Un véritable bail. Seuls les titulaires d'un véritable louage d'immeuble peuvent se prévaloir du bénéfice du statut. Le propriétaire du fonds ne doit donc pas jouir des locaux en qualité de copropriétaire, d'indivisaire ou d'usufruitier. Le décret est inapplicable au bail emphytéotique, au bail à construction, à la concession immobilière, au contrat de crédit-bail immobilier, aux concessions ou autorisations administratives d'occupation du domaine public.

Le statut ne s'applique pas aux conventions d'occupation précaire³. Il n'y a précarité que pour autant que l'occupation des lieux n'est autorisée qu'à raison de circonstances exceptionnelles et pour une durée dont le terme est marqué par une cause autre que la seule volonté des parties⁴. Il s'agit de contrats en vertu desquels une personne met un immeuble à disposition d'une autre en lui conférant la jouissance moyennant un prix. La durée de la convention est fixée librement par les parties. La précarité réside essentiellement dans la fragilité de la convention. Celle-ci doit pouvoir prendre fin à tout moment à la demande du propriétaire. Pour être valable, la convention ne doit pas dissimuler une intention frauduleuse pour éviter l'application du statut des baux commerciaux. Elle doit être justifiée par des circonstances particulières. Il peut s'agir de circonstances relatives aux opérations de construction et d'urbanisme (la convention est alors conclue dans l'attente d'une expropriation ou de la démolition de bâtiments). Les conventions d'occupation précaire peuvent également être conclues lorsque le concédant ne dispose pas de pouvoirs pour conclure un bail commercial.

Sont également exclues du statut les locations saisonnières. Le bailleur doit alors retrouver la disposition de son local après chaque saison. Le bail continu avec exploitation saisonnière est quant à lui soumis au statut.

Le bail doit être régulier et valable. La validité du bail implique le versement d'un loyer, même modique. Le bail peut être verbal mais en pratique il est presque toujours rédigé par écrit.

Les parties peuvent lors de l'entrée dans les lieux du preneur, déroger aux règles légales à la condition que le bail soit conclu pour une durée au plus égale à deux ans (art. L. 145-5). Plusieurs baux dérogatoires peuvent être conclus dans le délai de deux ans. En cas de

1. Cette extension volontaire ne doit pas porter atteinte à des dispositions d'ordre public. La volonté des contractants ne doit pas faire de doute.

2. Civ. 3^e, 17 mai 2002, *Daloz Affaires* 2003. 333, note S. Becqué-Ickowicz ; *JCP*, éd. E, 2002. 1080, note J. Monégier ; *Defrénois* 2002. 1234, note R. Libhaber.

3. Civ. 3^e, 16 févr. 2000, *Daloz Affaires* 2000. 207.

4. Civ. 3^e, 19 nov. 2003, *D.* 2003. AJ. 3051, obs. Y. Rouquet ; *D.* 2005. 1091, obs. L. Rozès. La seule volonté des parties n'est pas un élément de précarité : Civ. 3^e, 19 nov. 2004, *Daloz Affaires* 2004. 3139 ; *JCP*, éd. E, 2005. 826, obs. H. K.

maintien dans les lieux le bail est soumis au statut des baux commerciaux. Le preneur comme le bailleur qui entend continuer à percevoir des loyers peuvent se prévaloir de cette règle.

2° Conditions relatives au local

167. Nature du local. Celui qui se prévaut du statut doit disposer d'un local. Il doit s'agir de locaux stables et permanents. Le décret ne s'applique donc pas aux simples emplacements concédés sur les parkings de grande surface, aux emplacements variables¹, aux vitrines et murs publicitaires. Les buvettes situées sur des lieux sportifs ne sont pas considérées comme des lieux clos et couverts. En revanche, les volumes et espaces dont bénéficient certains commerces dans les grands magasins et les grandes surfaces peuvent être considérés comme des locaux stables et permanents².

Les dispositions légales s'appliquent aux locaux principaux dans lesquels le fonds est exploité. Les locaux accessoires ne sont soumis au statut qu'à deux conditions. D'une part, la privation doit être de nature à compromettre l'exploitation du fonds ; d'autre part, ils doivent appartenir au même propriétaire que les locaux principaux³.

Le statut s'applique aux locaux d'habitation loués avec le local commercial.

La loi du 4 août 2008 facilite l'exercice d'une activité professionnelle dans les locaux d'habitation. Seul le statut du bail d'habitation est alors applicable.

Les terrains loués nus échappent au statut. Ils y sont soumis lorsque des constructions sont édifiées.

3° Conditions relatives à l'exploitation du fonds

168. Un fonds propriété du locataire. Le bénéfice du statut est réservé aux seuls commerçants et artisans qui sont propriétaires d'un fonds de commerce exploité dans les lieux loués.

Cette exigence d'exploitation d'un fonds est à l'origine de difficultés. Pour qu'il y ait un fonds de commerce, une clientèle propre et autonome doit être rattachée à ce fonds⁴. Or, il est parfois délicat de déterminer l'appartenance de la clientèle. Il a été jugé que le commerçant n'a pas de clientèle propre lorsqu'il dispose simplement d'une vitrine dans un hall d'hôtel, lorsqu'il exploite une buvette sur un champ de courses⁵. Lorsque l'activité est exercée dans un centre commercial, il est tenu compte de plusieurs paramètres. Le preneur doit agir à ses risques et périls, il doit avoir une autonomie de gestion (absence de contrainte horaire), sa clientèle doit être distincte de celle du supermarché⁶. La jurisprudence contemporaine favorise la reconnaissance de l'existence d'un fonds à l'exploitant et par là même l'application du statut. Deux évolutions sont significatives.

Lorsque le commerçant appartient à un réseau de franchise ou de concession il est indépendant. Il est donc légitime de lui accorder le bénéfice du statut. La Cour de cassation a

1. Des cloisons légères et mobiles ne sauraient suffire : Civ. 3^e, 5 juill. 1995, *RJDA* 1995, n° 239.

2. Civ. 3^e, 5 févr. 2003, *RTD com.* 2003. 275, obs. J. Monéger.

3. Civ. 3^e, 22 mars 2006, *D.* 2007. 1827, note L. Rozès : cas d'un emplacement de parking.

4. Il n'est pas nécessaire que cette clientèle soit prépondérante : Civ. 3^e, 19 mars 2003, *Dalloz Affaires* 2003. 973.

5. Ass. plén. 24 avr. 1970, *JCP* 1970. II. 16489, obs. B. Boccara.

6. Civ. 3^e, 5 avr. 1995, *D.* 1995. Somm. 134 ; Civ. 3^e, 24 janv. 1996, *JCP*, éd. E, 1996, Pan. 355 ; Civ. 3^e, 5 févr. 2003, *D.* 2003. 910.

consacré cette solution dans un arrêt de principe, admettant l'existence d'une clientèle propre au franchisé¹.

Plusieurs arrêts importants viennent de *faciliter la reconnaissance d'une clientèle au profit des commerçants exploitants dans une enceinte*. D'une part, la Cour de cassation n'exige plus que la clientèle de l'exploitant soit prédominante par rapport à celle du centre dans lequel l'activité est exercée². D'autre part, l'autonomie de gestion de l'exploitant, est assez facilement retenue. Il suffit que les contraintes imposées ne soient pas incompatibles avec le libre exercice de l'activité commerciale³. Cette exigence de l'autonomie de gestion constitue cependant une entrave à la reconnaissance du bénéfice du statut à certains commerçants⁴.

Les GIE et les GEIE qui n'ont pas de clientèle propre ont pourtant droit au bénéfice du statut depuis une loi du 13 juin 1989.

4° Conditions relatives aux parties

169. Le bailleur. Le bailleur peut être tout propriétaire d'immeuble. Des règles particulières s'appliquent cependant à certains bailleurs.

Lorsque l'immeuble dépend d'une communauté de biens entre époux, l'article 1425 du Code civil impose le consentement des deux époux pour conclure le bail.

Si l'immeuble loué est la propriété d'un incapable, le bail est conclu par le représentant légal ; il ne confère en principe au preneur aucun droit au renouvellement opposable au mineur devenu majeur ou émancipé (C. civ., art. 456). Le majeur ayant recouvré sa capacité peut aussi se prévaloir de cette règle.

L'usufruitier ne peut pas consentir un bail commercial sans le concours du nu-propriétaire (C. civ., art. 595, al. 4).

170. Le preneur. Les bénéficiaires du statut sont *tous les commerçants inscrits au registre du commerce et des sociétés*⁵. Une dispense d'inscription est prévue lorsque le propriétaire du fonds en a concédé l'exploitation en location-gérance en application de la loi du 20 mars 1956. Les *artisans* bénéficient aussi du statut dès lors qu'ils sont immatriculés au répertoire des métiers.

La loi du 4 août 2008 prévoit d'autres assouplissements. En application du nouvel article L. 145-1 du Code de commerce, lorsque le bail est consenti à plusieurs preneurs ou indivisaires, l'exploitant du fonds de commerce ou du fonds artisanal bénéficie du statut, même en l'absence d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers de ses copreneurs ou co indivisaires non exploitants du fonds. La même solution profite aux héritiers en cas de décès du titulaire du bail.

1. Civ. 3^e, 27 mars 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1252, note F. Auque ; *Dalloz Affaires* 2002. 2400, note H. Kenfack.

2. Civ. 3^e, 19 mars 2003, *D.* 2003. 973, note Y. Rouquet ; *RTD com.* 2003. 275, obs. J. Monégier ; Civ. 3^e, 19 janv. 2005, *Dalloz Affaires* 2005. 491 ; *JCP*, éd. E, 2005. 826, obs. H. K. Dans cette dernière espèce, une activité était exercée au sein d'un hôtel.

3. Civ. 3^e, 19 janv. 2005, *op. cit.* Le règlement intérieur de l'hôtel dans lequel est exercé le commerce ne constitue pas une entrave effective à l'activité commerciale.

4. Le bénéfice du statut a ainsi été refusé à un marchand de crêpes dans la mesure où l'eau, l'électricité et les instruments de cuisine étaient fournis par la société qui avait mis un stand à disposition : Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2003, *D.* 2003. AJ. 2576 ; Civ. 5 févr. 2003, *D.* 2003. AJ. 910, obs. Y. Rouquet ; *RTD com.* 2003. 275, obs. J. M.

5. J. Derruppé « L'immatriculation du locataire commerçant au registre du commerce et des sociétés », *Mélanges M. Cabrillac*, *Dalloz-Litec*, 1999, p. 561 ; Civ. 3^e, 12 juill. 2000, *RD imm.* 2000. 613, obs. J. Derruppé.

Le micro-entrepreneur qui est dispensé d'immatriculation peut néanmoins conclure un bail commercial.

Les avantages procurés par le statut ont été étendus aux établissements d'enseignement, aux services municipaux exploités en régie, aux entreprises publiques et établissements publics à caractère industriel et commercial, aux sociétés coopératives, aux artistes auteurs d'œuvres graphiques et plastiques.

Les étrangers ne bénéficient pas du droit au renouvellement mais il existe de nombreuses dérogations.

B. Régime applicable au bail commercial initial

171. Principes. Le bail commercial est d'abord un bail portant sur un immeuble. Pour cette raison, sauf disposition spéciale (mais elles sont nombreuses), le droit commun du bail s'applique (1°). La protection du locataire est réalisée par plusieurs règles dérogatoires qui concernent la durée du bail (2°), le loyer (3°), la déspecialisation (4°), la cession et la sous-location (5°), les clauses de résiliation de plein droit (6°).

1° Domaine d'application des règles de droit commun

172. Obligations des parties. Plusieurs principes gouvernant le bail civil ont vocation à s'appliquer au bail commercial. Ainsi, le locataire doit jouir des locaux en bon père de famille, les garnir de meubles suffisants pour garantir le paiement des loyers et le jeu du privilège du bailleur sur les meubles, faire les réparations locatives, payer les loyers, ne pas interrompre l'exploitation, etc. De son côté, le bailleur doit sa garantie au locataire dans les conditions du droit commun ; notamment il ne doit pas le troubler par son fait dans la jouissance paisible des locaux, par exemple en lui faisant personnellement concurrence ; mais il demeure libre de louer dans un autre local, même dans le même immeuble, à un concurrent d'un locataire, sauf clause contraire du bail ou circonstances impliquant une volonté contraire des parties.

Si le bailleur peut mettre à la charge du preneur les travaux rendus nécessaires par la vétusté il ne peut en raison de son obligation de délivrance, s'exonérer des travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble¹.

Lorsque le bailleur est propriétaire d'un *centre commercial*, les rapports entre parties sont nécessairement plus complexes². Le preneur cherche en effet à faire supporter au propriétaire du centre commercial les conséquences de l'échec de son activité. Il souhaite également bénéficier d'une certaine exclusivité dans son domaine d'activité. La conciliation des intérêts en présence s'avère d'autant plus délicate qu'il existe un principe selon lequel l'intervention du bailleur se limite à mettre des locaux à disposition du preneur. Il n'est ni directement, ni indirectement l'associé du preneur et n'a donc pas à participer aux aléas de l'exploitation de celui-ci.

En premier lieu, la Cour de cassation considère que le bailleur d'un centre commercial, propriétaire de tous les locaux composant le centre n'a pas d'obligations plus étendues

1. Civ. 3^e, 9 juill. 2008, *JCP*, éd. E, 2009. 1041, obs. H. Kenfack

2. J. Lafond, « Les recours du locataire contre le bailleur en cas d'échec d'un centre commercial », *JCP*, éd. E, 1997. I. 688.

qu'un bailleur ordinaire et qu'il est tenu de la même façon que celui-ci au regard de l'article 1719 du Code civil¹.

En l'absence d'obligations particulières dans le bail liées à l'existence de la galerie, celui-ci ne saurait donc être tenu de tout faire pour assurer au preneur le maintien d'un environnement commercial favorable². *Le bailleur ne saurait donc garantir la fréquentation des lieux*. Cependant, par faveur pour les locataires, les juridictions confèrent la portée la plus large possible aux clauses introduites dans les contrats, par exemple celle par laquelle le bailleur souscrit une obligation de maintenir, voire d'améliorer le potentiel foncier et commercial de la galerie. En l'absence même de clause spéciale, des juridictions se fondent sur l'article 1723 du Code civil pour sanctionner les propriétaires de centres qui en modifiant les lieux, en portant atteinte à l'effet de synergie inhérent à une galerie, n'assurent plus au preneur la commercialité promise³. La Cour de cassation s'en tient à une conception stricte. Elle a ainsi réaffirmé que le bailleur est seulement tenu, en l'absence de stipulations particulières, d'assurer la délivrance, l'entretien et la jouissance paisible de la chose louée⁴.

En second lieu, la jouissance paisible des lieux loués que l'article 1719 -3° impose au bailleur de garantir à son locataire ne lui fait pas obligation de garantir à celui-ci l'exclusivité du commerce autorisé par le bail et, sauf stipulation contraire du bail qui peut être expresse ou se déduire de circonstances particulières souverainement appréciées, le bailleur peut louer plusieurs locaux à des locataires différents avec la même destination. Les locataires qui entendent être protégés doivent donc faire souscrire au bailleur une clause expresse de garantie d'exclusivité dans le bail. Dans un tel cas, le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par les autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation⁵. De même, le bailleur est fautif dès lors qu'il ne respecte pas son obligation de faire souscrire une clause de non-concurrence à tous ses locataires. Dans un tel cas, le locataire qui s'est vu imposer une telle clause peut obtenir sa résolution⁶.

Une *limite importante* aux droits du bailleur vient cependant d'être posée par la Cour de cassation. Se fondant sur le principe de liberté d'association consacrée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation a sanctionné la clause par laquelle un centre commercial imposait à ses adhérents l'adhésion à une association chargée de l'animation et de la publicité commune⁷.

Les *litiges* concernant le droit commun du bail doivent aujourd'hui être impérativement soumis au *tribunal de grande instance ou au tribunal de commerce*, alors que par le passé, le tribunal d'instance était compétent⁸.

1. Les juridictions doivent cependant rechercher si le défaut d'entretien des parties communes n'a pas pour effet de priver les preneurs des avantages qu'ils tenaient du bail : Civ. 3^e, 31 oct. 2006, *JCP*, éd. E, 2007. 1175, note Djigo.

2. Civ. 3^e, 20 juin 1995, *Rev. loyers* 1995. 513 ; Civ. 3^e, 12 juill. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 1960, note Keita.

3. Cas du propriétaire qui laisse désertifier le sous-sol d'une galerie (v. les décisions citées par J. Monéger, *JCP*, éd. E, 1999. 1868, n° 19).

4. Civ. 3^e, 12 juill. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 1960, note Keita.

5. Civ. 3^e, 4 mai 2006, *D.* 2006. 1454, obs. Y. Rouquet et *D.* 2007. 1831, obs. L. Rozès.

6. Civ. 3^e, 3 mai 2007, *JCP*, éd. E, 2007, act. 257.

7. Civ. 3^e, 12 juin 2003, *D.* 2003. 1694, note Y. Rouquet ; *JCP*, éd. E, 2003. 1791, note M. Boutonnet ; et 2003. 10190, note F. Auque ; *JCP*, éd. E, 2004. 424, obs. J. Raynard ; *RTD com.* 2004. 72, obs. J. Monéger.

8. Déc. 28 déc. 1998, mod. par art. R. 321-2 du COJ. Sur cette réforme, v. F. Auque, « Baux commerciaux, la compétence recomposée », *JCP*, éd. E, 1999. 245.

Le tribunal de grande instance est compétent en présence de parties non commerçantes ou dans le cas de demandes formulées à l'encontre d'un non commerçant. Il est compétent pour toutes les questions relevant du statut (COJ, art. L. 321-2-1).

Le tribunal de commerce peut être saisi lorsque le litige oppose deux commerçants et que le débat porte sur l'application du droit commun des baux.

2° Durée du bail

173. *Durée de neuf ans.* La loi du 12 mai 1965 a imposé une durée minimale de neuf ans pour les baux commerciaux (C. com., art. L. 145-4). *Cette durée peut cependant être réduite à deux ans* ou moins pour le premier bail lors de l'entrée du preneur dans les lieux ; mais si ce bail est renouvelé ou prorogé (même pour une durée qui au total n'excéderait pas deux ans), il doit être considéré comme l'ayant été pour neuf ans¹. Il en va de même lorsqu'à l'expiration du bail de deux ans, le preneur reste et est laissé en place². Le bail de deux ans peut déroger au statut des baux commerciaux (C. com., art. L. 145-5).

En principe, le bail d'une durée de neuf ans ne peut pas être interrompu. Cependant, *le preneur a la faculté de donner congé à l'expiration de chaque période triennale*. Depuis une loi du 30 décembre 1985, cette prérogative n'est plus d'ordre public. Une clause peut l'écarter et le bailleur a ainsi la certitude du maintien dans les lieux de son locataire. Le locataire peut également donner congé à tout moment s'il entend changer d'activité à l'issue d'un stage de formation professionnelle ou s'il a demandé à bénéficier de ses droits à la retraite. Le bailleur quant à lui ne peut donner un congé anticipé que dans des cas limitativement énumérés (reprise pour construire, reconstruire ou surélever l'immeuble). Des règles protectrices du locataire doivent alors être respectées.

Le congé doit être donné par acte extrajudiciaire. Un congé adressé par lettre recommandée serait nul.

3° Le loyer du bail

a) La fixation initiale du loyer

174. *Loyer d'un montant déterminé.* Lors d'un premier bail, *le loyer est librement fixé par les parties*. Au moment du premier bail, il est fréquent que le bailleur exige en outre le versement d'un « *pas-de-porte* », c'est-à-dire d'une somme d'argent. Selon la volonté expresse ou implicite des parties, ce pas-de-porte peut représenter soit un supplément de loyer capitalisé soit le prix d'acquisition d'avantages commerciaux indépendants du loyer (par ex. un achalandage virtuel en raison de la situation des locaux dans une rue ou un quartier commerçant). Si c'est un supplément de loyer, il faudra en tenir compte pour la fixation du loyer révisé ou du nouveau loyer après renouvellement du bail. Si le locataire verse d'avance des loyers à titre de garantie et si le versement excède deux termes, il porte intérêt au profit du locataire au taux des avances de la Banque de France.

1. Une fois le premier bail de deux ans expiré, le preneur peut cependant renoncer à l'application du décret de 1953 et accepter un nouveau bail de deux ans non renouvelable (Civ. 3^e, 20 févr. 1985 ; JCP 1986. II. 20639, note B. Boccard).

2. Pour éviter qu'un bail de 9 ans fasse suite à un bail dérogatoire, il appartient au bailleur de prouver qu'il s'est opposé au maintien en possession du preneur. La jurisprudence est très rigoureuse dans l'appréciation de cette preuve (Civ. 3^e, 13 juill. 1999, RDI 1999. 693, obs. J. D.).

175. Stipulation d'une clause d'indexation. Le bail peut contenir une clause d'indexation des loyers ou *clause d'échelle mobile* à la condition que, conformément au droit commun, l'indice choisi soit en relation directe avec l'objet du contrat ou la profession d'une des parties ; cependant une loi du 9 juin 1970 a permis de choisir comme indice, dans tous les baux commerciaux, l'*indice du coût de la construction* publié par l'INSEE. Cet indice s'étant révélé inadapté, la loi du 4 août 2008 autorise les parties à choisir un nouvel indice composite prenant en compte l'indice des prix à la consommation, l'indice du coût de la construction et celui du chiffre d'affaires du commerce de détail. Ce nouvel indice des loyers commerciaux (ILC) n'est autorisé que pour certaines activités (C. com., art. L. 122-2 et L. 122-3 ; CMF, art. L. 145-34 et C. com., L. 145-38). Le décret du 4 novembre 2008 précise qu'il concerne les activités commerciales y compris lorsqu'elles sont exercées par les artisans. Sont exclues les activités commerciales exercées dans des locaux à usage exclusif de bureaux y compris les plates formes logistiques ainsi que les activités industrielles au sens de l'article L. 110-1 (5°) du Code de commerce (CMF, art. D 112-2).

176. Stipulation d'une clause de loyer variable. Dans les baux se rapportant à des *centres commerciaux* une clause de loyer variable ou « *clause recettes* » est souvent introduite. Le loyer est alors déterminé en fonction de deux éléments. D'une part, un loyer de base calculé en fonction de la surface louée, correspondant à l'amortissement et à la rentabilité de l'investissement immobilier, généralement indexé sur l'évolution de l'indice du coût de la construction. D'autre part, un loyer variable selon le chiffre d'affaires réalisé par le locataire. La Cour de cassation a reconnu la validité et l'autonomie d'une telle clause¹, avant d'admettre que le loyer variable n'était pas soumis aux dispositions législatives encadrant l'évolution des loyers en cours de bail² ou lors de son renouvellement³. Ces clauses relèvent donc de la liberté contractuelle. La clause est normalement reconduite en cas de bail renouvelé, ce qui peut avoir des inconvénients économiques⁴.

b) La révision du loyer

177. Révision d'un loyer fixe. Une demande en révision du loyer peut intervenir trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé (C. com., art. L. 145-38). Le législateur, tout en autorisant les parties à réviser le prix du loyer, a voulu *prévenir toute hausse excessive des loyers*. Or, tel pourrait être le cas si le principe posé à l'article L. 145-33 selon lequel le montant des loyers à réviser doit correspondre à la valeur locative était appliqué.

1. Qui n'est pas considérée comme une clause d'échelle mobile, Com. 5 janv. 1983, *JCP* 1985. II. 20389, note B. Boccara ; *RTD com.* 1984. 71, obs. M. Pédamon.

2. Civ. 3^e, 2 oct. 1984, *JCP* 1985. II. 20439, note G. Guérin.

3. Civ. 3^e, 10 mars 1993, *D.* 1994. Somm. 47, obs. L. Rozès ; *RTD com.* 1993. 276, obs. M. Pédamon ; *JCP* 1993. II. 22089, note F. Auque ; et éd. E, 1993. II. 460, note B. Boccara ; CA Paris, 31 oct. 1995 ; *JCP* 1996. II. 22675, note B. Boccara ; Civ. 3^e, 27 janv. 1999, *JCP*, éd. E, 1999. 575, note F. Auque ; Civ. 3^e, 15 mars 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 678 ; *RDI* 2000. 402, obs. J. Derruppé ; v. J. Monéger, « Le sort du loyer variable lors du renouvellement du bail commercial », *JCP*, éd. E, 1996. I. 532, « Renouvellement du bail commercial et loyer variable composite », *Dalloz Affaires* 1996, n° 8 ; Com. 7 mars 2001, *D.* 2001. 1874.

4. J. Laffond, « Problèmes posés par le renouvellement des baux commerciaux comportant une clause recettes : recherche de solutions », *JCP*, éd. E, 1997. I.630. Pour des exemples, v. CA Paris, 8 mars 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 584, obs. J. Monéger ; *D.* 2000. AJ. 217, note B. Boccara ; CA Paris, 16 Ch. D, 17 mars 2000, *D.* 2000. J. 497, note J. Derruppé.

La *valeur locative* est déterminée, à défaut d'accord entre les parties, à partir d'éléments fixés par décret en Conseil d'état : les caractéristiques du local considéré, la destination des lieux, les obligations respectives des parties, les facteurs locaux de commercialité, les prix couramment pratiqués dans le voisinage.

Le *véritable principe de fixation des loyers* est posé à l'article L. 145-38 du Code de commerce qui énonce que « par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-33 et à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel du coût de la construction intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer ».

Depuis la loi du 4 août 2008, l'indice ICL peut remplacer l'indice du coût de la construction.

Pour calculer le nouveau loyer, il faut donc procéder de la manière suivante. Il faut multiplier le loyer à réviser par une fraction comportant au numérateur l'indice de référence au jour de la révision et au dénominateur l'indice pris comme référence lors de la conclusion du contrat. Le loyer ainsi calculé est cependant un plafond qui a pour but de limiter les hausses excessives de loyer. Il y a de fait une véritable taxation légale des loyers. Pour échapper à la règle, bailleurs et locataires doivent établir une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné une variation de plus de 10 % de la valeur locative.

Le texte s'est révélé difficile à interpréter en l'absence de la modification matérielle des facteurs locaux de commercialité.

C'est qu'en réalité, lors de la révision il y a trois valeurs qui peuvent être prises en compte. Le loyer initial, le loyer tel qu'il résulte de la valeur locative et le loyer tel qu'il est fixé après application de l'indice. La valeur locative peut se révéler être inférieure au loyer initial. L'enjeu du débat est donc le suivant : le juge a-t-il la possibilité de fixer un loyer à la valeur locative alors même que celle-ci est inférieure au loyer du bail initial ?

Aujourd'hui, depuis une réforme intervenue le 11 décembre 2001¹, *le loyer ne peut plus être fixé à la valeur locative même si celle-ci est inférieure au prix du loyer*, en dehors de l'exception prévue par l'article L. 145-38. *Le loyer contractuel en vigueur est ainsi un loyer plancher*. Avant la réforme, la jurisprudence l'admettait².

Le loyer révisé doit cependant être fixé à la valeur locative dès lors que celle-ci se situe entre le loyer en cours et le plafond résultant de la variation de l'indice du coût de la construction³. Par cette solution, la Cour de cassation a voulu montrer qu'un loyer qui reflète la réalité économique, lorsqu'il ne lèse pas les parties au contrat, est préférable au prix obtenu à l'issue d'un simple calcul financier à partir d'un indice du coût de la construction.

1. La loi MURCEF a modifié l'article L. 145-38 : J. Baverez et G. Tavernier, « Révision judiciaire du loyer commercial et épilogue parlementaire d'une chronique judiciaire », *D.* 2002. chron. 195.

2. V. l'arrêt *Privilèges* en date du 24 janvier 1996, *JCP* 1998. II. 10008, note B. Boccara.

3. Civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, *D.* 2008. 1224, obs. A. C. Monge et F. Nési.

Exemple 1 :

Soit un loyer initial d'un montant de 1 000.

Lors de la révision la valeur locative est égale à 1 100.

L'application de l'indice conduit à un loyer de 1 200.

Lors de la révision, il est tenu compte de la valeur locative.

Exemple 2 :

Soit un loyer initial d'un montant de 1 000.

Lors de la révision la valeur locative est de 900.

L'application de l'indice conduit à un loyer de 1 200.

Le loyer sera maintenu à 1 000.

Exemple 3 :

Soit un loyer initial fixé à 1 000.

Lors de la révision la valeur locative est de 1 300.

L'application de l'indice conduit à un loyer de 1 200.

Le loyer sera fixé à 1 200.

Dans tous les cas, cette règle dite du loyer plafond reçoit une exception énoncée par l'article L. 145-38 du Code de commerce « lorsque est rapportée une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative »¹.

Les *facteurs locaux de commercialité* constituent l'une des composantes de la valeur locative. Ils sont ainsi définis : « Les facteurs locaux de commercialité dépendent principalement de l'intérêt que présente, pour le commerce considéré², l'importance de la ville, du quartier ou de la rue où il est situé, du lieu de son implantation, de la répartition des diverses activités dans le voisinage, des moyens de transport, de l'attrait particulier ou des sujétions que peut présenter l'emplacement pour l'activité considérée et des modifications que ces éléments subissent d'une manière durable ou provisoire ».

La modification prise en considération doit être réelle et résulter d'éléments concrets telle la construction d'un parking, d'un métro ou d'une voie piétonne. Il n'est pas tenu compte d'une hausse de la population sans lien avec une donnée précise.

Ces règles ne s'appliquent pas aux loyers variables et aux loyers indexés. Elles ne s'appliquent pas non plus à certains baux (le bail des terrains, le bail des locaux construits en vue d'une seule utilisation, le bail des locaux à usage exclusif de bureaux).

178. Révision d'un loyer indexé. Si le bail contient une clause d'indexation, la révision peut être demandée, en application de l'article L. 145-39 du Code de commerce, lorsque l'application de cette clause fait varier le loyer de plus de 25 %. Rien n'interdit alors au juge de s'en tenir à la valeur locative même si celle-ci est plus élevée que le loyer résultant de l'application de la clause d'indexation³.

1. Civ. 3^e, 18 févr. 2009, *D.* 2009. 628.

2. Le juge doit tenir compte du commerce exploité dans les lieux sans prendre en considération la clause de destination qui permet au preneur d'ajouter de nouvelles activités : Civ. 3^e, 30 juin 2004, *JCP*, éd. E, 2005. 863, obs. J. M.

3. Civ. 3^e, 15 janv. 1992, *D.* 1992. Somm. 365, obs. Rozès ; *RDI* 1992. 262, obs. J. Derrupé.

Si les conditions de révision du loyer sur le fondement de l'article L. 145-39 ne sont pas réunies, les parties peuvent notifier une demande de révision du loyer en application de l'article L. 145-38, dès lors que plus de trois années se sont écoulées depuis la prise d'effets du bail. La procédure ne peut cependant avoir pour effet d'entraîner la fixation d'un loyer à un montant inférieur à celui fixé après application de la clause d'échelle mobile¹.

À défaut d'accord entre les parties, le nouveau loyer révisé est fixé par le juge des loyers commerciaux qui est en principe le président du tribunal de grande instance à la suite d'une procédure écrite constituée par un échange de mémoires et généralement après expertise.

4° La déspécialisation

179. Principes. En principe, *le locataire ne peut pas modifier sans l'accord du bailleur la destination des locaux telle qu'elle est fixée dans le bail* ; sinon, il risque une résiliation anticipée du bail ou le refus de renouvellement en fin de bail. La plupart des baux commerciaux précisent dans la *clause de destination* le genre de commerce ou d'industrie qui peut-être exploité dans les lieux et rares sont ceux qui laissent toute liberté au locataire. Cependant, une loi du 12 mai 1965, assouplie par une autre loi du 16 juillet 1971, a permis au locataire d'obtenir, sous certaines conditions, une « déspécialisation » des locaux, c'est-à-dire un changement d'affectation, pour lui permettre d'étendre son activité ou même de se reconvertir complètement si les circonstances le justifient. Les clauses qui font échec aux procédures de déspécialisation sont nulles. Elles n'affectent cependant pas la validité du bail. Parmi ces clauses il faut citer la *clause d'enseigne* qui oblige le preneur à maintenir une certaine enseigne². De même est nulle de nullité absolue la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail³.

Trois hypothèses doivent être distinguées.

180. La déspécialisation partielle. Le locataire a la possibilité prévue par l'article L. 145-47 d'ajouter à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires (la vente de disques est complémentaire de la vente de livres). Pour l'appréciation, il est tenu compte des usages commerciaux⁴, de la similitude des méthodes de travail, de l'identité de clientèle, de l'appartenance des articles à la même gamme. Il importe peu que l'activité nouvelle soit prépondérante par rapport à l'activité ancienne⁵. Il est tenu compte de la conjoncture économique pénalisant certains commerces⁶.

Si les conditions de la déspécialisation sont remplies, le bailleur ne peut s'y opposer. En cas de désaccord, le litige est soumis au tribunal de grande instance. Si l'extension est admise, le bailleur n'a droit éventuellement qu'à une augmentation de loyer à partir de la

1. CA Paris, 15 oct. 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 656, obs. Ph. H. Brault.

2. V. Civ. 3^e, 12 juill. 2000, *JCP*, éd. E, 2001. 177, note Keita ; *RTD com.* 2000. 872, obs. J. Monégier. La clause déclarée nulle imposait à un franchisé-preneur d'exercer son activité sous une enseigne précise (Comod) ; M.P. Dumont, « Bail commercial et droit de la distribution », *RTD com.* 2003. 43.

3. Civ. 3^e, 12 juin 2003, *JCP* 2003. 323.

4. V. les décisions citées, *JCP*, éd. E, 1999. 1872, obs. J. Monégier.

5. Civ. 3^e, 24 oct. 1984, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 187.

6. Civ. 3^e, 4 mars 1992, *D.* 1982. IR. 105.

prochaine révision triennale. Si le locataire étend son activité sans attendre l'issue de son action, il risque de voir le bailleur faire jouer son action résolutoire¹. La possibilité d'organiser par avenant au contrat une déspecialisation conventionnelle moyennant une augmentation de loyer est discutée². La Cour de cassation considère que les dispositions de l'article L. 145-7 sont d'ordre public et ne peuvent être écartées que par une renonciation intervenant une fois acquis le droit à spécialisation.

181. La déspecialisation totale. Le locataire a la possibilité de demander en justice l'autorisation d'exercer dans les lieux des activités totalement différentes de celles prévues au bail eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution, lorsque ces activités sont compatibles avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier (C. com., art. L. 145-48). La déspecialisation totale est obtenue moins facilement que la déspecialisation partielle.

La demande doit être notifiée au bailleur et aux créanciers inscrits. Le silence gardé pendant trois mois vaut acquiescement.

En cas de refus du bailleur, le locataire peut saisir le tribunal. Celui-ci dans son appréciation tient compte d'une part de la compatibilité de l'activité nouvelle avec la destination, le caractère et la situation de l'immeuble, d'autre part de la conjoncture économique et de l'organisation de la distribution.

Le tribunal peut aussi confirmer le refus opposé par le bailleur ou confirmer au moins les conditions auxquelles celui-ci subordonne son accord, s'il existe des motifs graves et légitimes, notamment si le bailleur veut reprendre l'immeuble dans les trois ans pour le reconstruire ou le rénover ou si, dans ce délai, il entend refuser le renouvellement du bail pour se réinstaller personnellement ou réinstaller un membre de sa famille. Si le tribunal admet en tout ou en partie la demande du locataire, il peut accorder une indemnité au bailleur qui subit un préjudice, ainsi qu'une augmentation du loyer. *Le locataire dispose d'un droit de repentir* en renonçant à tout moment à la déspecialisation. Pendant le temps nécessaire à la transformation de l'activité (au maximum pendant six mois), toute clause du bail prévoyant la résiliation pour cessation d'activité est suspendue. Même s'il y a transformation totale d'activité – et par suite changement de fonds de commerce – les créanciers privilégiés ou nantis, inscrits sur l'ancien fonds, conservent de plein droit le bénéfice de leur sûreté sur le nouveau fonds.

Pour faciliter une telle déspecialisation, la loi de 1971 a admis que, même si le bail est arrivé à expiration, le locataire peut céder à un tiers son droit au renouvellement ce qui permettra à l'acquéreur de demander, en même temps que le renouvellement, la déspecialisation du bail s'il a l'intention d'exercer d'autres activités. Rien ne s'oppose non plus à ce que le locataire qui a obtenu la déspecialisation, cède immédiatement son bail.

Les droits des tiers sont en principe réservés ; mais la loi précise que le locataire a droit à la déspecialisation nonobstant toute clause contraire. La jurisprudence en déduit que si le propriétaire s'est engagé envers un locataire à ne pas louer un autre local à un concurrent, une telle clause ne s'oppose pas à ce qu'un autre locataire demande une déspecialisation qui lui permettra de faire concurrence au premier locataire. La loi du 16 juillet 1971

1. Civ. 3^e, 28 mai 2003, *JCP*, éd. E, 2004, 474, note L. Morlet.

2. Civ. 3^e, 19 mai 2004, *D.* 2004, 1669, obs. Y. Rouquet et 2005, 1094, note L. Rozes ; *RTD com.* 2005, 53, obs. J. Monégger.

a confirmé implicitement cette jurisprudence : il appartient au bailleur de prévenir le premier locataire au profit de qui il avait pris un engagement et à ce locataire de défendre éventuellement ses droits. Cependant, pour tenir compte de la répartition des commerces dans certains grands ensembles, cette loi a prévu que le premier locataire d'un local dans un « centre commercial » ne pourrait pas demander la déspecialisation pendant une durée de neuf ans.

182. La déspecialisation en cas de retraite. Un nouveau cas de déspecialisation est envisagé par la loi du 30 décembre 1985 *au profit du locataire voulant bénéficier d'un régime de retraite*. Celui-ci signifie à son propriétaire et aux créanciers inscrits sur le fonds son intention de céder son bail en précisant la nature des activités dont l'exercice est envisagé ainsi que le prix proposé. Le bailleur a dans les deux mois une priorité de rachat aux conditions fixées. À défaut d'usage de ce droit par le bailleur, son accord sera réputé acquis si, dans le même délai de deux mois, il n'a pas saisi le tribunal de grande instance. La nature des activités dont l'exercice est envisagé doit être compatible avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble (C. com., art. L. 145-51).

5° Cession de bail et sous-location

183. Cession de bail. Les clauses qui interdisent la cession du bail sans le fonds de commerce sont valables. Il est ainsi possible d'introduire une clause n'autorisant la cession qu'à un successeur dans son commerce. Elle signifie que la cession n'est autorisée qu'au profit de celui qui acquiert le fonds. Une clause interdisant de céder le bail en même temps que le fonds de commerce est nulle.

Le bail peut contenir une clause de préférence en cas de cession du bail. Celle consenti au profit du bailleur. Le pacte de préférence consenti par le bailleur doit être respecté même par le liquidateur en cas de cession judiciaire du contrat¹. Le pacte constitue cependant une créance de nature personnelle. Il en résulte que le cessionnaire du bail ne bénéficie pas du pacte consenti au profit du locataire précédant. Il faut toutefois tenir compte des termes des clauses du bail².

Cependant le bailleur peut subordonner la cession dans ce cas à son *agrément* ; le refus d'agrément doit d'ailleurs être fondé sur de justes motifs (par ex. l'insolvabilité du cessionnaire) sinon les tribunaux se réservent le droit d'autoriser le locataire à passer outre. Le locataire commet une faute en ne demandant pas au bailleur l'agrément dans les formes prévues au bail, notamment en ne l'appelant pas à la signature de l'acte de cession du bail ; cette faute peut justifier la résiliation anticipée du bail ou le refus de renouvellement en fin de bail. En l'absence d'une telle clause d'agrément, la cession doit être signifiée au bailleur pour lui être opposable, à moins qu'il ne l'ait acceptée expressément ou tacitement. La loi du 30 décembre 1985 prévoit un nouveau cas dans lequel la cession du bail est possible nonobstant toute clause contraire en l'absence de vente de fonds. La loi du 25 janvier 1985 modifiant le droit des procédures collectives introduit également une dérogation. L'article L. 621-83 énonce, en effet, que si la poursuite de l'activité de l'entreprise n'apparaît pas possible, le tribunal peut ordonner la cession de l'entreprise ; cette cession peut être totale ou partielle. De telles cessions s'imposeront aux bailleurs. La loi du 26 juillet 2005 confirme cette solution.

1. Civ. 14 févr. 2007 et Com. 13 févr. 2007, *D.* 2007. 649, obs. A. Lienhard.

2. Com. 13 févr. 2007, *op. cit.*

Ces règles sur la cession s'appliquent aussi en cas d'apport du bail en société, mais non en cas de fusion de sociétés ou d'opérations assimilées, la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport partiel assimilé étant substituée de plein droit dans tous les droits ou obligations découlant du bail dont la société absorbée ou apporteuse était titulaire.

Le locataire peut céder les droits attachés au bail, même après l'expiration de celui-ci, tant qu'il n'est pas jugé définitivement sur le renouvellement ou sur l'indemnité d'éviction.

En cas de cession, le cessionnaire répond envers le bailleur des dégradations causées par ses prédécesseurs¹.

Depuis la loi relative aux petites et moyennes entreprises un *droit de préemption est reconnu aux communes en cas de cession du droit au bail*. Le droit existe également en cas de cession du fonds de commerce.

184. Sous-location. *Les sous-locations de locaux doivent être autorisées par le bailleur* qui est appelé à concourir à l'acte et qui peut exiger une augmentation de loyer correspondant au loyer de la sous-location (C. com., art. L. 145-31)². Le refus d'autorisation du bailleur est discrétionnaire et n'a pas besoin d'être fondé sur de justes motifs. L'interdiction de sous-louer ne prive pas le locataire de donner son fonds en location-gérance, sauf clause expresse du bail interdisant ce contrat ; la location-gérance du fonds n'est pas en effet une sous-location des locaux dans lesquels le fonds est exploité.

6° Clauses de résiliation de plein droit

185. Clauses de résiliation du bail. Ces clauses par lesquelles le bailleur et le preneur conviennent à l'avance que l'inexécution d'une des obligations du contrat emportera la résiliation sont en *principe licites*. Ces clauses doivent être expresse.

L'application des clauses résolutoires a été source d'abus de la part de propriétaires mettant à profit la moindre faute de leur locataire pour tenter d'obtenir la résiliation du bail et ainsi retrouver la possibilité de relouer pour un montant bien supérieur.

Le législateur est ainsi intervenu pour soumettre ces clauses à un régime impératif. *La clause ne produit effet qu'un mois après le commandement d'exécuter demeuré infructueux* (C. com., art. L. 145-41). Après l'expiration de ce délai et tant que la résiliation n'a pas été constatée ou prononcée par une décision de justice devenue définitive³, le locataire peut demander et obtenir du juge des référés, dont l'appréciation est souveraine, un délai de grâce dans la limite de deux ans, conformément à l'article 1244-1 du Code civil. L'effet de la clause est paralysé si le locataire s'exécute dans les conditions fixées par le juge. S'il ne respecte pas le délai, la clause produit ses effets.

1. Civ. 3^e, 9 juill. 2003, *JCP*, éd. E, 2004, 113, note A.S. Barthez.

2. Civ. 3^e, 22 févr. 2006, *D.* 2007, 1828, obs. L. Rozès.

3. Le tribunal de grande instance et son président en référé, sont seuls compétents pour constater l'acquisition de la clause résolutoire quelle que soit la cause de résiliation (art. 25) ; la clause de résiliation de plein droit du bail commercial en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est nulle.

L'efficacité de ces clauses est ainsi toute relative d'autant plus que le locataire tente souvent de faire constater une renonciation tacite du bailleur à se prévaloir de la clause. Une dernière défense consiste dans l'ouverture d'une procédure collective¹.

C. Droit au renouvellement

186. La propriété commerciale. Le bénéfice du droit au renouvellement, appelé « propriété commerciale » dans la pratique, est l'avantage le plus important qui est accordé au locataire de locaux commerciaux. La durée de neuf ans du bail renouvelé est une règle d'ordre public². Quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit au renouvellement du bail commercial sont nulles et non pas réputées non écrites³.

En dehors des conditions générales indiquées ci-dessus (*supra*, n° 141), cet avantage est subordonné à des conditions supplémentaires (1°). Une procédure doit être respectée (2°). Si le bailleur refuse le renouvellement, il doit payer une indemnité au preneur (3°). Il existe toutefois des motifs de refus (4°).

1° Conditions du droit au renouvellement

187. Conditions relatives au locataire. Les baux commerciaux conclus par le représentant d'un incapable mineur ou majeur (père, mère ou tuteur) ne confèrent pas au locataire le droit au renouvellement, lorsque la fin du bail est postérieure à la majorité, à l'émancipation du mineur ou à la cessation de l'incapacité.

Le bénéfice du droit au renouvellement appartient en principe au *locataire propriétaire du fonds*⁴. Il appartient aussi à ses héritiers ainsi qu'à un cessionnaire du droit au bail, même si cette cession est postérieure à l'expiration du bail, à la condition qu'elle ait été agréée par le bailleur dans les conditions prévues au bail. Quant au sous-locataire, il peut d'abord demander au locataire principal le renouvellement de la sous-location à l'expiration de celle-ci ; mais à l'expiration du bail principal, il peut aussi directement demander au bailleur le renouvellement de ce bail pour la partie des locaux sous-loués, si du moins cette partie n'est pas indivisible avec celle conservée par le locataire principal, et si celui-ci ne peut pas lui-même demander le renouvellement.

Le bénéfice du droit au renouvellement est réservé aux locataires français et à des étrangers assimilés ou bénéficiant de conventions diplomatiques. Les ressortissants des états membres du Marché commun bénéficient de ce droit pour les activités profitant de la liberté d'établissement en vertu des directives de la CEE et des textes d'application en France.

1. V. Monéger et F. Kerdérian, obs *RTD com.* 2009. 81.

2. Civ. 3°, 2 oct. 2002, *D.* 2002. AJ. 3014, obs. Y. Rouquet ; *RTD com.* 2003. 277, obs. J. Monéger. Le preneur peut renoncer au droit de renouvellement si la renonciation est postérieure à la naissance du droit (Civ. 3°, 4 mai 2006, *D.* 2007, obs. L. Rozès).

3. Civ. 3°, 23 janv. 2008, *JCP* 2008. II. 10083, note F. Auque ; *D.* 2008. 349, obs. Y. Rouquet.

4. Le bénéfice du droit au renouvellement est refusé au locataire-gérant.

Pour bénéficier du droit au renouvellement, le commerçant doit être immatriculé. Cependant, opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation atténue la portée de cette exigence. Il suffit que le locataire soit immatriculé à la date d'expiration du bail. Il importe peu qu'il ne le soit plus après cette date¹.

188. Conditions relatives à l'exploitation effective du fonds. Pour bénéficier du statut, le locataire doit avoir exploité le fonds de façon effective pendant *trois ans au moins* (C. com., art. L. 145-8). Il n'est pas nécessaire que cette exploitation ait été personnelle ; le cessionnaire du droit au bail peut donc se prévaloir de l'exploitation du fonds par le cédant ; il en est de même de celui qui donne régulièrement son fonds en location-gérance. La nécessité d'une exploitation effective est écartée si le locataire peut justifier d'un motif légitime ayant entraîné, par exemple, la fermeture du fonds sans sa volonté. *Les trois années d'exploitation doivent être consécutives* et, sauf déspécialisation majeure, c'est le même fonds qui doit avoir été exploité pendant les trois années ; une « location saisonnière » pour quelques mois, même si elle est renouvelée d'année en année, n'est pas une exploitation continue ; mais il en est autrement si la location est faite à l'année pour un commerçant saisonnier conformément aux usages du lieu.

2° Procédure de renouvellement

189. Initiative de la procédure. L'initiative du refus de renouvellement incombe en principe au *bailleur* et prend la forme d'un *congé donné pour le dernier jour du trimestre civil* et au moins *six mois à l'avance* et contenant éventuellement les motifs du refus de renouvellement (C. com., art. L. 145-9). Ces motifs ne peuvent plus être modifiés sauf circonstances exceptionnelles. Le congé doit également à peine de nullité indiquer que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, doit, à peine de forclusion, saisir le tribunal avant expiration d'un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné.

Le locataire, sans attendre ce congé, peut dans les six mois précédant la fin du bail, demander au bailleur s'il a l'intention de renouveler. Celui-ci doit répondre dans les trois mois en précisant éventuellement ses motifs de refus, sinon il est censé accepter le renouvellement. Ces différents actes sont notifiés par huissier (C. com., art. L. 145-10).

190. Fixation du nouveau loyer. Si le bailleur et le locataire sont d'accord sur le principe et les modalités de renouvellement, il n'y a pas de difficulté. Le bailleur peut aussi être d'accord sur le principe du renouvellement, mais ne pas s'entendre avec le locataire sur les conditions du nouveau bail, notamment sur le loyer. Le président du tribunal de grande instance est alors saisi pour fixation du nouveau loyer. Si d'autres éléments du nouveau bail sont discutés (par ex. déspécialisation des locaux, constructions élevées par le locataire), le litige doit être porté devant le tribunal de grande instance ou le tribunal de commerce².

1. Civ. 3^e, 29 sept. 2004, *D.* 2005. 1090, obs. Rozès ; *JCP*, éd. E, 2005. 965, obs. J. Monéger.

2. L'action en fixation du prix du bail renouvelé relève de la prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce. Lorsque le congé avec offre de renouvellement émane du bailleur, le point de départ de la prescription est la date de prise d'effet du nouveau bail : Civ. 3^e, 30 juin 2004, *D.* 2005. 1098, obs. L. Rozès.

Pour la fixation du nouveau loyer, *un principe de plafonnement* du loyer du bail renouvelé, destiné à combattre des hausses excessives, énoncé par l'article L. 145-34 *reçoit de plus en plus de tempéraments*. Il existe en effet une volonté des juges d'écarter des dispositions qui ne se justifient peut-être plus et de redonner un sens à la loi du marché.

Le loyer du bail renouvelé est en principe plafonné. Le taux de variation du loyer ne peut alors excéder la variation de l'indice national trimestriel mesurant le coût de la construction ou celui du nouvel indice ICL introduit par la loi du 4 août 2008.

Le calcul du nouveau loyer se fait par référence au loyer initial. Le prix du nouveau loyer est obtenu en multipliant le loyer initial par une fraction comportant au numérateur le dernier indice publié à la date du renouvellement et au dénominateur l'indice en vigueur au jour de la conclusion du bail.

Le montant du loyer plafonné ne peut être dépassé par le juge, même si la valeur locative du bien loué est supérieure. Le locataire peut demander à ce que la valeur locative soit retenue si elle est inférieure au loyer calculé à partir des indices¹. De ce fait, le loyer du bail renouvelé peut même être inférieur au loyer initialement fixé.

La règle du plafonnement reçoit des exceptions.

La règle du plafonnement est en premier lieu écartée *en cas de modification notable de la valeur locative* (art. L. 145-34). Il est tenu compte de l'un quelconque des éléments d'appréciation de la valeur locative, à l'exception des prix pratiqués dans le voisinage. La modification notable peut concerner les caractéristiques des lieux loués (adjonction de nouveaux locaux destinés à la clientèle²), peut résulter de travaux sur les lieux loués effectués par le bailleur, de la modification d'une clause du bail (changement de destination des lieux loués). Il peut aussi être tenu compte des modifications des circonstances propres à la fixation du loyer initial. Le loyer initial peut par exemple avoir été fixé très bas en raison de liens de parenté ayant disparu depuis. Le plus souvent, c'est cependant la modification des facteurs locaux de commercialité qui est invoquée. Celle-ci doit avoir une influence sur le commerce considéré (c'est-à-dire le commerce effectivement exploité par le locataire³) ou sur le marché. Il est ainsi tenu compte de la création de parkings, de l'augmentation de population résultant de la construction d'un immeuble, de la création de nouvelles voies d'accès. Une baisse notable de la commercialité justifie donc un déplafonnement du loyer. Pour autant, la règle ne protège pas nécessairement le preneur. Il a ainsi été jugé qu'un bailleur pouvait obtenir une hausse du loyer calculé sur la valeur locative alors même que le locataire avait invoqué une baisse des facteurs de commercialité pour obtenir une baisse du loyer⁴. Cette solution traduit la faveur actuelle des juges pour la valeur locative et leur hostilité à l'égard du plafonnement⁵.

Les parties disposent d'une relative liberté. L'ordre public en la matière ayant une portée limitée, elles sont libres de déterminer à l'avance par une stipulation du bail les conditions de fixation du prix du bail renouvelé⁶.

La règle du plafonnement est également écartée en cas de diminution du loyer initial en cours de bail⁷.

1. Civ. 3^e, 3 déc. 2003, *Dalloz Affaires* 2004. AJ. 639, obs. Y. Rouquet ; Civ. 3^e, 3 juin 2004, *Dalloz Affaires* 2004. 1975, obs. Y. Rouquet.

2. Com. 26 nov. 1997, *Dalloz Affaires* 1998. 16.

3. Cas d'une modification d'un quartier qui profite à tous les restaurants et pas nécessairement au fonds concerné : Civ. 3^e, 30 juin 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1601, note B. Demouster.

4. Civ. 3^e, 13 juill. 1999, *JCP*, éd. E, 1999. 609, note F. Auque.

5. La seule augmentation de l'impôt foncier justifie ainsi le déplafonnement.

6. Civ. 3^e, 10 mars 2004, *D*. 2004. 878, obs. Y. Rouquet ; *JCP*, éd. E, 2004. 603, note B. Demouster.

7. Civ. 1^{re}, 24 mars 2004.

La règle du plafonnement ne s'applique pas à certains baux. Elle est écartée pour les baux relatifs à des terrains loués, pour les baux de locaux monovalents¹ et pour ceux de locaux à usage exclusif de bureaux. Elle est aussi écartée lorsque par l'effet de la tacite reconduction, le bail expiré a eu une durée supérieure à douze ans ou lorsque le bail à renouveler avait été initialement conclu pour une durée supérieure à neuf ans.

Elle est enfin *écartée pour les baux contenant une clause de loyer variable*. Dans ce dernier cas, la fixation du loyer renouvelé échappe aux dispositions du Code et n'est régie que par la convention des parties. C'est le principe qu'a énoncé la Cour de cassation dans un arrêt fameux dont la portée demeure controversée, l'arrêt *Théâtre Saint Georges*². Le bail renouvelé l'est aux mêmes conditions de fixation du prix du loyer que le précédent³.

La commission Pelletier a proposé l'ajout d'un nouveau motif de déplafonnement du loyer de renouvellement tenant au caractère manifestement surévalué ou sous-évalué du loyer⁴.

La loi organise une *conciliation obligatoire des parties en cas de litige*. Ce litige doit être soumis à une commission départementale de conciliation composée de bailleurs et de locataires en nombre égal.

Le juge ne peut être saisi qu'une fois rendu l'avis de la commission. C'est le président du tribunal de grande instance qui est alors compétent.

Même après la fixation du nouveau loyer par le juge, le locataire ou le propriétaire peuvent renoncer au renouvellement et l'instance est alors portée devant le tribunal pour la fixation éventuelle d'une indemnité d'éviction. À défaut, les parties doivent conclure un nouveau bail conforme à l'ordonnance du président. En cas de refus, l'ordonnance vaut bail.

3° Refus de renouvellement du bail

191. Indemnité d'éviction. Le bailleur a toujours la faculté de refuser le renouvellement du bail. Si le bailleur refuse le renouvellement du bail et n'oppose pas de motif légitime de refus, le locataire n'en doit pas moins quitter les lieux ; mais il demandera au tribunal de grande instance de condamner le bailleur à lui payer une *indemnité d'éviction* représentant le préjudice que lui cause l'obligation de transférer son fonds dans d'autres locaux (C. com., art. L. 145-14). La loi présume que ce préjudice est égal à la valeur des éléments incorporels du fonds (clientèle, nom commercial, enseigne, etc.). La jurisprudence admet qu'il faut tenir compte de la valeur du droit au bail lui-même augmentée des frais normaux de déménagement et de réinstallation ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour l'achat d'un fonds de même valeur ; mais le propriétaire peut prouver que le préjudice réel du locataire est inférieur, par exemple s'il a trouvé une nouvelle boutique à proximité. Le préjudice s'évalue à la date la plus proche du départ du locataire, c'est-à-dire pratiquement à la date du jugement.

1. La qualification de local monovalent pose problème pour l'hôtel-café-restaurant. La qualification de local monovalent est écartée lorsque le café et le restaurant sont autonomes et n'ont pas pour une part significative la même clientèle ; v. Civ. 3^e, 30 sept. 1998, *RDI* 1999. 162 ; Civ. 3^e, 8 févr. 2006, *D.* 2007. 1836, obs. L. Rozès.

2. Civ. 3^e, 10 mars 1993, *JCP*, éd. E, 1993. II. 460, note B. Boccara ; la solution a été confirmée dans un arrêt *Rodier* en date du 27 janv. 1999, *JCP*, éd. E, 1999. 575, note F. Auque et, *JCP* 1999. II. 10142, note B. Boccara.

3. Ce qui est également source de difficultés ; pour une illustration, v. CA Paris, 8 mars 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 584, obs. J. Monéger.

4. M. D. Bernard, « La notion d'intérêt pour le commerce considéré à la lumière du rapport Pelletier », *Dalloz Affaires* 2004. 2358.

En attendant le paiement de l'indemnité d'éviction qui doit intervenir dans les trois mois à compter de la date d'un commandement fait par acte d'huissier, le locataire est en droit de rester dans les lieux (C. com., art. L. 145-28). Mais il doit alors une *indemnité d'occupation* au bailleur. Celle-ci est déterminée comme le loyer, mais elle peut être minorée pour tenir compte de la précarité de la jouissance.

La destruction de la chose louée entraîne la résiliation du bail et par voie de conséquence le non-paiement de l'indemnité d'éviction¹.

192. Droit de repentir. Si le propriétaire trouve l'indemnité trop élevée, il a un « droit de repentir » et peut accepter le renouvellement dans les quinze jours du jugement, mais à condition de payer tous les frais de l'instance (C. com., art. L. 145-58). Le locataire ne doit pas avoir déjà pris des mesures pour se réinstaller ailleurs. L'exercice de ce droit par le propriétaire est irrévocable.

Le locataire peut rester dans les lieux tant que l'indemnité ne lui est pas versée. Inversement, si malgré le règlement de cette indemnité par le bailleur entre les mains d'un séquestre il reste dans les lieux, il peut être contraint de les quitter au moyen d'une astreinte journalière de 1 % de l'indemnité.

4° Motifs légitimes de refus et droit de reprise

193. Motif grave et légitime. Le bailleur n'a pas à payer l'indemnité d'éviction s'il peut invoquer une cause légitime de refus de renouvellement.

Ce peut être un motif grave et légitime résultant généralement d'une *faute du locataire dans l'exécution du bail* : défaut de paiement des loyers, abus de jouissance des lieux, défaut d'entretien, changement de désignation, défaut d'exploitation, cession ou sous-location sans l'agrément du bailleur. Ces fautes ne peuvent être retenues qui si elles ont persisté plus d'un mois après une mise en demeure adressée au locataire (C. com., art. L. 145-17). Un motif grave et légitime peut aussi être trouvé dans des fautes qui ne sont pas directement liées au bail, par exemple une attitude injurieuse du locataire².

194. Droit de reprise pour habiter. Le bailleur dispose aussi d'un droit de reprise pour son habitation personnelle ou celle de ses proches parents : ascendants, descendants et leurs conjoints ; mais les conditions en sont de plus en plus strictes (C. com., art. L. 145-22). La reprise ne peut porter que sur les locaux d'habitation accessoires des locaux commerciaux à condition qu'ils ne soient pas indivisibles et que la reprise n'apporte pas un trouble grave à l'exploitation ; elle ne peut pas porter sur des locaux affectés à usage d'hôtel, de pension, d'établissement d'enseignement ou hospitalier. L'immeuble doit avoir été acquis par le bailleur depuis plus de six ans ; le bénéficiaire doit être français, occuper le local repris dans les six mois du départ du locataire et y rester pendant six ans ; il ne devait pas disposer d'un local d'habitation suffisant et doit éventuellement mettre ce local à la disposition du commerçant. Ce dernier a droit naturellement à une réduction de loyer. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie ou cesse de l'être, le bailleur doit payer l'indemnité d'éviction.

1. Civ. 3^e, 29 sept. 2004, *JCP*, éd. E, 2005. 863, obs. H. K.

2. La mise en demeure n'est pas nécessaire lorsque l'infraction commise a un caractère irréversible et lorsqu'il s'agit d'un refus de renouvellement (Civ. 11 juin 1997, *JCP*, éd. E, 1997. Pan. 895, L. Lévy).

La loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement introduit un nouveau cas (C. com., art. L. 145-23-1). Cet article donne au bailleur la faculté de reprendre, aux échéances triennales la partie du local donné à bail, accessoirement à des locaux commerciaux destinée à l'habitation et qui n'est pas, au moment de la délivrance du congé et six mois après celle-ci utilisée à cet usage, qu'elle soit vacante ou vraisemblablement utilisée à usage commercial, de bureau ou de réserve¹. Il s'agit de remettre sur le marché locatif des logements vacants.

195. Locaux en ruine ou reconstruits. Le bailleur a également un droit de reprise sans indemnité pour les locaux déclarés insalubres ou menaçant ruine (C. com., art. L. 145-17). Le locataire a alors un droit de priorité si l'immeuble est reconstruit. Même en l'absence d'insalubrité ou de ruine, le bailleur a un droit de reprise pour reconstruire, mais il doit payer l'indemnité d'éviction à moins qu'il n'offre au locataire un local correspondant et ne lui paie ses frais de déménagement. La loi prévoit aussi, moyennant le paiement d'indemnités réduites, un droit de reprise temporaire pour surélever l'immeuble et un droit de reprise partielle sur des terrains nus pour construire des locaux d'habitation.

§ 3. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

196. Notion. Le fonds de commerce comprend fréquemment des droits de propriété industrielle et commerciale. Ce sont des droits incorporels portant sur des créations de l'intelligence, qui confèrent à leur titulaire un *monopole d'exploitation ou d'utilisation*, protégé légalement par des sanctions pénales et civiles, et par l'action en contrefaçon. Ils sont à rapprocher des droits de propriété littéraire et artistique².

Ces droits de propriété industrielle ont aujourd'hui une importance économique considérable. Marques et brevets peuvent se monnayer très chers. Pour cette raison, le législateur a précisément déterminé leurs conditions d'acquisition. La protection des titulaires de droits a été renforcée. Cette protection doit être internationale. En effet, beaucoup de marques et de brevets ont vocation à être exploités dans de nombreux pays. De nombreuses conventions internationales ont eu pour but d'unifier le droit des différents pays et de faciliter la protection internationale. Il existe ainsi un brevet européen, des marques, dessins et modèles communautaires.

Dans le cadre de sa politique de codification, le législateur a, par une loi du 1^{er} juillet 1992, regroupé toutes les dispositions figurant dans différentes lois en un Code de la propriété intellectuelle (CPI). Sa deuxième partie est consacrée à la propriété industrielle.

Il existe des principes communs à ces droits (A) qu'il convient de préciser avant d'énoncer les règles applicables aux brevets, (B) marques (C) et dessins et modèles (D).

A. Principes communs

197. Les droits de propriété industrielle se caractérisent par le monopole d'exploitation conféré à leur titulaire (1^o). Ce droit est protégé par l'action en contrefaçon (2^o).

1. J. Monéger et H. Kenfack, *JCP*, éd. E, 2007. 1523, obs. J. Monéger et H. Kenfack.

2. Fr. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, « Précis Domat », Montchrestien, 2000 ; J.-J. Burst et A. Chavanne, *Droit de la propriété industrielle*, « Précis », Dalloz, 1998 ; J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Litec, 1996 ; *JCP*, éd. E, chron. J. M. Mousseron.

1° Le monopole d'exploitation

198. Portée. Tout titulaire d'un droit de propriété intellectuelle est un propriétaire de bien.

Même si la question a été discutée, il apparaît que le droit de la propriété intellectuelle est un droit réel. Cependant ce droit de propriété est original par rapport à celui de droit commun dans la mesure où beaucoup de règles spécifiques sont énoncées dans le CPI. L'exercice de ce droit se traduit cependant par un monopole d'exploitation ou d'utilisation conféré à celui dont le titre est valable.

Conférant un monopole, les droits de propriété intellectuelle peuvent se heurter à d'autres principes tels celui de la libre concurrence. C'est une source de conflits. Pour les résoudre, il faut tenir compte du fondement de la protection ainsi reconnue au titulaire. Or, ce fondement n'est pas uniforme. Le droit du brevet a pour fonction de récompenser l'innovation technique satisfaisant à certaines conditions. L'octroi par l'autorité publique du monopole est la contrepartie de la divulgation publique dans la demande de brevet et de l'enrichissement de l'état de la technique qui en résulte.

La marque a quant à elle deux fonctions. Elle a une fonction de réservation de l'usage du signe au titulaire. Elle a une fonction de garantie d'identité d'origine. Elle fait le lien aux yeux de la clientèle entre les produits ou services qu'elle identifie et l'entreprise dont ils proviennent ou qui les propose.

2° L'action en contrefaçon

199. Définition. L'action en contrefaçon est une action spécifique dont bénéficie le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Celui qui exerce l'action doit être titulaire d'un droit incontestable. Si tel n'est pas le cas, le demandeur a tout intérêt à engager une action en concurrence déloyale. Transposant une Directive en date du 29 avril 2004, une loi en date du 29 octobre 2007 a sensiblement renforcé l'efficacité de cette action.

L'action appartient à tous les titulaires de droits de propriété intellectuelle et depuis l'ordonnance du 11 décembre 2008 aux licenciés exclusifs, même non inscrits. Les autres licenciés ont la faculté d'exercer l'action pour la réparation de leur propre préjudice. Les régimes des différents droits sont ainsi harmonisés.

200. Preuve de la contrefaçon. Il est essentiel pour celui qui se prévaut d'une contrefaçon d'en rapporter la preuve. Or, celle-ci est souvent délicate. Depuis la réforme, celle-ci est facilitée.

Le demandeur peut obtenir le concours des autorités douanières grâce à la procédure de la retenue en douanes. Les agents peuvent ainsi dans le cadre de leur contrôle immobiliser les marchandises arguées ou suspectes de contrefaçon. Cette procédure permet de lutter contre la piraterie, technique consistant à commercialiser en grand nombre des produits se rapprochant le plus possible des produits authentiques. Pendant la retenue, le titulaire du droit peut examiner les marchandises.

La saisie-contrefaçon constitue la deuxième technique permettant de prouver la contrefaçon. La procédure est ouverte à toute personne ayant la qualité pour agir en contrefaçon. La saisie est demandée par voie de requête. Le demandeur doit présenter des éléments de preuve raisonnables accessibles pour étayer ses allégations selon lesquelles il a été porté atteinte à son droit ou qu'une telle atteinte est imminente.

L'ordonnance du juge peut prescrire soit une description détaillée soit une saisie réelle des produits contrefaits. Des experts sont désignés.

201. Droit d'information. Ce droit nouvellement reconnu permet d'obliger le défendeur à livrer des informations sur l'origine des marchandises litigieuses, les circuits de distribution et l'identité des tiers impliqués dans la production et la distribution des marchandises litigieuses. Ce droit ne peut être actionné que dans le cadre d'une instance civile pendante. La production de documents peut être demandée à toute personne qui a été trouvée en possession de produits contrefaisants ou qui fournit des services utilisés dans des activités de contrefaçon ou encore, qui a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits ou la fourniture de ces services.

La mesure a exclusivement pour but la détermination de l'origine et des réseaux de distribution des produits contrefaisants. La production de documents ou d'informations peut être ordonnée s'il n'existe pas d'empêchement légitime (vie privée ou secret professionnel).

Une fois les preuves réunies, le titulaire du droit peut agir en contrefaçon dans les conditions suivantes.

202. Procédure. Le titulaire du droit doit agir dans les trois ans. Seuls quelques tribunaux de grande instance sont exclusivement compétents.

La procédure permet l'obtention de mesures provisoires et de mesures définitives. Le demandeur peut agir en référé ou par voie de requête. Le demandeur doit apporter des éléments de preuve raisonnablement accessibles qui rendent vraisemblable qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente.

203. Mesures provisoires. Cinq types de mesures provisoires peuvent être prises : des mesures d'interdiction ou de garantie de la part du prétendu contrefacteur, la saisie des matériels contrefaisants, la saisie conservatoire des biens du prétendu contrefacteur, le versement d'une provision et la constitution de garanties de la part du demandeur. Dans le cadre du référé, ces mesures peuvent être assorties d'une astreinte.

204. Mesures définitives. L'action en contrefaçon peut permettre l'obtention de mesures définitives.

Il s'agit en premier lieu de sanctions civiles. Le juge peut ordonner l'indemnisation du préjudice subi par la victime de la contrefaçon. Le juge peut allouer à titre de dommages et intérêts, une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte.

Des sanctions pénales peuvent en second lieu être prononcées. Le juge peut ordonner le rappel des marchandises, leur confiscation. Des mesures de publicité et d'affichage peuvent être prononcées.

B. Brevets d'invention

205. Utilité du brevet. Le brevet apporte un soutien à l'innovation technique. Le droit du brevet s'est développé avec l'industrie. En protégeant les inventions et en conférant à son titulaire un *monopole d'exploitation*, le brevet permet à son titulaire de rentabiliser ses investissements. Plus de 175 000 brevets ont ainsi été déposés en France en 2000. Le droit des brevets, par ses sources, devient un droit européen et mondial ce qui pose de redoutables problèmes d'harmonisation des procédures. Le droit des brevets doit s'adapter pour tenir compte de l'accélération des progrès techniques. Les entreprises doivent pouvoir

disposer rapidement de titres et elles doivent être en mesure de protéger efficacement leurs inventions au plan mondial¹. Il convient d'étudier successivement les conditions requises pour être titulaire d'un brevet (1°), la procédure de délivrance des brevets (2°), les droits et obligations attachés au brevet (3°), la protection du titulaire d'un brevet (4°) et la protection résultant de l'application de conventions internationales (5°).

1° Conditions pour être titulaire d'un brevet

206. Définition du brevet d'invention. Le brevet est un titre de propriété industrielle délivré par l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation sur une invention particulière (CPI, art. L. 611-1). Le brevet se distingue du *certificat d'utilité*. Alors que le brevet est délivré pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt, le certificat est délivré pour une durée de six ans. La procédure de délivrance du certificat d'utilité est simplifiée.

207. L'invention brevetable. Une invention n'est brevetable que si elle remplit *trois conditions*.

Tout d'abord, l'invention, pour être brevetable doit être *nouvelle* c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être comprise dans l'état de la technique (CPI, art. L. 611-10). L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen. La *divulgaration détruit donc la nouveauté* sous réserve de trois exceptions notables. En premier lieu, il n'est pas tenu compte d'une divulgation qui a eu lieu sans l'accord de l'inventeur. En second lieu, il existe des droits de priorité reconnus au titulaire du brevet. L'article 4 de la Convention d'Union de Paris donne à l'inventeur un délai d'un an à compter de la première demande pour déposer des brevets correspondants dans d'autres pays. Il s'agit de la *priorité unioniste*. En troisième lieu, l'article L. 612-3 du CPI permet à une personne qui a fait d'abord une demande de brevet sommaire de pouvoir la remplacer dans les 12 mois qui suivent par une demande plus élaborée.

Ensuite, l'invention doit impliquer une *activité inventive*. Pour un homme du métier, elle ne doit pas découler d'une manière évidente de l'état de la technique. L'activité inventive doit donc être non évidente. Ce caractère s'apprécie à partir d'un élément objectif, l'état de la technique et d'un élément subjectif, l'opinion de l'homme de métier.

Enfin, *l'invention doit être susceptible d'application industrielle*. Son objet doit pouvoir être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture. Ne sont pas susceptibles d'application industrielle les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique², les méthodes de diagnostic, les méthodes commerciales³.

Si ces conditions ne sont pas réunies, il peut y avoir *savoir-faire*. Le savoir-faire est un ensemble de connaissances techniques, transmissibles, non immédiatement accessibles au public et protégé de fait par le secret.

Par deux textes, la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique et celle du 8 décembre 2004 relative à la protection des inventions biotechnologiques, le législateur a transposé

1. J. Foyer, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 15 ; J.-Chr. Galloux, « Le droit du brevet à l'aube du troisième millénaire », *JCP*, éd. E, 2000, 119.

2. Com. 17 juin 2003, *Dalloz Affaires* 2003, 2959, note M. P. Schmidt.

3. CA Rennes 7 oct. 2003, *JCP*, éd. E, 2004, 562, obs. C. Caron.

une directive CE en date du 6 juillet 1998. *Certains éléments du corps humain peuvent ainsi être brevetables*. Il en va de même de produits constitués de matière biologique¹.

208. Inventions non brevetables. Le CPI énonce une liste d'inventions non brevetables.

Des exclusions de la brevetabilité sont justifiées par le *caractère abstrait de l'invention*. L'article L. 611-10 vise ainsi :

- les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ;
- les créations esthétiques ;
- les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles ;
- les présentations d'informations ;
- les programmes d'ordinateurs.

D'autres exclusions sont justifiées pour des *raisons éthiques*. Tout d'abord, ne sont pas brevetables les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ensuite, ne peuvent être brevetés les races animales, les procédés d'obtention de végétaux ou d'animaux². Enfin, une exclusion concerne les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal (art. L. 611-16). Les médicaments ne sont pas visés et sont donc brevetables. La protection de la seconde application thérapeutique d'une composition connue est protégée depuis la loi du 4 août 2008.

209. Titulaire du brevet d'invention. Le droit au titre appartient à *l'inventeur ou à son ayant cause*.

Des dispositions particulières déterminent le sort de l'invention réalisée par un *salarié* (CPI, art. L. 611-7). Si les inventions ont été faites par le salarié dans l'exécution, soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive, soit d'études et de recherches qui lui sont confiées, elles appartiennent à l'employeur. Le salarié a cependant droit à une rémunération supplémentaire correspondant à ces inventions de mission³. La rémunération allouée n'a pas à être fixée en fonction du salaire.

Dans les autres cas, l'invention appartient au salarié. Cependant, si l'entreprise a permis la découverte, l'employeur peut, à certaines conditions, se faire attribuer la propriété ou la jouissance des droits attachés au brevet.

2° Procédure de délivrance des brevets

210. Dépôt des demandes. Celui qui revendique un brevet doit déposer une demande. Celle-ci contient une description de l'invention. L'invention doit être exposée de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter.

La demande doit également contenir les *revendications* qui définissent l'objet de la protection demandée. Le demandeur doit préciser les points qu'il estime nouveaux.

Généralement, les dossiers sont présentés par des professionnels, les conseils en propriété industrielle.

1. C. Caron, *JCP* 2005. I. 101, § 12 ; *JCP*, éd. E, 2005, act. 42.

2. V. la loi du 8 décembre 2004 et la rédaction nouvelle de l'article L. 611-19 du CPI.

3. Com. 21 nov. 2000, *JCP*, E, 2001. 775, note Chr. Galloux.

211. Délivrance du titre. L'invention doit être autorisée par le directeur de l'INPI après avis du ministère de la Défense. Le directeur de l'INPI examine la conformité des demandes. La demande de brevet donne lieu à l'établissement d'un *rapport de recherche* sur les éléments de l'état de la technique qui peuvent être pris en considération pour apprécier la brevetabilité de l'invention. Ce rapport est établi au vu d'une recherche documentaire préalable. Les tiers informés par la publication de la demande de brevet peuvent formuler des observations.

Le demandeur peut alors présenter des observations ; il peut préférer solliciter l'obtention d'un certificat d'utilité ce qui dispense de l'établissement du rapport de recherche. Les inventions faisant l'objet de demandes de brevet ne peuvent être divulguées et exploitées librement aussi longtemps qu'une autorisation n'a été accordée à cet effet. Toute demande de brevet et tout brevet donnent lieu au paiement d'une redevance.

Le brevet est délivré après l'accomplissement des formalités. La délivrance est publiée au *Bulletin officiel de la propriété industrielle* afin que les tiers soient avertis.

Le brevet délivré n'est cependant pas à l'abri de contestations. Les tiers peuvent en demander la nullité, ce qu'ils font souvent en riposte à une action en contrefaçon.

3° Droits et obligations attachés aux brevets

212. Droit d'exploiter. Le titulaire du brevet dispose d'un *droit exclusif d'exploitation* qui prend effet à compter du dépôt de la demande. Ce droit est conféré pour une *durée de vingt ans non renouvelable*.

Ce droit est transmissible. Il existe ainsi des cessions de brevets.

Comme d'autres biens, le brevet est une source de crédit. Le brevet est alors nanti au profit d'un prêteur. Le titulaire du brevet peut aussi concéder une *licence de brevet*, exclusive ou non. Moyennant versement d'une redevance, le licencié a alors le droit d'exploiter le brevet. Il en a aussi l'obligation.

Tous les actes relatifs au brevet doivent être rédigés par écrit et être publiés sur les registres de l'INPI sous peine d'être inopposables aux tiers.

Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas aux actes concernant le produit couvert par ce brevet, accomplis sur le territoire français, après que ce produit a été mis dans le commerce en France, par le propriétaire du brevet ou avec son consentement exprès. Le droit français admet ainsi la théorie dite de l'*épuisement des droits*. Cependant, l'épuisement ne saurait en rien affecter le monopole de fabrication du brevet. Il n'atteint que les produits incorporant l'information brevetée et dont la mise en circulation satisfait aux exigences posées par la jurisprudence¹.

213. Obligation d'exploitation. L'exploitation du brevet est un droit mais également un devoir. Il s'agit d'éviter une entrave au progrès économique. Pour cette raison, toute personne peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une *licence obligatoire* de brevet. Cette licence ne peut être obtenue que si le titulaire du brevet n'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un état membre de la CEE ou n'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français. La

1. Com. 25 avr. 2006, D. 2007. 341, obs. J. Raynard.

licence obligatoire peut aussi être obtenue si l'exploitation ou la commercialisation en France a été abandonnée depuis plus de trois ans.

La demande de licence obligatoire est formée auprès du tribunal de grande instance. Le demandeur doit justifier qu'il n'a pu obtenir du propriétaire du brevet une licence d'exploitation et qu'il est en état d'exploiter l'invention de manière sérieuse et effective.

Des procédures particulières d'attribution de licence d'office sont prévues pour les médicaments, les brevets intéressant l'éducation nationale.

Le ministre chargé de la propriété industrielle peut enfin mettre en demeure les propriétaires de brevets d'en entreprendre l'exploitation de manière à satisfaire aux besoins de l'économie nationale. Si la mise en demeure est restée sans effet dans le délai d'un an et si l'absence d'exploitation entreprise porte gravement préjudice au développement économique et à l'intérêt public, les brevets peuvent être soumis au régime de la licence d'office.

4° Protection du titulaire de brevet d'invention

214. Protection par l'action en contrefaçon. Toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet constitue une contrefaçon. La *contrefaçon suppose la reprise des éléments essentiels de la revendication du brevet*, c'est-à-dire des éléments indispensables à la résolution du problème technique¹. L'action en contrefaçon peut être exercée par le propriétaire du brevet dans les trois ans à compter des faits qui en sont la cause. Les actions sont de la compétence exclusive de juridictions spécialisées en brevets (des tribunaux ont une compétence exclusive). Pour prouver la contrefaçon, le demandeur a la possibilité de se faire autoriser par ordonnance du président du tribunal de grande instance à procéder à des constats et saisies effectués par huissiers². L'expert qui assiste l'huissier doit être indépendant du requérant. La Cour de cassation tire ainsi une conséquence du principe du droit à un procès équitable posé par l'article 6, § 1, de la CEDH.

Le demandeur peut obtenir l'interdiction de continuer la contrefaçon, la confiscation des objets contrefaits et éventuellement celle des dispositifs ou moyens spécialement destinés à la réalisation de la contrefaçon. Une indemnité est allouée au bénéficiaire de la condamnation.

Le contrefacteur peut également être sanctionné pénalement. Ceux qui portent atteinte « sciemment » aux droits découlant du brevet encourrent un emprisonnement de 2 ans et une amende. Les peines sont doublées en cas de récidive.

215. Procédures particulières. Deux procédures particulières ont été mises en place. La première au profit du titulaire d'un brevet. Celui-ci peut obtenir du président du tribunal statuant en référé qu'il *interdise à titre provisoire* et sous astreinte, la poursuite des actes argués de contrefaçon ou qu'il subordonne cette poursuite à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du breveté. Cette demande n'est admise que si l'action au fond apparaît sérieuse et a été engagée dans un bref délai à compter du jour où le breveté a eu connaissance des faits sur lesquels elle est fondée. Cette procédure préserve ainsi les droits du titulaire du brevet dans l'attente de la décision sur le fond.

La seconde procédure est au service de toute personne qui de façon préventive entend s'assurer qu'elle peut travailler au développement d'un produit sans risquer une action en

1. Com. 31 mars 2004, *Dalloz Affaires* 2005. 965, obs. J. Raynard.

2. Lesquels doivent respecter un principe d'indépendance : Com. 28 avr. 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1861, note C. Caron.

contrefaçon. Toute personne qui justifie d'une exploitation industrielle sur le territoire d'un état membre de la CEE ou de préparatifs effectifs et sérieux à cet effet peut inviter le titulaire d'un brevet à prendre parti sur l'opposabilité de son titre à l'égard de cette exploitation dont la description lui est communiquée.

À défaut de réponse, ou en cas de contestation, le demandeur peut saisir le tribunal pour faire juger que le brevet ne fait pas obstacle à l'exploitation en cause.

5° Application de conventions internationales

216. Brevets européens. Une convention de Munich en date du 5 octobre 1973 a créé un Office européen des brevets habilité à délivrer des brevets. Il s'agit de remédier aux disparités entre les différents systèmes nationaux. La Convention a été ratifiée par 36 pays dont la France. *Le brevet délivré éclate en un faisceau de brevets nationaux qui sont soumis quant à leurs effets aux différentes législations nationales.*

La procédure de délivrance du brevet commence par un dépôt susceptible d'être réalisé soit à l'Office européen des brevets, soit à la direction de la recherche de La Haye, soit à l'INPI. Il y a une vérification formelle qui précède un examen de fond. Il s'agit d'un système d'examen préalable complet. Dans les neuf mois qui suivent la délivrance, les tiers peuvent faire opposition.

Le régime du brevet est celui de la législation nationale sur le brevet du pays en cause.

Une révision de la Convention de Munich est intervenue le 29 novembre 2000.

217. Brevet communautaire. Une convention de Luxembourg en date du 15 décembre 1975 a créé un brevet communautaire. Il se distingue du brevet européen car *ce brevet produit les mêmes effets dans tous les états signataires* avec délivrance d'un titre unique. La convention de Luxembourg n'est cependant pas encore entrée en vigueur¹ faute d'un accord sur le système juridictionnel.

218. Protection internationale des inventions. Le droit international des brevets trouve sa source dans deux conventions.

La première est la Convention de Paris en date de 1883. Elle regroupe 155 pays, dont la France, constitués en une Union dont le siège est à Genève. Gérée par l'Organisation mondiale de la propriété industrielle (OMPI), la convention protège les ressortissants d'un pays de l'Union et les non ressortissants qui ont, dans un pays de l'Union, leur domicile ou leur établissement. Tout bénéficiaire de la Convention est assimilé au ressortissant national c'est-à-dire qu'il jouit dans les autres pays de l'Union des avantages que les lois internes accordent aux nationaux. Pour que l'assimilation joue, il suffit que l'unioniste accomplisse les formalités que les lois internes imposent aux nationaux.

Chaque pays continue de délivrer des brevets nationaux en respectant deux principes.

Le premier est le *droit de priorité unioniste* qui signifie que l'unioniste qui a effectué une demande de brevet dans un pays de l'Union jouit d'un droit de priorité pour opérer une nouvelle demande dans d'autres pays de l'Union. La demande effectuée dans le deuxième pays en respectant un délai de six mois rétroagit à la date de la demande formée dans un pays d'origine.

1. Sur le régime de ce brevet, voir la communication de la commission de Bruxelles en date du 5 juillet 2000 : JCP, éd. E, 2000. 1158.

Le deuxième principe est celui de l'*indépendance des brevets*. Les brevets demandés dans les pays de l'Union pendant le délai de priorité sont indépendants des brevets obtenus par le même inventeur dans les autres pays.

Un traité de coopération en matière de brevets a été signé à Washington le 19 juin 1970. C'est le *Patent Cooperation Treaty* connu sous le nom de PCT. Au 15 juillet 1989, il groupait 104 pays dont la France. Le système PCT est géré par l'OMPI. Il a pour but de favoriser la protection internationale du titulaire d'un brevet en évitant les doubles emplois dans la recherche des antériorités. L'objectif est également d'aider les pays en voie de développement. La procédure est la suivante : une demande de brevet est déposée auprès d'un organisme récepteur, l'INPI pour la France. Cet organisme examine le dossier. Si l'invention est considérée comme brevetable, le dossier est transmis aux organismes des pays pour lesquels le brevet a été demandé. Les brevets délivrés sont alors soumis à la loi nationale du pays. En 1999, plus de 74 000 demandes internationales représentant l'équivalent théorique d'environ 5, 8 millions de demandes nationales de brevet ont été déposées.

B. Marques

219. Évolution du droit des marques. La marque de fabrique, de commerce ou de service est un *signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* (CPI, art. L. 711-1).

La marque a acquis une valeur économique considérable. C'est le moyen d'identifier l'origine des produits et donc d'attirer la clientèle. Elle tend également à devenir l'image de l'entreprise, un instrument de pouvoir ce qui n'est pas sans susciter quelques difficultés¹. C'est donc un instrument de concurrence par excellence.

La marque a deux autres fonctions qui permettent de comprendre son régime juridique. La marque a pour fonction de réserver l'usage du signe au titulaire, de lui conférer un monopole d'exploitation. La marque sert *aussi* à identifier les produits ou services d'une personne. Elle a une fonction de garantie d'identité d'origine. Pour la CJCE, la marque doit constituer la garantie que tous les produits qui en sont revêtus ont été fabriqués sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité.

Beaucoup de produits ne sont vendus que grâce à leur marque. Le développement de la marque va de pair avec celui de la publicité dont elle est le support. Pour cette raison, le choix d'une marque est essentiel. D'importants investissements sont ensuite nécessaires pour imposer la marque. Le succès des franchises repose en grande partie sur la faculté offerte aux franchisés de vendre des produits de marque. La même remarque vaut pour la distribution sélective et la concession. Le développement du *commerce électronique* est également de nature à amplifier le rôle des marques. Beaucoup d'entre elles sont utilisées comme *nom de domaine*.

1. Y. Reboul, « Le droit de la marque à l'aube du troisième millénaire », *JCP*, éd. E, 2000. 121. C'est parce que pour certains, la marque n'est plus seulement un signe distinctif, qu'il est tentant de vouloir contrôler son utilisation, par exemple en contrôlant la vente des produits marqués. L'analyse a des conséquences pour la théorie dite de l'épuisement des marques (v. *supra*, n° 191).

Compte tenu de ces enjeux, le législateur est intervenu à de nombreuses reprises pour fixer les règles du jeu en la matière. Une réforme intégrée dans le CPI (art. L. 711 à L. 716) est intervenue le 4 janvier 1991 pour transposer la directive du Conseil européen en date du 21 décembre 1988 sur l'harmonisation du droit des marques. La jurisprudence de la CJCE devient donc essentielle. L'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) joue également un grand rôle pour l'harmonisation du droit des marques. Il existe une marque communautaire et un droit international des marques.

Il convient donc d'étudier successivement le droit français (1°), le droit communautaire (2°) et le droit international (3°) des marques.

1° Le droit français des marques

220. Définition. L'article L. 711-1 du CPI donne de la marque la définition suivante : « La marque de fabrique, de commerce, ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ». Seuls certains signes sont susceptibles de constituer une marque (a). La marque n'est valable que si ces signes ont certains caractères (b). La marque doit être enregistrée (c) Elle confère alors des droits à son titulaire (d).

a) Signes susceptibles de constituer une marque

221. Exigence d'une représentation graphique. En application de l'article L. 711-1 du CPI, un signe ne peut être protégé en tant que marque que s'il peut faire l'objet d'une représentation graphique, ce qui exclut actuellement le parfum comme marque. Cette condition est exigée pour le dépôt. Cette représentation graphique peut se faire au moyen de figures ou de caractères. La représentation doit être claire, précise, complète par elle-même, facilement accessible, durable et objective.

Plusieurs signes sont susceptibles de constituer une marque (CPI, art. L. 711-1).

222. Les signes nominaux. Peuvent constituer des marques des dénominations, des mots ou assemblages de mots, des noms patronymiques¹, des noms géographiques², des lettres, des chiffres, des sigles, des devises, des slogans.

Le choix d'une marque portant un nom de famille est délicat.

La marque ne doit pas porter atteinte au droit de la personnalité du titulaire du nom. Tel est le cas lorsqu'il y a risque de confusion. Le nom repris ne doit donc pas être célèbre. La marque doit ainsi respecter l'usage du nom d'autrui. Lorsque la marque est la reproduction à l'identique d'un nom notoire ou rare, le risque de confusion nécessaire pour qu'il y ait atteinte à la personnalité du titulaire se présume. Dans les autres cas, l'existence d'un risque de confusion doit être prouvée³.

1. Sous réserve du respect du droit au nom des tiers.

2. À la condition qu'ils ne constituent ni des appellations d'origine, ni des indications de provenance, qu'ils ne présentent aucun caractère déceptif ou descriptif de la provenance du produit, qu'ils ne portent pas atteinte au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale (Com. 20 déc. 2007, *RTD com.* 2008. 540, obs. J. Azema ; D. 2007. 2837, note S. Durrande).

3. V. pour l'utilisation du nom Viagra : CA Paris, 15 déc. 2000, *D.* 2001. chron. G. Bonet, p. 1298.

Le dépôt du nom patronymique d'un associé à titre de marque est source de difficultés. Il convient en effet de concilier la marque avec les droits des titulaires du nom choisi. Le nom peut cependant faire l'objet d'une convention commerciale. Le titulaire d'un nom qui l'a cédé à une société pour qu'elle l'utilise à titre de marque ne peut l'utiliser dans un usage commercial¹. Le consentement donné par le porteur d'un patronyme comme notoirement à ce que la société en fasse usage est cependant un consentement limité. La société ayant acquis des droits sur le nom ne peut en faire un usage autre que celui prévu. L'autorisation n'implique le droit pour la société d'effectuer le dépôt à titre de marque que si ce nom n'avait pas déjà acquis une notoriété du fait de son titulaire. Le nom doit avoir été connu sur l'ensemble du territoire².

223. Signes sonores. Les marques peuvent être des signes sonores tels des sons ou des phrases musicales. Cependant l'exigence de représentation graphique peut s'avérer une difficulté insurmontable, la CJCE se montrant stricte dans son appréciation. Seule est admissible la représentation au moyen d'une portée divisée en mesures et sur laquelle figurent notamment une clé, des notes de musique et de silences dont la forme indique la valeur relative et, le cas échéant, les altérations³.

La possibilité de protéger des spectres sonores comme des rugissements est discutée.

224. Signes figuratifs. Les marques peuvent être des signes figuratifs tels que des dessins, des formes⁴, notamment celle du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service, des dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs⁵.

La nuance de couleur doit être distinctive, ce qui s'avère le plus souvent délicat⁶. Le public considéré doit en effet percevoir la couleur qui indique l'origine du produit ou service.

Les marques tridimensionnelles peuvent être constituées par la forme même du produit, par la forme du conditionnement du produit ou par la forme caractérisant le service. La forme ne doit pas être imposée par la nature du produit ou par sa fonction. La forme doit donc être purement arbitraire ou détachée au regard de la nature, de la fonction ou de la valeur du produit⁷.

La marque complexe naît quant à elle de la combinaison de plusieurs éléments.

Il existe une forme particulière de marque, la *marque collective*. Il s'agit d'une marque qui peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement (CPI, art. L. 715-1). Elle se distingue de la *marque de certification* qui est appliquée au produit ou au service, qui présente notamment quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités, des caractères précisés dans son règlement. La marque de certification exerce donc une fonction de garantie dans l'intérêt général.

1. V. la célèbre affaire *Bordas*, Com. 12 mars 1985, *JCP*, éd. E, 1985. 20400, note G. Bonet.

2. Ce qui est le cas de Ducasse pour la cuisine (Com. 6 mai 2003, *D.* 2003. 2228, note G. Loiseau) mais non de Beau (Com. 29 janv. 2008, *RTD com.* 2008. 116, obs. J. Azema ; *D.* 2008. J. 2569, note A. Mendoza Caminade).

3. CJCE 27 nov. 2003, *Dalloz Affaires* 2005. 502, obs. S. Durrande.

4. À la condition de ne pas être fonctionnelles, v. pour des exemples : *D.* 2007. 2037, obs. S. Durrande.

5. À la condition qu'elles soient disposées suivant un arrangement particulier.

6. CJCE 6 mai 2003, *Dalloz Affaires* 2005, obs. S. Durrande.

7. CJCE 12 févr. 2004, *Dalloz Affaires* 2005. 501, obs. S. Durrande ; Com. 30 mai 2007, *D.* 2007. 1795.

b) Caractères des signes

225. Distinctivité, disponibilité et licéité de la marque. Le Code de la propriété intellectuelle pose trois conditions à la validité de la marque. Celle-ci doit être distinctive, disponible et licite.

Exigence de distinctivité. La marque est un signe distinctif. Il doit donc être apte à distinguer le produit ou le service auquel il s'applique par rapport à d'autres offerts sur le marché. La marque doit permettre d'identifier le produit comme provenant d'une entreprise déterminée¹. Le caractère distinctif s'apprécie à la date du dépôt. Cependant des signes descriptifs et des signes usuels peuvent devenir distinctifs par un usage prolongé.

Plusieurs catégories de signes sont dépourvues de caractère distinctif (CPI, art. L. 711-2).

Il s'agit tout d'abord de ceux qui consistent dans la désignation de l'objet. Il s'agit des signes nécessaires, génériques ou usuels. Ce sont les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique² ou usuelle du produit ou du service (art. 711-2, a).

Il s'agit ensuite de ceux qui consistent dans la *description de l'objet*. La marque est dite descriptive lorsqu'elle désigne l'objet auquel elle s'applique par l'une des caractéristiques essentielles qui le définissent. La marque est valable si elle se contente d'évoquer ou de suggérer les qualités de l'objet qu'elle désigne³.

Il s'agit enfin de ceux constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle⁴. Les formes usuelles doivent également être exclues⁵. Plus la forme dont l'enregistrement est demandé se rapproche de la forme la plus probable que prendra le produit en cause, plus il est vraisemblable que ladite forme est dépourvue de caractère distinctif.

226. Exigence de disponibilité. La marque doit être un *signe disponible*. Elle ne doit pas porter atteinte à des droits antérieurs. Des distinctions s'imposent.

Le signe ne doit pas porter atteinte à une marque antérieurement déposée dans la classe de produits concernés. Une recherche d'antériorité s'impose donc.

La marque notoire alors même qu'elle n'est pas déposée peut constituer une antériorité. La marque notoire est celle qui est connue du large public.

La marque envisagée ne doit pas porter atteinte à une dénomination ou raison sociale, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public.

1. La marque « Silhouette » n'est pas distinctive pour des produits diététiques liés à l'amaigrissement : Com. 12 juill. 2005, *D.* 2006. 2331, obs. S. Durrande.

2. Une dénomination n'acquiert son caractère générique que par son emploi par une notable partie du public concerné. Les termes suivants ont été considérés comme génériques : Banquette-lit, L'oriental.

3. Des termes évocateurs peuvent être utilisés, particulièrement lorsqu'il s'agit de néologismes arbitraires comme *Thalassobain* ou *Mademoiselle* pour un journal. Le terme évoquant la « qualité essentielle d'un produit ne peut être pris pour marque sauf à avoir un caractère d'évocation ou de suggestion original de cette qualité » (ex. la marque *Espace* pour un véhicule).

4. Sur le caractère distinctif des formes : CJCE 18 juin 2002, aff. C-299/99, *Koningklyke Philips Electronics NV c/ Remington Consumer Product*, *PI* 2002, n° 5, p. 83 ; Com. 21 janv. 2004, *D.* 2005. somm. 501, obs. S. Durrande. L'affaire concernait la présentation du médicament « Lexomil ». Les juges doivent rechercher si la forme constituant la marque contestée n'est attribuable qu'au résultat technique recherché ; Com. 11 mars 2008, *D.* 2008. 984.

5. V. cep. la marque « *baby dry* » jugée suffisamment distinctive : CJCE 20 sept. 2001, aff. C 6383/99 ; Ch. Vilmar, « La distinctivité des marques au regard de la jurisprudence communautaire », *Propriété industrielle* 2002, n° 3, p. 38.

Elle ne doit pas porter atteinte à un nom commercial ou à une enseigne connue sur l'ensemble du territoire national s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public. La difficulté tient à ce que le nom et l'enseigne s'acquièrent par le premier usage et non par dépôt. Le titulaire du nom ne peut cependant faire interdire la marque postérieure valable s'il entend développer son champ d'activité.

Un nom de domaine peut constituer une antériorité à la marque dès lors qu'il en est fait usage et qu'un risque de confusion dans l'esprit du public est prouvé.

Le signe ne doit pas porter atteinte à une appellation d'origine protégée¹, aux droits d'auteurs, aux droits résultant d'un dessin ou d'un modèle protégé, au droit de la personnalité d'un tiers, au nom, à l'image ou la renommée d'une collectivité territoriale (CPI, art. L. 711-4).

227. Exigence de licéité. Une marque valide est enfin une marque licite (CPI, art. L. 711-3). Le déposant d'une marque doit tenir compte de quelques prohibitions.

D'une part, la marque ne doit pas être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (CPI, art. L. 711-3). D'autre part, des signes ou emblèmes officiels ne peuvent être choisis (les emblèmes des états et des organisations internationales, le sigle de la croix rouge², l'emblème olympique). La marque ne doit pas être de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit³ ou du service. *La marque ne doit donc pas être déceptive*⁴.

c) Enregistrement de la marque

228. Acquisition du droit sur la marque. La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement (CPI, art. L. 712-1). La demande d'enregistrement doit comporter notamment le modèle de la marque et l'énumération des produits ou services auxquels elle s'applique (CPI, art. L. 712-2). Il existe quarante-cinq classes. L'enregistrement permet de mesurer l'étendue de la protection. En raison du *principe de spécialité*, la marque n'est appropriée que pour les produits et services désignés dans l'acte de dépôt.

Une marque notoirement connue est protégée même si elle n'a pas été déposée⁵.

L'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable (CPI, art. L. 712-1, al. 2).

La publicité de la demande d'enregistrement au BOPI fait courir un délai de deux mois qui permet aux tiers de faire des observations et aux titulaires de marques antérieures de former opposition. Les procédures d'opposition et d'observation sont ainsi des procédures préventives permettant de contester la validité d'une marque auprès de l'INPI.

1. V. l'affaire *Champagne* que Saint-Laurent voulait utiliser comme marque pour un parfum, Paris, 15 déc. 1993, *D.* 1994. 145, note Ph. le Tourneau, *JCP*, éd. E, 1994. II. 540, note Fr. Pollaud-Dulian.

2. Cristal rouge depuis l'ordonnance en date du 11 décembre 2008.

3. Com. 20 nov. 2007, *RTD com.* 2008. 541, obs. J. Azéma. Pour qu'un signe soit considéré comme de nature à tromper le public sur la provenance géographique du produit, il n'est pas nécessaire que le lieu dont le nom est ainsi repris soit connu pour fabriquer de tels produits, mais qu'il soit raisonnablement envisageable qu'un tel nom puisse, aux yeux des milieux intéressés, désigner la provenance géographique de cette catégorie de produits, en tenant compte de la connaissance qu'a ce public du nom géographique en cause, ainsi que des caractéristiques du lieu désigné par celui-ci et de la catégorie de produits concernés.

4. Est par exemple déceptive, la marque « servis frais » pour des produits surgelés.

5. Une marque est notoire lorsqu'elle est largement connue du grand public, tel est le cas de *Mac Donald*, de *Coca Cola*, de *Chanel*.

Le directeur de l'INPI vérifie que la demande de marque satisfait aux conditions formelles exigées. Cependant le directeur ne vérifie pas si la marque porte atteinte aux droits d'autrui. Si tel est le cas, la nullité de la marque peut être demandée et la décision d'annulation a un effet absolu.

Si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice (CPI, art. L. 712-6). Constitue une fraude le fait de procéder en connaissance de cause à un dépôt à l'insu de celui qui fait déjà usage du signe. Un dépôt est *frauduleux* quand il porte atteinte aux droits antérieurs du titulaire et vise à lui interdire la poursuite de son activité commerciale. Un tel dépôt est nul¹.

d) Droits du titulaire

229. Transmission du droit sur la marque. La marque comme le brevet est une valeur susceptible d'être l'objet de conventions (CPI, art. L. 714-1). La marque peut être cédée totalement ou partiellement². La marque peut également faire l'objet d'une *concession de licence d'exploitation*. Le licencié a alors le droit d'utiliser la marque en contrepartie du versement d'une redevance. Cette convention est très fréquente.

La marque peut enfin être mise en gage.

230. Déchéance de la marque. La marque se perd par déchéance (CPI, art. L. 714-5). Encourt la déchéance de ses droits, le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans. La similitude entre les produits ou services ayant fait l'objet d'une exploitation et ceux dont il est prétendu qu'ils n'en ont pas fait est inopérante³. Lorsque le commerçant a enregistré plusieurs marques voisines, l'exploitation d'une d'entre elles peut faire échapper les autres à la déchéance. Pour la Cour de cassation, l'article L. 714-5 exige seulement que la marque exploitée ne diffère de la marque enregistrée que par des éléments n'en altérant pas le caractère distinctif, peu important que la marque modifiée ait elle-même été enregistrée⁴. Il n'y a donc pas déchéance si le signe utilisé reprend sans modifications l'élément vedette de la marque déposée, qu'il soit dénominatif ou graphique.

La déchéance peut être demandée en justice par toute personne intéressée. Le titulaire de la marque ne peut faire échec à cette demande en en faisant usage trois mois après avoir eu connaissance de l'éventualité de la demande de déchéance.

Le propriétaire de la marque est déchu de son droit si par son fait la marque est devenue la désignation usuelle dans le commerce du produit ou du service ou si elle devenue propre à induire en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service⁵.

1. Com. 19 oct. 1999, *Dalloz Affaires* 2000. 34. Il s'agissait d'un dépôt de marques portant sur les dénominations Université de Paris. Tel est le cas d'une société qui dépose des marques en s'appuyant sur des références connues dans les milieux scientifiques afin de tenter d'empêcher tout concurrent de se lancer dans la commercialisation de ce type de produits ; v. Versailles, 19 déc. 1996, *Dalloz Affaires* 1997. 314.

2. Sauf clause contraire, la marque est cédée avec le fonds de commerce.

3. Com. 21 janv. 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 403.

4. Com. 14 mars 2006, *D.* 2006. 2325, obs. S. Durrande.

5. Cas des marques « jeans », « vintage ». Pour protéger sa marque, et éviter la déchéance, son titulaire doit donc se montrer diligent dans ses actions visant à en interdire l'usage.

La marque ne doit donc pas être devenue déceptive ou avoir perdu son caractère distinctif du fait de son propriétaire.

Une marque ne devient pas déceptive par le seul fait que la personne lui ayant conféré une notoriété n'intervient plus dans l'entreprise titulaire de la marque. L'exploitation ne devient déceptive que s'il existe une volonté de tromper le consommateur sur l'implication effective de celui qui a donné son nom à la marque¹.

231. Étendue de la protection. L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un *droit de propriété* sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés (CPI, art. L. 713-1). La marque est soumise à un *principe de territorialité*. Le monopole sur la marque ne peut être opposé aux tiers que sur le territoire national pour lequel l'enregistrement est demandé. La marque est également soumise au *principe de spécialité*. L'enregistrement de la marque ne confère de droits exclusifs que pour une sphère d'activité délimitée. Le monopole est relatif aux produits ou services énumérés dans la demande d'enregistrement de marque auxquels il faut adjoindre les produits ou services similaires.

La protection est variable.

232. Actes interdits sans conditions (CPI, art. L. 713-2) : sont interdits sauf autorisation du propriétaire, la reproduction², l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement. De même, est interdite la suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée. Pour la CJCE, « un signe est identique à la marque lorsqu'il reproduit sans modification ni ajout tous les éléments constituant la marque ou lorsque, considéré dans son ensemble, il recèle des différences si insignifiantes qu'elles peuvent passer inaperçues aux yeux d'un consommateur moyen³ ». Les juridictions admettent rarement l'existence de telles différences de telle sorte que la contrefaçon n'est établie que si la preuve d'un risque de confusion entre les dénominations est rapportée⁴.

Le principe interdisant la reproduction est délicat à mettre en œuvre pour les marques complexes, c'est-à-dire composées d'un ensemble de mots et de dessins.

La notion d'usage peut également prêter à discussions. Ainsi l'utilisation sur Internet d'un signe identique à une marque française n'est pas une contrefaçon dès lors que les produits en cause ne sont pas disponibles en France et que le site ne vise pas le public de la France⁵. Par cette solution, la Cour de cassation entend concilier le principe traditionnel de territorialité des marques avec le caractère international de l'Internet. Un nom de domaine non exploité ne peut être considéré comme une contrefaçon de la marque à laquelle il serait identique⁶.

1. Le cas se produit pour les couturiers ; v. la jurisprudence *I. de La Fressange* : Com. 31 janv. 2006, *D.* 2006. AJ. 861, obs. P. Alleys, et 2325, obs. S. Durrande ; *RTD civ.* 2006. 339, obs. P.-Y. Gautier ; CJCE 30 mars 2006, *D.* 2006. 2109, note D. Porrachia et Cl. Albéric Maetz ; *JCP*, éd. E, 2006. 1803, note Mendoza.

2. Le droit sanctionne la reproduction à l'identique ou au quasi identique. *Helmès* est ainsi une contrefaçon d'*Hermès*, *Guccio de Guccio*.

3. CJCE 20 mars 2003, somm. 2685, obs. S. Durrande.

4. V. les décisions citées par S. Durrande, *D.* 2006, p. 2320. *Nutri-riche* n'est pas identique à *nutririch* ; *Encherrimo* n'est pas identique à *Encherissimo*.

5. Arrêt *H. Boss*, Com. 11 janv. 2005, *Dalloz Affaires* 2005. 428, note C. Manara ; *JCP*, éd. E, 2005. 571, note C. Castets-Reinard.

6. Com. 13 déc. 2005, *D.* 2006. AJ. 63, obs. C. Manara.

233. Actes interdits s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public. Deux séries d'actes sont interdits à la condition que le risque de confusion soit établi. Il s'agit de la similarité des produits à ceux de l'enregistrement et de l'imitation des signes pour lesquels la marque est enregistrée.

Il s'agit en premier lieu de la reproduction, de l'usage ou de l'apposition d'une marque, de l'usage d'une marque reproduite pour des produits et services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement. Des produits ou services similaires lorsqu'il sont complémentaires, de même composition, de même destination ou distribués dans les mêmes circuits économiques.

Il s'agit en second lieu de l'imitation d'une marque et de l'usage d'une marque imitée pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement.

La marque complexe ne doit pas reprendre l'essentiel de la marque simple ou d'une autre marque complexe. En raison de la théorie dite du « tout indivisible » le grief de contrefaçon est écarté quand la marque seconde en date constitue un tout ayant en soi une signification. L'usage illicite est constitué lorsque l'utilisateur appose la marque sur un produit sans avoir l'autorisation du propriétaire d'utiliser cette marque. Il en va de même lorsque l'utilisateur emploie des tableaux de concordance ou des tables de généalogie pour se situer dans la lignée d'une autre marque.

La reproduction quasi servile ou la reproduction partielle est assimilée à l'imitation. La preuve du risque de confusion doit donc être établie.

Toutefois, au nom de la liberté d'expression il est possible d'utiliser une marque en la parodiant¹. Cette imitation peut être réalisée par analogie, contraste, association d'idées, synonymie.

Pour la CJCE, constitue un risque de confusion, le risque que le public puisse croire que les produits ou services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant d'entreprises liées économiquement. La confusion peut être directe ou indirecte². Il est tenu compte de la perception que le consommateur d'attention moyenne peut avoir³. La méthode globale impose de considérer que le risque de confusion est plus important lorsque la marque antérieure est fortement distinctive.

L'agent de référence est le consommateur moyen pour le type de produits en cause. Il s'agit d'un consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. L'appréciation des similitudes entre les signes n'est qu'un élément parmi d'autres dans l'établissement du risque de confusion. Par divers arrêts, la Cour de cassation a précisé les conditions d'appréciation du risque de confusion. Le juge ne doit pas relever les seules similitudes. Il doit s'en tenir à une appréciation globale fondée sur l'impression d'ensemble produite par les marques⁴ et par la proximité du produit ou du service.

234. Régime des marques renommées. Il existe un régime particulier pour les marques jouissant d'une renommée ou notoires. L'usage d'une marque renommée pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur s'il est de nature à porter préjudice au propriétaire ou si cet

1. CA Paris, 26 févr. 2003 : *Comm. com. électr.* avr. 2003, n° 38, obs. Ch. Caron ; Com. 8 oct 2008, *D.* 2008, AJ. 1274.

2. V. pour une illustration : Com. 20 mai 2007, *JCP*, éd. E, 2007, 2302, note T. Azzi. En l'espèce, la Cour de cassation considère qu'il n'existe pas de risque de confusion entre les émissions de la Chaîne Paris Première et les émissions d'information régionale diffusées par France 3 Bordeaux Première.

3. Com. 20 févr. 2007, *JCP*, éd. E, 2008, 1000, obs. C. Caron.

4. Ainsi la marque *Orangina* move peut coexister avec la marque *Orangina* : Com. 26 nov. 2003, *Dalloz Affaires* 2004, 143.

emploi constitue une exploitation injustifiée de celle-ci. Ce régime allégé de responsabilité civile est élargi à la marque notoirement connue au sens de l'article 65 de la Convention de Paris. Avec ce régime dérogatoire, la marque renommée est protégée en dehors de sa sphère de spécialité.

La marque renommée est celle connue du large public pour les produits couverts par le signe. La notion de marque notoirement connue est plus large car le public de référence est le large public dépassant le public cible.

Pour établir le caractère renommé ou notoirement connu, il est permis de se référer à l'ancienneté de la marque et à la durée de l'usage. L'impact de la marque et son poids économique doivent être démontrés.

Pour engager la responsabilité du tiers, encore convient-il d'apporter la preuve que l'usage de la marque renommée est de nature à porter un préjudice à son propriétaire ou constitue une exploitation injustifiée.

Cependant la jurisprudence de la CJCE est plus restrictive que la jurisprudence française.

Le fait que la marque postérieure évoque la marque antérieure ne suffit pas à rapporter la preuve que l'usage de la marque postérieure tirerait indûment profit du caractère distinctif de la renommée de la marque antérieure ou leur porterait préjudice. La preuve que l'usage de la marque postérieure porte ou porterait préjudice au caractère distinctif de la marque antérieure suppose que soit démontré une modification du comportement économique du consommateur moyen des produits ou des services pour lesquels la marque antérieure est enregistrée consécutive à l'usage de la marque postérieure ou un risque sérieux qu'une telle modification se produise dans le futur¹.

Il a été jugé que la protection des marques renommées pouvait également être poursuivie sur le terrain de la responsabilité civile lorsque le tiers en fait usage pour des produits identiques ou similaires. *Le propriétaire n'a donc pas à démontrer le risque de confusion*² exigé par l'article L. 713-3. Il n'est dès lors pas exigé que le degré de similitude entre la marque renommée et le signe utilisé par le tiers soit tel qu'il existe dans l'esprit du public concerné un risque de confusion. Il suffit que cette similitude ait pour effet que le public établisse un lien avec la marque.

235. Limites au monopole sur la marque. Le monopole sur la marque connaît des limites par effet de la loi. Certains actes d'exploitation peuvent être effectués sans autorisation préalable du propriétaire.

L'article L. 713-6 précise que l'on peut faire utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme *référence nécessaire* pour indiquer la désignation d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée, à condition qu'il n'y ait pas de risque de confusion dans leur origine³.

L'article L. 713-6 prévoit que le titulaire de la marque ne peut s'opposer à l'utilisation de celle-ci comme dénomination sociale, nom commercial ou enseigne lorsque cette utilisation préexistait à l'enregistrement ou lorsqu'elle est le fait d'un tiers utilisant son patronyme.

1. CJCE 27 nov 2008, affaire *Intel*, *RTD com.* 2009. 117, obs. J. Azéma.

2. CJCE 10 avr. 2008, *RTD com.* 2008.542, obs J. Azema, affaire *Adidas*.

3. CJCE 17 mars 2005, *D.* 2005. 1153 : L'usage de la marque par un tiers qui n'en est pas le véritable titulaire est nécessaire pour indiquer la destination d'un produit commercialisé par ce tiers lorsqu'un tel usage constitue en pratique le seul moyen pour fournir au public une information compréhensible et complète sur cette destination afin de préserver le système de concurrence non faussé sur le marché de ce produit.

En cas de coexistence d'une marque souvent notoire et un droit postérieur à portée locale tel un nom commercial, l'action en contrefaçon n'est ouverte que si quatre conditions sont réunies. L'usage de la marque doit avoir lieu dans la vie des affaires ; l'usage doit s'être fait sans le consentement du titulaire ; l'usage non autorisé doit concerner des produits identiques. Enfin et surtout, l'usage incriminé doit porter atteinte ou être susceptible de porter atteinte aux fonctions de la marque et notamment à sa fonction essentielle qui est de garantir aux consommateurs la provenance des produits ou des services¹.

La publicité comparative autorise à certaines conditions la référence à la marque d'autrui.

Les droits conférés par l'enregistrement peuvent enfin être limités en application de la *théorie dite de l'épuisement du droit* consacrée par l'article L. 713-4 du CPI. Il en résulte que le propriétaire d'une marque enregistrée en France ne peut interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le territoire de la CEE sous cette marque par lui-même ou avec son consentement². La preuve du consentement pèse sur celui qui invoque l'épuisement. Le consentement peut-être exprès ou implicite, mais il doit être certain. Il ne peut être déduit de la passivité du titulaire³.

Le propriétaire peut cependant s'opposer à tout nouvel acte de commercialisation s'il justifie de motifs légitimes, tenant notamment à la modification ou à l'altération, ultérieurement intervenue, de l'état des produits. Il a été jugé que l'atteinte à la renommée ou la réputation d'une marque pouvait constituer un motif légitime d'exception à l'application de la règle de l'épuisement du droit. Tel peut être le cas lorsqu'un revendeur parallèle reconditionne des produits marqués ou fait une publicité dans des conditions qui peuvent porter atteinte à la réputation de la marque⁴. L'existence d'un réseau de distribution sélective ne peut cependant faire échec à la théorie de l'épuisement du droit⁵.

Il existe des *marques collectives* qui peuvent être exploitées par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement.

236. Protection des droits du titulaire de la marque par l'action en contrefaçon.

Comme le titulaire du brevet, le propriétaire d'une marque dispose d'une *action en contrefaçon* qui peut être exercée lorsqu'il y a atteinte à son droit⁶. Le demandeur peut choisir la voie civile ou la voie pénale.

Le demandeur peut obtenir l'autorisation du président du tribunal de grande instance pour faire procéder par huissier assisté d'experts de son choix soit à la description détaillée, soit à la saisie réelle des produits ou services qu'il prétend marqués, offerts à la vente, livrés ou fournis à son préjudice en violation de ses droits (saisie-contrefaçon).

1. CJCE 11 sept 2007, *JCP*, éd. E, 2008. 1000, obs. Chr. Caron (utilisation de la dénomination « Céline » pour une enseigne locale).

2. G. Bonet, « Le point sur l'épuisement du droit de marque selon la jurisprudence communautaire », *Dalloz Affaires* 2000. chron. 337.

3. CJCE 20 nov. 2001, *JCP*, éd. E, 2002. 853, note Ch. Vilmar.

4. CJCE, *Dior/Évora*, 4 nov. 1997 ; v. Ch. Vilmar, Parfums de luxe et grands whiskies, Les droits de propriété intellectuelle contre les importations parallèles. Précisions sur la portée des exceptions à la règle d'épuisement du droit des marques et du droit d'auteur, en droit français et en droit communautaire. Pour une application en droit français, CA Paris, 1^{er} oct. 1997, *D.* 1998. 445, note M. Malaurie-Vignal, qui considère que le réseau de distribution sélective constitue un juste motif pour écarter l'effet d'épuisement.

5. CA Paris, 24 oct. 2008, *RTD com.* 2009. 120, obs. J. Azema.

6. C. Verneret, « Évolution jurisprudentielle en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque », *JCP*, éd. E, 2001. 485.

L'action en contrefaçon permet de faire cesser l'atteinte et d'obtenir des dommages et intérêts. Très souvent, celui qui est poursuivi pour contrefaçon se défend en invoquant la nullité de la marque.

L'action se prescrit par trois ans.

Lorsque le tribunal est saisi d'une action en contrefaçon, son président, saisi et statuant en la forme des référés, peut interdire, à titre provisoire, sous astreinte, la poursuite des actes argués de contrefaçon, ou subordonner cette poursuite à la constitution de garanties destinées à assurer l'indemnisation du propriétaire de la marque ou du bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation.

Des dispositions ont été prises pour lutter contre la *contrefaçon internationale*.

Une saisie à l'importation est organisée. Le titulaire d'une marque peut faire retenir en douane des marchandises revêtues d'une marque constituant la contrefaçon de celle dont il a obtenu l'enregistrement.

L'importation quel que soit le régime douanier, ainsi que l'exportation de marchandises présentées sous une marque contrefaite constituent des actes de contrefaçon sanctionnés pénalement (CPI, art. L. 716-9, b). Les infractions peuvent donner lieu, même si lesdites marchandises ont été déclarées, à des sanctions douanières.

Le droit pénal protège aussi le titulaire de la marque. La loi Perben II du 9 mars 2004 a même sensiblement renforcé le dispositif pénal¹. Le nombre d'incriminations est augmenté. L'élément intentionnel n'est plus exigé et les peines prévues sont sensiblement alourdies. Les articles L. 716-9 à L. 716-10 du CPI prévoient différents cas de figure. Commet le *délit de contrefaçon* quiconque aura reproduit, imité, utilisé, apposé, supprimé ou modifié une marque, une marque collective en violation des droits conférés par son enregistrement et des interdictions qui découlent de celui-ci.

L'article L. 716-10 b punit le fait pour toute personne « d'offrir à la vente ou de vendre des marchandises présentées sous une marque contrefaite ».

L'article L. 716-10 a sanctionné l'importation et l'exportation de marchandises contrefaisantes. Est également sanctionnée la détention de marchandises contrefaisantes et la substitution de produit ou service.

Des possibilités d'affichage des décisions sont prévues, de même que la confiscation des produits ainsi que celle des instruments ayant servi à commettre le délit.

Lorsque les conditions de la contrefaçon ne sont pas réunies, une *action en concurrence déloyale* peut souvent être engagée².

2° La marque communautaire

237. Conditions de la protection. La marque communautaire est née d'un règlement communautaire en date du 20 décembre 1993³ actualisé le 19 février 2004⁴. Un dépôt unique permet d'obtenir une protection dans l'ensemble des pays de l'Union européenne.

1. J. Passa, « Le droit pénal des marques après la loi Perben II », *D.* 2005. chron. 433.

2. J. Schmidt-Szalewski, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD com.* 1994. 455.

3. J. Schmidt-Szalewski, « La marque communautaire », *JCP*, éd. E, 1994. I. 379 ; B. Schaming, « La marque communautaire : une pièce maîtresse du marché intérieur », *Dalloz Affaires* 1997. 494 ; A. Berthet et B. Deveney, « La marque communautaire : premier bilan », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 24.

4. *Dalloz Affaires* 2004. 794.

La marque doit remplir des conditions similaires à celles déjà examinées. Cependant, le tribunal de première instance des Communautés européennes a affirmé l'*autonomie du système de la marque communautaire*. En conséquence, les enregistrements préalables dans les États membres ne sont pas déterminants pour la demande d'enregistrement de la marque communautaire¹. Il est possible d'enregistrer une marque nationale déjà en vigueur. La procédure à suivre est plus originale.

La demande d'enregistrement peut être déposée soit à Alicante, siège de l'Office d'harmonisation du marché intérieur, soit auprès des offices nationaux des pays membres. L'Office procède à l'examen de la demande, mais il ne peut rejeter la demande à raison de l'existence d'un droit antérieur concurrent. L'Office procède à une recherche d'antériorité mais celle-ci ne concerne que les demandes de marques communautaires ou les marques communautaires déposées. La demande si elle n'est pas rejetée est publiée au registre des marques communautaires. Les tiers peuvent alors formuler des observations ou formuler des oppositions. Lorsque la demande satisfait à toutes les conditions de forme et de fond et qu'aucune opposition n'a été formée ou que les oppositions ont été rejetées, la marque est enregistrée en tant que marque communautaire. Il existe quelques possibilités de faire annuler la marque enregistrée.

238. Protection du titulaire de la marque. La protection conférée par la marque communautaire est de dix ans à compter du dépôt et peut être renouvelée pour des durées identiques. Le titulaire a le droit exclusif d'interdire l'usage de sa marque sur tout le territoire de l'Union européenne. La sanction des atteintes aux droits du titulaire est prononcée par les juridictions nationales. Le titulaire de la marque est protégé par l'*action en contrefaçon*. Le titulaire de la marque peut aussi la céder ou accorder des licences dans les conditions prévues par le règlement.

3° Le droit international des marques

239. Principes. La marque est soumise au *principe de territorialité*. Enregistré dans un seul état, le signe est libre d'exploitation dans le reste du monde. Cette règle rend difficile la protection internationale pourtant essentielle.

Des conventions internationales ont pour but la centralisation des formalités d'enregistrement ou l'harmonisation des règles matérielles de protection².

a) La Convention de Paris du 20 mars 1883 et les conventions dérivées

240. La Convention de Paris. 1883 est la date de la création de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle. La Convention énonce *deux principes fondamentaux*.

En vertu du *principe du traitement national*, chaque état s'engage à traiter les ressortissants des autres états de la même manière que ses ressortissants.

1. TPICE 5 juin 2002, aff. T. 198/00, *Hershey Foods corporation c/OHMI*, PI 2002, n° 5, p. 99.

2. J. Schmidt-Szalewski, « La protection des droits industriels dans la Convention de Marrakech de 1994 », in *Mélanges en l'honneur de Jean Foyer*, PUF, 1996 ; « L'avenir international de la propriété industrielle », in *Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec*, 1997, p. 571.

En application du *principe de l'indépendance territoriale des états*, la marque enregistrée dans un état est soumise exclusivement au droit de cet état. Deux exceptions sont apportées au principe. En vertu du droit de priorité unioniste, le ressortissant unioniste qui a, pour la première fois, régulièrement demandé l'enregistrement de sa marque dans un état membre, dispose d'un délai de six mois dit de délai de priorité, pour demander la protection du même signe dans les autres états membres en utilisant la date du premier dépôt. Il existe un régime spécial de protection pour « la marque telle quelle ». La marque régulièrement enregistrée dans son pays d'origine sera dans les autres états membres, protégée « telle quelle », c'est-à-dire sous la forme enregistrée dans le pays d'origine, même si les autres états n'admettent pas les marques sous cette forme.

241. Les arrangements particuliers. La Convention de Paris autorise la signature d'arrangements particuliers qui lient alors les états qui les ont ratifiés. Plusieurs arrangements ont été signés à Nice en 1957, à Madrid en 1891 et en 1989. *Ces conventions facilitent l'enregistrement des marques.* Dans le même but, un traité a été conclu en 1996 à l'initiative de l'Office mondial de la propriété intellectuelle.

b) La Convention de Marrakech de 1994

242. Cette convention a créé l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dotée de la personnalité juridique. Son rôle est de gérer un système global d'avantages douaniers dans le commerce mondial. Un accord concernant la Propriété intellectuelle a été annexé à cette convention. Il est désigné sous le nom d'ADPIC (Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce). Il s'agit du traité le plus moderne pour le droit de la propriété intellectuelle.

L'ADPIC ne supprime pas le principe de territorialité des droits de propriété industrielle, mais pose des règles minimales de protection de ces droits que les états membres doivent respecter dans leur législation interne. L'ADPIC impose aux membres le traitement de la nation la plus favorisée. « Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays, seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres membres ».

C. DESSINS ET MODÈLES

243. Droits et œuvres protégés. Les dessins et modèles sont des créations protégées (CPI, art. 511-1 et s.). Ils constituent l'*art industriel*. Le droit français a été réformé par ordonnance en date du 25 juillet 2001 pour transposer une directive communautaire¹.

Un dessin est un assemblage de lignes et/ou de couleurs sur une surface plane. Un modèle est une forme plastique en relief. L'objet de la protection est l'apparence d'un produit ou d'une partie d'un produit. La protection concerne tous les produits industriels ou artisanaux, y compris les pièces destinées à être assemblées en un produit complexe.

La protection est réservée « à tout dessin nouveau qui présente un caractère propre »².

1. P. Kamina, « Le nouveau droit des dessins et modèles », *D.* 2001. 3258.

2. B. Humblot, « Nouveauté, caractère propre : un fauteuil pour deux. Regard critique sur les critères objectifs de protection des dessins et modèles », *JCP*, éd. E, 2003. 902.

Le dessin ou modèle est nouveau si, à la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou à la date de la priorité revendiquée, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. Deux dessins et modèles sont considérés comme identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants. La divulgation du modèle, avant le dépôt de la demande, lui fait perdre sa nouveauté.

Le caractère propre est défini par l'article L. 511-4 : le dessin ou modèle doit susciter chez l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble qui diffère de celle produite par les dessins et modèles antérieurs.

Plusieurs exclusions de protection sont prévues. Est ainsi exclue de la protection, l'apparence dont les caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction technique du produit. De même, la propriété littéraire et artistique ne protégeant pas les idées et les concepts, le dessin ne peut être protégé que s'il peut faire l'objet d'une exécution répétée¹.

244. Protection des dessins et modèles. Tout créateur d'un dessin ou modèle et ses ayants cause ont le droit exclusif d'exploiter, vendre ou faire vendre ce dessin.

Le régime de la protection est assez complexe.

Les créateurs peuvent bénéficier des dispositions relatives à la propriété littéraire et artistique. Le principe est connu sous le nom de règle de l'unité de l'art. C'est une forme d'art, l'art industriel, qui est protégé.

Le dépôt ne joue pas le même rôle qu'en matière de marques ou de brevets. Le premier déposant d'un dessin ou modèle est simplement présumé jusqu'à preuve contraire, en être le créateur ; mais *le droit naît de la création et non du dépôt* (art. 511-2). Le dépôt est donc déclaratif et non constitutif de droit.

La protection résulte d'un dépôt effectué à l'INPI (la demande peut être transmise par le greffe du tribunal de commerce). La durée de la protection est de cinq ans à compter de la date du dépôt de la demande. Elle peut être prorogée par périodes successives de cinq années jusqu'à un maximum de 25 ans en tout (art. 513-1).

Pour déterminer l'étendue de la protection du titulaire, il faut distinguer trois périodes.

Les faits antérieurs au dépôt ne donnent lieu à aucune action spécifique.

Si les faits interviennent entre la date du dépôt et sa publication, une action ne peut être diligentée que si la partie lésée établit la mauvaise foi de l'inculpé. Mais l'action pénale ou civile ne peut être intentée avant que le dépôt n'ait été rendu public.

Une fois la publicité du dépôt effectuée, toute atteinte portée sciemment aux droits du déposant est sanctionnée pénalement. L'action en contrefaçon peut être exercée au pénal comme au civil contre tout contrefacteur dont la mauvaise foi est présumée (art. L. 521-2).

Les produits contrefaisant des dessins et modèles protégés peuvent être saisis par les officiers de police judiciaire ou retenus par les autorités douanières. Le législateur favorise en effet la lutte contre la contrefaçon internationale.

245. Dessin ou modèle communautaire. Un règlement en date du 12 décembre 2001 organise une protection communautaire des dessins et modèles. Il permet la protection du

1. Civ. 1^{re}, 17 juin 2003, *JCP*, éd. E, 2004. 1641, obs. A.C.

dessin enregistré pour une période minimale de cinq ans. L'enregistrement n'est pas obligatoire mais il confère une protection plus grande à son bénéficiaire. Un dessin ou modèle enregistré est protégé à la fois contre la copie systématique et le développement indépendant d'un dessin ou modèle similaire. Celui qui n'est pas enregistré est protégé uniquement contre la copie systématique.

L'Office communautaire des marques et brevets opère un contrôle formel de la demande, procède à l'enregistrement et le publie sur un bulletin ouvert au public.

Section 2

Les opérations portant sur le fonds de commerce

246. Diversité des opérations. Le fonds de commerce est un bien incorporel. Il représente une valeur. Ce bien est qualifié d'universalité de fait. L'intérêt de cette analyse est de permettre sa vente (§ 1), son apport en société (§ 2), ou sa mise en location-gérance (§ 3).

Le législateur favorise aussi l'obtention du crédit par le propriétaire du fonds en facilitant son nantissement (§ 4). Plus récemment, et par faveur pour les créanciers de plus en plus attirés par les mécanismes leur permettant de conserver la propriété des biens qu'ils financent, une loi a réglementé le crédit-bail portant sur le fonds de commerce (§ 5).

§ 1. LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

247. Justification du régime dérogatoire. La vente de fonds de commerce est soumise, en principe, aux règles de droit commun régissant les ventes commerciales de meubles incorporels¹. Cependant, des règles particulières justifiées par l'importance économique du fonds de commerce et par la spéculation à laquelle il donne lieu, ont été données par la loi du 17 mars 1909 dont les dispositions sont intégrées dans le Code de commerce aux articles L. 141-5 et suivants, d'une part pour organiser la publicité de la vente dans l'intérêt des créanciers et d'autre part pour créer un privilège au profit du vendeur lorsqu'il fait crédit à l'acheteur. Ultérieurement, la loi du 29 juin 1935 (C. com., art. L. 141-1 et s.) a soumis l'acte de vente à des conditions de forme et a réglementé la profession d'intermédiaire pour protéger l'acheteur contre la spéculation. Ce sont surtout ces règles spéciales qu'il faut étudier en distinguant les conditions de la vente (A) et ses effets (B).

A. Conditions de la vente du fonds de commerce

1° Conditions de fond

248. Adaptation des règles du droit commun. Les règles du droit commun applicables sont en principe, celles de tout contrat et spécialement de toute vente de meubles. La vente du fonds de commerce est un contrat consensuel qui en pratique doit être constaté par écrit. Il a en principe un caractère commercial.

1. O. Barret, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, p. 29 et s.

Alors même qu'il existe des règles spécifiques visant à le protéger, l'acquéreur peut se prévaloir d'un *vice du consentement*. Le dol du vendeur est souvent retenu¹. Il peut résulter de son silence, c'est-à-dire de la dissimulation d'informations essentielles en sa possession (l'omission de la disparition d'un élément du fonds par exemple). Cependant, la réticence dolosive n'est de nature à vicier le consentement qu'autant que le cocontractant qui en a été victime ignorait légitimement l'information qui lui a été dissimulée. L'annulation du contrat pour dol est possible alors même que l'erreur commise par l'acquéreur pourrait sembler inexcusable². Le dol doit avoir eu un caractère déterminant. Si tel est le cas, l'acheteur peut demander la nullité de la vente. Il peut également solliciter la condamnation du vendeur à des dommages et intérêts en complément ou en remplacement de la nullité³.

Les règles de capacité et de pouvoirs sont les suivantes.

La vente de fonds de commerce constitue généralement, sinon toujours un acte de commerce (*supra*, n° 40) ; les parties doivent donc avoir la capacité de faire un acte de commerce.

La vente d'un fonds appartenant à un mineur relevant de l'administration légale pure et simple peut se faire aux enchères publiques si les deux parents sont d'accord. À défaut, le juge des tutelles donne son autorisation. Ce dernier peut également autoriser avec l'accord des parents, la vente de gré à gré.

L'autorisation du juge des tutelles est également requise pour la vente d'un fonds appartenant à un mineur soumis à l'administration légale sous contrôle judiciaire.

Si le mineur est en tutelle, il faut distinguer. Lorsque la valeur du fonds est inférieure à 15 300 euros, la vente peut être autorisée par le juge des tutelles ou le conseil de famille. Si le prix est supérieur, la vente requiert l'autorisation du conseil de famille.

En principe, la vente doit se faire aux enchères publiques. Cependant, le conseil de famille peut autoriser la vente amiable à certaines conditions (C. civ., art. 459, al. 2).

Les mêmes règles sont applicables au majeur placé sous le régime de la tutelle.

La vente du fonds appartenant à un majeur placé sous le régime de la curatelle requiert l'assistance du curateur et à défaut l'autorisation du juge des tutelles.

Le majeur placé sous sauvegarde peut vendre le fonds mais si le contrat est déséquilibré, il pourra être rescindé.

Lorsque le fonds vendu est la propriété d'époux communs en biens, l'article 1424 du Code civil dans sa nouvelle rédaction issue de la loi du 23 décembre 1985 énonce que « les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droit réel un fonds de commerce commun, ni percevoir les capitaux provenant de telles opérations ». Déjà, l'article 2 de la loi du 10 juillet 1982 avait précisé « qu'un commerçant ou un artisan ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, lorsque celui-ci participe à son activité professionnelle en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise, aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la

1. J. Derruppé, « Les sanctions du dol dans la vente de fonds de commerce », in *Mélanges offerts à P. Couvrat*, p. 91.

2. Civ. 3^e, 21 févr. 2001, *JCP*, éd. E, 2002. 764, note P. Chauvel, et éd. E, 2001. 1633, obs. A. Constantin. En l'espèce, la Cour de cassation casse un arrêt ayant écarté une demande fondée sur le dol au motif que l'acquéreur avait manqué à son devoir de se renseigner et qu'il ne pouvait ignorer l'impossibilité d'exploiter en l'absence d'autorisation.

3. L'action en annulation et en responsabilité peuvent se cumuler : Com. 15 janv. 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1427, note Keita ; D. 2002. 2045, note V. Brémont.

communauté qui, par leur importance et leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ni donner à bail ce fonds de commerce ou cette entreprise artisanale ».

– L'objet de la vente doit être un fonds de commerce, c'est-à-dire une clientèle actuelle. La clientèle étant inséparable du fonds, il est impératif, pour qu'une vente porte sur un fonds de commerce, qu'elle ait pour objet la clientèle attachée à l'exploitation commerciale. Inversement, toute vente d'un élément du fonds, d'où ne découle pas le transfert de la propriété de la clientèle, s'analyse nécessairement comme la vente d'une composante isolée. Les autres éléments sont précisés librement par les parties, la loi se bornant à présumer que la vente porte sur l'enseigne, le nom commercial et le droit au bail, c'est-à-dire sur les éléments incorporels principaux (C. com., art. L. 141-5, al. 2). La liberté des parties est cependant doublement limitée. D'une part, l'immeuble ne peut faire partie de la vente. D'autre part, certains contrats sont nécessairement transmis avec le fonds : les contrats de travail, les contrats d'assurances, les contrats d'édition.

Les autres contrats liés à l'exploitation du fonds ne sont pas en principe transmis. Ils le sont cependant si les parties marquent expressément leur volonté et si les droits des tiers sont respectés.

– Le prix est fixé librement par les parties ; il doit être déterminable : généralement trois prix partiels sont indiqués pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises, ce qui est utile pour le privilège du vendeur (*infra*, n° 218) et pour le calcul du droit de mutation.

– Le prix doit être réel et sérieux

Une partie de ce prix fait souvent l'objet de dissimulation. On verra que les créanciers du vendeur, inscrits sur le fonds ou opposants, ont le droit de faire surenchère (*infra*, n° 211 et 231). Mais la dissimulation a surtout un but fiscal pour réduire le montant du droit d'enregistrement. Le fisc peut redresser le prix en provoquant au besoin une expertise à défaut d'accord amiable (CGI, art. 1827). Il peut aussi exercer un droit de préemption en offrant de payer le prix stipulé majoré d'un dixième. Enfin, l'acheteur peut échapper au paiement de la partie clandestine du prix ou même en obtenir le remboursement en demandant la nullité de la contre-lettre stipulant ce paiement et il échappe même aux sanctions fiscales s'il agit avant toute poursuite ; mais en pratique il a rarement le moyen de prouver cette contre-lettre (CGI, art. 1840).

249. Droit de préemption de la commune. La loi relative aux petites et moyennes entreprises institue un droit de préemption au profit des communes (C. com., art. L. 146-1). Le conseil municipal peut en effet par délibération motivée, délimiter un périmètre de sauvegarde du commerce de proximité, à l'intérieur duquel peuvent être soumises au droit de préemption les cessions de fonds de commerce ou de droit au bail commercial. Toute cession est alors à peine de nullité subordonnée à une déclaration préalable faite par le cédant à la mairie. En cas de préemption d'un fonds de commerce ou d'un droit au bail commercial, la commune doit dans le délai d'un an à compter du transfert de propriété, le céder à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou à un chef d'entreprise immatriculée au répertoire des métiers en vue d'installer un commerce destiné à préserver la diversité de l'activité commerciale dans le périmètre concerné. Le droit de préemption peut être délégué à la Chambre de commerce et d'industrie.

2° Conditions de forme et de preuve

250. Mentions obligatoires. La vente de fonds de commerce, comme tout contrat commercial, peut en principe se prouver par tous moyens et sa validité n'est pas subordonnée à la rédaction d'un écrit.

Cependant, en pratique, un écrit notarié ou sous seing privé est toujours rédigé car il est nécessaire pour la formalité de l'enregistrement, pour la publicité de la vente, pour celle du privilège du vendeur et pour l'immatriculation de l'acheteur au registre du commerce et des sociétés.

Les exigences particulières ont plusieurs finalités : il s'agit de protéger les créanciers du vendeur, de protéger le vendeur à crédit du fonds, de protéger les intérêts des acheteurs qui risquent d'être trompés.

La loi du 29 juin 1935 a exigé que *l'acte de vente contienne un certain nombre de mentions destinées à renseigner l'acheteur sur la valeur du fonds qu'il achète* (C. com., art. L. 141-1).

– Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de l'acte d'acquisition, le prix payé, afin de faire apparaître une éventuelle spéculation.

– L'état des privilèges ou nantissements grevant le fonds.

– Le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices des trois dernières années ou de la période moindre depuis l'acquisition ou la création du fonds par le vendeur. Il s'agit des trois dernières années calculées à partir de la date de l'acte et non des années civiles du 1^{er} janvier au 31 décembre. Le bénéfice à prendre en compte est le bénéfice net.

Afin de permettre à l'acquéreur du fonds de contrôler l'exactitude des énonciations relative au chiffre d'affaires et aux bénéfices, l'article L. 141-2 du Code de commerce impose aux parties de procéder, le jour de la cession, au visa de tous les livres de comptabilité qui ont été tenus par le vendeur durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans. Ainsi qu'un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice et le mois précédent celui de la vente. Les livres font l'objet d'un inventaire signé par les parties et dont un exemplaire est remis à chacune d'elles.

– Le bail des locaux pour en connaître la durée restant à courir.

Ces mentions ont un caractère obligatoire et l'acheteur ne peut libérer par une clause de l'acte le vendeur de l'obligation d'indiquer ces mentions.

Ces mentions doivent figurer non seulement dans l'acte de vente définitif, mais aussi dans le « compromis de vente », c'est-à-dire l'acte provisoire constatant l'accord des parties, ainsi que dans les promesses unilatérales de vente ou d'achat ; elles doivent aussi figurer dans les apports en société.

Les ventes forcées et les ventes ne portant pas sur le fonds lui-même échappent donc à cette réglementation.

L'omission de tout ou partie de ces mentions permet à l'acheteur – et à lui seulement – de demander la nullité de la vente dans un délai d'un an¹ ; le tribunal n'est pas obligé de la prononcer et il apprécie si l'omission a pu induire l'acquéreur en erreur sur la valeur du

1. Les omissions ou inexactitudes des mentions obligatoires d'un acte de vente de fonds de commerce ne peuvent être invoquées par voie d'exception au-delà du délai d'un an qui est un délai préfix : Com. 31 mars 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1057, note M. Keita ; D. 2004. 1238, obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2004. 695, obs. B. Saintourens.

fonds ou s'il était suffisamment renseigné. L'article L. 141-1 énonce donc une sorte de nullité relative pour erreur. L'inexactitude des mentions donne à l'acheteur une action en garantie contre le vendeur (v. *infra*, n° 213) et une action en responsabilité contre l'intermédiaire (v. le n° suivant).

251. Obligations des intermédiaires. Les ventes de fonds de commerce sont presque toujours conclues par l'entremise d'intermédiaires qui rapprochent les parties, rédigent l'acte, font la publicité et reçoivent le prix en dépôt : notaires, courtiers, agents d'affaires, etc. La loi du 29 juin 1935 a pris quelques mesures de précautions à l'égard de ces intermédiaires.

a) la profession est interdite aux personnes condamnées pour certains délits, aux faillis non réhabilités, aux officiers ministériels destitués et aux avocats rayés d'un barreau, sous peine de sanctions pénales. La loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales s'applique d'ailleurs à ces intermédiaires (*supra*, n° 70).

b) les intermédiaires sont solidairement responsables avec le vendeur des inexactitudes des mentions de l'acte, s'ils ont eu connaissance de ces inexactitudes ;

c) en tant que dépositaire du prix de vente, ils doivent répartir ce prix entre les créanciers opposants du vendeur et restituer le surplus à ce dernier, dans les trois mois. À défaut, tout intéressé peut faire ordonner le dépôt du prix à la Caisse des dépôts et consignations ou faire nommer un séquestre dépositaire.

Une loi du 2 janvier 1970, remplaçant une loi antérieure du 21 juin 1960, et complétée par un décret du 20 juillet 1972, décide que l'intermédiaire dans les ventes de fonds de commerce doit posséder une carte professionnelle délivrée par le préfet sur justification de certaines conditions d'aptitude professionnelle, d'intégrité et de garantie financière (caution pour la garantie des sommes reçues en dépôt, assurance contre les fautes professionnelles) ; l'intermédiaire doit tenir un registre spécial des sommes, effets ou valeurs reçus par lui et délivrer des reçus à ses clients. Le contrat de mandat qu'il passe avec ceux-ci doit être écrit à peine de nullité et fixer le montant des sommes à recevoir ou verser, la rémunération de l'intermédiaire et les modalités de reddition de ses comptes. L'intermédiaire ne doit toucher ni honoraire, ni remboursement de frais avant la conclusion définitive du contrat écrit pour lequel il a reçu mandat. Des sanctions pénales sont prévues.

3° Publicité de la vente

252. Intérêt. Le fonds de commerce constitue généralement l'essentiel du patrimoine du commerçant. En cas de vente clandestine ou de dissimulation du prix versé, ses créanciers et spécialement ses créanciers chirographaires voient disparaître leur droit de gage et risquent de ne plus être payés. C'est la raison pour laquelle la loi du 17 mars 1909, confirmant une pratique antérieure, a organisé la publicité de la vente du fonds de commerce pour permettre aux créanciers, ainsi prévenus, de faire opposition sur le prix de vente et d'exercer un droit de surenchère s'ils estiment ce prix insuffisant.

253. Formes de la publicité. La publicité consiste en deux insertions dans un journal d'annonces légales et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) ; l'acte de vente doit auparavant être enregistré :

En premier lieu, dans les 15 jours de la vente, une insertion est faite dans un journal d'annonces légales du département ou de l'arrondissement où le fonds est exploité ; elle

mentionne l'identité des parties, la date de la cession et le prix de vente, la nature et le siège du fonds, une élection de domicile (généralement chez l'intermédiaire) pour recevoir les oppositions et le délai ouvert pour les faire.

En second lieu, dans les quinze jours de l'insertion, un avis est publié au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ; c'est l'acheteur qui requiert le greffier de le faire et lui demande généralement en même temps de l'immatriculer au registre du commerce et de radier le vendeur.

254. Sanctions du défaut de publicité. Le défaut de publicité n'empêche pas la vente d'être valable ; mais si le prix a été versé entre les mains du vendeur en l'absence de toute publicité ou avant l'expiration du délai ouvert aux créanciers pour faire opposition, ce paiement pourra être déclaré inopposable aux créanciers du vendeur et l'acheteur sera obligé de verser une seconde fois le prix entre leurs mains.

Si la publicité est seulement incomplète ou inexacte, le tribunal apprécie si ce vice a pu empêcher les créanciers d'être prévenus et de faire opposition.

255. Le droit d'opposition des créanciers. Les créanciers du vendeur, avertis par la publicité, peuvent faire opposition sur le prix de vente dû par l'acheteur ou déposé chez l'intermédiaire. Tous peuvent le faire, qu'ils aient une créance exigible ou à terme, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés ; mais les créanciers inscrits sur le fonds peuvent s'en dispenser, l'acheteur devant prendre l'initiative de purger les inscriptions (v. *infra*, n° 231). L'opposition est faite par exploit d'huissier, signifiée au domicile élu dans les insertions, dans les dix jours de la dernière de celles-ci ; elle doit indiquer le chiffre et la cause de la créance.

L'opposition a pour effet de bloquer le prix de vente entre les mains de l'acheteur ou de l'intermédiaire et d'empêcher que ce prix soit versé valablement au vendeur. Cette somme sera répartie entre les créanciers à l'amiable ou, à défaut, par une procédure judiciaire de distribution, sans que les opposants bénéficient d'un privilège, d'autres créanciers pouvant se joindre à eux tant que la répartition n'est pas faite.

À la demande du vendeur, le tribunal de grande instance ordonnera la *mainlevée* des oppositions faites sans titre ou sans cause ou nulles en la forme ; il pourra ordonner aussi leur *cantonement* qui permettra au vendeur de toucher le prix de vente moyennant versement à la Caisse des dépôts et consignations d'une somme suffisante pour désintéresser les créanciers opposants.

256. Le droit de surenchère du sixième. Si le prix de vente est insuffisant pour désintéresser les créanciers du vendeur, un créancier opposant peut, dans les vingt jours de la dernière publication, faire surenchère du sixième ; il demande au tribunal de remettre le fonds en vente aux enchères publiques et offre de se porter enchérisseur pour le prix initial augmenté du sixième de la partie du prix représentant les éléments incorporels du fonds. Le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation. Cette surenchère est impossible si la vente primitive était déjà une vente judiciaire aux enchères.

B. Effets de la vente

1° Obligations du vendeur

257. Délivrance du fonds de commerce. Le vendeur doit mettre les éléments du fonds à la disposition de l'acheteur et le présenter, notamment, à la clientèle. Mais cette mise en possession est indépendante du transfert de la propriété du fonds qui, aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers, s'opère dès le jour de la conclusion du contrat, sans aucune formalité, le fonds de commerce étant un meuble incorporel. Cependant, pour chacun des éléments qui le composent, ce transfert n'est opposable aux tiers que selon les règles propres à chacun d'eux : pour le matériel et les marchandises, la mise en possession sera nécessaire (C. civ., art. 1141 et 2279) ; pour le droit au bail il faudra une signification au bailleur ou son acceptation (C. civ., art. 1690) ; pour les brevets ou les marques, une inscription devra être prise à l'Institut national de la propriété industrielle.

258. Garantie due en raison de l'inexactitude des mentions figurant dans l'acte de vente. Le vendeur garantit à l'acheteur l'exactitude des mentions insérées dans l'acte de vente (C. com., art. L. 141-3).

L'inexactitude qui doit être distinguée de l'omission, peut consister en la présence d'un nanissement non signalé, de l'indication des bénéfices fiscaux et non des bénéfices réels.

En cas d'inexactitude, l'acheteur peut demander soit la résolution de la vente, soit une réduction du prix à la condition de prouver que cette inexactitude l'a induit en erreur sur la valeur du fonds.

L'action en garantie doit être intentée par l'acquéreur dans le délai d'une année, à compter de la date de sa prise en possession. La date du déclenchement de l'action est celle de l'assignation délivrée au vendeur. Le délai est préfix et ne peut donc donner lieu ni à interruption, ni à suspension.

259. Garantie du vendeur. Conformément au droit commun, le vendeur doit en premier lieu garantir l'acheteur contre l'éviction. Il garantit d'une part contre les troubles de droit provenant d'un tiers qui revendiquerait par exemple le fonds, d'autre part contre les troubles de droit ou de fait provenant du vendeur lui-même. Cette dernière garantie prend des aspects spéciaux dans la vente de fonds de commerce.

Elle empêche le vendeur d'invoquer un droit de reprise pour refuser le renouvellement du bail.

Par ailleurs, elle s'oppose à ce que le vendeur se rétablisse dans le même commerce et reprenne ainsi la clientèle qu'il a vendue. Cette *obligation de non-rétablissement* est généralement prévue par une clause de l'acte qui est valable à la condition que l'interdiction soit limitée à certaines activités, à un certain temps et à certains lieux¹ ; si elle était générale, elle serait en effet contraire à la liberté de faire le commerce. Le vendeur ne doit se rétablir ni personnellement, ni sous le couvert d'un prête-nom, notamment de son conjoint ou d'une société de façade. S'il méconnaît son obligation, il sera condamné à cesser son activité et à payer des dommages-intérêts ; la résolution de la vente peut aussi être demandée par l'acheteur.

1. Sur l'intérêt d'une telle clause lors d'une cession : Com. 16 janv. 2001, *D.* 2002. 712, obs. P. Archer.

La charge d'une obligation de non-concurrence ou l'engagement de ne pas se livrer à une activité déterminée, souscrit par le propriétaire d'un fonds ne se transmet pas à l'acquéreur du fonds. Elle n'est opposable aux cessionnaires du fonds qu'à la condition d'avoir été insérée dans l'acte de cession du fonds et expressément acceptée par eux¹.

La Cour de cassation autorise cependant la constitution d'une « servitude de non-concurrence ». Sa transmission est alors de droit avec le fonds².

Le vendeur est en second lieu tenu de la garantie des vices cachés conformément à l'article 1641 du Code civil. Le défaut invoqué doit être important pour l'existence du fonds lui-même. Il doit compromettre l'exploitation et provoquer la disparition de la clientèle (par exemple la perte d'une concession de marque). Le défaut doit être caché et il doit être antérieur ou concomitant à la vente. L'action doit être intentée dans un bref délai. À son choix, l'acheteur peut exercer l'action rédhibitoire ou l'action estimatoire. Dans le premier cas, il demande la résolution de la vente, dans le second, il sollicite une réduction de prix.

Des aménagements conventionnels de la garantie sont possibles. Mais la clause restrictive de garantie n'est pas valable lorsque le vendeur est un professionnel et que l'acquéreur n'est pas un professionnel de la même spécialité. Elle l'est en tout état de cause si le vendeur est de mauvaise foi.

2° Obligation de l'acheteur

a) Contenu de l'obligation

260. Paiement du prix. L'obligation essentielle de l'acheteur est de payer le prix ainsi que les frais accessoires, notamment le droit d'enregistrement.

En application de l'article L. 141-17 du Code de commerce, le prix est indisponible, pour protéger les créanciers du vendeur. Le prix est le plus souvent déposé entre les mains de l'intermédiaire. Ce dernier a l'obligation de le bloquer pendant les dix jours qui suivent la publication de la vente au BODACC. Si au terme de ce délai, aucune opposition n'a été faite, il peut remettre le prix au vendeur dès lors qu'il n'existe aucune sûreté inscrite sur le fonds.

Si un créancier fait opposition, la période d'indisponibilité du prix est prolongée.

L'intermédiaire détenteur du prix, doit en principe répartir le prix dans les trois mois de l'acte de vente avec l'accord de tous les intéressés, c'est-à-dire du vendeur et des créanciers inscrits, opposants et saisissants (C. com., art. L. 143-21, al. 1).

Le vendeur peut accorder un crédit à l'acheteur. Mais le risque pris est important. En effet, en cas de survenance d'une procédure collective, les garanties du vendeur sont largement inefficaces.

Les acomptes correspondant au solde du prix de vente sont souvent représentés par des « billets de fonds » souscrits par l'acheteur et remis au vendeur qui peut les faire escompter par un banquier s'il a besoin d'argent.

L'acheteur peut être privé du bénéfice du terme consenti, s'il a fait perdre la valeur de la sûreté consentie au vendeur ou en cas de déplacement de fonds de commerce, c'est-à-dire de la modification du lieu principal de l'exploitation. L'article L. 143-1 impose au

1. Com. 18 juill. 1989, *Bull. civ.* IV, p. 222 ; Com. 1^{er} avr. 1997, *RTD com.* 1998. 135, obs. J. Derrupé.

2. E. Horeau, *D.* 1994. chron. 331, et Civ. 3^e, 24 mars 1993, *RTD civ.* 1993. 853, obs. F. Zénati.

propriétaire d'informer les créanciers inscrits de ce déplacement quinze jours avant sa mise en œuvre et d'obtenir leur accord, à peine de déchéance du terme. Le déplacement du fonds sans l'accord du vendeur peut être sanctionné à l'issue d'une procédure judiciaire.

b) Garanties du paiement du prix

261. Garanties du vendeur. Pour garantir le paiement du solde du prix de vente, le Code civil donne au vendeur un privilège et une action en résolution de la vente (C. civ., art. 1654 et 2104-4°), mais, ces garanties ne sont guère utiles en cas d'ouverture d'une procédure collective¹.

1) Privilège

262. Publicité du privilège. Le privilège ne peut être inscrit que si la vente du fonds a été constatée par écrit et que ce dernier a été enregistré. Il est inscrit au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. Ce privilège doit être inscrit à peine de nullité absolue, dans la quinzaine de l'acte de vente (C. com., art. L. 145-1).

Le privilège a pour assiette les éléments désignés dans l'acte d'inscription. À défaut, il ne s'étend qu'aux éléments incorporels suivants : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, l'achalandage (C. com., art. L. 141-5, al. 2).

La force du privilège est liée à sa *rétroactivité*. Si l'inscription a été prise dans les délais, elle prime toute autre inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur. Le privilège rétroagit donc au jour de la vente.

263. Effets du privilège. Le privilège garantit chacun des prix représentant les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises (C. com., art. L. 145-3). Il existe donc une *divisibilité du privilège* qui garantit le paiement de chacune des composantes du fonds. Compte tenu de ce principe, des *règles d'imputation* des paiements ont été fixées.

Les parties sont libres d'affecter comme elles l'entendent les paiements au comptant. Dans la mesure où le nantissement ne garantit pas le paiement des marchandises, le vendeur a tout intérêt à ce que le paiement ne soit pas imputé sur le prix de ces dernières.

En cas de paiements partiels effectués de manière différée, l'article L. 141-5 du Code de commerce prévoit l'ordre d'imputation suivant : le prix des marchandises puis le prix du matériel.

Le privilège garantit le paiement des intérêts échus et les intérêts à échoir pour deux années au même rang que le principal.

Le vendeur qui a inscrit son privilège a les mêmes droits que les créanciers qui ont un nantissement sur le fonds (*infra*, n° 224). Les deux sûretés peuvent être complémentaires compte tenu de la règle de la divisibilité du privilège et de celle de l'indivisibilité du nantissement.

1. Le créancier nanti n'a pas de droit de rétention et il ne peut se faire attribuer le fonds de commerce nanti en paiement de la créance.

Exemple de mise en œuvre du privilège.

Un fonds de commerce est vendu 4 millions d'euros. Le vendeur inscrit un privilège et un nantissement.

Le paiement est effectué pour partie au comptant pour 2 millions d'euros. Les parties choisissent d'imputer cette somme sur le matériel pour 500 000 euros et sur les éléments incorporels pour 1,5 million d'euros.

L'acheteur ne paie pas le solde restant. La créance impayée du vendeur est donc de 2 millions d'euros. Comme la loi en fait obligation, le prix est ventilé de la manière suivante :

- éléments incorporels : 3 millions d'euros,
- matériel : 500 000 euros,
- marchandises : 500 000 euros.

Le vendeur fait vendre le fonds ce qui rapporte 3,2 millions d'euros, dont :

- éléments incorporels : 2,5 millions d'euros,
- matériel : 500 000 euros,
- marchandises : 200 000 euros.

La mise en œuvre du privilège a les effets suivants.

Le privilège portait sur les éléments incorporels pour un montant de 3 millions d'euros. Mais le paiement au comptant a été imputé pour un montant de 1,5 million. Sur la valeur de réalisation des éléments incorporels, le vendeur ne peut donc recevoir au titre de son privilège que la somme de 1 million d'euros.

Le privilège porte sur le matériel mais les sommes versées par l'acheteur ont été imputées sur ce montant. Le vendeur ne peut donc que recevoir la somme correspondant à la vente des marchandises, soit 200 000 euros.

Au titre de son privilège, le vendeur reçoit donc : 1 200 000 euros.

Il reste dû au vendeur la somme de 800 000 euros.

La mise en œuvre du nantissement lui permet de récupérer cette somme. Le nantissement porte sur le matériel et les éléments incorporels. En raison de son caractère indivisible, il permet à son bénéficiaire de récupérer les sommes non appréhendées par le privilège sur le matériel et les éléments incorporels.

Sur le prix de vente du matériel, il reste disponible pour le nantissement, 500 000 euros. Sur le prix de vente des éléments incorporels, il reste disponible, 1,5 million d'euros.

Grâce au nantissement, le vendeur impayé est donc désintéressé en totalité.

Le créancier privilégié dispose de *protections particulières* toutes les fois que la valeur du fonds est menacée : en cas de déplacement du fonds, en cas de résiliation du bail, de déspecialisation ou de la saisie d'un élément du fonds.

Le privilège confère à son bénéficiaire deux prérogatives.

Le vendeur bénéficie en premier lieu d'un *droit de préférence* qui lui permet de se faire payer par priorité sur le prix de revente du fonds. Cependant, en raison de la règle de la divisibilité, le privilège s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds. S'il prime toutes les sûretés prises sur le même bien du chef de l'acquéreur, il est primé par les privilèges généraux attachés aux frais de justice et aux créances fiscales de premier rang et par certains privilèges spéciaux.

Le vendeur bénéficie en second lieu d'un *droit de suite* (C. com., art. L. 143-12) qui lui permet de suivre le fonds en quelques mains qu'il passe. Le sous-acquéreur, lorsqu'il est

averti par sommation peut désintéresser les créanciers. Il existe une *procédure de purge des inscriptions*. Si les créanciers inscrits jugent le prix insuffisant, ils peuvent utiliser la *procédure de surenchère* en offrant le prix principal majoré du dixième (C. com., art. L. 143-13 à L. 143-15).

2) Action résolutoire

264. Conditions du bénéfice de l'action. Le vendeur impayé a le droit, s'il le désire, de faire prononcer par le juge la résolution de la vente et de reprendre le fonds moyennant restitution des acomptes reçus. Mais cette action résolutoire n'est opposable aux tiers, notamment à un sous-acquéreur du fonds, à un créancier nanti sur le fonds ou à la faillite de l'acheteur, que si elle a été réservée expressément dans l'inscription du privilège et si ce privilège n'est pas éteint. Les créanciers nantis peuvent échapper à la résolution en désintéressant le vendeur.

L'action est suspendue en cas d'ouverture d'une procédure collective (C. com. art. L. 621-40).

Il existe une possibilité de *résolution conventionnelle*. Une clause peut prévoir la résolution de plein droit de la vente si le prix n'est pas payé. Le juge ne peut alors que constater la résolution, à moins que le vendeur n'ait mise en jeu la clause de mauvaise foi. Les créanciers inscrits doivent être avertis. La procédure collective paralyse le jeu de l'action à moins que la résolution ne soit intervenue avant le jugement d'ouverture.

§ 2. L'APPORT DU FONDS DE COMMERCE EN SOCIÉTÉ

265. Régime. L'apport d'un fonds de commerce à une société ressemble à une vente en ce que la propriété du fonds est transmise par l'apporteur à la société (C. com., art. L. 141-21). L'acte d'apport doit contenir d'ailleurs les mêmes mentions que l'acte de vente (*supra*, n° 205). Mais la contrepartie n'est pas un prix comme dans la vente. L'apporteur devient un associé et reçoit des parts sociales ou des actions. L'opération est cependant aussi dangereuse qu'une vente pour les créanciers de l'apporteur. C'est la raison pour laquelle elle est soumise à la même publicité : une insertion dans un journal d'annonces légales et une insertion dans le *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*¹. Les créanciers de l'apporteur ont un délai de dix jours à partir de la dernière insertion pour se faire connaître par une déclaration au greffe du tribunal de commerce mentionnant la cause et le montant de leurs créances. Cette déclaration a pour effet d'obliger solidairement la société à leur égard, à moins qu'un associé ne demande la nullité de la société ou celle de l'apport si celui-ci a été fait au cours de la vie sociale.

§ 3. LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

266. Évolution législative. Jusqu'en 1898, le commerçant se heurtait à des difficultés pour obtenir du crédit en donnant son fonds en garantie. L'hypothèque n'était pas possible puisque le fonds de commerce n'est pas un immeuble. Le gage aurait exigé la remise du

1. V. toutefois les simplifications apportées par la loi du 11 février 1994 modifiant l'article 7 de la loi de 1909.

fonds aux créanciers ; on l'évitait en pratique par une remise symbolique portant sur le titre d'acquisition et le titre de bail, mais aucune publicité n'en avertissait les autres créanciers. Une première loi de 1898 organisa cette publicité ; elle fut remplacée par la loi du 17 mars 1909 (C. com., art. L. 142-1 et s.) qui a permis de constituer sur le fonds de commerce un nantissement sans dépossession grâce à une publicité inspirée de celle des hypothèques. À côté de ce nantissement contractuel, un nantissement judiciaire a été créé par la loi du 12 novembre 1955 réformée en 1991.

A. Nantissement conventionnel

1° Conditions de validité et de publicité

267. Éléments grevés. Le nantissement porte obligatoirement sur les *éléments incorporels du fonds* : clientèle et achalandage, nom, enseigne et, le cas échéant droit au bail. À la condition de le dire dans l'acte, il peut porter sur le matériel et les droits de propriété industrielle ou commerciale. Il ne doit jamais porter sur les marchandises car celles-ci sont destinées à être vendues (C. com., art. L. 142-2).

268. Forme et publicité. Le nantissement doit faire l'objet d'un acte écrit, notarié ou sous seing privé, dûment enregistré (C. com., art. L. 142-3). Dans les quinze jours, à peine de forclusion, il doit être inscrit au greffe du tribunal de commerce, dans les mêmes formes que le privilège du vendeur par enlissement d'un bordereau dans un registre spécial (*supra*, n° 217). L'inscription ne prend effet qu'à la date où elle est faite ; la faillite du débiteur pendant le délai d'une quinzaine s'oppose à l'inscription. Le nantissement est conservé pendant dix ans, sauf renouvellement de l'inscription.

Si le nantissement porte sur les droits de propriété industrielle ou commerciale, une inscription spéciale doit être prise à l'Institut national de la propriété industrielle.

2° Droits des créanciers inscrits

269. Principes. Le nantissement, à la différence du privilège du vendeur, garantit indistinctement la totalité de la créance sur la totalité des éléments du fonds qu'il greève. Mais sous cette réserve, les droits de tous les créanciers inscrits sont les mêmes et seront étudiés ensemble. D'une part, ce sont des droits conservatoires permettant aux créanciers inscrits d'éviter certains dangers ; d'autre part ce sont des droits principaux, permettant de mettre en œuvre leur sûreté.

a) Droits conservatoires

270. Déplacement du fonds. Le commerçant peut déplacer son fonds, mais il doit notifier son intention aux créanciers inscrits, quinze jours à l'avance, sinon, il encourt la déchéance du terme que ceux-ci avaient pu lui consentir (C. com., art. L. 143-1). Les créanciers peuvent faire vendre immédiatement le fonds pour se payer sur le prix. Si la notification est faite, ils peuvent aussi demander au tribunal de prononcer la déchéance du terme à raison du risque de dépréciation qu'entraîne le déplacement ; sinon, ils doivent modifier leur inscription ou prendre une nouvelle inscription pour conserver leur sûreté

au nouvel emplacement du fonds ; à défaut, leur sûreté serait inopposable aux nouveaux créanciers à qui le défaut de publicité causerait un préjudice.

271. Vente séparée d'un élément du fonds. La vente séparée d'un élément du fonds (droit au bail, machine, matériel, etc.) peut entraîner une dépréciation du fonds. Elle est interdite au débiteur commerçant sous peine de sanctions pénales prévues par le délit de détournement d'objets remis en gage.

Si un créancier saisit un élément isolé du fonds de commerce pour le faire vendre, il doit notifier cette saisie aux créanciers inscrits qui, dans un délai de dix jours, peuvent demander au tribunal d'ordonner la vente globale du fonds.

272. Résiliation du bail. La valeur du fonds peut subir une importante diminution si le bail des locaux est résilié à la demande du bailleur, notamment pour défaut de paiement des loyers. *La loi oblige le bailleur à notifier aux créanciers inscrits la demande de résiliation judiciaire ou la résiliation amiable* ; la règle est étendue par la jurisprudence à la résiliation automatique par le jeu d'une clause du bail. La résiliation ne peut être prononcée ou produire effet qu'à l'expiration d'un délai d'un mois pendant lequel les créanciers inscrits peuvent payer les loyers dus, pour éviter la résiliation ; ils seront d'ailleurs subrogés dans le privilège du bailleur.

273. Notifications diverses. Il y a lieu aussi de notifier aux créanciers inscrits : l'action en résolution de la vente exercée par le vendeur du fonds de commerce, les créanciers inscrits ayant un mois pour éviter cette résolution en payant le solde du prix ; la constitution d'un nantissement sur matériel d'équipement et outillage ; la demande de « déspecialisation » des locaux dans lesquels le fonds est exploité (*supra*, n° 156) ; l'entrée du commerçant dans un magasin collectif de commerçants détaillants, les créanciers pouvant alors faire une opposition qui n'est levée que si le commerçant leur donne des garanties suffisantes (L. 12 juill. 1972).

b) Droits principaux

274. Vente forcée du fonds. Huit jours après une sommation de payer demeurée infructueuse, un créancier inscrit peut demander au tribunal de commerce d'ordonner la vente aux enchères publiques du fonds de commerce par les soins d'un commissaire-priseur ou d'un notaire (C. com., art. L. 143-3) ; la même demande peut d'ailleurs être formée par des créanciers non inscrits si leur créance se rattache à l'exploitation du fonds ou s'ils ont saisi un élément de ce fonds ; si la demande émane du Trésor, elle est portée devant le président du tribunal de grande instance et les formes de la vente sont celles des ventes de biens de mineurs (CGI, art. 1909).

275. Droit de préférence. Que le fonds soit vendu à l'amiable ou sur vente forcée, les créanciers inscrits bénéficient d'un droit de préférence sur le prix, qui leur permet d'être réglés avant les créanciers chirographaires ; on admet que ce droit de préférence joue aussi sur le prix de cession du seul droit au bail ou peut-être aussi sur l'indemnité d'éviction due par le bailleur qui refuse le renouvellement du bail. Le vendeur privilégié passe avant les créanciers nantis. Entre deux créanciers nantis, c'est le premier inscrit qui l'emporte. En cas d'ouverture d'une procédure collective, le créancier nanti subit les contraintes imposées par la loi du 25 janvier 1985 (v. *infra*, n° 849).

276. Droit de suite. Les créanciers inscrits peuvent faire vendre le fonds en quelques mains qu'il se trouve, notamment entre celles d'un acquéreur¹. Ils n'ont pas à faire opposition lors de la vente car c'est à l'acquéreur de prendre l'initiative de « purger » les inscriptions en offrant le prix à ces créanciers². Si ces derniers estiment que le prix est insuffisant, ils peuvent faire une surenchère du dixième ce qui entraîne la remise en vente du fonds ; toutefois cette surenchère est irrecevable si le fonds avait déjà fait l'objet d'une vente forcée aux enchères.

B. Nantissement judiciaire

277. Double inscription. Le nantissement judiciaire du fonds a été organisé par la loi du 12 novembre 1955 dans le cadre des mesures conservatoires destinées à protéger les créanciers contre l'insolvabilité menaçante de leur débiteur. La loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution a modifié son régime juridique (art. 77 à 79).

Tout créancier d'un commerçant « dont la créance paraît fondée en son principe » et qui « justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement » peut solliciter du juge de l'exécution ou du président du tribunal de commerce si la créance est commerciale, l'autorisation de prendre une inscription provisoire de nantissement sur le fonds de commerce du débiteur.

Le créancier muni de l'autorisation obtenue par voie de requête prend, dans le délai de trois mois, une *inscription provisoire* de nantissement au greffe du tribunal de commerce.

Cette inscription provisoire peut aussi être prise sans autorisation préalable si le créancier se prévaut d'un titre exécutoire, d'une décision de justice qui n'est pas encore revêtue de la force exécutoire, voire de titres constitutifs d'un principe de créance incontestable.

Le créancier dépourvu de titre exécutoire doit, dans le délai d'un mois suivant cette inscription provisoire, introduire une procédure au fond devant le tribunal afin d'en obtenir un.

Une *inscription définitive* doit être prise pour confirmer l'inscription provisoire. Elle doit intervenir dans les deux mois suivant l'obtention du titre exécutoire au cas où le créancier ne disposait pas déjà d'un tel titre.

L'inscription définitive prend effet à la date de l'inscription provisoire, dans la limite des sommes garanties.

Cette inscription confère au créancier tous les droits d'un créancier nanti sur le fonds de commerce.

§ 4. LA LOCATION-GÉRANCE DE FONDS DE COMMERCE

278. Caractères essentiels. La location-gérance de fonds de commerce est un contrat par lequel le gérant libre exploite le fonds d'un propriétaire pour son compte et à ses

1. Dès lors que le droit de suite s'exerce *propter rem*, le créancier nanti n'a pas à déclarer sa créance à la procédure collective du sous-acquéreur : Com. 17 déc. 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 1440, note M. Keita.

2. La procédure purge est une faculté pour l'acquéreur du fonds : Com. 28 avr. 2004, *RTD com.* 2004. 696, obs. B. Saintourens.

risques et périls, moyennant paiement d'un loyer ou d'une redevance qui est souvent indexée sur le chiffre d'affaires. La qualité de commerçant passe du propriétaire au gérant (C. com., art. L. 144-1).

Le régime de la location-gérance est fixé par une loi du 20 mars 1956 aujourd'hui intégrée dans le Code de commerce. L'ordonnance en date du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités des entreprises se donne pour ambition d'*encourager le recours à la location-gérance*¹.

Cette loi qui est d'ordre public s'applique aux locations-gérances de fonds de commerce et d'établissements artisanaux. Elle se borne à fixer un certain nombre de conditions et d'effets de ce contrat qui demeure soumis aux règles du droit commun pour le reste. La loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire a, pour mettre fin à des abus, limité les cas dans lesquels une entreprise en difficulté pouvait être mise en location-gérance. Pendant la période d'observation, le tribunal peut autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance lorsque la disparition de l'entreprise serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale. Le contrat est conclu pour une durée de deux ans au minimum. La conclusion d'un contrat de location-gérance est également autorisée à certaines conditions lorsqu'un plan de cession d'entreprise a été conclu.

La location-gérance est utilisée seule ou combinée à d'autres conventions. Seule, elle peut être utilisée par un commerçant partant en retraite, en cas de décès ou de maladie. Elle peut être utilisée comme une technique de consolidation financière entre les sociétés d'un même groupe.

La location-gérance peut être combinée avec un apport en société dans un souci de protection du patrimoine du commerçant. Une société est alors créée et le fonds lui est donné en location-gérance.

La pratique recourt également à deux techniques de location-vente du fonds de commerce. La gérance-vente combine la location-gérance et une promesse synallagmatique de vente valant vente. Le montage permet de réaliser une vente à terme du fonds au profit d'un acquéreur qui ne dispose pas des fonds pour payer le vendeur dès son entrée en fonction. La location-gérance peut aussi être assortie d'une promesse unilatérale de vente. À la différence du cas précédent, le bénéficiaire ne s'engage pas à acheter le fonds. Il se donne le temps de la réflexion pour apprécier la rentabilité du fonds.

A. Conditions de validité

279. *Objet.* Le contrat de location-gérance doit avoir pour objet un fonds de commerce ou un établissement artisanal. Il faut donc qu'une clientèle soit attachée aux éléments loués ; la simple location d'un local aménagé, par exemple d'une salle de spectacles, sans clientèle, est un bail d'immeuble et non une location-gérance de fonds de commerce.

280. *Condition à remplir par le bailleur.* La loi de 1956 a imposé un certain nombre de conditions en la personne du bailleur, pour éviter la spéculation. L'ordonnance du 25 mars 2004 supprime deux conditions, celle d'exercice d'une profession de commerçant

1. B. Saintourens, *RTD com.* 2004. 245 ; A. Reygrobellet, « De quelques conséquences imprévues de l'ordonnance du 25 mars 2004 en matière de location-gérance », *D.* 2005. chron. 220.

ou d'artisan pendant sept ans ; celle de l'interdiction d'exercer une profession commerciale. Une condition subsiste donc.

Le bailleur doit avoir exploité pendant deux ans le fonds qu'il donne en location. C'est à lui de rapporter la preuve que cette condition est satisfaite¹. Ce principe reçoit des tempéraments.

Cette condition n'est pas applicable aux fonds donnés en location-gérance par l'état, les collectivités locales les établissements de crédit et des majeurs incapables. Elle ne l'est pas non plus aux héritiers ou légataires d'un commerçant ou artisan décédé et aux bénéficiaires d'un partage d'ascendant. Depuis l'ordonnance du 25 mars 2004, la condition ne s'applique pas au conjoint attributaire du fonds à la suite de la dissolution du régime matrimonial lorsque le conjoint a participé à son exploitation pendant au moins deux ans avant la dissolution du régime matrimonial ou son partage. La condition ne concerne pas non plus le loueur qui souhaite écouler des produits fabriqués ou distribués par lui-même sous contrat d'exclusivité. La disposition ne s'applique pas aux loueurs de fonds de commerce de théâtre et de music-hall. Le délai prescrit peut être réduit ou supprimé par ordonnance du président du tribunal de grande instance si le propriétaire justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter personnellement le fonds, ce qui est le cas par exemple de mineurs ou de commerçants malades.

Si cette condition n'est pas observée, le contrat est nul et le propriétaire du fonds perd le bénéfice de la loi sur la propriété commerciale à l'égard du bailleur des locaux commerciaux. La nullité est d'ordre public et peut donc être invoquée par le bailleur lui-même à l'encontre du locataire ; mais elle ne peut cependant pas être opposée par les parties aux tiers, notamment aux créanciers du gérant qui conservent le droit éventuel de réclamer leur paiement au bailleur.

281. Conditions à remplir par le gérant. Le gérant doit avoir la capacité de faire le commerce. L'ordonnance du 25 mars 2004 supprime la prohibition de concéder une location-gérance faite aux personnes propriétaires d'un fonds ayant été frappées d'une interdiction de gérer.

B. Publicité de la location-gérance

282. Modalités de la publicité. Un décret du 14 mars 1986 modifiant la loi du 20 mars 1956 précise les modalités de publicité du contrat.

Le contrat de location-gérance est publié dans la quinzaine de sa date sous forme d'extrait dans un journal d'annonces légales. La fin de la location-gérance donne lieu aux mêmes mesures de publicité. Le locataire a l'obligation de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés. L'inscription indique les nom, prénoms, date et lieu de naissance et domicile du loueur, l'origine du fonds mis en location-gérance, les dates du début et du terme du contrat avec éventuellement l'indication de sa tacite reconduction. Si la location-gérance n'est pas publiée, le propriétaire reste responsable des obligations contractées par son successeur. Le décret du 20 mars 1986 a supprimé l'obligation de mentionner la location-gérance sur les papiers commerciaux du locataire-gérant.

1. Com. 18 avr. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 1865, obs. L. Leveneur.

C. Effets de la location-gérance

283. Qualité de commerçant. Le locataire-gérant devient commerçant avec toutes les obligations et les droits qui en découlent ; le bailleur cesse en revanche d'être commerçant, sauf au point de vue fiscal. Il a été jugé que la qualité de commerçant du locataire-gérant, bien qu'elle implique l'indépendance de celui-ci, était compatible, dans certains cas, avec l'application au locataire de la loi du 21 mars 1941 qui accorde aux gérants mandataires ou succursalistes certains des avantages reconnus aux salariés ; cette solution a été donnée pour des locataires-gérants de stations-service de produits pétroliers (pompistes de marque) à raison du contrôle étroit auquel ils sont soumis de la part des compagnies pétrolières.

284. Effets entre les parties. Le propriétaire a les obligations d'un bailleur : il doit mettre le locataire en possession et ne pas le troubler dans sa jouissance ; notamment il ne doit pas exploiter un commerce concurrent.

Les obligations du locataire sont plus nombreuses :

a) il doit payer un loyer ou redevance qui est souvent indexé ; si par le jeu de l'indexation, le loyer vient à varier de plus du quart, chaque partie peut demander la révision ou l'adaptation de la clause à la valeur locative équitable ;

b) il doit exploiter le fonds avec diligence, ne pas en modifier la destination, ne pas en étreindre l'objet, ne pas détourner la clientèle à son profit personnel ;

c) il ne peut ni céder ses droits, ni sous-louer le fonds sans l'autorisation du bailleur, car le contrat est conclu *intuitu personae* ;

d) Il doit restituer le fonds en fin de location ; la durée de celle-ci est généralement brève et le gérant n'a pas de droit au renouvellement, la *législation sur les baux commerciaux ne s'appliquant pas à la location-gérance*. Le bailleur a droit à une indemnité pour la moins-value due au fait du locataire ; il profite en revanche des améliorations ou accroissements dus au gérant, par exemple de la création d'une enseigne ; si le bail porte à la fois sur des locaux et sur le fonds de commerce, le locataire a droit à une indemnité pour la plus-value résultant des améliorations matérielles qu'il y a apportées mais non pour l'augmentation de la clientèle ; toute indemnité est d'ailleurs généralement exclue par le contrat.

285. Effets à l'égard des tiers

a) Si les créanciers du bailleur de fonds de commerce estiment que la mise en location-gérance de ce fonds met en péril le recouvrement de leur créance, ils peuvent, dans les trois mois de l'insertion au journal d'annonces légales, faire prononcer la déchéance du terme et faire déclarer que leur créance est exigible.

b) Pendant un délai de six mois qui ne commence à courir qu'à partir de la dernière des formalités de publicité exigées par la loi, *le bailleur est tenu solidairement avec le locataire-gérant de payer les dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds et nécessaires à cette exploitation* (C. com., art. L. 144-7) ; mais il n'est pas tenu des autres dettes du locataire-gérant, par exemple des cotisations de sécurité sociale de celui-ci ou de l'emprunt fait par celui-ci pour verser au bailleur le cautionnement garantissant la location-gérance. Le bailleur est tenu de payer les dettes nées pendant le délai de six mois alors même qu'elles ne seraient devenues exigibles qu'après l'expiration de ce délai. Le propriétaire peut rester responsable après l'expiration du délai de six mois, sur le fondement du droit commun de la responsabilité, s'il a créé et

entretenu une confusion entre son exploitation personnelle et l'exploitation du fonds donné en location-gérance.

c) Dans ses rapports avec le propriétaire de l'immeuble, *le locataire-gérant n'est pas considéré comme un sous-locataire*. Le renouvellement du bail doit être demandé par le propriétaire du fonds et non par le gérant. La loi du 25 janvier 1985 décide que le propriétaire du fonds donné en location-gérance bénéficie de la réglementation des baux commerciaux sans avoir à justifier de l'immatriculation au registre du commerce et au répertoire des métiers.

d) Bien que la question soit discutée, le locataire-gérant n'a pas non plus de droits opposables à l'acquéreur du fonds de commerce ou à un créancier à qui le fonds serait donné en nantissement par le propriétaire.

§ 5. LE CRÉDIT-BAIL

286. *Le crédit-bail sur le fonds de commerce.* Le crédit-bail est une opération de crédit qui permet le financement de matériel ou de biens d'équipement. Un établissement de crédit (le crédit-bailleur) acquiert la propriété d'un bien choisi par son client (le crédit-preneur). Le bien est ensuite loué au crédit-preneur qui bénéficie d'une option d'achat à l'expiration de la période de location.

Dans le souci de favoriser les cessions et transmissions de fonds, le législateur est intervenu pour autoriser les opérations de crédit-bail portant sur le fonds¹. Devenu propriétaire du fonds, l'établissement de crédit le loue au crédit-preneur qui devient locataire-gérant. Mais le régime de la location-gérance est contraignant pour le propriétaire. Ainsi s'explique le peu de succès rencontré par cette réforme.

287. *Le crédit-bail sur le droit au bail.* Tirant les conséquences de son échec, le législateur est intervenu de nouveau par la loi du 31 décembre 1989². Il s'agissait d'autoriser l'opération de crédit-bail sur le principal élément du fonds, à savoir le droit au bail. C'est alors l'établissement de crédit-bail qui acquiert « la propriété commerciale » en bénéficiant du droit au renouvellement. Le montage s'avère cependant complexe et la loi n'a pas, semble-t-il, eu les résultats espérés.

1. L. 6 janv. 1986, pour un commentaire, v. J. Derruppé, *RTD com.* 1986. 230.

2. M. Pédamon, *comm. RTD com.* 1990. 187 et s.

Limitation du risque professionnel

288. Options offertes. Traditionnellement celui qui exerce une activité sous la forme d'une entreprise individuelle engage l'ensemble de ses biens personnels. Le fonds n'a pas la personnalité morale et dès lors les biens nécessaires à l'exercice professionnel ne sont pas isolés. L'entrepreneur se trouve donc dans la même situation que celui qui exerce sous forme de société en nom collectif. Cette conséquence est un frein à l'exercice de l'activité sous forme individuelle.

La conception française du patrimoine a pendant longtemps constitué un obstacle à la limitation des risques pris par un entrepreneur individuel. Le droit français prohibait le patrimoine d'affectation. Dans la conception classique du droit des biens, chaque personne n'a qu'un patrimoine et tous ses biens constituent le gage général de ses créanciers.

C'est pour ne pas remettre en cause cette conception du patrimoine que le législateur français a préféré inciter l'entrepreneur individuel à choisir une forme sociétaire.

Le législateur a ainsi diminué les exigences tenant au capital social minimum. De même, grâce à la SAS il a offert une grande liberté aux parties de telle sorte que la SAS a pu être présentée comme la forme sociale idéale pour les PME.

Il a enfin et surtout fait le choix de la société unipersonnelle à responsabilité limitée. L'associé unique est alors à la tête d'un patrimoine distinct du sien puisqu'une personne morale a été constituée. C'était un choix en grande partie artificiel mais la conception française du patrimoine était préservée.

La société unipersonnelle a bien rencontré le succès. En principe, elle permet à l'associé unique de limiter le risque au capital de la société.

Cependant la société unipersonnelle n'est pas la panacée. D'une part, il existe beaucoup d'irréductibles qui n'entendant pas choisir une structure sociétaire, synonyme de lourdeurs administratives. D'autre part, les établissements de crédit sollicitent souvent un cautionnement du dirigeant ce qui permet de contourner la limitation du risque pris. Les biens du dirigeant sont dès lors engagés.

Le choix de l'entreprise individuelle est quant à lui toujours attractif. Il est source d'économie dans la mesure où le chef d'entreprise économise les frais liés au formalisme sociétaire. Au plan fiscal et social, le choix n'est plus prohibitif. Aussi dès lors que l'entrepreneur n'entend pas développer son entreprise, faire des bénéfices à partages le choix peut se justifier. Plus de la moitié des entreprises créées en 2008 sous forme d'entreprise individuelle.

Après avoir encouragé et multiplié les formes sociétaires, le législateur semble redécouvrir l'attrait pour l'exercice à titre individuel (v. le statut de l'auto-entrepreneur). Pour

l'encourager, le législateur accepte aujourd'hui d'apporter des dérogations fondamentales à la théorie française du patrimoine. Le recours à l'insaisissabilité de certains biens du patrimoine a été une première étape (Section 1). la fiducie en a été d'une seconde d'une autre ampleur puisque pour la première fois le patrimoine d'affectation est reconnu (Section 2). Cependant, telle qu'elle est conçue la fiducie ne répond pas nécessairement à l'attente des entrepreneurs. Pour cette raison, des projets de nouvelles techniques d'organisation du patrimoine sont envisagés (Section 3).

Section 1

L'insaisissabilité des biens non professionnels

289. Dans le but de réduire la prise de risque de l'entrepreneur individuel, la loi sur l'initiative économique en date du 2 août 2003 avait autorisé l'entrepreneur individuel à rendre insaisissable sa résidence principale.

À l'époque, le législateur voulait remédier à l'impossibilité de créer un patrimoine d'affectation. Dix mille entrepreneurs environ avaient bénéficié du système.

§ 1. LES BIENS DÉCLARÉS INSAISSISSABLES

290. L'article L. 526-1 dans sa nouvelle rédaction issue de la loi du 4 août 2008 étend le dispositif. L'article énonce que « par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissable ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à un usage professionnel ».

La déclaration est notariée et soumise à publicité.

§ 2. LA RENONCIATION À L'INSAISSISSABILITÉ

291. *Il est possible de renoncer à l'insaisissabilité.* La renonciation peut porter sur un ou plusieurs biens. Elle peut s'opérer en faveur d'un ou plusieurs créanciers déterminés. L'entrepreneur peut ainsi créer une hiérarchie entre ses créanciers. Il est ainsi tout à fait imaginable qu'un établissement de crédit après avoir conseillé à l'entrepreneur de déclarer ses biens insaisissables fasse lever l'insaisissabilité à son seul profit.

La renonciation s'opère par voie authentique.

Lorsque le bénéficiaire de la renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut s'en prévaloir.

La renonciation peut ainsi être une arme au service des créanciers alors qu'à l'origine c'était seulement un instrument de protection de l'entrepreneur individuel.

Section 2

La fiducie

292. Définition. La fiducie est une institution très ancienne puisqu'elle était déjà connue du droit romain. Elle se caractérise par un transfert de propriété temporaire dans un but déterminé.

La fiducie n'a pas été consacrée par le Code civil français car elle était contraire à la conception française du patrimoine et du droit de propriété.

Par son refus, le droit français se distinguait d'autres systèmes juridiques. Il était ainsi moins attractif que le droit anglais avec sa pratique du trust ou le droit allemand avec sa reconnaissance de la fiducie.

La fiducie peut avoir plusieurs fonctions ; elle peut être une technique de gestion ; elle peut être une sûreté et elle peut permettre de réaliser des libéralités.

C'est pour rendre le droit français plus compétitif que le législateur a consacré la fiducie par l'ordonnance en date du 19 février 2007, déjà modifiée à de nombreuses reprises.

Lors de son introduction, la fiducie a été présentée comme un mécanisme à multifonctions à l'image du trust anglais qui inspiré la réforme. Les textes contredisent cette ambition dans la mesure où le législateur français demeure frileux dans son admission de la fiducie, même si la loi du 4 août 2008 a été l'occasion de lever des limitations introduites dans le texte initial.

La fiducie peut apparaître comme une technique d'organisation de l'entreprise individuelle dans la mesure où elle consacre un patrimoine d'affectation. Lors des travaux préparatoires, il a ainsi été indiqué que la fiducie devait encourager la création d'entreprises individuelles. Tel peut être le cas dans la mesure où il y a création d'un patrimoine dédié aux risques de l'entreprise

§ 1. LE DISPOSITIF LÉGAL

293. Définition. Aux termes de l'article 2011 du Code civil, « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

A. Les personnes concernées

294. Le constituant. Le constituant peut être une personne physique ou morale. À l'origine, le dispositif était réservé à certaines personnes morales.

La fiducie sûreté consentie par des personnes physiques obéit à un régime spécifique.

Le fiduciaire. Le fiduciaire est soit un établissement de crédit, soit un établissement d'assurance soit un avocat.

295. Le bénéficiaire. Le bénéficiaire peut être le constituant ou un tiers tel un créancier. Dans ce dernier cas, la fiducie est une sûreté. Son régime est alors précisé par les articles issus de l'ordonnance du 30 janvier 2009

La fiducie est pour le créancier une sûreté plus attractive que le nantissement du fonds de commerce. La fiducie peut donc faciliter l'obtention de crédit à l'entrepreneur individuel.

B. Conditions de validité

296. Exigence d'un écrit. La fiducie suppose la rédaction d'un écrit. Ce dernier doit revêtir la forme d'un acte notarié dès lors que les biens sont communs aux époux ou sont en indivision.

L'écrit doit comprendre à peine de nullité les mentions exigées par la loi.

297. Durée. Initialement limitée à trente-trois années, la fiducie peut aujourd'hui avoir une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans.

C. La constitution du patrimoine d'affectation

298. Transfert des biens. La fiducie suppose la création d'un patrimoine d'affectation géré par le fiduciaire.

Les biens sont transférés par le constituant. L'opposabilité du transfert s'opère par publicité s'agissant de biens immobiliers. S'agissant des créances, l'opposabilité est assurée par la notification au débiteur de la créance cédée.

299. Opposabilité. Étanchéité du patrimoine. L'intérêt du patrimoine d'affectation est d'isoler les biens assiette de la fiducie. Le patrimoine n'est pas affecté par la survenance d'une procédure collective du fiduciaire. Les créanciers dont la créance est liée à la conservation des biens peuvent exercer leurs droits sur les biens assiette de la fiducie. En cas d'insuffisance, ils peuvent agir contre le constituant sauf clause contraire. Les créanciers peuvent aussi agir contre le fiduciaire si le contrat le prévoit.

300. Convention de mise à disposition. Si les biens assiette de la fiducie sont nécessaires au constituant, il peut en conserver l'usage en vertu d'une convention de mise à disposition. Cette dernière n'est pas soumise au droit des baux commerciaux.

D. Droits et obligations des parties

301. La convention précise les droits et obligations des parties. Le fiduciaire doit gérer les biens conformément à leur affectation.

Le fiduciaire rend compte de sa mission (art. 2022)

Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs (art. 2023).

Le fiduciaire est responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

Si le fiduciaire manque à, ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire (art. 2027).

Sauf stipulation contraire du contrat, le constituant peut à tout moment désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant. Si le constituant est une personne physique, il ne peut y renoncer (art. 2017).

E. Dénouement

302. Le contrat prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi lorsque celle-ci a lieu avant le terme (art. 2029)

§ 2. LES LIMITES DU DISPOSITIF LÉGAL

303. Les faiblesses de la fiducie comme structure pour l'entreprise individuelle ont été relevées.

La première tient à la perméabilité du patrimoine du fiduciaire. L'article 2025 du Code civil énonce en effet qu'en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun des créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire. Le créancier peut limiter son droit au seul patrimoine fiduciaire.

La protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel n'est donc pas absolue.

Un autre frein à l'utilisation de la fiducie paraît résulter de la fiscalité applicable qui ne serait pas attractive.

Enfin, le système mis en place peut apparaître lourd. Il faut avoir recours à des conseils.

Section 3

Les nouvelles structures envisagées

304. Pour répondre à l'attente des entrepreneurs individuels et pour tenir compte des insuffisances des techniques actuelles plusieurs propositions sont formulées par les praticiens. Elles ont pour caractéristique de faire évoluer la théorie du patrimoine ou celle de la personnalité juridique.

§ 1. L'ENTREPRISE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

305. Définition. L'entreprise à responsabilité limitée est une structure envisagée pour fournir un cadre juridique approprié à l'entreprise individuelle. Il y aurait également constitution d'un patrimoine d'affectation mais le patrimoine affecté à l'entreprise serait parfaitement étanche.

L'intérêt du régime est sa souplesse car il n'y a pas recours à un fiduciaire.

306. Régime. Nouveau chapitre : de l'entreprise à patrimoine affecté (art L 528-1 et s). L'entreprise à patrimoine affecté est constituée par toute personne physique immatriculée à un registre à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante pour l'exercice d'une activité économique

Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, la personne physique affecte à cette activité des biens, des droits ou des sûretés ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, qui constituent un patrimoine affecté autonome

L'affectation résulte, à peine de nullité, d'une déclaration initiale établie par la personne dans des conditions fixées par décret.

La description détaillée des biens, droits et sûretés affectées est jointe à la déclaration initiale d'affectation.

Le déclarant qui souhaite n'affecter qu'une partie d'un ou plusieurs biens immobiliers, désigne celle-ci dans un acte descriptif de division. À défaut, l'ensemble du bien est considéré comme affecté à l'entreprise.

Lorsque parmi les biens affectés, figurent des actifs autres que des liquidités d'une valeur unitaire supérieure à un seuil, ces actifs font l'objet d'une évaluation au vu d'un rapport établi par un commissaire aux apports, désigné dans les conditions fixées

La déclaration prévue n'a d'effet qu'à l'égard des créances nées postérieurement à sa publication.

Sans préjudice du droit des créanciers du déclarant titulaire d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement à la déclaration d'affectation et hors les cas de fraude aux droits de ses créanciers, le patrimoine affecté répond, à l'exclusion de tout autre bien et droit de la personne, des seules créances nées de l'activité professionnelle pour laquelle il a été constitué.

Toutefois, la personne est responsable sur son patrimoine non affecté des fautes de gestion qu'elle commet dans l'exercice de l'activité professionnelle pour laquelle le patrimoine a été affecté. Il en est de même lorsqu'elle ne respecte pas les règles de séparation des patrimoines.

En cas d'insuffisance du patrimoine non affecté de la personne, le patrimoine affecté demeure le gage des titulaires de créances sans lien avec l'activité professionnelle.

Les biens composant l'entreprise à patrimoine affecté font l'objet d'une comptabilité autonome et séparée avec ouverture d'un compte bancaire propre à l'entreprise à patrimoine affecté.

Déclaration d'affectation peut à tout moment faire l'objet d'une renonciation par le déclarant soumise aux mêmes conditions de validité et d'opposabilité que celles de la déclaration initiale.

Le décès du déclarant emporte révocation de la déclaration d'affectation. Toutefois, dès lors qu'un héritier ou un ayant droit poursuit l'activité, il peut reprendre la déclaration d'affectation à son profit dans un délai de 3 mois à compter de la date du décès.

§ 2. LA PRO-PERSONNALITÉ

307. À l'occasion de leur 105^e congrès, les notaires ont réfléchi à une nouvelle structure adaptée à l'entreprise individuelle.

Le point de départ de la réflexion est un constat. Il est difficile de détacher totalement un patrimoine de la personnalité juridique. Dès lors s'est imposée l'idée de créer le concept de « pro-personnalité ».

La pro-personnalité consiste à fonder un patrimoine professionnel séparé du patrimoine privé en instituant une personnalité juridique civile des personnes physiques et dédiée à l'exploitation des actifs et passifs professionnels.

Il s'agit d'un statut légal applicable sans autre condition que l'immatriculation. Il a pour caractéristique d'engendrer une responsabilité vraiment limitée reposant sur une séparation étanche des patrimoines privé et professionnel et débouchant sur la faculté de faire des contrats avec soi-même.

Ce régime présentait deux avantages. Celui d'éviter la création d'une structure comparable à celle de la société. Elle permettrait d'assurer la véritable séparation des patrimoines professionnels car ce résultat peut difficilement être atteint à défaut d'une personnalité juridique.

Troisième partie

Les sociétés commerciales

308. Le phénomène sociétairer. Aujourd'hui, l'activité commerciale est de plus en plus exercée sous forme sociétairer¹. On recense plus d'un million de sociétés commerciales dont plus de 800 000 SARL et 150 000 SA². Comment expliquer un tel phénomène ?

La création d'une société présente de *multiples avantages*. Certains sont en réalité illusoirer. Pour beaucoup d'entrepreneurs, l'intérêt majeur de la mise en société est une *limitation des risques* pris. Cela n'est vrai qu'en partie. D'une part, dans toutes les sociétés de personnes, les associés sont indéfiniment responsables des pertes comme peuvent l'être les commerçants exerçant à titre individuel. D'autre part, l'exercice de l'activité commerciale suppose des crédits. Or le capital de beaucoup de sociétés est insuffisant. Pour cette raison, les banques exigent des dirigeants qu'ils se portent personnellement *caution* des engagements de leurs sociétés. Si la société ne respecte pas ses engagements, les dirigeants peuvent alors être poursuivis personnellement.

D'autres avantages sont bien réels. La constitution d'une société peut favoriser le *développement d'une entreprise* en permettant le regroupement de plusieurs personnes et le rassemblement de capitaux. Certaines sociétés peuvent en effet émettre des valeurs mobilières.

Le choix d'une structure sociétairer est aussi de nature à favoriser la *transmission des entreprises*. Il est en effet plus facile et moins onéreux de céder des parts ou actions que de transmettre un fonds de commerce.

Enfin, et ce n'est pas le moindre des intérêts, le dirigeant de la société peut dans certains cas bénéficier pour lui et sa famille d'un *régime fiscal et social très avantageux*, comparable à celui du salarié.

Pour ces raisons, le législateur encourage la création de sociétés ou la transformation d'entreprises individuelles en sociétés. De nouvelles structures sont proposées, principalement à l'attention des membres des sociétés libérales. Le droit fiscal n'est plus un obstacle à la transformation de sociétés.

309. Source du droit des sociétés commerciales. Le droit des sociétés commerciales se trouve énoncé à titre principal dans deux corps de règles.

D'une part, il existe des dispositions communes aux différents types de sociétés (civiles ou commerciales). Issues de la loi du 4 janvier 1978, elles forment les articles 1832 à 1844-17 du Code civil.

1. Ph. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz ; P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Monchrestien ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec ; J.-M. Moulin, *Droit des sociétés*, Gualino ; D. Vidal, *Droit des sociétés*, LGDJ ; P. Mousseron, *Droit des sociétés*, Monchrestien ; A. Constantin, *Droit des sociétés*, « Mémentos », Dalloz ; P. Didier, *Les sociétés commerciales*, « Que sais-je ? », PUF.

2. V. le tableau publié, D. 2002. 1412.

D'autre part, les règles propres aux sociétés commerciales trouvent leur source dans l'importante loi du 24 juillet 1966 complétée par un décret du 23 mars 1967. Cette loi a été modifiée à de très nombreuses reprises, principalement pour mettre notre droit en conformité avec un certain nombre de *directives européennes*¹. La loi a été codifiée et constitue le livre deuxième du Code de commerce (art. L. 210-1 et s.).

Le droit des sociétés n'est cependant pas complètement régi par ces deux textes, aussi essentiels soit-il.

Il faut tenir compte d'un droit prétorien essentiel en ce domaine. Des institutions ont été créées de toute pièce telles l'administrateur provisoire (v. *infra*, n° 329).

Il convient également de mentionner l'existence de textes annexes qui pourtant sont de la toute première importance. Un *droit financier des marchés* se développe en marge du droit des sociétés.

310. Principes gouvernant la loi du 24 juillet 1966. La loi de 1966 reposait sur certains principes considérés à l'époque comme essentiels². D'une part, elle cherchait à satisfaire des *exigences de sécurité*. En premier lieu, l'objectif de sécurité concernait *les tiers* qui devaient contracter avec la société. Le droit de la personnalité morale, les règles régissant les pouvoirs des dirigeants, les règles relatives aux nullités traduisent cette volonté. En second lieu, le législateur voulait *protéger les associés*. Dans ce but, il impose la tenue d'une assemblée pour l'approbation des comptes. Il prévoit de nombreux *délits* sanctionnant le non-respect de règles de fonctionnement.

D'autre part, la loi de 1966 avait pour ambition de faciliter une *information des associés*. Beaucoup de dispositions sont ainsi consacrées à la mise à disposition de l'information.

Ces objectifs ont été atteints. La loi correspondait il est vrai assez bien à la conception de la société qui présidait alors. La société était une démocratie et chacun devait pouvoir faire valoir ses droits en toute connaissance de cause.

Trente ans après, des évolutions sont apparues.

311. Évolution. Aujourd'hui, il apparaît clairement que les sociétés ne fonctionnent pas comme les rédacteurs de la loi de 1966 l'avaient imaginé³. Tout d'abord, dans les sociétés anonymes importantes, les *actionnaires se désintéressent du fonctionnement de la société* et ne participent pas aux assemblées. Ils sont plus intéressés par la rentabilité de leur investissement initial.

L'actionnariat devient organisé. Il y a des associations d'investisseurs. Des actionnaires sont des fonds de pension, des gestionnaires de SICAV qui disposent de moyens d'action importants.

Ensuite, les dirigeants de sociétés ne peuvent plus agir librement. Ils le peuvent d'autant moins qu'ils ne disposent le plus souvent que d'un nombre réduit de parts ou actions. Facilement éjectables, ils recherchent aujourd'hui une protection que la loi de 1966 réservait à un petit nombre d'entre eux.

1. J. Boucourechliev, « Les voies de l'Europe des sociétés », *JCP*, éd. E, 1996. I. 560. Même si elle est souhaitée, la société de droit européen s'avère difficile à instaurer ; les différents droits adoptant des conceptions opposées des sociétés. La place des salariés est difficile à déterminer ; V. J. Boucourechliev, « Une société de droit européen ? », Presses de science PO-CREDA, 1999 ; J. Béguin, « Quel avenir pour la société européenne », in *Mélanges offerts à Fr. Terré*, p. 307.

2. V. note ci-dessus.

3. « Le trentième anniversaire de la loi de 1966 », *Rev. sociétés* 1996. 432 ; P. Le Cannu, « Tendances de l'évolution et problèmes d'actualité », *Petites Affiches* 4 mai 2001, p. 5.

Enfin, le besoin croissant de capitaux des sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne a favorisé une *explosion des produits financiers* qui rend caduque la distinction classique entre les actions et obligations.

À partir de ces données, la nécessité d'adapter notre droit s'est imposée¹.

Une première réforme d'ensemble inspirée par un rapport du sénateur Marini n'ayant pu être menée à son terme², le législateur a choisi une autre méthode beaucoup plus contestable, consistant à réformer au coup par coup, profitant de l'adoption de textes ayant souvent une portée beaucoup plus large.

Grâce à de nombreuses réformes ponctuelles, le droit français s'est cependant profondément transformé au cours des dernières années³. La société anonyme simplifiée a pu se développer. Il est possible de créer une SARL et une SAS avec un euro. Une structure nouvelle de direction de la société anonyme a été mise en place. Les droits des actionnaires ont été renforcés, qu'il s'agisse du droit à l'information ou des modes de participation aux assemblées.

Ces réformes assouplissent le droit des sociétés. Elles introduisent les principes de la « corporate governance ». Elles contribuent également à renforcer l'opposition entre les sociétés cotées et les autres sociétés.

312. Plan. Le professionnel qui souhaite exercer son activité sous forme sociétaire a aujourd'hui l'embarras du choix. Le législateur a en effet multiplié les structures sociétaires.

Il existe cependant un corps de règles formant un droit commun des sociétés (Sous-partie I) qui doit être présenté avant que soit examiné le droit spécial des sociétés (Sous-partie II).

1. J. Paillusseau, « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *D.* 1996. chron. 287 ; B. Bouloc, « Faut-il réformer le droit des sociétés ? », *RJC* 1998. 209.

2. *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le rapport Marini*, sous la direction de J.-J. Daigre, GLN Joly, 1997 ; R. Vatinet, « Le rapport Marini et l'évolution du droit des sociétés : vers une « contre-réforme » de l'entreprise », *Dr. soc.* juin 1997, p. 606 ; Ph. Bissara, « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise », *Rev. sociétés* 1998. 5.

3. D. Bureau, « L'atération des types sociétaires », *Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 57.

Sous-partie I

Le droit commun des sociétés

313. Toutes les sociétés ont en commun des caractères essentiels¹. Il est ainsi possible de définir une notion unique de société (Chapitre 1) et de dégager quelques principes qui gouvernent la vie des sociétés (Chapitre 2).

1. P. Le Canu, « Existe-t-il une société de droit commun ? », in *Mélanges Jeantin*.

La notion de société

314. Définition de la société. La définition de la société est donnée par l'article 1832 du Code civil, *l'un des articles phares du droit des sociétés* et même du droit civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter 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. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

Pour les rédacteurs du Code civil, le caractère contractuel de la société ne faisait aucun doute. La société naît de l'accord de volonté de plusieurs personnes qui décident de mettre en commun des apports pour en tirer un bénéfice.

Aujourd'hui dans la majorité des cas, la société peut être instituée par l'acte de volonté d'une seule personne. Ce constat ne doit cependant pas occulter toutes les conséquences qui sont attachées au caractère contractuel de la société. La société est ainsi soumise au droit commun des conventions.

La société est donc en principe un contrat (Section 1) qui donne naissance à une personne morale (Section 2).

Plusieurs structures répondent à cette définition, ce qui impose des classifications (Section 3).

Section 1

La société est un contrat

315. La société est un contrat¹ qui, comme tel, est soumis au droit commun des conventions (§ 1). Le contrat de société appartient à la catégorie des conventions qui permettent aux parties d'organiser leur coopération. Par opposition à des contrats comme la vente qui sont des contrats-échange, ils ont pu être qualifiés de *contrats organisation*². Le contrat de société a ainsi des *caractères propres* (§ 2).

1. J. Mestre, « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges Mouly*, 1998, p. 131 ; R. Libchaber, « La société, contrat spécial », in *Dialogues avec M. Jeantin*, p. 281.

2. P. Didier, « Notes sur le contrat-organisation », *Mélanges offerts à Fr. Terré*, p. 635, et « Le consentement avec l'échange : le contrat de société », *RJ com.*, nov. 1995, p. 75.

§ 1. SOUMISSION AU DROIT COMMUN DES CONVENTIONS

316. Principes. Toutes les règles formant le droit commun des conventions ont vocation à s'appliquer à la société. Ainsi le *consentement* des associés doit-il être exempt de vices. Si tel n'est pas le cas, la société pourrait être annulée pour cause d'erreur, de dol ou de violence. De même, la société doit avoir une *cause licite*. L'application de certaines règles suppose cependant quelques *adaptations*, qu'il s'agisse de la capacité, de l'objet ou de la forme des sociétés.

A. Capacité pour constituer une société

317. Limitation. Les règles de capacité varient en fonction de la forme de société. Lorsque l'associé a la qualité de commerçant (c'est le cas dans les sociétés en nom collectif) un mineur ou un incapable en tutelle ou en curatelle ne peut participer. Il n'existe plus de limites pour constituer des *sociétés entre époux* (C. civ., art. 1832-1).

B. Objet

318. Licéité de l'objet social. Toute convention doit avoir un objet licite. L'objet du contrat de société est son *objet social*, c'est-à-dire l'activité de la société prévue par les associés. Une clause des statuts doit en préciser le contenu. L'objet social doit être licite. Il ne doit être contraire ni aux lois, ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs.

Certaines sociétés ont un objet social impérativement fixé par la loi (tel est par exemple le cas des *SICAV*, sociétés d'investissement à capital variable).

C. Forme des sociétés

319. Nécessité d'un écrit. L'exigence d'un écrit est posée par l'article 1835 du Code civil. Les associés doivent donc rédiger des *statuts*. Cette obligation se comprend aisément. La société doit être immatriculée. Il faut donc qu'un document précise les principaux caractères de la société.

L'écrit peut être un acte sous seing privé. La rédaction d'un acte authentique est cependant nécessaire pour constater l'apport d'un bien immobilier par un associé à la société.

L'exigence d'un écrit n'est pas imposée à peine de nullité. Entre associés, la société peut donc être valable. Ne pouvant être immatriculée, elle ne peut cependant avoir la personnalité morale.

Les statuts sont essentiels puisqu'ils doivent déterminer, outre les apports de chaque associé, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement (C. civ., art. 1835)¹. Les statuts peuvent être précédés d'un préambule².

1. Y. Chaput, « La liberté et les statuts », *Rev. sociétés* 1989. 361 ; B. Saintourens, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987. 457.

2. Com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996. 392, note P. Le Cannu.

De plus en plus cependant, se développent des *pactes extrastatutaires*¹. Dans ces pactes conclus entre certains associés, des obligations particulières sont souscrites, limitant la liberté des signataires. Le développement de ces pactes est une manifestation de la contractualisation du droit des sociétés. Les associés cherchent de plus en plus à s'affranchir des contraintes légales.

Certaines sociétés sont également soumises à un *règlement intérieur*².

§ 2. CARACTÈRES PROPRES AU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

320. Éléments essentiels du contrat de société. Une société ne peut exister que si certains éléments essentiels sont réunis. Ce sont ces éléments qui distinguent la société d'institutions voisines. Certains d'entre eux sont expressément énoncés par l'article 1832 du Code civil : la réunion d'apports (A), la recherche d'un bénéfice ou d'une économie (B). Un autre élément a toujours été considéré comme essentiel : l'*affectio societatis* ou volonté de s'associer (C).

A. Réunion d'apports

1° Les apports

321. Notion d'apport. Par le contrat de société, les associés doivent convenir d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie (C. civ., art. 1832). La réunion des apports (à l'exception des apports en industrie) constitue le *capital social*, c'est-à-dire le patrimoine de départ de la société³. Certaines sociétés doivent avoir un capital social minimum qui sert de *garantie* aux créanciers de la société. Il existe plusieurs types d'apports prévus par l'article 1843-3 du Code civil.

322. Apport en numéraire. L'apport en numéraire est un apport en argent. Par sa *souscription*, l'associé s'engage à verser une somme donnée. Il y a *libération* de l'apport lorsque la somme promise est effectivement versée. La société n'est constituée que si tous les apports ont été souscrits. La libération, peut dans certaines sociétés, intervenir postérieurement à l'immatriculation. Pour assurer le respect de la règle, l'article 1843-3, alinéa 5, énonce que « l'associé défaillant devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée et ce sans préjudice de plus amples dommages et intérêts s'il y a lieu ».

323. Apport en nature. L'associé qui apporte des biens autres que des espèces fait un apport en nature. Un immeuble, un fonds de commerce, un brevet peut ainsi être apporté. Il existe plusieurs formes d'apports en nature.

1. Y. Guyon, *Traité des contrats. Les sociétés*, 4^e éd., LGDJ, 1999.

2. P. Le Cannu, « Le règlement intérieur des sociétés », *Bull. Joly* 1986. 723 ; Com. 20 oct. 1998, *Bull. Joly* 1999. 381, note P. Le Cannu.

3. S. Dana-Demaret, *Le capital social*, Bibl. dr. entr., Litec, 1989.

L'apport peut être effectué en *propriété*. Le bien passe alors du patrimoine de l'apporteur dans celui de la société. Le droit de la vente ne s'applique pas totalement. Les principales particularités de l'opération sont les suivantes :

- l'apporteur ne bénéficie pas du privilège du vendeur ;
- il ne peut y avoir lieu à action en rescision pour cause de lésion ;
- l'apport n'est pas rémunéré par un prix, mais par l'attribution de parts sociales ou d'actions.

L'apport peut aussi être effectué en *jouissance*. La société a alors le simple usage de la chose apportée. L'apporteur en reste le propriétaire. Il supporte donc les risques de la chose. Mais à la dissolution de la société, l'apporteur retrouve l'entière propriété du bien.

L'apport peut être fait en *usufruit* ou en *nue-propriété*¹. Ces formes d'apports se multiplient car elles facilitent la transmission d'entreprises à moindre coût. L'apporteur reçoit des droits sociaux en pleine propriété à concurrence de la valeur de l'usufruit ou de la nue-propriété.

L'apport peut nécessiter l'accomplissement d'une formalité de publicité ; tel est le cas par exemple s'il porte sur un immeuble ou un fonds de commerce.

Les apports en nature doivent faire l'objet d'une évaluation afin de déterminer le nombre de parts ou actions auxquels ils donnent droit. Il y a en effet un risque de surévaluation. Aussi certaines règles sont-elles destinées à protéger les intérêts des créanciers sociaux et des apporteurs en numéraire. Dans les SARL et les SA, un *commissaire aux apports* est chargé de l'évaluation.

324. Apport en industrie. L'associé apporte ici sa force de travail, sa compétence. À la différence des autres, cet apport n'est pas pris en compte pour la détermination du capital social. Cependant, l'apporteur en industrie est un véritable associé². Le particularisme de cet apport justifie les règles suivantes :

- cet apport ne peut être saisi par les créanciers ;
- sauf disposition contraire, la part de bénéfices réservée à l'apporteur en industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

L'apport en industrie est *interdit* dans les sociétés anonymes et les SARL (une exception existe toutefois pour les sociétés entre époux ; l'apport en industrie est alors admis pour favoriser la création de SARL pour l'exploitation d'entreprises familiales ou artisanales). L'apport en industrie est aujourd'hui aussi autorisé dans les SAS.

2° Le capital social

325. Régime. La notion de capital social est une *notion juridique*. Le capital social est constitué par les apports des associés. Il a plusieurs fonctions³. Tout d'abord, il constitue le gage des créanciers. Ensuite, il permet d'organiser la répartition du pouvoir au sein des sociétés. Toutefois cette fonction tend à disparaître avec le développement des actions sans droit de vote. Enfin, c'est un instrument de financement. Plusieurs règles impératives fixent son régime⁴.

1. *Droit des sociétés*, Actes pratiques, n° 10, 1993.

2. Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *RTD com.* 2004. 512, obs. Cl. Champaud et G. Danet.

3. S. Dana-Demaret, *Le capital social*, Litec, 1989.

4. Les entreprises qui le souhaitent peuvent convertir leur capital social en euros depuis le 1^{er} janvier 1999. La conversion sera obligatoire le 1^{er} janvier 2002 (L. 2 juill. 1998, art. 17).

Dans les sociétés par actions, la loi fixe le montant minimum du capital social. La règle de l'intangibilité s'applique. Le capital social, s'il diminue doit être reconstitué. La règle ne s'applique toutefois pas aux *sociétés à capital variable*. Dans l'intérêt des actionnaires et des tiers, les opérations d'augmentation et de réduction du capital sont minutieusement réglementées.

Lorsqu'il n'a pas été procédé dans le délai légal aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander en justice, soit la condamnation des dirigeants sociaux à le faire sous astreinte, soit la désignation d'un mandataire chargé de cette formalité.

Le rôle classique du capital social tend cependant aujourd'hui à s'effacer¹. En effet, *les SARL et les SAS peuvent être constituées avec un capital social égal à zéro*². Cependant, le capital social reste la clef de répartition entre les obligations et droits entre associés.

La notion de capital social ne rend cependant qu'imparfaitement compte de la santé d'une entreprise. Pour la connaître, il faut mieux s'en tenir à la lecture de ses comptes et à celle de quelques lignes du bilan. Il est ainsi essentiel de déterminer quels sont les capitaux propres dont dispose une entreprise. Il faut aussi tenir compte de l'existence des comptes courants d'associés.

326. Les capitaux propres. Le bilan doit faire apparaître les capitaux propres de la société. Ils comprennent le capital social, les réserves antérieurement constituées ou en négatif, les pertes qui n'ont pu être apurées. *Leur montant peut être négatif*. Le montant des capitaux propres constitue donc un bon indicateur de l'état de santé d'une société.

327. Les comptes courants d'associés. Les associés peuvent mettre des sommes à la disposition de la société sans pour autant lui en faire apport. Ces sommes figurent dans des comptes, improprement appelés compte-courant car ils ne peuvent devenir débiteurs. À la demande des créanciers, les sommes déposées peuvent être bloquées. Pendant longtemps, les comptes courants d'associés ont eu un régime fiscal de faveur. Les sommes déposées étaient rémunérées dans des conditions avantageuses pour l'associé. Ce n'est plus vrai aujourd'hui.

L'avantage de ces avances est leur souplesse car elles ne sont pas juridiquement considérées comme des apports. Par exemple, *le principe de l'intangibilité du capital social ne s'applique pas*. Il n'y a aucune soumission à la loi sociétaire.

L'associé qui procède à une avance est un *créancier* de la société. Il vient en concours avec les autres créanciers sociaux lorsque l'entreprise est en difficultés (souvent même, en raison de la stipulation d'une clause de déclassement, il est payé en dernier).

L'inconvénient du système réside dans la possibilité offerte à l'associé de retirer ses sommes à tout moment, principalement lorsqu'il anticipe des difficultés. Une clause doit prévoir cette hypothèse³.

1. V. « Quel avenir pour le capital social ? », Dalloz Actes 2004.

2. G. Serra, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi « Dutreil » », *Bull. Joly* 2004. 915.

3. Com. 24 juin 1997, *RTD com.* 1998. 25, obs. Cl. Champaud.

B. Participation des associés aux bénéfices ou aux économies et contribution aux pertes

328. Principes. Tout associé a vocation à participer aux bénéfices ou aux économies. Il doit aussi contribuer aux pertes. Il s'agit là de *principes fondamentaux*. Notre droit prohibe pour cette raison les clauses qui y portent atteinte.

1° Participation aux bénéfices ou aux économies

329. Portée du principe. La recherche de bénéfices ou d'économies est un caractère fondamental de la société. Jusqu'à la réforme du 4 janvier 1978, l'article 1832 ne visait cependant que la recherche de bénéfices, c'est-à-dire de gains matériels et pécuniaires ajoutant à la fortune des associés. La réforme *a élargi la notion de société* puisque les associés peuvent aujourd'hui avoir pour but de profiter d'une économie¹. Cette nouvelle définition permet de qualifier certains groupements de sociétés, les *coopératives* par exemple.

330. Distinction de la société et d'institutions voisines. La participation aux bénéfices et aux économies permet de distinguer la société d'institutions voisines.

Traditionnellement, la société est opposée à l'*association*. Avant la réforme de 1978, la distinction était facile puisque l'association devait avoir un but autre que le partage de bénéfices. Aujourd'hui, la distinction est moins nette dans la mesure où la société peut elle aussi avoir pour but la recherche d'économies². Certaines associations ont en outre une activité économique, principalement dans le domaine de la santé, du tourisme et des loisirs. Une association peut ainsi accomplir des actes de commerce. Le législateur lui-même tient compte de cette évolution puisqu'il applique aux associations des règles du droit des sociétés (soumission au droit des procédures collectives, possibilité d'émettre des obligations, contrôle des comptes par un commissaire aux comptes). Mais, malgré ces rapprochements, *la distinction entre société et association présente toujours un intérêt* : les règles de constitution ne sont pas les mêmes, la capacité des associations est plus réduite, les règles de partage de l'actif lors de la dissolution diffèrent. Enfin, il n'y a pas de responsabilité individuelle des membres de l'association en raison des engagements de la personne morale.

La *frontière* entre société et association est ainsi définie : tout groupement qui poursuit une activité désintéressée est nécessairement une association. Inversement, tout groupement qui a pour but de procurer un bénéfice à ses membres est nécessairement une société.

Rien n'interdit cependant à une association d'avoir une activité commerciale dès lors qu'elle ne distribue pas de bénéfices à ses membres³. Il existe même un *développement du para-commercialisme*, ce qui a conduit le législateur à intervenir en énonçant qu'aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration 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.

Une association qui exerce des actes de commerce de façon répétée devrait être considérée comme commerçante et toutes les conséquences civiles et fiscales de cette

1. Y. Guyon, « Les dispositions générales de la loi du 4 janvier 1978 », *Rev. sociétés* 1979. 1.

2. Y. Guyon, « De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978 », in *Études Kayser*, t. 1, p. 483.

3. V. Grellière, « De l'illicéité ou non de l'association commerçante », *RTD com.* 1997. 537.

qualification devraient en être déduites. Pourtant, la jurisprudence hésite à aller jusqu'au bout de cette logique. Par exemple, elle refuse à l'association le droit de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés. Cependant, en tant que personne morale de droit privé, l'association est susceptible d'être placée en redressement ou en liquidation judiciaire.

La société doit aussi être distinguée du *groupement d'intérêt économique*, créé par une ordonnance du 23 septembre 1967, qui a pour but de faciliter ou développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Le GIE se distingue de la société dans la mesure où il n'a pas pour vocation de faire des bénéfices. Son objet doit en outre être un prolongement de l'activité économique de ses membres.

2° Contribution aux pertes

331. Principe. L'article 1832 du Code civil énonce que les associés s'engagent à contribuer aux pertes¹. Si la société fait de mauvaises affaires, l'associé risque ainsi de perdre son apport. La règle ne signifie pas que l'associé peut être poursuivi par un créancier impayé si la société est insolvable. Seuls en effet les associés d'une société en nom collectif ou les associés commandités sont tenus indéfiniment et personnellement du passif social.

3° Les prohibitions

332. Limites à la liberté des parties de répartir les bénéfices et les pertes. Les associés sont assez libres de répartir les bénéfices et les pertes. *Le principe d'égalité posé par l'article 1844-1 du Code civil n'est que supplétif*². Il existe ainsi de nombreuses clauses statutaires de répartition des bénéfices³.

Les rédacteurs de statuts doivent cependant tenir compte de prohibitions.

La prohibition la plus importante est celle relative aux clauses léonines. Est léonine la stipulation qui attribue à un associé la totalité du profit ou des pertes, ou qui l'exonère de tout profit ou de toute perte. Le législateur impose ainsi que chaque associé supporte une part de risque, bénéficie d'une partie des gains. La vocation d'un associé aux bénéfices doit s'apprécier sur toute la durée de la société, en prenant en compte les trois moments possibles de perception des bénéfices par un associé (en participant à une distribution de dividende, en vendant des droits sociaux avec plus-value, en participant à la dissolution au partage d'un boni de liquidation).

Toute clause léonine est réputée non écrite. La prohibition concerne aussi bien les clauses statutaires que les clauses extrastatutaires.

Cette prohibition rend délicate la rédaction de certaines clauses.

Certaines clauses ont pour but de supprimer l'aléa liant la rémunération à l'existence de bénéfices. Tel est le cas des *pactes de rémunération forfaitaire*. Ils sont nuls dès lors qu'ils exonèrent totalement l'associé de toutes contributions aux pertes. La rémunération ne doit donc pas être indépendante des bénéfices. Les *pactes de dividende minimum* posent

1. F. Kerderian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. sociétés* 2002. 617.

2. J. Mestre, « L'égalité en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1989. 399.

3. F.-D. Poitral, *Droit et patrimoine*, avr. 1998, p. 32.

des difficultés similaires. Un associé assure alors à un autre associé une rémunération minimale pour son investissement. La validité de la stipulation est controversée en doctrine.

Les *clauses qui aménagent le droit aux bénéfices* de l'associé sont en principe valables. Il est ainsi possible de prévoir des clauses de répartition inégalitaire des bénéfices. Deux mécanismes sont alors utilisés. Il est en premier possible de prévoir la *stipulation d'avantages particuliers* ou de désavantages particuliers en faveur ou en défaveur de certains associés identifiés. Dans les SA, il existe alors une procédure de vérification de ces avantages qui doit être respectée (C. com., art. L. 225-8). Il est en second lieu possible de créer des *catégories de parts ou d'actions privilégiées* (C. com., art. L. 228-11). Un dividende prioritaire peut ainsi être attaché à certaines actions. La *procédure de vérification des avantages particuliers* doit être respectée¹.

D'autres clauses tentent de supprimer l'obligation de l'associé de contribuer aux pertes². Tel est en premier lieu, le cas de la clause par laquelle le cessionnaire des actions d'une société s'engage à acquérir les actions de l'ancien dirigeant à un prix déterminé pour le cas où il cesserait ses fonctions. Pour la chambre commerciale de la Cour de cassation la clause est valable car elle a pour seul objet d'organiser la transmission des droits sociaux, alors même qu'il n'existe pas de promesses croisées³. Il s'agit de permettre à un associé de quitter la société dans des conditions satisfaisantes. La clause ne porte donc pas véritablement atteinte au pacte social. Par deux arrêts, la Chambre commerciale a assoupli sa position. Par le premier, elle vient de décider qu'une convention de type capital risque assurant à un investisseur le rachat de ses actions à un prix minimum garanti ne présente pas un caractère léonin⁴. La Chambre commerciale semble prête à se montrer encore plus libérale. Elle admet en effet la validité des promesses unilatérales d'achat d'actions à prix plancher en considérant que la promesse n'a un caractère léonin qu'au cours de la période de levée de l'option⁵.

Tel est en second lieu, le cas des *conventions de portage* par lesquelles une personne désignée, le porteur, accepte de se rendre acquéreur de titres par acquisition ou souscription, sachant qu'ultérieurement ces titres seront cédés à un tiers ou au donneur d'ordre lui-même, selon des modalités de prix fixées dès l'origine⁶. La *convention de portage* permet à l'acquéreur d'une société cible d'avoir les moyens financiers de son opération pour payer comptant le cédant. La *promesse d'achat de droits sociaux à prix garanti* est alors plus délicate à justifier⁷. Il s'agit en effet d'offrir une garantie à un tiers, le plus souvent un établissement financier, afin de le convaincre d'entrer dans la société. Une telle convention d'achat à prix garanti n'est alors valable que si elle est complétée par une promesse

1. M. Jeantin, « Observations sur la catégorie d'actions », *D.* 1995. chron. 88 ; Ph. Engel et P. Troussière, « Création de catégories d'actions et stipulations d'avantages particuliers », *JCP*, éd. E, 1996. I. 585.

2. F. X. Lucas, « Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines », *JCP*, éd. E, 2000. 168 ; E. Claudel, « Clauses léonines extrastatutaires, les voies d'un compromis », *Études Jeantin, op. cit.* ; *D.* 1999. 182.

3. Com. 20 mai 1986, *Rev. sociétés* 1986. 587 ; Com. 19 mai 1998, *Bull. Joly* 1998. 1060, note P. Scholer ; Com. 19 oct. 1999, *JCP*, éd. E, 1999. 2067, note Y. Guyon.

4. V. pour un exemple de promesse de rachat de titres moyennant un prix plancher contenue dans un pacte extrastatutaire : Com. 16 nov. 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 131, obs. G. Wicker et F. Deboissy ; F.-X. Lucas, « Du contrat de société au contrat d'investissement », *RD bancaire et fin.* mars-avr. 2005, p. 50.

5. Com. 22 févr. 2005, *D.* 2005. 973, note G. Kessler.

6. B. Treille, « Les conventions de portage », *Rev. sociétés* 1997. 721 ; H. Le Nabasque et M. Barbiéri, « Les clauses léonines », *Dr. sociétés*, Actes pratiques, n° 29, 1996 ; F.-X. Lucas, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, thèse, LGDJ, 1997, préf. L. Lorvellec.

7. E. Claudel, clauses léonines extrastatutaires, les voies d'un compromis, *Mélanges Jeantin*, p. 188 ; F.-X. Lucas, « Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines », *JCP*, éd. E, 2000. 168.

unilatérale de vente. La convention de portage n'est donc validée qu'en présence de promesses réciproques¹. La chambre civile de la Cour de cassation qui s'était opposée à la chambre commerciale semble aujourd'hui retenir une analyse assez voisine². Pour des raisons pratiques, la prohibition des clauses léonines est donc assouplie.

Une seconde prohibition est celle *relative aux clauses d'intérêt fixe* dans les sociétés commerciales dotées de la personnalité morale. L'article L. 235-11 du Code de commerce, alinéa 1^{er}, de la loi de 1966 interdit en effet de stipuler un intérêt fixe ou intercalaire au profit des associés. La stipulation est prohibée quand elle est consentie par la société. S'agissant des sociétés en participation et des sociétés civiles, ces stipulations tombent sous le coup de la prohibition des clauses léonines.

C. Existence de l'*affectio societatis*

333. Notion. L'*affectio societatis* exprime l'intention de tous les associés de travailler ensemble, sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune³. Cette exigence est traditionnelle bien qu'elle ne soit précisée par aucun texte. La notion est pour cette raison incertaine. L'*affectio societatis* peut en outre varier d'une société à l'autre : son intensité est plus grande dans les petites entreprises. L'*affectio societatis* se déduit du comportement des associés. Elle a ainsi de plus en plus un caractère objectif⁴.

La notion est importante pour qualifier les groupements. Lorsque l'*affectio societatis* fait défaut, il n'y a pas société (cas du contrat de prêt, du contrat de travail). La recherche de l'*affectio societatis* est tout particulièrement importante pour déceler l'existence de sociétés dépourvues de personnalité morale faute d'immatriculation (cas des sociétés créées de fait pouvant exister entre concubins⁵). L'existence de l'*affectio societatis* est aussi l'un des critères de distinction de la société et de l'*indivision* (il s'agit d'un groupement de personnes ayant des droits sur la même chose). La loi du 31 décembre 1976, qui autorise l'*indivision* conventionnelle a cependant rapproché les deux institutions⁶.

Section 2

La société est un contrat ayant vocation à donner naissance à une personne morale

334. Originalité du contrat de société. La société est un contrat, mais ce n'est pas un contrat comme les autres. Les associés ont pour but de créer une personne juridique qui va avoir un patrimoine distinct de celui des associés, qui va se développer de manière autonome.

1. Com. 16 nov. 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 171.

2. Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990. 1052, note P. Le Cannu.

3. N. Reboul, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. soc.* 2000. 425.

4. Com. 24 sept. 2003, *Dalloz Affaires* 2004. 1305, note G. Kessler. En l'espèce, un prêteur est qualifié d'associé.

5. Civ. 1^{re}, 12 mai 2004, *Dalloz Affaires* 2004. 1672, *JCP*, éd. E, 2004, chron. 1510, n° 8, obs. Wicker et Deboissy ; Com. 23 juin 2004, *JCP*, éd. E, 2004, chron. 1510, n° 9.

6. C. Saint-Alary-Houin, « Les critères distinctifs de la société et de l'*indivision* depuis les réformes récentes du Code civil », *RTD com.* 1979. 645.

La personnalité morale n'est pas attachée à la conclusion du contrat de société. C'est l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés qui seule est de nature à faire acquérir la personnalité morale. Pour cette raison, certaines sociétés ne disposent pas de la personnalité morale. Ce sont celles qui volontairement ne sont pas immatriculées (les sociétés en participation) et celles qui ne peuvent pas être immatriculées car elles ne remplissent pas les conditions pour l'être.

La personnalité morale présente deux intérêts majeurs. La société peut être partie à une instance. Les créanciers personnels des associés ne peuvent saisir les biens de la société.

Il convient d'examiner comment s'acquiert la personnalité morale (§ 1), quelles sont les conséquences de sa reconnaissance (§ 2), comment elle prend fin (§ 3).

§ 1. ACQUISITION DE LA PERSONNALITÉ MORALE

335. Nature juridique de la personnalité morale. Les discussions sur la nature de la personnalité des sociétés ont suscité une abondante littérature juridique¹. La doctrine a forgé des théories diverses et l'on pourrait s'attendre à ce que les conséquences de la personnalité varient suivant l'idée que l'on se fait de cette notion. L'intérêt pratique de ces théories s'exprime en droit public ; elles conduisent à des positions différentes du législateur devant la création des personnes morales. En droit privé, elles ne diffèrent guère dans les conséquences qu'elles déduisent de la personnalité. C'est pourquoi nous n'envisageons cette question qu'à cette place et de façon très succincte.

Pour les uns, la personnalité des sociétés répondrait à une *réalité* (théorie de la réalité des personnes morales), mais quoi qu'on fasse, cette réalité n'aura pas la même densité que la réalité de la personnalité juridique reconnue aux êtres humains.

Pour les autres, la personnalité des sociétés serait une *fiction*. La personnalité morale ne serait qu'un mécanisme commode qui facilite l'explication de la situation juridique reconnue aux collectivités.

La Cour de cassation paraît avoir consacré la *thèse de la réalité des personnes morales* en énonçant² que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi, qu'elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés ».

La théorie de la personnalité morale est assurément une construction utile. Cependant, *cette construction théorique a aussi ses limites*.

Tout d'abord, elle peut sembler *artificielle*. Des groupements ont la personnalité morale, d'autres en sont privés sans véritable justification.

Ensuite, la personnalité morale peut recouvrir des *réalités différentes*. La personne morale peut être *plus ou moins transparente*. Tous les associés de personnes morales ne sont donc pas dans la même situation.

Enfin, la pratique révèle de nombreux *cas d'utilisations détournées* de la personnalité morale. Tel est le cas lorsqu'il y a *abus* de la personnalité morale³. Une société est alors créée dans l'unique but de frauder la loi ou d'autres créanciers. Des sociétés sont

1. J.-P. Gridel, « La personnalité morale », *RIDC* 1990. 495 ; Ch. Freyria, « La personnalité morale à la dérive », in *Mélanges Breton-Derrida*, p. 121 ; J. Paillusseau, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD com.* 1993. 705, et « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997. 97.

2. Civ. 28 janv. 1954, *D.* 1954. 217, note G. Levasseur, *Rev. sociétés* 2000. 19.

3. N. Fadel Raad, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, LGDJ, 1991.

également *fictives*. Elles n'ont pas d'activité économique réelle ou sont en réalité tenues par une seule personne¹.

Malgré ces critiques, la Cour de cassation adopte des solutions qui tiennent compte de l'existence de la personnalité morale. S'agissant des *cessions de contrôle* par exemple, elle interdit aux cessionnaires déçus de se prévaloir de la théorie des vices cachés, considérant ainsi que la vente porte non sur l'actif social, mais sur des parts ou actions².

La personnalité morale s'acquiert par l'immatriculation de la société (A). Avant l'accomplissement de cette formalité, la société est en formation. Cette période est source de difficultés (B). D'autres incertitudes sont liées au non-respect par les fondateurs des formalités de constitution (C) et aux cas de sociétés sans personnalité morale (D).

A. Accomplissement des formalités de constitution

336. Processus d'immatriculation. L'immatriculation ne peut intervenir qu'une fois les statuts rédigés. Bien souvent, un long délai s'écoule avant que la société ne soit immatriculée ce qui suscite beaucoup de difficultés³.

Afin de faciliter et d'accélérer l'immatriculation, le législateur a créé des *centres de formalités des entreprises* (CFE) tenus par les chambres de commerce et d'industrie. Ce sont ces centres qui accomplissent les différentes formalités et qui informent toutes les administrations intéressées.

Le dossier d'immatriculation doit comprendre les statuts, les actes portant désignation des organes de direction et de contrôle, la déclaration de conformité par laquelle les fondateurs énumèrent les différentes opérations effectuées et affirment qu'elles l'ont été en conformité de la loi et des règlements.

C'est le CFE qui saisit le greffe du tribunal de commerce aux fins d'immatriculation. Le greffier vérifie que toutes les *pièces exigées* sont bien réunies. Il s'assure en outre que les conditions de fond de constitution de la société ont bien été respectées.

Le greffier procède alors à l'immatriculation proprement dite. La société reçoit un numéro d'immatriculation comprenant le numéro de SIREN. Le déclarant reçoit un récépissé, le « K bis » preuve de l'immatriculation.

Pour faciliter la création d'entreprises, la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique autorise le greffe du tribunal ou le CFE à délivrer gratuitement un récépissé de dossier de création d'entreprise à toute personne assujettie à l'immatriculation au registre, dès que celle-ci a déposé un dossier de demande d'immatriculation complet.

D'autres publicités ou formalités sont réalisées :

- insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales, mentionnant les caractéristiques de la société ;
- enregistrement de la société accompagné du paiement des droits d'apports ;
- publicité dans le *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (BODACC) dans les huit jours de l'immatriculation.

1. Com. 28 mars 1995, *JCP*, éd. E, 1995, pan. 669 ; Com. 21 nov. 1995, *JCP*, éd. E, 1996, II, 860, note J.-J. Daigre ; Com. 22 juin 1999, *JCP*, éd. E, 2000, 181, note Ch. Cutajar ; *Dalloz Affaires* 2000, 234, obs. J.-Cl. Hallouin ; *Rev. sociétés* 1999, 824, note A. Constantin ; *Bull. Joly* 1999, 978, note A. Couret. Dans cette décision importante, la Cour de cassation énonce qu'une société fictive est nulle et qu'elle n'est donc pas inexistante. Il en résulte que la théorie des nullités doit s'appliquer. La nullité n'a en principe aucun caractère rétroactif.

2. Com. 12 déc. 1995, *JCP*, éd. E, 1996, II, 798, note Y. Guyon ; v. *infra*, n° 336.

3. M. Germain, « Naissance et mort des sociétés commerciales », in *Études Roblot*, p. 217, et n° 281 et n° 308.

B. Société en formation

337. Notion de société en formation. La période de formation est celle qui court à partir du moment où la volonté de constituer la société ne fait pas de doute et qui se termine lors de l'immatriculation. Cette période est généralement courte mais elle peut se prolonger si les associés sont négligents. Si l'immatriculation tarde trop, le régime de la *société créée de fait* ou de la *société en participation* peut s'appliquer¹. La distinction est importante car les associés d'une société de fait sont tenus des dettes de la société.

La période de formation est source d'un grand nombre de difficultés². En effet, la société n'a pas encore la personnalité morale. Elle ne peut donc pas accomplir d'actes juridiques. N'ayant pas la personnalité morale, elle ne saurait agir en justice³. Pourtant, un certain nombre d'actes doivent être accomplis (contrat de bail, ouverture de compte). Ces actes ne peuvent l'être que par les *fondateurs*. Le législateur a cependant organisé des *procédures de reprise des actes* passés par les *fondateurs* pour le compte de la société en formation.

338. Procédures de reprise des actes passés par les fondateurs. Trois *procédures de reprise* des actes sont organisées. Tout d'abord, un *état* des opérations effectuées pour le compte de la société peut être *annexé aux statuts*. Cette formalité est impérative⁴. La signature des statuts par les associés emporte alors reprise des engagements. Ensuite, les associés peuvent donner *mandat* à certains d'entre eux d'agir pour le compte de la société. Ces mandats doivent être précis⁵. Enfin, l'*assemblée des associés* peut reprendre après l'immatriculation de la société les engagements souscrits pendant la période constitutive. La ratification ne saurait être tacite ou implicite. La Cour de cassation s'en tient à un formalisme rigoureux dans un souci de protection des associés et de la société⁶.

Si la procédure de reprise n'est pas respectée, les personnes qui ont agi au nom de la société en formation avant qu'elle ait acquis la personnalité morale, sont tenues solidairement et indéfiniment des actes ainsi accomplis⁷.

Si la procédure de reprise a été respectée, la société est réputée avoir contracté dès l'origine. La reprise décharge les associés des engagements qu'ils ont contractés à cette occasion⁸.

1. Paris, 13 mai 1997, *JCP* 1998. II. 392, note D. Gibrila ; Com. 4 déc. 2001, *JCP*, éd. E, 2002. 594, note F.-X. Lucas.

2. E. Paillet, « L'activité de la société en formation », *Rev. sociétés* 1980. 419 ; D. Plantamp, « Le point de départ de la période d'observation des sociétés commerciales », *RTD com.* 1994. 1 ; Cl. Champaud, obs. *RTD com.* 1989. 473 et *RTD com.* 1992. 618.

3. Com. 30 nov. 1999, *Rev. sociétés* 2000. 512, note M. Beaubrun ; *JCP*, éd. E, 2000. 369, note H. Croze et S. Cayre ; D. 2000. 627, note Lamazerolles. Il lui est impossible de faire une déclaration de surenchère : Civ. 2^e, 30 mars 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 1866, note Gargon.

4. Com. 13 mars 2001, *BRDA*, 7/01, p. 3.

5. Com. 14 nov. 2006, *JCP*, éd. E, 2007. 1145, obs. J. Monnet. Pas de reprise en l'espèce car ni le mandat donné par les statuts ni les documents annexés auxquels renvoyaient ceux-ci ne déterminaient les engagements qui devaient être pris pour le compte de la société.

6. Com. 26 avr. 2000, *Rev. sociétés* 2000. 724, note L. Godon, *D.* 2000. AJ. 331, obs. M. Boizard ; Com 6 déc 2005, et 23 mai 2006, *D.* 2007 ; Pan. 267, obs. J.-C. Hallouin ; *RTD com.* 2006. 118, obs. Cl. Champaud ; *Bull. Joly* 2006. 517, obs. P. Le Cannu : dans les deux cas, la Cour de cassation refuse une reprise résultant d'un accord de tous les associés.

7. C. Lopez, « La responsabilité solidaire et indéfinie des fondateurs », *JCP*, éd. E, 1998. 408.

8. Com. 13 déc. 2005, *D.* 2007. pan 268, obs. J.-Cl. Hallouin ; *RTD com.* 2006. 118, obs. Cl. Champaud, *Bull. Joly* 2006. 519, obs. P. Le Cannu.

C. Non-respect des formalités de constitution

339. Principes gouvernant la nullité des sociétés. Le régime des nullités propres aux sociétés commerciales est spécifique. Le législateur a en effet eu le souci de *restreindre les cas de nullité* et de *limiter les conséquences* de ces dernières. De même des *facultés de régularisation* sont largement ouvertes. Ainsi, les conséquences fâcheuses d'une annulation, dont l'effet est rétroactif peuvent-elles être évitées.

1° Nullités

340. Causes de nullité. La nullité d'une société ne peut résulter que d'une disposition de la loi de 1966 ou de celles qui régissent les nullités des contrats (C. com., art. L. 235-1).

La nullité peut être demandée pour *l'inobservation des formalités de publicité* mais cette règle ne vaut que pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple. La nullité peut aussi être demandée pour *vice du consentement* d'un des associés. *Le défaut d'apport* auquel est assimilé l'apport fictif, l'absence d'*affectio societatis*, le caractère illicite de l'objet social, sont également des causes de nullité. Il en va de même de la *clause léonine*.

La nullité d'une société peut aussi être demandée sur le fondement de sa *fictivité* faute de pluralité d'associés ou d'*affectio societatis*¹. *La fraude* est également une cause de nullité lorsqu'elle est partagée par tous les associés².

341. Exercice de l'action en nullité. Il existe des nullités que *tout intéressé* peut invoquer. Tel est le cas dans l'hypothèse d'*illicéité de l'objet ou de la cause*. Ni la société ni les associés ne peuvent cependant se prévaloir de la nullité à l'égard des tiers de bonne foi. Cependant, la nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice du consentement est opposable même aux tiers, par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence.

En cas de nullité pour vice du consentement ou incapacité, seule la personne protégée par la loi dispose du droit d'agir.

Le délai pour exercer l'action en nullité est de *trois ans* à compter du jour où la nullité est encourue³.

2° Régularisation

342. Principes. La possibilité de régularisation est très large et toutes les nullités peuvent être couvertes, à l'exception de celles prononcées pour illicéité de l'objet social.

Le législateur favorise les régularisations, qu'elles soient spontanées ou forcées. Il retarde aussi le moment où la nullité peut être prononcée : ainsi l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance. De même, le tribunal peut d'office fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité.

1. Com. 6 juin 1992, *D.* 1993. 508, note L. Collet.

2. Com. 8 janv. 1992, *Bull. Joly* 1992. 419, note P. Le Cannu.

3. Ch. Hannoun, « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1992. 46.

Si le vice n'est pas réparé, des possibilités de régularisation subsistent. En cas de vice du consentement ou d'incapacité d'un associé, toute personne peut mettre l'associé en demeure soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion.

3° Effets de la nullité

343. Effets sur la société. Un principe reçoit des tempéraments.

Lorsque la nullité d'une société est prononcée, elle met fin, *sans rétroactivité*, à l'exécution du contrat. La société est liquidée comme une *société de fait* : la société est considérée comme ayant existé, généralement dans la forme même qu'elle aurait eue si elle n'avait pas été nulle.

Au cas d'annulation pour vice du consentement ou incapacité, la nullité agit rétroactivement en faveur de l'associé intéressé qui obtiendra alors la reprise intégrale de son apport.

344. Responsabilité des fondateurs. La responsabilité civile de ceux qui ont créé une société affectée d'une cause de nullité peut être engagée. Les associés, les actionnaires, les tiers peuvent demander la réparation du préjudice qui leur est imputable. *L'action se prescrit par trois ans* à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée. Les fondateurs et les premiers organes de gestion sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier des formalités de constitution. Cette action se prescrit par dix ans à compter de l'inscription de la société au registre du commerce et des sociétés.

D. Sociétés sans personnalité morale

345. Société en participation. La société en participation régie par les articles 1871 et suivants du Code civil est une société qui est dépourvue de la personnalité morale. *En principe, elle est occulte* mais depuis la loi du 4 janvier 1978, elle *peut être révélée au tiers*¹.

Cette forme de sociétés qui se caractérise par sa simplicité est surtout utilisée pour favoriser la coopération interentreprises ou pour réaliser une affaire discrètement.

La *création et le fonctionnement* de la société sont librement déterminés par les associés qui ne doivent cependant pas déroger aux dispositions impératives du droit commun des sociétés. Tant que la société demeure occulte, tout se passe dans les rapports entre associés comme s'il y avait une société en nom collectif. La société dispose d'un patrimoine². À l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société et contracte en son nom propre.

Lorsque la société est *révélée* aux tiers, ces derniers peuvent, à certaines conditions, mettre directement en cause les participants. Tel est le cas si tous les participants agissent

1. Y. Chartier, « Remarques sur la société en participation », *RTD com.* 1979. 636 ; Fr. Dekeuwer-Défossez, « L'unification des sociétés civiles et commerciales : les sociétés en participation », *RTD com.* 1984. 569 ; J. Vallansan et X. Desormieux, *Société en participation et société de fait*, GLN Joly, 1996.

2. Pour une illustration de cette idée : Civ. 3^e, 10 mars 2004, *Bull. Joly* 2004. 880, note J.-J. Barbiéri ; *JCP*, éd. E, 2004. 1510, n° 7, obs. G. Wicker et F. Deboissy.

en qualité d'associés au vu et au su des tiers ou si un participant s'est immiscé dans la gestion.

346. Société créée de fait. La société créée de fait est la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont *comportées en fait comme des associés*, mais *sans accomplir les formalités constitutives d'une société*¹. C'est principalement entre concubins que de telles sociétés existent. Les deux chambres concernées de la Cour de cassation ont précisé par des arrêts de principe les critères permettant de déceler l'existence d'une société créée de fait². L'existence d'une société créée de fait entre concubins qui exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles qui peuvent en résulter. La simple communauté de vie ne peut constituer une entreprise commune. L'intention de s'associer doit être établie. Cette intention ne peut se déduire de la simple participation financière à la construction de l'habitation commune.

La solution met en avant l'un des dangers du concubinage. Le concubin qui participe financièrement à l'acquisition d'un bien par l'autre ne peut obtenir le partage de l'immeuble.

Les tiers peuvent invoquer la théorie de l'apparence pour faire juger que les concubins doivent être considérés comme des associés³.

§ 2. CONSÉQUENCES DE LA PERSONNALITÉ MORALE

347. Nom. Siège social. Attribuer à une société la personnalité morale, c'est lui conférer des attributs juridiques sinon identiques, du moins comparables à ceux qui caractérisent la personne humaine.

La personnalité morale confère ainsi à la société la possibilité d'agir en justice⁴.

Toute société doit avoir un *nom*. La dénomination est librement choisie. Les associés ont également toute liberté pour changer d'appellation. Le *nom d'un des fondateurs* peut être utilisé comme dénomination sociale, mais dans ce cas, il devient propriété de la société. En conséquence, le titulaire du nom ne peut plus obliger la société à modifier sa dénomination après son départ⁵. Pour la Cour de cassation, en effet, le principe de l'aliénabilité du nom patronymique, qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier au même titre une autre personne physique, ne s'oppose pas à la conclusion d'un

1. Le projet des parties d'immatriculer une société ne fait pas obstacle à ce qu'ait pu naître entre elles une société créée de fait : Com. 4 déc. 2001, *JCP*, éd. E, 2002. 594, note F.-X. Lucas ; S. Vacrata, « La société créée de fait, essai de théorisation », LGDJ, 2003 ; G. Kessler, « Société créée de fait : les leçons du droit comparé », *D.* 2005. chron. 86.

2. Civ. 1^{re}, 12 mai 2004 ; Com. 23 juin 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1510, n° 8 et 9, obs. G. Wicker et F. Deboissy ; *RD com.* 2004. 740, obs. Cl. Champaud et D. Danet.

3. Fr. Dekeuwer-Défossez, « Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait », *D.* 1982, chron. 83 ; sur la distinction de la société en formation et de la société de fait, Com. 17 mai 1989, *Rev. sociétés* 1990. 32, obs. J.-P. Sortais. La souscription d'un engagement de caution par un concubin marque ainsi sa volonté de contribuer aux pertes éventuelles découlant de l'emprunt (Civ. 1^{re}, 11 févr. 1997, *Dalloz Affaires* 1997. 446).

4. Com. 20 juin 2006, *D.* 2007. Pan. 268, obs. J.-Cl. Hallouin ; *JCP*, éd. E, 2007. 1049, obs. Deboissy et Wicker.

5. M. Dagot, « Le nom des personnes morales », *JCP* 1992. I. 3579 ; Th. Bonneau, « Nom patronymique et dénomination sociale », *Dr. sociétés*, oct. 1993, p. 1 ; A. Viandier, « Les conflits entre cédant et cessionnaires relatifs au nom », *RJC* 1995. 1 ; Com. 12 mars 1985 (affaire *Bordas*), *D.* 1985. 471, note J. Ghestin ; *JCP* 1985. II. 20400, note G. Bonet ; *Rev. sociétés* 2000. 32 ; Com. 6 avr. 1993, *Rev. sociétés* 1993. 787, note F. Pollaud-Dulian ; Com. 15 juin 1993, *JCP*, éd. E, 1993. II. 522, note Th. Bonneau ; Com. 12 juin 2007, *D.* 2007. 1796.

accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale du nom commercial. Le patronyme ainsi utilisé se détache alors de la personne physique qui le porte pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue, et devenir ainsi objet de propriété incorporelle. La portée de la règle a cependant été tempérée par deux décisions importantes. Dans l'affaire *Ducasse*, la Cour de cassation a reconnu au titulaire du nom le droit de faire interdiction à la société à laquelle il était associé de déposer son nom à titre de marque¹. Dans une affaire concernant Inès de la Fressange, le tribunal de grande instance de Paris, analysant les clauses du contrat unissant la personne à la société, a considéré que la clause conférant l'usage du nom à la société devait être annulée². Dans la même affaire, la cour d'appel a prononcé la déchéance du droit à la marque cédée dans la mesure où la marque patronymique devenait déceptive, pouvant laisser croire que la personne avait toujours un rôle dans la conception des produits³.

La société a un domicile, son *siège social*. C'est le lieu de son principal établissement. Les statuts doivent le mentionner. En cas de discordance entre le siège social et le siège réel qui est le lieu où sont prises les décisions, les tiers qui doivent assigner la société ont une option. La société doit être *assignée* devant le tribunal de son siège social (C. pr. civ., art. 59). Par application de la théorie dite « des gares principales », la jurisprudence autorise l'assignation devant le tribunal d'une *succursale*, lorsque l'affaire qui donne naissance au litige y a été traitée.

348. Domiciliation. La société peut se faire domicilier dans un bureau que lui loue une société spécialisée dans cette activité. Cette *domiciliation* est organisée par les articles L. 123-10 et L. 123-11 du Code de commerce. La personne morale qui demande son immatriculation lors de la création d'une entreprise est autorisée à en installer le siège dans son local d'habitation ou dans celui de son représentant légal. Si des dispositions législatives ou des stipulations contraires existent, le représentant légal peut installer le siège à son domicile, mais pour une durée ne pouvant ni excéder cinq ans à compter de la création de celle-ci, ni dépasser le terme légal, contractuel ou judiciaire de l'occupation des locaux. Une *domiciliation collective* peut aussi être prévue dans des locaux occupés en commun avec d'autres entreprises

349. Nationalité. La société, personne juridique distincte de ses membres, a une nationalité qui lui est propre⁴. La détermination de cette allégeance politique est indispensable en vue de l'application d'un grand nombre de règles du droit positif. À divers égards, en effet, la condition des étrangers n'est pas la même que celle des Français, (par exemple, en ce qui concerne l'exercice de certaines professions, le droit au renouvellement du bail commercial ou la caution que les étrangers demandeurs à un procès en France doivent fournir).

Pendant longtemps (jusqu'à la Première Guerre mondiale), la jurisprudence a déterminé la nationalité des sociétés par le *siège social* de l'entreprise : une société dont le siège social était en France était considérée comme française.

1. Com. 6 mai 2003, *RTD com.* 2004. 90, obs. J. Azéma ; *D.* 2003. 2228, note G. Loiseau, *Rev. sociétés* 2003. 548, note G. Parléani ; *Bull. Joly* 2003. 928, note P. Le Cannu ; CA Aix en Provence, 25 nov. 2004, *D.* 2005. 845, note D. Poracchia et Cl. Albéric Maetz.

2. TGI Paris, 17 sept. 2004, *JCP*, éd. E, 2005. 181, note F. Pollaud-Dullian.

3. CA Paris, 15 déc. 2004, *Dalloz Affaires* 2005. 773, obs. Ph. Allaëys.

4. Lévy, *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984.

Au cours de la guerre de 1914-1918, ce critère révéla ses dangers. Une société dont le siège social était en France était réputée française, même si sa direction et ses capitaux étaient allemands. Elle ne pouvait donc pas être mise sous séquestre et les Français qui trafiquaient avec elle ne faisaient pas de commerce avec l'ennemi. Progressivement, la jurisprudence substitua à son ancien critère du siège social des distinctions plus souples, tirées du « *contrôle* » de la société. Ce contrôle s'apprécie notamment d'après la nationalité des dirigeants et celle des associés.

Ce *critère du contrôle* est le témoignage d'un mouvement général qui, sans revenir sur le principe que la société possède une personnalité juridique distincte de celle de ses membres, démasque la réalité et n'oublie pas qu'il y a des hommes derrière le paravent de la société.

En dehors de quelques lois spéciales qui ont consacré le système de contrôle pour déterminer la nationalité de certaines sociétés, la tendance la plus récente de la Cour suprême est de se référer à nouveau au *critère du siège social*¹.

350. Capacité des sociétés. La société a la pleine *capacité de jouissance* sauf exceptions. Les sociétés sont soumises à la règle de la *spécialité légale*. Elles doivent être constituées en vue de partager des bénéfices ou de réaliser des économies. Des activités sont réservées aux sociétés constituées sous certaines formes.

Les *statuts* peuvent aussi limiter la capacité de la société. Cependant, les statuts sont généralement rédigés de manière très générale. En outre, dans les SARL et les SA les représentants légaux engagent la société même lorsqu'ils agissent en dehors de l'objet social.

Si la société est constituée pour *frauder* la loi ou des créanciers, il y a *abus* et les tribunaux peuvent alors rétablir la réalité.

La société n'a pas la *capacité d'exercice*. Elle doit être représentée. Les organes de représentation (gérants, président du conseil d'administration) ont seuls qualité pour agir au nom de la société. Des règles ont pour but de *protéger les tiers* qui contractent avec la société :

- toute désignation d'un représentant légal est réputée régulière dès lors qu'elle fait l'objet d'une mesure de publicité ;
- dans toutes les sociétés, les limitations statutaires du pouvoir des représentants sont inopposables aux tiers. Dans les SARL et les sociétés par actions, le représentant légal engage la société même s'il agit en dehors de l'objet social ;
- sauf collusion frauduleuse, les obligations contractées par le représentant incombent à la société.

351. Patrimoine. La société a un patrimoine propre, distinct des patrimoines personnels de ses membres : c'est le *patrimoine social*. Comme vient de l'énoncer la Cour de cassation, « le patrimoine est indissociablement lié à la personne »². Il s'en déduit que le patrimoine ne peut exister sans le support d'une personne physique ou morale et que la personne ne peut exister sans patrimoine.

Cette distinction des patrimoines s'exprime d'abord dans une règle fondamentale : *les créanciers sociaux ont une action sur le patrimoine social* qui constitue leur gage au sens

1. Com. 8 févr. 1972, *Bull. civ.* IV, p. 61.

2. Com. 12 juill. 2004, *D.* 2004. 216 ; *JCP*, éd. E, 2005. 131, n° 8, obs. G. Wicker et F. Deboissy.

de l'article 2092 du Code civil, non, en principe, sur les patrimoines personnels des associés.

Elle s'exprime aussi dans cette règle que la compensation ne se produit pas entre les obligations actives ou passives de la société et celles des associés : si la société doit 1 000 euros à un créancier PIERRE et que PIERRE doit lui-même 1 000 euros à l'un des associés, la compensation n'est pas possible parce que ce ne sont pas les mêmes personnes qui sont respectivement créancière et débitrice l'une de l'autre.

Enfin, il résulte du principe que la société a un patrimoine propre que le *droit d'associé* (part ou action) n'est pas un droit de copropriété, mais bien un *droit de créance* contre la société, seule propriétaire du fonds social. C'est pourquoi aussi cette créance, exprimée par une part sociale ou une action, est d'une *nature mobilière*, même si la société possède des immeubles (C. civ., art. 529) ; en effet ces immeubles font partie du patrimoine de la société et les associés n'ont pas de droit réel sur eux.

352. Responsabilité des sociétés. Les sociétés peuvent engager leur *responsabilité civile*. La faute du représentant est alors assimilée à la faute de la société. *Le dirigeant peut cependant être responsable personnellement* envers les tiers s'il a outrepassé les limites de sa mission. Il commet alors une *faute personnelle, détachable* de l'exercice de son mandat.

Traditionnellement, existait le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales. À l'occasion de la réforme du Code pénal, *le principe de la responsabilité pénale des personnes morales a été retenu*¹.

La réforme répond à deux impératifs.

Il s'agit en premier lieu de mettre fin à l'immunité des personnes morales qui sont pourtant souvent à l'origine d'infractions graves. La responsabilité des personnes morales va ainsi pouvoir être retenue en droit du travail, en droit de la concurrence, en droit de l'environnement, en droit des sociétés.

En second lieu, le législateur a souhaité limiter la responsabilité des dirigeants qui étaient jusqu'alors présumés responsables d'infractions, certes commises dans leurs entreprises, mais dont ils ignoraient le plus souvent l'existence.

L'évolution a été celle d'une généralisation de la responsabilité pénale. La loi Perben II en date du 9 mars 2004 a abandonné la règle de spécialité. Il en résulte que le principe est d'application générale et qu'il n'est pas nécessaire qu'un texte précis prévoit cette responsabilité². La jurisprudence favorise également la recherche de la responsabilité de la personne morale.

C'est l'article 121-2 du Code pénal qui énonce le principe et précise les conditions de mise en jeu de la responsabilité pénale. Toutes les personnes morales sont concernées à l'exception de l'état et en règle générale des collectivités locales.

Il faut que les infractions aient été commises pour le compte des personnes morales par leurs organes ou représentants. La jurisprudence retient une conception extensive de ces derniers. Outre les dirigeants et les membres des conseils des sociétés, elle considère que le représentant peut être une personne investie d'une délégation de pouvoirs³ ou un dirigeant de fait.

1. H. Matsopoulou, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés* 2/2004, p. 283.

2. Solution précisée par une circulaire du 13 février 2006.

3. Crim. 9 nov. et 14 déc. 1999, *Bull. Joly* 2000, § 85, obs. J.-J. Barbiéri.

La faute pénale de l'organe ou du représentant suffit à engager la responsabilité pénale de la personne morale sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices¹.

Des sanctions spécifiques ont été prévues : l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci, l'amende, la confiscation, l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser une carte de paiement, l'interdiction de faire appel public à l'épargne, le placement sous surveillance judiciaire, l'interdiction d'activité, la fermeture définitive ou temporaire d'établissement.

La sanction la plus lourde est la dissolution de la personne morale.

Un casier judiciaire national des personnes morales a été institué. Comme le casier judiciaire des personnes physiques, il permet l'application des règles relatives à la récidive et au sursis. Il permet aussi d'assurer l'effectivité des sanctions pénales prononcées à l'encontre des personnes morales.

§ 3. FIN DE LA PERSONNALITÉ MORALE

353. La personnalité morale prend fin uniquement lorsque la société est dissoute et liquidée. Elle subsiste en effet dans les hypothèses de transformation régulières (C. civ., art. 1844-3). La dissolution peut intervenir pour différents motifs (A). Elle entraîne la liquidation de la société (B). Cependant, la personnalité morale de la société subsiste jusqu'à la publication de la clôture de la liquidation (C).

A. Causes de dissolution

354. Réalisation ou disparition de l'objet social. Les causes de dissolution sont énoncées par l'article 1844-7 du Code civil qui envisage huit cas. La société prend ainsi fin par l'annulation du contrat, par l'effet du jugement ordonnant la liquidation judiciaire ou la cession totale des actifs, par toute cause prévue par les statuts. Elle prend aussi fin par la réalisation ou l'extinction de son objet. La société s'achève par exemple par la construction du groupe d'immeubles pour l'édification desquels elle avait été constituée ou par l'achèvement du canal pour le percement duquel elle avait été formée. Pourtant, dans la pratique, ces causes de dissolution jouent rarement ; il est peu fréquent que les associés définissent l'objet social de façon limitée.

355. Arrivée du terme convenu. L'expiration du temps pour lequel la société avait été contractée entraîne la dissolution de celle-ci. Les sociétés comportent fréquemment un terme, variable selon le type de société.

La prorogation peut d'ailleurs être décidée.

Dans un tel cas, la poursuite de l'activité commune et la persistance de l'*affectio societatis* caractérisent l'existence d'une société devenue de fait².

1. Crim. 9 déc. 1997, *D.* 1998. 297, note B. Bouloc ; Crim. 2 déc. 1997, *JCP*, éd. E, 1998. 948, note Ph. Salvage ; Crim. 1^{er} déc. 1998, *Bull. Joly* 1999. 545, note Barbiéri.

2. Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, *JCP*, éd. E, 2006. 2035, obs. J. J. C., F. D. et G.W. ; *D.* 2006. 233, obs. A. L. ; *Bull. Joly* 2006. 565, obs. P. Le Cannu.

356. Dissolution conventionnelle anticipée. La société peut prendre fin, énonce l'article 1844-7, 4°, par une dissolution anticipée par les associés.

Les conditions exigées par la loi ou les statuts pour les modifications statutaires doivent être respectées.

La dissolution ne doit pas être inspirée par une intention frauduleuse ou par l'intention de nuire à la minorité.

357. Dissolution judiciaire pour justes motifs. Selon l'article 1844-7, 5°, nouveau, du Code civil, la dissolution des sociétés à durée limitée ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y a de justes motifs et il indique comme justes motifs le fait qu'un *associé a manqué à ses engagements* ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'appréciation des juges. Une cause fréquente de dissolution judiciaire par application de ce texte est la *mésintelligence entre associés* et, dans les grandes sociétés, entre groupes d'associés¹. Au cas par cas, les juges recherchent si la paralysie affectant la société fait craindre pour celle-ci une menace de ruine².

L'article 1844-7-5° n'est qu'une application de l'article 1184 du Code civil, qui prévoit la résolution judiciaire des contrats synallagmatiques pour inexécution par l'une des parties de ses engagements. À la différence de la situation précédente, c'est ici la décision judiciaire qui prononce la dissolution.

Le texte étant d'ordre public, aucune convention ne peut mettre obstacle au pouvoir des tribunaux de prononcer la dissolution.

Une solution pour résoudre les conflits entre associés consisterait à autoriser *l'exclusion d'un associé*. Mais la Cour de cassation est hostile à cette solution³. Les tribunaux s'efforcent *cependant* de limiter les cas de dissolution. Il peut ainsi être tenu compte d'une offre sérieuse de rachat de ses parts adressée au mécontent⁴.

358. La réunion des parts en une seule main. En principe, la société est constituée d'au moins deux associés. La règle reçoit cependant des tempéraments de plus en plus nombreux.

D'une part, notre droit consacre l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et la société anonyme simplifiée unipersonnelle (SASU). Une SARL se mue en EURL si toutes les parts sociales se trouvent réunies entre les mains d'un associé unique.

D'autre part, l'article 1844-5 du Code civil énonce que « la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société ». La dissolution de la société peut simplement être demandée par tout intéressé si la régularisation n'est pas intervenue dans le délai d'un an. Alors même que la dissolution est demandée, des possibilités de régularisation subsistent.

Cette « dissolution-confusion » produit un effet particulier puisqu'elle ne conduit pas à sa liquidation mais entraîne *la transmission universelle du patrimoine de la société à*

1. Com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996. 498, note J.-J. Daigre.

2. Civ. 3^e, 8 juill. 1998, *JCP*, éd. E, 1999. 29, note A. Viandier.

3. Com. 12 mars 1996, *JCP*, éd. E, 1996. II. 831, note Y. Paclot ; J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bull. Joly* 1996. 576.

4. Civ. 1^{re}, 18 mai 1994, *Bull. Joly* 1994. 841, obs. C. Prieto.

*l'associé unique sans qu'il y ait lieu à liquidation*¹. La règle ne s'applique pas lorsque l'associé unique est une personne physique.

Cette règle conduit à rapprocher la dissolution d'autres mécanismes assurant cette transmission universelle, principalement la fusion de sociétés. La « dissolution-confusion » pourrait ainsi supplanter la fusion et s'imposer comme un mode majeur de transmission d'entreprises².

B. Liquidation de la société

359. Organisation de la liquidation. La société est dissoute par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ou la cession totale des actifs de la société (art. 1844-7, mod. L. 5 janv. 1988).

- **Le liquidateur** est désigné conformément aux prévisions des statuts. Sa nomination donne lieu à publicité. Si les statuts sont muets, le ou les liquidateurs sont désignés par les associés ; à l'unanimité dans les sociétés en nom collectif ; à l'unanimité des commandités et à la majorité des commanditaires dans les sociétés en commandite ; à la majorité des associés dans les SARL et dans les sociétés anonymes. Si l'unanimité ou la majorité requise n'est pas atteinte, la nomination sera faite par le président du tribunal de commerce.

La liquidation doit normalement s'achever dans les trois ans. Si elle ne l'est pas, il y a lieu de renouveler les fonctions du ou des liquidateurs.

Le liquidateur est révocable dans les conditions prévues par les statuts ou dans des conditions parallèles à celles de sa nomination. De toute façon, un associé peut demander en justice la révocation d'un liquidateur, le tribunal appréciant les griefs invoqués contre lui.

- **La liquidation** comporte le paiement des dettes sociales, le remboursement des apports aux associés et le partage du boni. À cette fin, les liquidateurs statutaires ont les pouvoirs que leur donnent les statuts, sauf à les corriger sur deux points où la loi édicte des règles d'ordre public : en matière de baux et de cessions d'actif, opérations particulièrement importantes et que la loi entend à la fois favoriser et contrôler.

Si les liquidateurs ne sont pas statutaires, la loi demande que les associés soient convoqués dans les six mois et que les liquidateurs leur fassent un rapport et sollicitent les autorisations nécessaires.

Les liquidateurs représentent la société en dissolution et ont les pouvoirs les plus étendus pour réaliser l'actif, même à l'amiable, mais une cession en bloc de l'actif n'est pas possible sans autorisation des associés, statuant à l'unanimité ou à la majorité suivant le type de société. Ce délai peut être porté à douze mois.

La liquidation sera clôturée, soit quand il n'y a plus de biens sociaux parce qu'ils ont servi à payer les dettes ou à rembourser les apports et que le boni a été partagé, soit quand le liquidateur aura rendu ses comptes et que les associés auront reconnu la liquidation achevée.

1. O. Barret, « À propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », *Prospectives du droit économique, Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 109.

2. A. Pietrancosta et Ch. Gerschel, « La « dissolution-confusion » en passe de supplanter la fusion », *Droit et patrimoine* juin 2002, p. 32.

360. Pouvoirs et responsabilité du liquidateur. Le liquidateur est investi des pouvoirs les plus étendus pour réaliser l'actif et les restrictions à ses pouvoirs ne sont pas opposables aux tiers ; il est habilité à payer les créanciers et à répartir le solde disponible. Mais la société doit être liquidée, ce qui explique que le liquidateur ne doive normalement pas entreprendre de nouvelles opérations ; il ne peut même continuer les affaires en cours qu'avec l'autorisation des associés ou du juge suivant la manière dont il a été nommé.

Par contre, il ne peut pas céder tout ou partie de l'actif de la société à une personne ayant eu un poste de direction ou de contrôle dans la société sans l'autorisation du tribunal de commerce et même toute cession à lui-même ou à l'un de ses proches ou employés est interdite.

À l'égard des associés comme des tiers, le liquidateur est responsable de ses fautes.

C. Survie de la personnalité morale pour les besoins de sa liquidation

361. Opérations de liquidation. Le liquidateur doit s'attacher à trois séries d'opérations.

• *Le recouvrement et la réalisation des éléments d'actif*

Il doit assurer le recouvrement des créances sociales contre les tiers et aussi contre les associés qui seraient encore débiteurs de leurs apports.

• *Le règlement du passif*

Le liquidateur paie les créanciers sociaux au fur et à mesure qu'ils se présentent, à moins qu'il ne soit amené à déposer le bilan de la société ou que la liquidation ou le redressement judiciaire ne soit prononcés. Afin de régler le passif, le liquidateur peut être conduit à réaliser l'actif par des ventes.

Si le passif ne peut être entièrement réglé sur l'actif social, les créanciers sociaux vont pouvoir poursuivre personnellement les associés. Mais la loi n'a pas voulu que les associés non liquidateurs restent exposés trop longtemps à ses poursuites. Les actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent par cinq ans après la publication de la dissolution de la société par mention au registre du commerce.

Il faut noter que cette prescription ne s'applique que si la société est entrée en dissolution alors qu'elle était solvable ; la liquidation des biens de la société (ou son redressement judiciaire) n'opère pas elle-même dissolution et par conséquent ne fait pas courir le délai de cinq ans. D'autre part, cette prescription ne s'applique qu'aux actions des créanciers sociaux contre les associés non liquidateurs et leurs ayants cause. Si le liquidateur est un associé, il pourra invoquer la prescription de trois ans, en tant que liquidateur, et celle de cinq ans dans la mesure où il est poursuivi en tant qu'ex-associé pour le paiement des dettes sociales.

• *L'établissement des comptes entre les associés*

C'est la dernière opération qui précède le partage. On établit pour chacun des associés un compte global qui présentera un solde créditeur, ou débiteur.

362. Le partage. Aux termes de l'article 1872 du Code civil, « les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés ». Ce texte ne peut pas être pris à la lettre. On ne saurait appliquer au partage des sociétés les règles qui, dans le partage des

successions, s'expliquent par les rapports de famille entre les cohéritiers et la situation particulière des héritiers saisis (C. civ., art. 792, sur le recel et les divertissements ; C. civ., art. 841, sur le retrait successoral ; C. civ., art. 856, sur les intérêts des sommes sujettes à rapport). D'autre part, la disposition légale est sans application pratique dans la plupart des cas, car, le plus souvent, le liquidateur a réalisé l'actif social et il y a lieu à une simple répartition des deniers.

Si l'actif est suffisant, on commence par rembourser à chaque associé la valeur de son apport. L'excédent actif (boni de liquidation) qui représente des accroissements de valeurs ou bénéfices accumulés est partagé entre les associés suivant les règles du pacte social. S'il n'y a pas de précisions, il l'est proportionnellement aux apports.

Si la société a subi des pertes, la répartition doit s'en faire suivant les règles du pacte social ou, à défaut, proportionnellement aux apports.

À la clôture de la liquidation, les associés sont convoqués pour statuer sur le compte définitif de liquidation (art. 397). À défaut, il sera statué par le tribunal de commerce (C. com., art. L. 237-10, et Décr. 1967, art. 269).

L'avis de clôture sera lui-même publié et la société sera radiée du registre du commerce.

363. Maintien de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation. La survie de la personnalité morale dure jusqu'à la clôture de la liquidation (C. civ., art. 1844-6 ; C. com., art. L. 237-2). En énonçant ce principe, le législateur a voulu faciliter la réalisation des biens composant le patrimoine social. La société en liquidation peut donc continuer les contrats en cours. Pendant les opérations de liquidation, les créanciers peuvent encore s'adresser à la société pour réclamer leur dû. Une fois la liquidation terminée, ils ont une action directe contre les associés. Cependant, si après la publication de la liquidation, un créancier oublié fait valoir ses droits, la personnalité morale subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés¹.

Section 3

Classification des sociétés

364. Critères de choix d'une forme sociale. Le grand nombre de structures offertes aux professionnels désirant exercer en société impose des distinctions et classifications. Ces dernières commandent souvent le choix d'une structure. Celui-ci s'est pendant longtemps opéré à partir de *critères fiscaux et sociaux*. Était choisie la structure qui conférerait à ses dirigeants le meilleur statut fiscal et social. Pour cette raison, un très grand nombre de sociétés anonymes ont été constituées alors que cette structure devrait être réservée aux grandes entreprises. Aujourd'hui, *la neutralité fiscale et sociale* de notre droit est en passe d'être réalisée. Le choix d'une structure peut donc s'opérer à partir de critères strictement sociétaires. Plusieurs distinctions sont fondamentales. La première d'entre elles opposant les sociétés ayant la personnalité morale et celles en étant dépourvues a déjà été examinée (v. *supra*, n° 291).

Il convient de présenter la distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales (§ 1), entre sociétés à risque limité et sociétés à risque illimité (§ 2), entre sociétés de

1. Com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996. 496, note Daigre ; Com. 26 oct. 1999, *RJ com.* 2000. 130, obs. L. Convert.

personnes et sociétés de capitaux (§ 3), entre sociétés par intérêts et sociétés par actions (§ 4), entre sociétés faisant ou non appel public à l'épargne (§ 5) entre sociétés de droit commun et sociétés à statut spécial (§ 6).

§ 1. DISTINCTION ENTRE SOCIÉTÉS CIVILES ET SOCIÉTÉS COMMERCIALES

365. Critère de distinction. La distinction entre *sociétés civiles* et *sociétés commerciales* est traditionnelle. C'est l'*objet*, c'est-à-dire l'activité, qui oppose ces deux sociétés. Les sociétés civiles sont régies par les articles 1845 à 1870 du Code civil, mais il existe de nombreux régimes spéciaux.

Le capital social de cette société est divisé en parts égales. Aucun montant n'est imposé.

La société est gérée par une ou plusieurs personnes, associées ou non, nommées soit par les statuts, soit par acte distinct, soit par décision des associés. Le gérant est nommé par une décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales.

Dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société. Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'intérêt social. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers.

Chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion.

Sauf disposition contraire des statuts, le gérant est révocable par une décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages et intérêts. Le gérant est également révocable par les tribunaux pour cause légitime, à la demande de tout associé.

Les gérants sont tenus d'obligations d'informations envers les associés.

Ces sociétés sont fortement marquées par l'*intuitu personae*. Les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont ainsi prises selon les dispositions statutaires, ou en l'absence de toutes dispositions, à l'unanimité des associés.

La réglementation des cessions de parts illustre également ce caractère des sociétés. Ainsi, les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés. Les statuts peuvent toutefois convenir que cet agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent, ou qu'il peut être accordé par les gérants. Ils peuvent aussi dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux. Sauf dispositions contraires des statuts, ne sont pas soumises à agrément les cessions consenties à des ascendants ou descendants du cédant.

Sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société dans les conditions prévues par les statuts ou à défaut après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Le retrait peut également être autorisé pour justes motifs par décision de justice.

La *responsabilité des associés est illimitée*. Comme l'énonce l'article 1857 du Code civil, « à l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date d'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements ». Cependant, les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale (C. civ., art. 1858). Beaucoup de sociétés

civiles sont des sociétés civiles immobilières ou des sociétés permettant l'exercice d'activités libérales.

La société civile constitue un modèle qui a été adapté pour les autres formes sociales.

366. Atténuation de la distinction. La distinction entre sociétés civiles et commerciales est loin d'être absolue.

La loi du 4 janvier 1978 a beaucoup rapproché le régime juridique des différentes sociétés. Les articles 1832 et suivants du Code civil constituent un ensemble de règles applicables à toutes les sociétés.

La création de sociétés d'exercice libéral par la loi du 31 décembre 1990 montre qu'il n'est plus possible d'opposer aujourd'hui l'activité civile de l'activité commerciale.

D'une part, la distinction est parfois artificielle dans la mesure où des sociétés sont commerciales quel que soit leur objet. Le régime d'une société commerciale à objet civil est ainsi nécessairement hybride¹.

D'autre part, sociétés civiles et sociétés commerciales sont aujourd'hui soumises à un grand nombre de règles communes. Elles sont soumises au droit des procédures collectives, le droit commun des sociétés leur est applicable. Il existe aussi un rapprochement de la situation des associés de ces deux catégories de sociétés.

367. Combinaison de la la société civile et de la société commerciale. Dans la pratique, très souvent, sociétés civiles et sociétés commerciales se trouvent mêlées. La SCI est la technique favorite de détention et de gestion de l'actif immobilier de la société commerciale. La société civile peut aussi être la holding ayant pour objet l'administration de titres de la société². La SCI va également souvent se porter caution pour garantir les engagements de la société commerciale. Dans un tel cas, le cautionnement n'est toutefois valable que s'il est conforme, soit à l'objet social, soit à l'intérêt social de la société. Il peut aussi avoir été consenti à l'unanimité des associés. La société civile doit ainsi trouver son intérêt à consentir la garantie. tel n'est pas le cas si le risque pris est excessif par rapport à l'avantage qu'elle peut en retirer. Pour la chambre commerciale, il convient même de toujours vérifier la conformité avec l'intérêt social³.

§ 2. DISTINCTION ENTRE LES SOCIÉTÉS À RISQUE LIMITÉ ET LES SOCIÉTÉS À RISQUE ILLIMITÉ

368. Critère de distinction. Cette distinction est l'une des plus importantes juridiquement et économiquement. Elle conditionne largement le choix de la structure par le professionnel souhaitant créer sa société.

Une société est à risque limité lorsque le *risque de perte pour l'associé est limité au montant de son apport*. Les sociétés à risque limité sont les plus nombreuses : la SARL, l'EURL, la SA et toutes les sociétés par actions sont de ce type. Les sociétés à risques illimités sont la SNC, la société en commandite simple, la société civile et les sociétés non immatriculées.

1. W. Jeandidier, « L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et à forme commerciale », *D.* 1989. chron. 7.

2. Com. 7 oct 2008, *JCP*, éd. E, 2008. 2545, n° 6, obs. F. Deboissy.

3. Com. 15 avr. 2008 ; Com. 3 juin 2008, *JCP*, éd. E, 2008. 2545, obs. F. Deboissy et G. Wicker. Par exemple, la garantie d'un engagement personnel d'un associé n'est pas nécessairement conforme à l'intérêt social.

Le risque limité est de nature à encourager l'initiative et l'investissement. L'associé peut aussi accepter de se désintéresser de la gestion et accepter de confier la direction à une personne compétente. C'est également dans les sociétés à risque limité que la vente des titres peut s'opérer librement car la considération de la personne importe alors peu.

Les sociétés à risque limité ne protègent guère les tiers, d'autant plus que le capital social des sociétés françaises est souvent d'un montant faible. En faisant souscrire des cautionnements par les dirigeants, les créanciers de la société pallient, cependant cet inconvénient.

§ 3. DISTINCTION DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET DES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

369. Critère de distinction. Dans les sociétés de personnes, à la différence des sociétés de capitaux, la *considération de la personne de l'associé est essentielle*. Dans les sociétés de capitaux, les associés sont avant tout des investisseurs. La société en nom collectif est le type même de société de personnes. La société anonyme faisant publiquement appel à l'épargne est le type même de société de capitaux. Les autres sociétés peuvent recevoir l'une ou l'autre qualification. Il faut en effet tenir compte des clauses d'agrément conférant à la société un caractère plus ou moins fermé. Depuis la réforme opérée, la SARL est de plus en plus une société de capitaux.

§ 4. DISTINCTION DES SOCIÉTÉS PAR INTÉRÊTS ET DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

370. Critère. Cette distinction oppose les sociétés dont les *titres sont librement négociables* et celles dont la cession des droits sociaux est soumise à l'accomplissement d'une formalité. Seules les sociétés anonymes, les SAS et les sociétés en commandite par actions peuvent émettre des actions librement négociables et sont donc des sociétés par actions.

§ 5. SOCIÉTÉS CÔTÉES ET NON CÔTÉES

371. Une distinction prépondérante. Cette distinction n'est pas systématisée dans la loi de 1966 mais elle tend à devenir prépondérante. Un petit nombre de sociétés sont cotées. Avant la réforme en date du 22 janvier 2009 Les textes se référaient aux sociétés faisant appel public à l'épargne. La terminologie a changé. Il faut utiliser le terme de sociétés dont les titres sont cotées sur un marché réglementé. Il s'agit des sociétés par actions et des sociétés civiles de placement immobilier. Les SAS ne sont pas habilités à faire appel public à l'épargne.

Ces sociétés sont bien évidemment les plus importantes. Elles sont cotées en bourse. L'actionnariat est nombreux et très diversifié. Les actionnaires ne cherchent nullement à participer à la vie sociale. Seule la rentabilité de leur placement les intéresse véritablement. Les dirigeants de leur côté contrôlent rarement le capital.

Dans ces sociétés, la législation est directement inspirée par la volonté de protéger les investisseurs. Beaucoup de dispositions concernent ainsi les valeurs mobilières émises. Une autre particularité de ces sociétés est leur *caractère ouvert*. Il n'est pas possible de soumettre une quelconque cession des actions à une clause d'agrément.

Des institutions spécialisées comme l'Autorité des marchés financiers (AMF) ont un rôle important dans la fixation des règles applicables et le contrôle de ces sociétés.

Les textes récents, en dernier lieu les ordonnances du 5 et 22 janvier relatives aux titres financier et à l'appel public à l'épargne renforcent encore la spécificité de cette variété de sociétés. L'impératif de transparence, le respect des règles de la *corporate governance* sont alors, prédominants.

§ 6. SOCIÉTÉS À STATUT SPÉCIAL

372. Sociétés à capital variable. Toutes les sociétés (à l'exception des sociétés anonymes autres que les coopératives et les SICAV) peuvent être constituées avec *capital variable*. La société est alors soumise à des dispositions particulières qui s'ajoutent aux règles propres à chaque forme sociale. Le capital social pourra être, à tout instant, soit augmenté par suite d'adhésions nouvelles ou de nouveaux versements effectués par les associés, soit réduit par suite du retrait total ou partiel que les associés feront de leurs apports et cela sans qu'il soit nécessaire de remplir les conditions habituelles d'augmentation et de réduction du capital.

La société à capital variable est soumise à des règles de publicité particulières. Les sociétés à capital variable les plus importantes sont aujourd'hui les *sociétés d'investissement* à capital variable (SICAV). Ce sont des modes de gestion collective de l'épargne créées par une loi du 3 janvier 1979.

Ces sociétés doivent être distinguées des *fonds communs de placement* et des fonds communs de créances qui sont des *copropriétés*¹.

Le fonds commun de créances créé par une loi du 4 janvier 1993, est une copropriété qui a pour objet exclusif d'acquérir des créances détenues par des établissements de crédit, la CDC ou les entreprises d'assurances et d'émettre des parts représentatives de ces créances.

373. Sociétés coopératives. Les sociétés coopératives sont soumises à des règles dérogatoires énoncées par une loi du 10 septembre 1947 et par des lois particulières à chaque catégorie de société coopérative.

Les dérogations au droit commun des sociétés (par ex. la règle selon laquelle chaque associé ne peut avoir qu'une voix dans les délibérations) sont liées à l'esprit démocratique et anticapitaliste qui doit inspirer les coopératives.

374. Sociétés d'exercice libéral. Les sociétés d'exercice libéral sont une création d'une loi du 31 décembre 1990². Le texte permet de recourir à des sociétés commerciales pour l'exercice de professions libérales. L'intérêt est de favoriser le regroupement de capitaux, la constitution de réseaux et l'amélioration du statut fiscal et social des professionnels concernés. Depuis la loi du 23 juin 1999, *la société d'exercice libéral peut être unipersonnelle*.

Seules cinq formes de sociétés peuvent être choisies : la société à responsabilité limitée (SELARL), la société anonyme (SELAFA), la société par actions simplifiée, la société en commandite par actions, la société en participation.

1. Le fonds commun de placement créé par une loi du 23 décembre 1988 est une copropriété de valeurs mobilières.

2. J.-J. Daigre et D. Lepeltier, *Sociétés d'exercice libéral*, GLN Joly, 1993.

Les sociétés d'exercice libéral ont la *particularité* d'avoir un *objet civil alors que leur forme est commerciale*. C'est en se référant à cet objet civil que la jurisprudence dominante refuse de tirer les conséquences de la commercialité conférée à ces sociétés ¹.

Des décrets ont précisé les modalités d'application de la loi à chaque type de profession libérale. Les règles dérogatoires énoncées ont pour but de préserver les règles déontologiques propres à ces professions.

La SEL doit ainsi être agréée par une autorité professionnelle ou inscrite sur un tableau d'un ordre professionnel. La SEL ne peut accomplir les actes d'une profession déterminée que par l'intermédiaire de ses membres ayant qualité pour exercer cette profession.

Des règles assurent le respect de l'*intuitu personae* très fort dans ces sociétés. Les professionnels en service au sein de la société doivent ainsi détenir ensemble plus de la moitié du capital et des droits de vote. Par rapport au droit commun, les règles relatives à l'*agrément* des nouveaux associés sont renforcées.

La loi instaure un régime de responsabilité qui combine une responsabilité sociale limitée et une responsabilité professionnelle étendue.

Les tribunaux civils sont compétents pour connaître des actions nées de l'activité des SEL. Ils sont compétents pour connaître des procédures collectives ².

1. V. pour un refus d'inscription d'une société d'avocats sur une liste d'élection à la chambre de commerce et d'industrie, Civ. 2^e, 10 nov. 1998 ; *Dalloz Affaires* 2000. 238, obs. J.-Cl. Hallouin.

2. Civ. 2^e, 6 mai 1997, *JCP*, éd. E, 1998. I. 213, note J.-J. Daigre.

La vie des sociétés commerciales

375. Principes. Derrière la société, structure juridique, il y a une *entreprise* qui regroupe des personnes ayant des intérêts différents tels les apporteurs de capitaux, les dirigeants, les salariés. Il n'est pas facile de faire coexister ces différentes personnes. Pour cette raison, *le juge, protecteur de l'intérêt social, a un rôle essentiel*, tout particulièrement lorsque la société est en crise. Il existe ainsi un droit commun des sociétés, légal et jurisprudentiel. Ces principes s'appliquent quel que soit le type de société choisi. La loi et le juge fixent les règles gouvernant l'organisation interne de la société (Section 1) et son développement (Section 2). Les pactes d'actionnaires peuvent avoir la même fonction (Section 3).

Section 1

Organisation interne de la société

376. La société rassemble une communauté d'intérêts. La loi énonce des principes qui permettent de les concilier et donc d'assurer un fonctionnement normal de la société (§ 1). Des dysfonctionnements ou des mésententes entre associés peuvent cependant se révéler. La loi, mais aussi la jurisprudence doivent offrir des mécanismes permettant à la société de surmonter sa crise (§ 2).

§ 1. LE FONCTIONNEMENT NORMAL DE LA SOCIÉTÉ

377. En tant que technique d'organisation de l'entreprise, la société regroupe des dirigeants (A), des associés (B), et des salariés (C). Des procédures de contrôle doivent aussi être mises en place (D).

A. Dirigeants

378. Pouvoirs des dirigeants. Quelle que soit la forme sociale, les dirigeants sont choisis par les associés. La qualité de dirigeant confère un certain nombre de prérogatives¹.

1. D. Giribila, *Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal*, Litec, 1995 ; C. Malecki, « Les dirigeants de filiales », *Rev. soc.* 2000. 453.

Vis-à-vis des associés, les pouvoirs des dirigeants reçoivent plusieurs limites. Les dirigeants doivent impérativement respecter les pouvoirs reconnus par la loi à d'autres organes tels l'assemblée des actionnaires ou le conseil d'administration. La règle est connue sous le nom de la *théorie des pouvoirs propres*¹. Les dirigeants doivent en second lieu respecter les limites statutaires. Certains actes graves peuvent être interdits par les statuts aux dirigeants ou être soumis à autorisation.

La jurisprudence impose également aux dirigeants un *devoir de loyauté* envers la société et les associés². Ce devoir comporte une obligation d'information loyale du dirigeant vis-à-vis des associés³. Le dirigeant ne saurait non plus utiliser sa position d'ancien dirigeant d'une société pour lui faire concurrence dans une autre société⁴.

À l'égard des tiers, les pouvoirs des dirigeants sont encore plus importants. Le législateur a en effet voulu protéger ceux qui contractent avec les représentants d'une société. Pour cette raison, la nomination, la révocation ou la démission de dirigeants doit faire l'objet de publicités au journal d'annonces légales, au registre du commerce et des sociétés et au BODACC. Dans les SARL et les SA, les actes des dirigeants engagent la société vis-à-vis des tiers de bonne foi alors même qu'ils ne respectent pas l'objet social ou les limitations de pouvoirs figurant dans les statuts.

Dans les sociétés à risque illimité telles les sociétés en nom collectif, seule la limite de l'objet social est opposable aux tiers.

379. Responsabilité des dirigeants. Les dirigeants peuvent engager leur responsabilité civile, pénale et fiscale.

380. Responsabilité civile. Tout d'abord, les dirigeants peuvent engager leur *responsabilité civile*. Le contentieux relatif à ce chef de responsabilité ne cesse de développer, ce qui révèle un renforcement du contrôle opéré par les associés. Cependant la jurisprudence conduit à limiter les possibilités d'exercer de telles actions en responsabilité⁵.

Cette responsabilité peut être fondée sur le *droit commun de la responsabilité civile* de l'article 1382 du Code civil. Il existe aussi des *dispositions spécifiques* : l'article L. 223-22 du Code de commerce pour les SARL, l'article L. 225-51 du Code de commerce pour les SA. Ces dispositions précisent le régime de la responsabilité des dirigeants à l'égard de la société, des associés et des tiers.

À l'égard de la société, la responsabilité des dirigeants est engagée pour toute faute contraire à l'intérêt social, qu'il s'agisse d'une faute de gestion ou d'une violation des statuts.

1. Civ. 4 juin 1946, *JCP* 1947. II. 3518, note Bastian.

2. B. Daille-Duclos, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP*, éd. E, 1998. 1486 ; H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999. 273 ; Com. 14 févr. 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1603, note J. Monnet ; *Dalloz Affaires* 2003. 1033, note Y. Picod, *Rev. sociétés* 2002. 702, note L. Godon : cas du gérant démissionnaire qui crée une société concurrente pendant la période de préavis.

3. Com. 27 févr. 1996, *JCP*, éd. E, 1996. II. 838, note D. Schmidt et N. Dion ; *Bull. Joly* 1996. 485, note A. Couret ; Com. 12 mai 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1393, note F. G. Trébulle, *D.* 2004. 600, obs. A. Lienhard : « Le dirigeant qui a dissimulé aux actionnaires désireux de céder des titres de la société, une information de nature à influencer sur leur consentement manque à son obligation de loyauté à l'égard de tout associé » ; J.-J. Daigre, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », *Mélanges P. Bézard*, 2002, p. 79.

4. Com. 24 févr. 1998, *Bull. Joly* 1999. 5, note L. Godon ; *RTD com.* 1998. 612, obs. Cl. Champaud.

5. F. Descorps Declère, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003. 25 ; J.-F. Barbiéri, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », *Mélanges Y. Guyon*, *D.* 2003. 41.

La responsabilité des dirigeants peut être *recherchée par les associés*. Ces derniers peuvent exercer l'*action sociale ut singuli* et se substituer aux dirigeants pour réclamer, au nom de la société, réparation du préjudice subi par celle-ci. Les dommages et intérêts obtenus tombent alors dans le patrimoine social. Pour agir, les associés sont autorisés à se grouper (C. com., art. L. 225-252). L'action *ut singuli* est subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle suppose une inaction des dirigeants de la société¹. Les associés habilités à agir en réparation contre un dirigeant sur le fondement de l'action sociale *ut singuli* peuvent solliciter une mesure conservatoire contre ce dernier, à condition d'agir au nom de ce dernier².

Les associés peuvent aussi exercer une *action individuelle* s'ils peuvent se prévaloir d'un préjudice propre. Cependant, il est rarissime qu'un associé puisse se prévaloir d'un préjudice individuel distinct du préjudice éprouvé par la société³. La perte du contrôle de la société peut constituer l'un de ces cas⁴.

La responsabilité des dirigeants peut aussi *être recherchée par les tiers*. Il existe des hypothèses particulières de responsabilité lorsque s'ouvre une procédure collective (V. *infra*, n° 914). Beaucoup de tiers victimes des agissements des dirigeants se portent ainsi partie civile devant les juridictions pénales. Dans les autres cas, la responsabilité du dirigeant est en principe absorbée par celle de la société. La personnalité morale fait écran. Les tiers doivent donc démontrer que la *faute du dirigeant est détachable de ses fonctions*⁵. *Le dirigeant doit avoir commis une faute personnelle ne relevant pas de l'exercice personnel de ses fonctions*⁶. La jurisprudence retient rarement l'existence d'une telle faute. Ainsi un dépassement de pouvoirs n'est pas une faute détachable. La Cour de cassation retient une définition de la faute détachable qui pourrait ouvrir la voie à des condamnations plus fréquentes. La faute est détachable lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales⁷. La faute commise par un dirigeant n'est pas nécessairement séparable de ses fonctions par cela seul qu'elle constitue une faute pénale⁸. Il importe peu que le dirigeant agisse dans les limites de ses attributions.

La faute pénale est détachable lorsqu'elle est intentionnelle.

L'exigence d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions s'impose également dans le cadre d'une procédure collective, pour l'action en responsabilité exercée par un créancier en réparation d'un préjudice distinct⁹.

1. Com. 12 déc. 2000, *Rev. sociétés* 2001. 323, note A. Constantin.

2. Civ. 2^e, 14 sept. 2006, *JCP*, éd. E, 2007. 1049, obs. F.D., J.J.C. et G.W.

3. L'associé qui invoque une dépréciation de ses titres ne se prévaut pas d'un préjudice distinct.

4. Com. 18 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997. 408, note J.-J. Daigre.

5. G. Auzero, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *Dalloz Affaires* 1998. 502 ; F. Descorps-Declère, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003. 25.

6. Com. 28 avr. 1998, *JCP*, éd. E, 1998. 1258, note Y. Guyon. Un cautionnement donné par le dirigeant d'une SA sans respecter la procédure d'autorisation préalable n'est pas une faute détachable de ses fonctions ; v. Com. 20 oct. 1998, *JCP*, éd. E, 1998. 2025, note A. Couret ; *RTD com.* 1999. 142, obs. B. Petit ; *Rev. sociétés* 1999. 113, obs. B. Saintourens.

7. Com. 20 mai 2003, *Dalloz Affaires* 2003. 1502, obs. A. Lienhard et 2004. 267, obs. J.-C. Hallouin ; *Rev. sociétés* 2003. 479, note J.-J. Barbiéri ; *RTD com.* 2003. 523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *Bull. Joly* 2003. 786, note H. Le Nabasque ; D. 2003. 2623, note Dondero. En l'espèce, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir considéré qu'était une faute détachable une double mobilisation de créances ; Com. 10 févr. 2009, *JCP*, éd. E, 2009. 1602, note B. Dondero.

8. Civ. 1^{re}, 4 janv. 2006, D. 2006. 231, obs. A. Lienhard et D. 2006. Pan. 269, obs. J.-Cl. Hallouin ; *Bull. Joly* 2006. 527, note S. Messai-Bahri ; *JCP*, éd. E, 2006. 2035, obs. J. J. C. F. D. et G. W. ; Com. 4 juill. 2006, D. 2007. 269, obs. J.-Cl. Hallouin. Selon les cas, le défaut d'assurance peut ainsi être considéré comme une faute détachable ou non détachable.

9. Com. 7 mars 2006, D. 2006. 859, obs. A. L. ; *JCP*, éd. E, 2006. 2035, obs. J. J. C. ; G. W et F. D. ; *Bull. Joly* 2006. 945, obs. F.-X. Lucas ; *JCP*, éd. E, 2006. 2834, note S. Jaubert.

Le délai pour agir en responsabilité est de trois ans.

Cette quasi-irresponsabilité de fait des dirigeants à l'égard des tiers est vivement critiquée par la doctrine. Elle a pour conséquence pratique d'inciter les victimes à agir au pénal et d'exercer l'action civile. Si le dirigeant est condamné, la victime est alors indemnisée.

381. Responsabilité pénale. Les dirigeants peuvent engager leur responsabilité pénale. Il existe des délits spécifiques au droit des sociétés, par exemple le *délit d'abus de biens sociaux*, susceptibles d'être commis par le dirigeant personnellement. La jurisprudence récente favorise les poursuites de ce chef. Il s'agit d'une infraction instantanée qui se consomme lors de chaque usage abusif des biens de la société. Le point de départ de la prescription se situe, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont indûment mises à la charge de la société¹. L'usage des biens ou du crédit peut résulter d'une abstention volontaire, par exemple celle consistant à la rétention de sommes irrégulièrement perçues². Il n'est pas exigé que l'utilisation des biens sociaux ait eu lieu à des fins exclusivement personnelles.

Mais le dirigeant est aussi responsable des infractions commises en sa qualité de chef d'entreprise³. Il répond de ce chef des infractions telles celles relatives à la législation du travail, à la législation de l'environnement. Cette responsabilité personnelle peut se cumuler avec la *responsabilité de la personne morale* aujourd'hui admise. Le dirigeant peut toutefois s'exonérer s'il a consenti une *délégation* à une personne dotée de la compétence et des pouvoirs nécessaires⁴. Dans la mesure où les juridictions pénales ne reconnaissent pas la théorie de la faute détachable, la responsabilité pénale des dirigeants est plus facilement retenue que leur responsabilité civile.

Une sanction personnelle peut aussi être prononcée contre un dirigeant en cas de manquement boursier⁵.

382. Responsabilité fiscale. Enfin, le dirigeant est *responsable fiscalement*, lorsque par des manœuvres frauduleuses ou simplement l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, il rend impossible le recouvrement des impôts sociaux (LPF, art. L. 267).

B. Associés

383. Qualité et droit des associés. La qualité d'associé d'une société confère traditionnellement *des droits essentiels* ou fondamentaux auxquels il n'est en principe pas possible de porter atteinte. L'associé a ainsi le droit de rester dans la société, de participer aux bénéfices et aux augmentations de capital, d'être informé, de participer aux assemblées⁶ et de

1. Crim. 8 oct. 2003, *D.* 2004. 194, note Y. Mayaud ; *Rev. sociétés* 2004. 155, obs. B. Bouloc.

2. Crim. 28 janv. 2004, *Rev. sociétés* 2004. 722, obs. B. Bouloc.

3. Ce délit ne cause cependant qu'un préjudice à la société. Les associés peuvent donc seulement exercer l'action sociale *ut singuli* afin de se constituer partie civile.

4. Crim. 17 oct. 2000, *Rev. sociétés* 2001. 124, note B. Bouloc ; E. Dreyer, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D.* 2004. chron. 937.

5. Com. 31 mars 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1510, n° 4, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; *D.* 2004. 1961, note D. Caramelli.

6. Il en résulte qu'une assemblée générale est nulle pour défaut de convocation d'un associé. Tout associé peut même se prévaloir d'une telle nullité (Civ. 3^e, 21 oct. 1998, *D.* 2000. somm. 232, obs. J.-Cl. Hallouin) ; v. P. Le Cannu, « Nullités et participation des associés aux décisions collectives », *RIDA* 1998. 987. Cette nullité est cependant inopposable aux tiers de bonne foi en application de l'article 1844-16 du Code civil (Civ. 3^e, 21 oct. 1998, *Dalloz Affaires* 2000. somm. 233, obs. J.-Cl. Hallouin).

voter¹, d'exercer un contrôle de la société, de faire prononcer certaines nullités, de ne pas voir ses engagements augmentés sans son consentement (C. civ., art. 1836, al. 2)². L'associé a le droit de céder ses parts ou de négocier ses actions. Dans ces cas, la valeur des droits est déterminée en cas de contestation par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible (C. civ., art. 1843-4). Ces prérogatives seront étudiées lors de l'examen de chaque forme sociale.

Aujourd'hui, *des atteintes de plus en plus nombreuses à ces prérogatives sont acceptées*. Telle est la conséquence du mouvement de *contractualisation* qui affecte les sociétés. Cette évolution est rendue possible parce que les associés, principalement les actionnaires des sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne, se désintéressent de la vie sociale. Sont ainsi admises, à certaines conditions, les *conventions de vote*³, les conventions de répartition inégalitaire des bénéfices (v. n° 341). L'exclusion même de l'associé contre son gré semble même aujourd'hui concevable. Elle est expressément admise dans certains cas (les sociétés à capital variable, les SAS) et la jurisprudence, comme la doctrine ne sont plus toujours hostiles aux clauses statutaires d'exclusion⁴.

Mais, dans un tel cas, la Cour de cassation impose aux juridictions de contrôler les motifs de l'exclusion. Celle-ci ne doit pas être abusive au regard de l'intérêt social de la société⁵.

Aussi surprenant que cela puisse paraître, *la qualité d'associé est parfois difficile à déterminer*⁶. La jurisprudence a hésité dans l'hypothèse de démembrement des droits sociaux. Fallait-il attribuer la qualité d'associé au nu-proprétaire ou à l'usufruitier ?

Le nu-proprétaire a la qualité d'associé. L'article 1844 dispose que si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices. Les statuts peuvent cependant déroger à cette règle. Il est ainsi possible de supprimer le droit de vote du nu-proprétaire à condition qu'il ne soit pas déroger à son droit de participer aux décisions collectives⁷. Le nu-proprétaire doit donc toujours pouvoir accéder aux assemblées ;

L'usufruitier qui a droit aux dividendes vote dans les assemblées quand il est statué sur l'affectation des bénéfices. L'usufruitier ne peut ainsi être privé de tout droit de vote. La qualité d'associé de l'usufruitier est discutée. Pour un courant de la doctrine, il est associé comme le nu-proprétaire. Pour un autre courant doctrinal, il n'a pas cette qualité. Un arrêt important ne tranche pas totalement la controverse. Il énonce que l'usufruitier qui vote la

1. Le caractère fondamental du droit de vote a été réaffirmé par Com. 9 févr. 1999, *JCP*, éd. E, 1999. 724, note Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1999. 567, note J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1999. 81, note P. Le Cannu.

2. F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com.* 2000. 27. La Cour de cassation a élargi la notion d'engagement nouveau. H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. sociétés*, Actes pratiques, 1997, p. 36. Par exemple, toute décision des associés de participer au passif social au-delà du montant de leurs apports initiaux se traduit par une charge financière nouvelle devant être adoptée à l'unanimité (Com. 19 oct. 1999, *Rev. sociétés* 2000. 294, note L. Godon) ; Com. 9 juin 2004, *D.* 2004. 2921, obs. J.-C. H. ; et E. L. ; Com. 13 nov. 2003, *JCP*, éd. E, 2004. 337, note A. Viandier et 601, obs. G. Wicker et F. Deboissy.

3. Il existe cependant une incertitude. La chambre commerciale dans une décision *de Gaste* (Com. 4 janv. 1994), a considéré que la qualité d'associé emportait le droit de participer aux assemblées. Elle a énoncé dans l'arrêt « *Château Eyquem* » en date du 9 février 1999 que la qualité d'associé conférerait impérativement le droit de vote à l'associé ; v. J.-J. Daigre, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP*, éd. E, 1996. I. 575.

4. Com. 13 déc. 1994, *JCP*, éd. E, 1995. II. 705, note Y. Paclot ; *Bull. Joly* 1995. 153, note P. Le Cannu ; J.-M. de Bermond de Vaulx, « L'exclusion d'un associé », *Dr. sociétés* 1996. chron. 14.

5. Com. 21 oct. 1997, *Dalloz Affaires* 1997. 1474 ; *RTD com.* 1998. 169 ; L. Aynès, « Usufruit, droit d'usage », *Rev. sociétés* 1999. 593.

6. Ph. Reigné, « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », *Dalloz Affaires* 2002. 1330.

7. Com. 22 févr. 2005, *D.* 2005. 2952, obs. J.-C. Hallouin et D. Lamazerolles.

fusion donc qui fait un acte de disposition contraire à son droit d'usufruitier ne commet pas un abus du droit dès lors qu'il n'a pas méconnu l'intérêt social¹.

La loi relative aux petites et moyennes entreprises confère une nouvelle prérogative aux titulaires d'actions de sociétés par actions ou de parts sociales de sociétés à responsabilité limitée. Ils peuvent désormais donner à bail leurs titres. Le but de cette disposition est de promouvoir un mode de transfert progressif des petites et moyennes entreprises². Le régime de cette location d'actions ou de parts sociales est fixé par les articles L. 239-1 et suivants du Code de commerce. Les statuts doivent avoir prévu une telle faculté. Le contrat de bail doit prévoir le cas échéant, les conditions dans lesquelles le locataire peut acquérir à son terme, tout ou partie des actions ou parts louées. Le contrat de bail doit être enregistré. Il est rendu opposable à la société dans les formes prévues à l'article 1690 du Code civil. Le locataire reçoit les informations adressées aux actionnaires ou associés. Le locataire doit être agréé comme pourrait l'être un cessionnaire. Le droit de vote attaché à l'action ou à la part sociale louée appartient au bailleur dans les assemblées statuant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société. Il appartient au locataire dans les autres assemblées. Pour l'exercice des autres droits attachés aux actions et parts sociales louées, le bailleur est considéré comme un nu-propriétaire et le locataire comme l'usufruitier. Le bail peut être renouvelé.

384. Obligations des associés. En contrepartie des droits qui lui sont reconnus, l'associé est impérativement tenu à certaines obligations.

L'associé doit obligatoirement *contribuer aux pertes de la société*³. Est interdite toute *clause léonine* mettant à la charge d'un associé l'intégralité des pertes ou l'exonérant totalement.

L'associé doit obligatoirement *libérer ses apports*.

L'associé peut enfin être tenu d'une *obligation de non-concurrence*, principalement en cas d'apport en industrie et en cas d'apport en nature d'un fonds de commerce.

La responsabilité personnelle des associés peut également être retenue. Tel est par exemple le cas lorsqu'ils révoquent à tort un dirigeant⁴ lorsqu'il commet un abus de droit de vote⁵.

C. Salariés

385. Acteurs essentiels. Les salariés ont été longtemps ignorés par le droit des sociétés. Aujourd'hui, nul ne conteste plus qu'ils en sont des acteurs essentiels, même si, comme le note R. Vatinet⁶, « le législateur français a fait preuve d'une indécision et d'une incohérence rares ». Cette reconnaissance se traduit par deux séries de règles. D'une part, les salariés, par différentes techniques peuvent être *intéressés* aux résultats de l'entreprise. La législation récente favorise ainsi l'actionnariat des salariés. Des dispositions facilitent

1. Com. 2 déc. 2008, *Bull. Joly Sociétés*, p. 118, note Th. Revet ; D. 2009. 12, obs. A. Lienhard.

2. C. Malecki, D. 2005. chron. 2382 ; T. Jacomet, *Bull. Joly, Sociétés* 2005. 1167 ; B. Pichard, *JCP*, éd. E, 2005. 1705.

3. F. Kerderian, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. sociétés* 2002. 617.

4. Com. 13 mars 2001, *JCP*, éd. E, 2001. 953, note A. Viandier ; *RTD com.* 2001. 443, obs. Cl. Champaud et Danet ; M.-P. Lamour, « La responsabilité personnelle des associés », *Dalloz Affaires* 2003. 51.

5. V. pour un abus du droit de poser des questions écrites : Trib. com. Paris, 11 mai 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1154, note A. Viandier.

6. R. Vatinet, « La société anonyme et ses salariés. Essai de problématique », *Rev. sociétés* 2000. 161.

également l'achat des actions par les salariés. D'autre part, ils sont investis de prérogatives qui leur permettent d'avoir un *droit de regard* et de *contrôle* sur la vie de la société.

La loi sur l'épargne salariale renforce notablement les droits des salariés, principalement dans les sociétés anonymes.

D. Organisation du contrôle

386. Mécanismes. Une société n'est pas la propriété absolue de ses dirigeants. Trop d'intérêts sont en jeu pour qu'il puisse en être ainsi. Pour cette raison, dans toute société il existe des mécanismes de contrôle. Ceux-ci sont renforcés lorsque la société a une taille importante. La présence d'un *commissaire aux comptes* est alors obligatoire. La loi sur les nouvelles régulations économiques renforce leur rôle. Les dispositions les concernant sont intégrées dans un nouveau livre du Code de commerce comportant les articles L. 820-1 à L. 820-7. La loi sanctionne pénalement les dirigeants de personne morale tenus d'avoir un commissaire aux comptes qui ne provoquent pas sa désignation ou ne le convoquent pas à l'assemblée générale. Il en va de même lorsqu'ils mettent obstacle aux vérifications ou contrôles ou qu'ils refusent la communication sur place de toutes pièces utiles à l'exercice de leur mission (C. com., art. L. 820-4). Lorsque la société fait appel public à l'épargne, l'Autorité des marchés financiers dispose de prérogatives importantes.

§ 2. LES SITUATIONS DE CRISE

387. Le rôle du juge. Lorsque des conflits interviennent au sein des sociétés, il peut être tentant de faire appel au juge¹. Mais n'est-ce pas la solution de facilité ? De plus, une fois admis le principe de son intervention, quel va pouvoir être son rôle ? En réalité, la réponse à ces interrogations suppose une prise de parti préalable sur la nature même de la société et sur sa finalité. Plusieurs conceptions s'opposent².

Un courant de la doctrine privilégie la *nature contractuelle de la société*. Dès lors, *l'intérêt social est celui des associés* car la société est constituée dans leur seul intérêt³. Comme le souligne Dominique Schmidt, la notion d'intérêt social, comme celle d'*affectio societatis* ne présente même plus d'intérêt. Seul l'intérêt commun des associés doit être pris en considération. Comme l'énonce l'article 1833 du Code civil. L'intérêt commun des associés réside dans la réalisation et le partage entre eux des profits de la société. Dans les sociétés cotées, cette analyse est très favorable aux investisseurs. La société a pour but le partage des bénéfices et donc la valorisation maximum des actions. Il revient aux associés eux-mêmes de déterminer quel peut être leur intérêt. Dans cette première analyse, le rôle du juge est donc nécessairement limité.

1. J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJC* 1985. 81 ; M. Jeantin, « Le rôle du juge dans les sociétés », in *Mélanges Perrot* ; D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, Pratique des affaires, 2^e éd. 2004 ; « Prolégomènes », *Bull. Joly* 2004. 469 ; A. Couret, « À propos de l'ouvrage de D. Schmidt : *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », *Bull. Joly* 2004. 613.

2. « Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? », *Cah. dr. entr.* 1996/4 ; J.-P. Bertrel, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit et patrimoine* avr. 1997, p. 42 ; A. Pirovano, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997. chron. 189 ; Ph. Bissara, « L'intérêt social », *Rev. sociétés* 1999. 5.

3. D. Schmidt, *op. cit.*, n° 4.

Un second courant de la doctrine privilégie une *analyse fonctionnelle et institutionnelle* de la société. L'*intérêt de l'entreprise* est celui de l'*ensemble de ses composantes*, à savoir les associés, les salariés, les créanciers, les clients. L'intérêt social est donc l'intérêt de l'entreprise elle-même. Il revient alors aux dirigeants de déterminer quel est l'intérêt social. Le juge a aussi vocation à le préserver¹.

Comme souvent, la jurisprudence n'a pas véritablement tranché. Une conception mixte de l'intérêt social semble dominer. L'*intérêt social* est un *standard* auquel chacun doit se conformer. En cas de conflit, il revient au juge de le faire respecter².

388. Sanction de l'abus de majorité et de minorité. Les grandes décisions relatives à la vie de la société sont prises en assemblée générale. Le vote des associés est en principe souverain. La loi majoritaire doit s'appliquer. Cependant la liberté du droit de vote trouve une limite lorsqu'il apparaît que les majoritaires ou les minoritaires abusent de leurs droits³. Il est alors fait application de la théorie générale de l'*abus du droit*. Les majoritaires ou les minoritaires vont engager leur responsabilité extra-contractuelle à l'égard des autres associés et de la société lorsqu'ils abusent de leurs droits.

La jurisprudence a précisé quels étaient les *critères de l'abus*. Deux conditions doivent être réunies.

Il faut en premier lieu qu'il soit porté une *atteinte essentielle à l'intérêt général de la société*⁴. L'intérêt général n'est pas l'intérêt des associés. Il ne se résume pas non plus à l'intérêt social. La référence à cette notion permet de prendre en compte l'avenir de l'entreprise dirigée par la société.

Il faut en second lieu qu'il soit porté atteinte à des intérêts particuliers. Un groupe d'associés ne doit pas méconnaître l'intérêt social à seule fin de favoriser certains membres du groupement au détriment d'autres. Il ne doit pas y avoir *rupture d'égalité*.

L'abus de majorité est principalement sanctionné lorsque les majoritaires décident des *mises en réserve systématiques des bénéfices*, ne versant ainsi aucun dividende⁵.

L'*abus de minorité* est caractérisé lorsqu'un groupe d'actionnaires refuse de voter une *augmentation de capital* pourtant nécessaire et qu'il n'est pas établi que le minoritaire cherche par ce refus à favoriser ses propres intérêts au détriment de ceux des autres associés⁶.

Exceptionnellement, la jurisprudence va également sanctionner l'abus d'égalité⁷.

1. Pour une illustration en cas de réduction du capital à zéro : Com. 18 juin 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1556, note A. Viandier ; CA Versailles, 13 juin 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 627.

2. J.-P. Bertrel, « Le débat sur la nature de la société », in *Études à la mémoire de A. Sayag*, p. 131. Ces controverses ont des applications pratiques dès lors qu'il s'agit d'apprécier l'abus de biens sociaux, de sanctionner les abus de majorité ou de minorité, de déterminer les critères de désignation d'un administrateur provisoire.

3. D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la SA*, Sirey, 1989 ; J.-L. Rives-Langes, « L'abus de majorité », *RJC* 1992. 6 ; M. Cabrillac, « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de majorité », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 109 ; D. Tricot, « Abus de droit dans les sociétés : abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994. 617 ; Y. Reinhard, « L'abus de droit dans le contrat de société », *Cah. dr. entr.* 1998-6, p. 8.

4. En tant que représentant de la société, le gérant est en droit d'exercer l'action tendant à constater un abus de majorité. La solution est intéressante en cas de changement de dirigeant ; Com. 21 janv. 1997, *D.* 1998. 64, note I. Krimer ; *Rev. sociétés* 1997. 529 ; *JCP* 1997. II. 22960, note F.-X. Lucas.

5. Com. 6 juin 1990, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 500, note J. Mestre ; Com. 15 juill. 1992 ; *JCP*, éd. E, 1992. II. 375, note Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 2000. 34 ; Com. 1^{er} juill. 2003, *JCP*, éd. E, 2003. 1417.

6. P. Le Cannu, « L'abus de minorité », *Bull. Joly* 1987. 429 ; M. Boizard, « L'abus de minorité », *Rev. sociétés* 1988. 365 ; Ph. Merle, « L'abus de majorité », *RJC* 1991. 81 ; Com. 5 mai 1998, *Rev. sociétés* 1999. 344, obs. M. Boizard ; Com. 20 mars 2007, *JCP*, éd. E, 2007. 1755, note A. Viandier, et 1877, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker, *Bull. Joly* 2007. 745, note D. Schmidt.

7. Com. 16 juin 1998, *Rev. sociétés* 1999. 103, obs. K. Medjaoui.

La jurisprudence a aussi précisé le régime des sanctions applicables¹.

Les associés qui se rendent coupables d'un abus peuvent être condamnés à des dommages et intérêts à l'égard de la société et des associés victimes de l'abus.

La *sanction de l'abus de minorité* pose des problèmes particuliers. La question est de savoir si le juge a la possibilité de prendre une décision qui pourra s'imposer aux majoritaires. Une telle solution paraît contraire au principe selon lequel l'inexécution d'une obligation de faire se résout en dommages et intérêts. Une solution de compromis a été trouvée. Le juge peut désigner un *mandataire ad hoc* chargé de voter à la place et au nom des minoritaires coupables d'abus².

389. Désignation d'intervenants extérieurs. Pour résoudre des crises profondes ou légères, le juge peut désigner des intervenants extérieurs. Le juge a un choix qui ne cesse de s'étendre. Mais il faut bien tenir compte des conditions de nomination et des pouvoirs reconnus à celui qui est désigné.

Le juge peut désigner un *administrateur provisoire*. Cette faculté est une pure création prétorienne. La nomination de l'administrateur est réservée aux cas les plus graves. Il doit y avoir *paralysie des organes sociaux* ou il doit exister un *péril certain et imminent* pour la société³. C'est le juge qui précise l'étendue de la mission confiée à l'administrateur provisoire. Celui-ci se substitue aux dirigeants en place et doit prendre les mesures urgentes qui s'imposent pour faire face aux difficultés rencontrées par la société⁴.

Le juge peut désigner un *expert de gestion*⁵. Dans les SARL et les SA, la loi prévoit la possibilité de désignation d'un tel expert à la demande des minoritaires représentant au moins 5 ou 10 % du capital social, du ministère public, du comité d'entreprise ou de l'AMF⁶. L'expert est nommé par le président du tribunal de commerce statuant en référé pour faire un *rapport sur certains actes de gestion*. Il s'agit donc d'obtenir une *information complémentaire*. La mission doit donc porter sur des opérations de gestion identifiées⁷. L'expertise de gestion ne présente pas de caractère subsidiaire. Elle n'est pas subordonnée à la preuve par le demandeur de l'épuisement de tous les autres moyens d'information⁸. L'expertise n'a pas non plus nécessairement pour but l'établissement de la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige. Dans ce cas de figure, les associés ont tout

1. Com. 9 mars 1993, *D.* 1993. 363, note Y. Guyon, *Rev. sociétés* 1993. 403, note Ph. Merle ; *Grands arrêts*, p. 498, note J. Mestre ; *Rev. sociétés* 2000. 36 ; Com. 14 janv. 1992, *D.* 1992. 337, note J.-C. Bousquet ; *Rev. sociétés* 1992. 44, note Ph. Merle ; *JCP* 1992. II. 21849, note J.-F. Barbiéri ; *Bull. Joly* 1992. 273, note P. Le Cannu.

2. Com. 5 mai 1998, *Dalloz Affaires* 1998. 1097.

3. CA Paris, 4 déc. 2002, *Dalloz Affaires* 2003. 351, obs. X. Delpech : le juge des référés ne peut désigner un administrateur provisoire, mesure exceptionnelle dans le fonctionnement des sociétés, au seul motif qu'une société commerciale rencontre des difficultés économiques et financières, même graves, lorsqu'il n'est pas établi qu'elles sont, soit le résultat d'irrégularités mettant la société en péril, soit d'actes ou de carences des dirigeants visant à nuire à l'intérêt social. Dans le même sens pour une conception stricte de la mesure : CA Paris, 5 mai 2004, *RTD com.* 2004. 755, obs. Cl. Champaud et D. Danet.

4. CA Paris, 22 mai 1965, *Grands arrêts du droit des affaires*, *Dalloz*, p. 487 ; *D.* 1968. 147 ; Trib. com. Paris, ord. réf. 14 févr. 1990, *JCP*, éd. E, 1990. II. 15826, obs. A. Viandier.

5. Com. 10 janv. 1972, *JCP* 1972. II. 17134, note Y. Guyon ; M. Armand-Prévoist, « L'expertise de gestion », *RJC* 1998. 125.

6. L'expertise de gestion peut être demandée par un indivisaire : Com. 4 déc. 2007, *D.* 2008. 78, obs. A. Lienhard.

7. L'apport partiel d'actif n'est pas une opération de gestion ; CA Paris, 4 sept. 1998, *Bull. Joly* 1999. 250, obs. F. X. Lucas.

8. Com. 21 oct. 1997, *JCP*, éd. E, 1997. I. 36, note Y. Guyon ; *RTD com.* 1998. 171, obs. B. Petit ; un refus par les dirigeants de communiquer une information essentielle peut justifier la nomination d'un expert de gestion ; V. Com. 9 févr. 1999, *JCP*, éd. E, 1999. 667, obs. A. Viandier.

intérêt à utiliser la possibilité offerte par l'article 145 du nouveau Code de procédure civile¹. Une décision du tribunal de commerce de Paris rendue dans l'affaire *Vivendi* semble pourtant restreindre l'utilisation possible de l'expertise *in futurum*². La demande des actionnaires est rejetée aux motifs « que la demande de mesure d'instruction visant à la recherche des modalités de prise de décisions stratégiques par le conseil d'administration sans que d'autres points soient mis en cause notamment les comptes de la société, sans preuve ni présomption sérieuse selon lesquelles il y aurait eu des fautes dans le processus de décision ayant conduit aux faits en question, cette demande ne peut être accueillie ». Le tribunal ajoute qu'« il ne saurait être question d'ordonner une mesure d'instruction en vue de leur permettre, par la voie d'une mesure générale d'investigation, de découvrir un fondement juridique pour une demande ultérieure ».

Une expertise *in futurum* peut en effet être ordonnée par le juge saisi par voie de requête ou de référé « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige »³. Le juge peut ainsi désigner un huissier chargé d'assister à une ou plusieurs assemblées d'actionnaires et d'en dresser le procès-verbal. Cette expertise peut être ordonnée pour relever les faits pouvant entraîner la responsabilité des dirigeants d'une société et pour fournir aux juges tous les éléments leur permettant de statuer sur cette responsabilité⁴. Il importe peu qu'il n'y ait aucun élément pouvant faire présumer que la gestion est irrégulière.

Pour les crises les moins graves, le juge peut se contenter de désigner un *observateur de gestion* ou un enquêteur⁵. La personne nommée n'a alors aucun pouvoir de décision. Elle doit réunir des informations pour le compte du tribunal.

Lorsque le litige porte sur la propriété de certaines actions, le juge peut enfin ordonner une mesure de *séquestre*.

Grâce à ces procédures, le juge a les moyens de régler certains conflits ou d'obtenir des éléments d'information nécessaires au règlement des conflits qui peuvent opposer au sein de la société plusieurs groupes d'actionnaires ou des associés à leurs dirigeants.

390. Injonctions de faire. L'interventionnisme du juge peut prendre la forme d'injonctions faire. De plus en plus de dispositions autorisent les bénéficiaires d'un droit qui ont des difficultés à en obtenir l'exécution à saisir le juge afin qu'il en ordonne l'accomplissement à l'organe qui est tenu⁶. L'ordonnance en date du 24 juin 2004 prévoit de nouveaux cas en matière d'augmentation de capital (art. L. 225-149-3).

Les demandeurs sont toutes personnes intéressées. La demande est formulée devant le président du tribunal statuant en référé.

Plusieurs injonctions de faire sont prévues (C. com., art. L. 238-1 et s.). Il peut être ordonné aux dirigeants de produire des documents devant être mis à disposition. Le juge peut désigner un mandataire chargé de procéder à la communication. Il peut être fait

1. Pour une synthèse, v. Pasqualini, *JCP*, éd. E, 1999, 1284.

2. T. com. Paris 27 juin 2002, *JCP*, éd. E, 2002, 1253, note A. Viandier ; *Bull. Joly* 2002, § 212, note A. Couret ; *Rev. sociétés* 2002, 721, note P. Le Cannu ; *Banque et droit*, juill. 2002, p. 36, obs. M. Storck.

3. L. Cadiet, « Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés », *Dialogues avec M. Jeantin*, p. 151 ; J. Moury, « Expertise de gestion : la concurrence indélicate de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile », *Dialogues avec M. Jeantin*, p. 297 ; E. Jeuland, « L'expertise commerciale », *Dalloz Affaires* 2000, chron. 209.

4. Com. 10 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, 58, obs. J.-J. Daigre.

5. Com. 14 nov. 1995, *JCP*, éd. E, 1996, I, 541, n° 4.

6. E. Jeuland et F. Manin, « Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2004, 1 ; S. Zeidenberg, « Modalités de l'intervention des juges dans la vie sociale », *Bull. Joly* 2003, 816.

injonction aux dirigeants de mettre les documents sociaux en conformité avec les exigences légales. Des injonctions peuvent aussi être adressées aux présidents d'assemblées d'actionnaires ou d'obligataires.

Section 2

Développement des sociétés

391. Principes. Le droit des sociétés ne peut être un droit figé. Une fois créée, la société a vocation à se développer. Un tel développement peut résulter d'une *augmentation de capital*. Il peut aussi être la conséquence d'une *transformation de la société*. La transformation est le passage d'une forme de société à une autre. *La transformation n'affecte pas la personnalité morale de la société*. Il n'y a pas création d'une personne morale nouvelle. La transformation implique une modification des statuts qui requiert généralement une majorité spéciale et même l'unanimité car la transformation a pour conséquence d'aggraver l'engagement des associés. La décision de transformation fait l'objet d'une *publicité* destinée à informer les tiers.

À compter de la décision de transformation, les associés sont soumis à toutes les règles de la société transformée.

Le sort des créanciers anciens n'est pas affecté par la modification intervenue. Les associés d'une société en nom collectif transformée en SARL demeurent ainsi tenus indéfiniment de toutes les dettes contractées par la société avant la transformation.

Il existe aussi des possibilités de *développement externe*. La société va alors être intégrée dans un groupe. *Il y a groupe chaque fois que des sociétés, bien que juridiquement indépendantes les unes des autres sont en fait soumises à une unité de décision économique*. Une société va en contrôler une autre, la dominer. Un certain nombre d'opérations permettant la constitution de groupes sont réglementées (§ 1). Tel est le cas des fusions des scissions, des prises de contrôle. L'existence d'un groupe n'est pas sans conséquences, alors même qu'il n'existe pas un véritable droit des groupes (§ 2).

§ 1. CONSTITUTION D'UN GROUPE

392. Modalités de constitution d'un groupe de sociétés. Il y a groupe de sociétés lorsqu'une société en contrôle une autre. Il y a donc *domination d'une société par une autre*. Généralement, à la tête d'un groupe, on trouve une société *holding* qui détient un certain nombre de participations. C'est la société mère. Celle-ci a des filiales et des sous-filiales. La société holding est une variété de société de portefeuille. La holding, à la différence de cette dernière, intervient dans la gestion des sociétés dont elle détient des actions. La validité de ce type de montage a pu être contestée au motif qu'il permettait des conventions de vote prohibées. La Cour de cassation devait cependant valider ce type de structure par son arrêt *Lustucru*¹. Depuis, les holdings se multiplient, car des participations en cascade permettent par le jeu de l'effet de levier de contrôler un grand nombre de sociétés sans pour autant détenir la majorité du capital de chacune d'entre elles. À l'origine de tout groupe, il y a des opérations de fusion ou de scission ou des prises de contrôle.

1. Com. 2 juill. 1985, et CA Paris, 18 juin 1986, *Rev. sociétés* 1986. 422, note Y. Guyon.

A. Fusions et scissions

393. Définitions. Il y a fusion lorsqu'une ou plusieurs sociétés transmettent leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent (C. com., art. L. 236-1). La fusion se caractérise ainsi par la dissolution de la société absorbée et la transmission du patrimoine à la société absorbante.

Il y a scission lorsqu'une société est démembrée. Son patrimoine est alors transmis à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles (art. L. 236-1).

394. Régime. L'article L. 236-3 du Code de commerce énonce que la fusion ou la scission entraîne la *dissolution sans liquidation* des sociétés qui disparaissent et la *transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés* bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission. La même solution vaut en cas d'apport partiel d'actif, dès lors que cette opération est placée sous le régime des fusions et scissions (C. com., art. L. 236-22).

Ces deux opérations sont complexes et dangereuses. Aussi la loi impose-t-elle un *formalisme minutieux*. Le projet de fusion doit être déposé au greffe du tribunal de commerce accompagné d'une déclaration de conformité. Les assemblées extraordinaires doivent être saisies. Dans les SA, des *commissaires à la fusion* doivent notamment vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable (C. com., art. L. 236-3).

B. Prises de contrôle

395. Principes. Pour se développer, une société souhaite souvent prendre le contrôle d'une société dont les activités sont complémentaires des siennes. Il peut aussi s'agir d'éliminer un concurrent. Ces opérations de prise de contrôle sont dangereuses. Certains actionnaires, les *minoritaires* peuvent être victimes de l'opération si leurs actions ne sont pas rachetées. Lorsque l'opération concerne des sociétés cotées en bourse ce sont les intérêts des actionnaires qui doivent être pris en compte. En effet, l'opération peut donner lieu à des spéculations. Il faut donc distinguer selon que la prise de participation intéresse des sociétés non cotées ou des sociétés cotées.

396. Nature de la cession de contrôle. La *cession de contrôle* est l'opération par laquelle un cédant cède à un cessionnaire un nombre d'actions suffisant pour lui assurer le contrôle de l'entreprise. Cette opération qui ne peut se réduire à une cession de parts isolée a un particularisme qui rend son analyse délicate. La jurisprudence a considéré que *l'opération avait un caractère commercial*¹.

*Les transmissions d'entreprises ainsi réalisées sont très nombreuses et pourtant leur régime est toujours source d'incertitudes*². S'il en est ainsi, c'est parce qu'économiquement l'opération porte sur une entreprise mais que juridiquement elle porte sur des parts et actions. La personnalité morale fait écran et elle rend difficile la *protection du*

1. D. Plantamp, « Le critère de la cession de contrôle », *RTD com.* 1999, 819.

2. « La prise de contrôle d'une société », *RJC* nov. 1998 ; J. Paillusseau, « La cession de contrôle : une unification de la jurisprudence est-elle possible ? », in *Mélanges Blaise*, 1995, p. 363.

cessionnaire déçu. Celui-ci acquiert peut-être une entreprise moins performante que prévu, mais il a bien régulièrement acquis des parts ou des actions. L'opération est donc parfaitement valable.

Malgré cette difficulté théorique, le cessionnaire déçu n'est pas dépourvu de toute protection. Il existe une protection légale complétée, par une protection conventionnelle.

397. La protection légale du cessionnaire. La protection du cessionnaire est assurée par le droit commun des conventions, tout spécialement la *théorie des vices du consentement*.

Les parties doivent conduire les négociations de bonne foi. Le cédant qui rompt les *pourparlers* brutalement pour céder les actions à une autre partie alors que les éléments d'un accord étaient réunis engage sa responsabilité à l'égard du contractant. Cependant, la Cour de cassation a limité les possibilités d'obtention de dommages et intérêts en énonçant que « les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ». Le nouveau contractant n'est pas facilement sanctionné dans la mesure où pour la Cour de cassation, « le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même, et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur »¹.

L'annulation d'une convention sur le fondement de la théorie de *l'erreur* est difficile car l'erreur ne saurait porter sur la valeur mais doit porter sur la substance de la chose. Or la cession porte sur des parts ou actions. Une telle action n'est cependant pas inconcevable². Une annulation pour erreur peut être prononcée lorsque la *société n'est plus en mesure d'exercer son objet social*³. Le cessionnaire ne doit cependant pas avoir manqué à son obligation de s'informer ou tout du moins son erreur doit être excusable⁴.

Il est plus facile aujourd'hui d'obtenir une annulation fondée sur le dol. Il doit alors être établi que le cédant a retenu des informations essentielles et indisponibles⁵ que le cessionnaire ne pouvait pas obtenir, même en se renseignant, comme il en a l'obligation et que le cédant avait l'intention de le tromper⁶. L'action engagée sur le fondement du dol permet l'obtention de dommages et intérêts. Dans un tel cas l'élément intentionnel n'est plus requis⁷. Le dol peut émaner du cessionnaire⁸ et peut résulter du manquement du dirigeant à son devoir de loyauté à l'égard des associés⁹.

1. Com. 26 nov. 2003, *D.* 2004. 869, note A. S. Dupré-Dallemagne ; *JCP*, éd. E, 2004. 601, obs. F. Deboissy et G. Wicker.

2. Com. 21 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998. 25, obs. P. Le Cannu. Le bilan présenté au cessionnaire était faux. Il y avait un passif important lié à des escroqueries ; Com. 12 févr. 2008, *D.* 2009. Pan. 327, note J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles. Erreur commise par le cédant dépressif. Ce dernier avait cédé ses parts pour une valeur sans commune mesure avec la valeur objective de la société.

3. Com. 7 févr. 1995, *D.* 1996. 50, note R. Blasselle, *RTD com.* 1995. 878, note J. Mestre ; Com. 17 oct. 1995, *Bull. Joly* 1996. 35, note M. Jeantin, *D.* 1996. 166, note J. Paillusseau.

4. Pour un exemple d'annulation car la société cédante n'avait pas le droit au bail sur les locaux : Com. 29 oct. 2003, *JCP*, éd. E, 2004. 601, n° 6, obs. F. Deboissy et G. Wicker.

5. Com. 20 oct. 1998, *JCP*, éd. E, 1999. 30, obs. A. Viandier ; CA Orléans, 21 mars 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1639 ; Com. 29 oct. 2003, *Bull. Joly* 2004. 113, note T. Massart.

6. Com. 5 juill. 1994, *Bull. Joly* 1994. 1222 ; P. Mousseron, « Le silence conservé par le cédant sur des éléments essentiels, tel un passif fiscal ou l'état critique d'une filiale peut être retenu ».

7. Com. 27 mai 1997, *JCP*, éd. E, 1997. I. 710, n° 5, obs. A. Viandier.

8. CA Paris, 4 juill. 2003, *JCP*, éd. E, 2004 ; 604, note A. Constantin.

9. Com. 12 mai 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1510, n° 3, obs. G. Wicker et F. Deboissy ; Com. 6 mai 2008, *D.* 2009. somm. 326, obs J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles.

Le cédant peut enfin engager sa responsabilité à l'égard du cessionnaire pour manquement à son obligation de contracter de bonne foi¹.

Une protection légale complémentaire résulte de l'application d'un droit spécial. Il est concevable d'appliquer plusieurs dispositions spéciales.

La Cour de cassation a clairement rejeté l'application de dispositions propres à la vente du fonds de commerce. La convention passée est une vente portant sur des titres, c'est-à-dire sur des droits incorporels et non un fonds de commerce, même lorsque la vente confère le contrôle de la société dont l'actif est un fonds de commerce, et ce en raison de la personnalité morale de la société².

La Cour de cassation a également rejeté l'analyse assimilant la cession de contrôle à une simple cession de créances. Une telle analyse eût été défavorable pour le vendeur.

Suivant un courant de la doctrine³, la Cour de cassation applique donc à la cession de contrôle le *droit de la vente*⁴. Cependant, l'objet de la vente est particulier puisqu'elle porte sur des droits sociaux. Ces droits confèrent un certain pouvoir dans la conduite de la société. L'usage de ces droits sociaux doit permettre l'exercice de l'activité économique de la société constituant son objet social.

La Cour de cassation peut ainsi admettre le jeu de la *garantie d'éviction* ou celui de la *garantie des vices cachés* en adoptant un critère déjà utilisé pour les vices du consentement.

La garantie d'éviction peut être mise en œuvre⁵. Mais, énonce la Cour de cassation « la garantie légale d'éviction du fait personnel du vendeur n'entraîne pour celui-ci, s'agissant des actions d'une société, l'interdiction de se rétablir, que si ce rétablissement est de nature à empêcher les acquéreurs de ces actions de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social »⁶.

Le même critère est appliqué s'agissant de la *garantie des vices cachés*. Il a ainsi été jugé que la non-conformité des locaux aux normes de sécurité ne constituait pas un vice affectant les actions cédées, dès lors que la société exploitant un hôtel a pu, en engageant des dépenses supplémentaires, continuer à exercer l'activité économique constituant son objet social⁷. Le vice caché peut donc être retenu même si tel n'a pas été le cas en l'espèce⁸.

1. Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, *JCP*, éd. E, 2005. 684. En l'espèce, le cédant a omis d'informer le cessionnaire des conséquences d'un accident de travail.

2. Com. 13 févr. 1990, *Rev. sociétés* 1990. 251, obs. P. Le Cannu ; Civ. 1^{re}, 6 déc. 1994, *Rev. sociétés* 1995. 516, note B. Petit.

3. J. Paillusseau, « La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée », *JCP* 1992. IV. 3578 ; « La garantie de conformité dans la cession de contrôle », *JCP*, éd. E, 2007. 1238.

4. La jurisprudence applique ainsi aux cessions de droits sociaux les règles relatives à la détermination du prix. Celles-ci doivent être précises ; la formule du prix ne doit pas nécessiter un nouvel accord des parties ; les règles de détermination du prix doivent objectives ; Com. 16 janv. 2001. *Bull. Joly* avr. 2001, p. 391, note A. Couret ; de même la Cour de cassation considère que les promesses unilatérales croisées d'achat et de vente d'actions valent promesse synallagmatique dès lors qu'elles ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes : Com. 22 nov. 2005, *D.* 2007. Pan. 271, obs. J.-Cl. Hallouin ; *JCP*, éd. E, 2006. 1463, note A. Constantin.

5. Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, *D.* 2007. 272, obs. J.-Cl. Hallouin ; *Bull. Joly* 2006. 966, obs. H. Lécuyer : cas d'un médecin cédant qui avait capté la clientèle cédée en se réinstallant.

6. Com. 21 janv. 1997, *Dalloz Affaires* 1997. 290 ; *JCP*, éd. E, 1997. II. 936, note Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1997. 421, note P. Pigassou ; *RTD com.* 1997. 469 ; A. Couret, « La garantie du fait personnel du cédant de droits sociaux », *Droit et patrimoine* mai 1997, p. 64.

7. Com. 12 déc. 1995, *D.* 1996. 277, note J. Paillusseau ; *Rev. sociétés* 1996. 55, note D. Bureau ; *JCP*, éd. E, 1996. II. 798, note Y. Guyon.

8. « L'existence d'un passif fiscal ne constitue pas un vice caché » : Com. 4 juin 1996, *JCP*, éd. E, 1996. pan. 906 ; *Bull. Joly* 1996. 926, note A. Couret ; *RTD com.* 1997. 111, obs. B. Petit.

Enfin, les parties peuvent engager la *responsabilité du tiers chargé de l'évaluation des actions et qui est le mandataire commun des parties*. La Cour de cassation facilite l'action du vendeur en considérant que la responsabilité peut être retenue en l'absence même d'erreur grossière et en admettant que l'intégralité du préjudice subi peut être indemnisée¹. Le tiers arbitre chargé de fixer le prix a compétence pour interpréter l'acte de cession².

Lorsqu'un expert a été chargé de l'évaluation et qu'il a commis une erreur grossière, la cour d'appel ne peut se substituer à l'expert. Une nouvelle expertise doit intervenir³.

398. La protection conventionnelle du cessionnaire. En présence de telles incertitudes, on comprend que les cessionnaires cherchent à se ménager une protection conventionnelle. Tel est l'objet des *clauses de garantie de passif*⁴.

La pratique contractuelle a imaginé de nombreuses clauses que l'on doit classer en deux catégories⁵.

Il existe de *véritables clauses de garantie de passif* ou garanties de reconstitution qui se reconnaissent à quelques caractères essentiels : le cédant s'engage à verser à la société ou aux créanciers sociaux tout ou partie du passif né antérieurement à la cession et qui viendrait à se révéler après. Rien ne s'oppose alors à ce que le cédant soit tenu pour un montant supérieur au prix de cession consenti entre les parties.

La protection du cessionnaire peut aussi être assurée par une *clause de révision de prix*. *La clause est alors une garantie de valeur*. Son bénéficiaire est alors le cessionnaire lui-même. L'application de cette clause, à la différence de la clause de garantie de passif, ne peut entraîner une restitution supérieure au prix de cession⁶.

Des arrêts récents⁷ montrent que la distinction n'est pas aussi affirmée. Pour un courant de la doctrine, le bénéficiaire est toujours le cessionnaire. Il lui appartient d'en transférer contractuellement le bénéfice à la société.

La mise en jeu de la garantie du cédant est facilitée lorsque la convention de cession contient un certain nombre de « *déclarations* ». Le cédant garantit alors par exemple l'existence et la valeur des stocks, la régularité des marques et brevets, la conformité de l'entreprise aux règlements, à la législation sur l'environnement.

La protection du cessionnaire peut enfin résulter de l'insertion d'une clause dite de « *earn out* ». Le prix de la cession comporte alors une partie fixe et une partie calculée à partir des résultats de la société cédée pendant une durée fixée par les parties. Le prix est donc en partie fonction des performances de l'entreprise postérieures à la cession.

1. Com. 4 févr. 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 601, n° 1, obs. G. Wicker et F. Deboissy.

2. CA Paris, 17 sept. 2004, *JCP*, éd. E, 2005. 134, note T. Bonneau.

3. Com. 30 nov. 2004, *D.* 2005. AJ. 81, *JCP*, éd. E, 2005. 135, note H. Hovasse ; Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, *Dalloz Affaires* 2005. 432.

4. V. les travaux du Congrès des notaires 2002.

5. P. Mousseron, *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Nouvelles Éditions fiduciaires, 1992 ; A. Couret et D. Ledouble, *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*, GLN Joly ; J. Paillusseau, « La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée », *JCP* 1992. I. 3578 ; Ch. Freyria, « Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux », *JCP*, éd. E, 1992. I. 146 et s. ; J.-J. Caussain et M. Germain, « Pratique des cessions de contrôle des sociétés non cotées », *JCP*, éd. E, 1987. II. 14915 ; Ch. Hannoun, « Les conventions portant transfert de contrôle et la transparence des sociétés », *D.* 1994. chron. 67.

6. *Contra* : CA Paris, 22 janv. 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1510, n° 2, obs. G. Wicker et F. Deboissy.

7. Com. 18 déc. 2001, et CA Paris, 12 oct. 2001, *RTD com.* 2002. 492, obs. Chazal et Reinhard ; J. Paillusseau, « Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle », *JCP*, éd. E, 2002. 367.

La rédaction d'une telle clause est délicate car il faut tenir compte de l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable dans le contrat de vente¹, de la prohibition des conditions potestatives de la part du débiteur et de celle des *clauses léonines*. Il convient également de prévoir les sanctions attachées à l'inexécution de la promesse².

§ 2. EFFETS ATTACHÉS AU GROUPE

399. Absence d'un véritable droit des groupes. D'un point de vue économique, les groupes existent et sont des acteurs essentiels de la vie des affaires. Il y a groupe chaque fois que des sociétés, bien que juridiquement indépendantes les unes des autres sont en fait soumises à une *unité de décision économique*. La loi sur les sociétés ignore pourtant les groupes. Chaque personne morale est prise en compte individuellement. Le groupe n'est pas doté de la personnalité morale. Conséquence de ce *principe d'indépendance des différentes sociétés d'un groupe, la société mère ne saurait répondre des dettes de sa filiale*.

Cette solution juridique méconnaît les réalités économiques et elle ne protège pas assez les contractants.

Certaines disciplines composant le droit de l'entreprise ont créé un droit des groupes. Il faut citer le droit de la concurrence (le groupe peut être une technique pour constituer des ententes prohibées), le droit social (les comités de groupe), le droit fiscal et comptable (règles relatives à l'intégration fiscale, à la consolidation des comptes).

En droit des sociétés, le juge a comblé les lacunes de notre droit, créant ainsi un droit des groupes souple, peu contraignant mais peut être aussi incertain.

Il existe plusieurs techniques permettant à un créancier ayant contracté avec une filiale d'engager la société mère. Tout d'abord, il peut obtenir de cette deuxième une *lettre d'intention*. Ensuite, il peut se prévaloir de la théorie de l'*apparence*. Pour cela, il faut, qu'en s'immisçant dans les affaires de sa filiale, la société mère ait pu laisser croire qu'elle s'engageait directement envers eux.

Enfin, exceptionnellement, les juridictions tiennent compte de l'absence d'autonomie de la société défaillante et de l'immixtion des autres sociétés du groupe dans sa gestion pour condamner ces dernières à supporter les conséquences de l'inexécution du contrat par une société du groupe³. En cas d'ouverture d'une procédure collective, il est possible de mettre à la charge de la société mère une partie du passif. Outre l'action en comblement de passif de l'article L. 624-3 du Code de commerce qui peut être mise en œuvre si la société mère s'est comportée comme un dirigeant de fait, il est possible de se prévaloir de la théorie de la *confusion des patrimoines* (v. *infra*, n° 338). L'abus de biens sociaux, sanctionné pénalement, peut également constituer une menace lorsque des transferts de fonds interviennent dans le seul intérêt des dirigeants. La Cour de cassation dans le célèbre arrêt *Rozenblum* a cependant considéré que l'atteinte à l'intérêt social d'une société membre du groupe pouvait être légitimée par l'intérêt du groupe tout entier⁴. L'intérêt du groupe ne permet pas de justifier des faits de banqueroute⁵.

1. Com. 14 déc. 1999, *D.* 2001, comm. 474, obs. J.-C. Hallouin ; *Bull. Joly* 2000, 449, note A. Coiret ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 60, obs. L. Leveneur ; *JCP*, éd. E, 2001, 231, obs. D. Ferrier. Le prix d'une cession n'est pas considéré comme déterminable puisqu'un nouvel accord de volonté sur le bilan conditionnait sa fixation.

2. F. D. Poitral, « Cessions d'entreprises : les conventions de *earn out* », *JCP*, éd. E, 1999, 18.

3. Com. 4 mars 1997, *Rev. sociétés* 1997, 554, note P. Didier ; *JCP*, éd. E, 1997, I, n° 10, obs. A. Viandier.

4. Crim. 4 févr. 1985, *JCP*, éd. E, 1985, II, 14614, note W. Jeandidier ; *Rev. sociétés* 1985, 648, note B. Bouloc ; *Rev. sociétés* 2000, 25.

5. Crim. 27 avr. 2000, *D.* 2000, AJ, 328.

Ces solutions peuvent sembler insuffisantes. Les minoritaires sont par exemple des victimes directes du principe de l'indépendance des sociétés du groupe. Aussi la question d'une intervention du législateur est-elle régulièrement posée¹. La loi NRE n'a pas véritablement apportée de solutions satisfaisantes².

Section 3

Pactes d'actionnaires

400. Définition. Les pactes d'actionnaires sont des conventions conclues entre actionnaires, figurant soit dans les statuts (les pactes statutaires) soit hors des statuts (pactes extrastatutaires conclus par un groupe d'actionnaires)³. Ils peuvent être à durée déterminée ou à durée indéterminée auquel cas ils peuvent valablement être rompus unilatéralement⁴.

Les pactes révèlent la *volonté de certains associés de s'affranchir de règles contraignantes et impératives du droit des sociétés*. Lorsqu'ils sont extrastatutaires et occultes, ces pactes permettent généralement à un petit nombre d'actionnaires d'organiser et de préserver leur contrôle sur la société. La reconnaissance de la *société par actions simplifiée* devrait toutefois limiter l'intérêt de ces pactes pour les sociétés importantes. Les pactes d'actionnaires s'opposent à la nécessaire transparence du marché boursier. Pour cette raison la loi sur les nouvelles régulations impose leur transmission à l'AMF (C. com., art. L. 233-11) et la publicité de certains d'entre eux (v. n° 499).

L'avènement et la multiplication des pactes transforment en profondeur le droit des sociétés. L'importance de ce *phénomène de contractualisation* apparaît à l'examen de la typologie de ces pactes.

Qu'ils soient statutaires ou extrastatutaires, les pactes ont différentes finalités.

Des pactes visent à *prendre ou à conserver le pouvoir* dans les sociétés. Les pactes sont alors relatifs au *capital* et aux droits pécuniaires des associés. D'autres pactes ont pour finalité *d'organiser le pouvoir* au sein des sociétés. Il s'agit alors le plus souvent d'organiser la gestion d'une filiale commune à deux sociétés.

401. Les pactes relatifs au capital. Les pactes relatifs au capital ont pour but de *maintenir les équilibres* voulus par les actionnaires. À cette fin, sont stipulées différentes clauses : des clauses d'inaliénabilité, des pactes de non-agression, des clauses d'agrément, de préemption ou de préférence. Des pactes peuvent également prévoir des promesses de vente ou d'achat des titres, des clauses d'exclusion ou de rachat forcé des actions.

Les pactes, pour être valables, doivent cependant respecter les règles du droit des obligations et les principes essentiels du droit des sociétés. Or les pactes relatifs au capital

1. J. Foyer, « Faut-il réformer le droit des groupes ? », *RJC* 1996. 165 ; « Un droit des groupes pour l'Europe », *Rev. sociétés* 1999. 43.

2. J.-Ph. Dom, « Dimensions du groupe après les réformes de l'année 2001 », *Rev. sociétés* 2002. 1.

3. Y. Guyon, *Traité des contrats : le contrat de société*, LGDJ, 4^e éd., 1999 ; S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert des valeurs mobilières*, Litec, 1992 ; J.-J. Daigre et M. Santilles-Dupont *Pactes d'actionnaires*, GLN Joly, 1995 ; D. Velardocchio-Flores, *Les accords extrastatutaires entre associés*, PUF, Marseille, 1993 ; G. Parléani, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés* 1991. 1 ; J. Bonnard, « L'influence des principes généraux des contrats en matière de pactes d'associés », in *Dialogues avec M. Jeantin*, p. 139.

4. Com. 6 nov. 2007, *JCP*, éd. E, 2008. 1280, obs. F. Deboissy.

doivent plus particulièrement être *appréciés au regard de trois principes fondamentaux* : celui de la libre négociabilité des actions, celui pour un actionnaire de rester associé, et celui de l'interdiction des pactes léonins¹.

La portée de plusieurs clauses est ainsi controversée et la jurisprudence est elle-même souvent incertaine et fluctuante.

La *clause d'inaliénabilité* ou clause d'interdiction de céder, n'est valable que si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. La clause d'interdiction d'acquérir est une obligation de ne pas faire qui est valable.

Les *clauses d'agrément* ont pour but d'empêcher l'entrée dans la société de tiers jugés indésirables. La clause d'agrément est admise de manière limitée par la loi de 1966 dans les SA². L'ordonnance en date du 24 juin 2004 a libéralisé les règles applicables. Elle peut désormais concerner les cessions entre actionnaires dans les sociétés non cotées. Elle ne peut toujours pas concerner les cessions par un actionnaire au profit d'un descendant, ascendant ou conjoint, dans les opérations de liquidation de communauté entre époux et en cas de succession (C. com., art. L. 228-23). Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est *nulle* (art. L. 228-23). Le Conseil des bourses de valeur les a interdites lorsqu'une société demande l'admission de ses titres au marché officiel ou au second marché. Elles sont également réputées non écrites en cas de redressement judiciaire de la société émettrice, s'il y a un plan de continuation. Lorsque la *clause est stipulée dans les statuts*, le législateur a prévu une procédure protégeant le cédant. En cas de refus d'agrément dans un délai fixé, les associés ou la société doivent racheter les parts ou actions du cédant à un prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé à dire d'expert (C. civ., art. 1843-4). Le cédant bénéficie d'un droit de repentir c'est-à-dire du droit de renoncer à son projet de cession. Ces règles sont considérées comme d'ordre public. Il semble dès lors *difficile d'admettre la validité d'une clause extrastatutaire d'agrément*.

Les *clauses de préférence ou de préemption* sont des engagements en vertu desquels un associé s'engage, avant tout projet de cession, à notifier aux autres associés son intention de céder, en indiquant le nombre d'actions ou de parts dont la cession est envisagée, le prix et les modalités de paiement et éventuellement le nom du cessionnaire³. La validité de telles clauses a été admise lorsqu'elles figurent dans des engagements statutaires⁴. Elle l'a été également pour des engagements extrastatutaires alors même que la clause semble contraire au principe de libre négociabilité des actions. La Cour de cassation valide semble-t-il les *seules clauses de préemption* à la condition que le prix de préemption soit juste, que la mise en œuvre de la préemption soit limitée dans le temps et que la clause laisse la possibilité au cédant de vendre ses parts ou actions à un tiers au cas de non-exercice de la préférence. La position de la doctrine est plus nuancée⁵.

Il existe des clauses permettant de *sortir des pactes d'actionnaires*. La *clause d'exclusion* qui permet d'exclure un associé de la société contre son gré est la plus importante⁶.

1. V. pour une promesse de rachat des titres moyennant un prix plancher jugée valable : Com. 16 nov. 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 131, n° 1, obs. F. Deboissy et G. Wicker.

2. Y. Chartier, « Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers », *RJC*, n° spéc., 1990. 77 ; G. Mazet, « Les clauses statutaires d'agrément », *RJC* nov. 1990, p. 66 et s.

3. Com. 15 févr. 1994, *Bull. Joly* 1994. 508.

4. Com. 27 mai 1986, *Bull. Joly* 1986. 687 ; A. Viandier et M. Jeantin, « Validité d'une clause de préférence et de préemption contenue dans un pacte statutaire », *RD bancaire et fin.* 1989. chron. 12 ; Le Bras, « La validité des clauses de préemption dans les conventions extrastatutaires », *Bull. Joly* 1986. 665.

5. Y. Guyon, *Les sociétés*, op. cit., n° 107.

6. Il existe également des clauses de sortie conjointe ou des clauses de retrait ; v. J.-J. Daigre, op. cit., n° 82 et s.

Cette clause méconnaît le droit de tout associé de le rester, le principe d'égalité entre actionnaires et l'article 545 du Code civil. Pourtant un courant doctrinal et jurisprudentiel est favorable à la reconnaissance de la validité des clauses statutaires incluses dans les statuts d'origine et même, à certaines conditions, introduites en cours de vie sociale. La solution est justifiée par le principe de la liberté des conventions et par le fait que le droit de l'associé de faire partie de la société n'est pas intangible, puisqu'il n'est pas attaché à sa personne, mais procède de la volonté qu'il a manifestée, en entrant dans la société, de se soumettre à la loi des statuts¹. L'exclusion ne doit être autorisée que pour des motifs objectifs telle la perte d'une qualité. Les motifs d'exclusion doivent être précisés dans les statuts et une procédure doit avoir été organisée². La clause doit désigner l'organe compétent pour prononcer l'exclusion. La clause doit accorder à l'associé le droit d'être entendu préalablement à son exclusion et lui assurer une indemnisation équitable de ses droits. La validité d'une clause d'exclusion extrastatutaire est beaucoup plus contestable.

402. Pactes visant à organiser le pouvoir dans les sociétés. Ces pactes, principalement des *conventions de vote*³, peuvent à première analyse sembler contraire aux principes selon lesquels tout associé a le droit de vote et dispose d'une liberté de voter. Pourtant, la jurisprudence n'est plus aujourd'hui hostile aux conventions de vote. Celles-ci sont valables dès lors qu'elles sont conclues dans l'intérêt social, pour une durée limitée et qu'il n'y a pas de contrariété à des règles d'ordre public⁴. Tel est, par exemple, le cas lorsqu'elles prennent la forme d'accords de coopération intervenant dans le cadre de la gestion d'une société holding⁵.

403. L'exécution forcée des pactes d'actionnaires. L'inexécution d'une obligation de faire se résout normalement en dommages et intérêts⁶. Telle est du moins la sanction qui se déduit de l'article 1141 du Code civil⁷. Mais cette solution est inadaptée. En raison des intérêts en jeu, les parties ne sont pas arrêtées par une éventuelle condamnation. Il est plus satisfaisant que le juge puisse ordonner l'exécution en nature des conventions. Son jugement peut alors constituer l'équivalent de la convention que l'une des parties aurait refusé de conclure. La jurisprudence a fini par consacrer cette solution⁸.

1. Y. Paclot, *op. cit.*

2. Com. 13 déc. 1994, *JCP*, éd. E, 1995. II. 705, note Y. Paclot ; *Bull. Joly* 1995. 153, note P. Le Cannu.

3. M. Storck, « La réglementation des conventions de vote », *RJ com.* 1991. 97 ; A. Viandier, « Observations sur les conventions de vote », *JCP* 1986. I. 3253 ; M. Jeantin, « Les conventions de vote », *RJC*, n° spéc., nov. 1990, p. 124 et s. ; P. Didier, « Les conventions de vote », in *Mélanges J. Foyer*, p. 341 ; Com. 2 juill. 1985, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 461 ; A. Viandier, « Après l'article de M. Jeantin sur les conventions de vote », in *Dialogues avec M. Jeantin*, p. 311.

4. La convention de vote ne doit pas porter atteinte au principe de révocation *ad nutum* du dirigeant. Elle ne doit pas porter atteinte au principe de hiérarchie des organes de la société. Elle ne saurait enfin aboutir à nier le droit qu'a tout associé de participer aux décisions collectives.

5. Com. 2 juill. 1985, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 461.

6. À la condition toutefois que le bénéficiaire rapporte la preuve de son préjudice : Com. 9 avr. 2002, *JCP* 2003. II. 10067, note J.-M. Tang.

7. Com. 7 mars 1989, *JCP*, éd. E, 1989. II. 15617, note Y. Reinhard ; Com. 26 avr. 1994, *Bull. Joly* 1994. 813, note P. Le Cannu. La nullité de l'acte passé en fraude du pacte ne peut être obtenue qu'à la condition de démontrer la collusion frauduleuse entre les parties. V. H. Le Nabasque et G. Terrier, « L'exécution forcée des pactes d'actionnaires », *Actes pratiques*, n° 14.

8. Mixte 26 mai 2006, *D.* 2006. J. 1861, note P.-Y. Gautier ; et 2644, note B. Fauvarque-Cosson ; *JCP*, éd. E, 2006. 2378, note Ph. Delebecq ; *RTD civ.* 2006. 550, obs. J. Mestre et B. Fages.

Lorsque les pactes sont statutaires il n'est semble-t-il pas possible d'obtenir la nullité de l'acte ou de la décision violant la clause¹.

Des pactes valables peuvent donc ne pas remplir leur fonction. La SAS peut dès lors apparaître comme une solution de substitution intéressante. Les clauses stipulées sont alors efficacement sanctionnées.

1. *Contra* : J.-P. Legros, « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. sociétés* 1991. 275.

Sous-partie II

Les règles propres à chaque forme sociale

404. Critères de choix d'une société. Aujourd'hui, l'éventail des possibilités offertes à celui qui désire exercer une activité commerciale sous forme sociétaire est considérable. Il peut choisir la société en nom collectif, la SARL, l'EURL, la société anonyme, la société par actions simplifiée, la société en commandite. Le choix est encore plus étendu si l'on remarque que plusieurs formes de sociétés anonymes existent. Les critères de choix sont également divers. Il faut tenir compte de l'étendue du risque pris par les associés, du statut fiscal et social offert aux dirigeants, des modes de direction, des facilités de transmission de l'entreprise, des possibilités de contrôle, des facilités de fonctionnement, de la souplesse de rédaction des statuts, des possibilités de faire appel aux marchés de capitaux. Le choix ne se fait pas nécessairement au regard des règles applicables aux sociétés. Par exemple une personne peut limiter sa responsabilité en déclarant sa résidence insaisissable ou au contraire accroître son engagement en se portant caution. Ce qui caractérise l'évolution récente de notre droit est l'existence de solutions concurrentes. Ainsi pour une grosse PME, il est possible d'hésiter entre la SARL, la SA classique ou la SAS. L'examen des statistiques de créations montre que cette dernière forme sociale est particulièrement en vogue en raison de sa souplesse et de son adaptabilité à toutes les situations. Les formes sociales traditionnelles confèrent cependant plus de sécurité juridique dans la mesure où la loi règle les principales difficultés qui peuvent survenir.

L'étude successive des sociétés de personnes (Titre I) des SARL (Titre II) et des SA (Titre III) est la plus fidèle au plan du Code de commerce. Elle n'est pas nécessairement la plus logique. D'une part, la SARL emprunte certaines de ses règles à la SNC et d'autres à la SA. D'autre part, l'ordre ne correspond pas toujours à un critère de taille. Pour des raisons fiscales, des SA ont été créées pour des PME. Inversement, la SNC est utilisée pour la constitution de groupes de sociétés.

Titre I

Les sociétés de personnes

405. Caractères fondamentaux. Dans les sociétés de personnes, la *considération de la personne de l'associé est essentielle*. Les parts sociales ne sont pas librement cessibles. Dans ces sociétés, la *responsabilité des associés est illimitée* (il existe une exception pour les commanditaires).

Les principales sociétés de personnes sont les sociétés en nom collectif (Chapitre 1). Les sociétés en commandite simples ont pratiquement disparu (Chapitre 2).

La société en nom collectif

406. Caractères essentiels. La société en nom collectif est la forme primitive de la société. Elle a conservé de cette origine des caractères originaux. Dans cette société dont le régime est défini par les articles L. 221-1 et suivants du Code de commerce, tous *les associés ont la qualité de commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales*. Ils peuvent donc tous être mis en redressement judiciaire en cas de cessation des paiements de la société.

C'est une société à fort *intuitu personae*, normalement réservée aux sociétés comprenant un petit nombre d'associés qui se connaissent bien¹.

Dans cette société, la personnalité morale ne forme donc pas un véritable écran. Il existe même une *transparence* fiscale de cette société puisque les associés des SNC sont soumis personnellement à l'impôt sur le revenu pour la part des bénéfices sociaux leur revenant. Ce régime fiscal particulier est à l'origine du regain d'utilisation de cette forme sociale. La SNC est alors utilisée comme *instrument de gestion de groupes de sociétés*. Les associés peuvent alors être des sociétés qui vont pouvoir *déduire le déficit* enregistré par la SNC. Inversement, une société mère peut avoir pour actionnaires plusieurs sociétés en nom collectif. La SNC se révèle donc un *instrument d'optimisation fiscale*. La SNC est également recherchée pour sa *souplesse* (les rédacteurs de statut disposant d'une grande liberté) et pour sa *discrétion* (ses comptes n'ont pas à être déposés au greffe du tribunal de commerce).

Pour les entrepreneurs, la responsabilité illimitée des associés n'est guère incitative ce qui explique le faible nombre de ces sociétés : environ 32 000, soit 3 % du total des sociétés.

Le particularisme de la société en nom collectif apparaît à l'examen de plusieurs séries de règles. Celles relatives à la situation juridique de l'associé (Section 1) à la gérance (Section 2) et à la dissolution (Section 3).

1. La SNC peut aussi servir de cadre juridique pour une filiale commune. V. J.-P. Bertrel, « La SNC filiale commune ? », *Droit et patrimoine* 1994. 20.

Section 1

La situation juridique de l'associé

407. Particularisme. L'associé d'une société en nom collectif se distingue fondamentalement des associés des autres sociétés. Il est commerçant. Si ses droits sont comparables à ceux d'un autre associé (§ 1), il ne peut céder librement ses parts sociales (§ 2) et il est indéfiniment responsable des dettes sociales (§ 3).

§ 1. LES DROITS DE L'ASSOCIÉ

408. Droits politiques, financiers et patrimoniaux. Les associés d'une SNC sont au moins au nombre de deux. Leur apport peut être minime puisqu'en raison de leur responsabilité indéfinie, la loi n'exige pas un montant de capital social minimum.

Les associés ont un *droit à être informés* qui se traduit par trois prérogatives : le droit de consulter sur place, deux fois par an, tous les documents sociaux ; le droit de poser au gérant des questions écrites deux fois par an également ; le droit d'obtenir, dans les quinze jours qui précèdent l'assemblée annuelle, les comptes sociaux, le rapport de gestion, le rapport du commissaire aux comptes s'il existe, et le texte des résolutions.

La considération de la personne influe sur le *régime du droit de vote*. En principe, chaque associé dispose d'une seule voix et les décisions doivent être prises à l'unanimité. Les statuts peuvent cependant prévoir d'autres solutions (sauf pour la révocation des gérants et la transmission des parts). Les associés ont *droit aux bénéfices* dans les conditions et proportions prévues par les statuts. Les clauses d'intérêt fixe sont prohibées.

Même si la question demeure discutée, l'associé peut être salarié de la SNC dès lors que l'objet de la société ne se limite pas à la seule exploitation de la force de travail de l'associé, mais consiste en l'exploitation de biens¹.

§ 2. LA CESSION DES PARTS SOCIALES

409. Respect de l'intuitu personae. L'*intuitu personae*, essentiel dans les sociétés en nom collectif, a des conséquences importantes sur le régime des parts sociales.

En premier lieu, les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables (C. com., art. L. 221-13).

En second lieu, la cession entre vifs et la transmission par voie de succession obéissent à des règles qui interdisent l'arrivée d'un nouvel associé étranger ou non accepté.

410. Régime de la cession entre vifs. Toute cession entre vifs, quel que soit le cessionnaire, requiert le *consentement unanime* des associés. Toute clause contraire est réputée non écrite (C. com., art. L. 221-13).

Un associé qui ne peut obtenir l'accord des autres peut ainsi être « prisonnier » de la société. Il ne peut obtenir un rachat de ses titres. Dans un tel cas, *une convention de*

1. CA Paris, 4 nov. 2003, *JCP*, éd. E, 2004. 1510, n° 5, obs. G. Wicker et F. Deboissy.

croupier peut être conclue¹. C'est une clause par laquelle un associé s'entend avec un tiers afin de partager les droits financiers résultant de la qualité d'associé. La convention est secrète. Elle peut s'analyser en une société en participation².

Afin de donner aux tiers la garantie de pouvoir connaître l'identité des associés en nom, le législateur a mis en place un dispositif précis aux termes duquel la cession de parts sociales n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de diverses formalités visant à informer la société et après publicité au registre du commerce et des sociétés. Il est possible de signifier la cession à la société en respectant le formalisme prévu à l'article 1690 du Code civil. Il est aussi possible de déposer un original de l'acte de cession au siège social.

Si les formalités de publicité ne sont pas accomplies, le cédant des parts garde à l'égard des tiers sa qualité d'associé en nom et reste indéfiniment et solidairement responsable des dettes de la société, même si celles-ci sont nées postérieurement à la cession. Cependant, l'opposabilité aux tiers ne dépend pas de la modification des statuts et de leur publication³.

411. Conséquence du décès d'un associé. La société prend normalement fin par le décès de l'un des associés (C. com., art. L. 221-15). La solution est la même lorsqu'un associé est frappé d'une interdiction d'exercer une activité commerciale. Il s'agit d'éviter que les parts ne puissent changer de main sans l'accord des survivants.

La règle n'est cependant pas d'ordre public et l'article L. 221-15 envisage expressément différentes stipulations devant figurer dans les statuts.

412. Clauses de continuation. Diverses possibilités sont offertes aux rédacteurs de statuts. Il peut être stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement avec les associés survivants. Il peut alors être prévu que pour devenir associé, l'héritier devra être agréé par la société.

Il peut être stipulé que la société continuerait, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts, ou si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires.

Lorsque la société continue avec les seuls survivants ou lorsque l'héritier n'est pas agréé, ce dernier a droit à la valeur des droits sociaux de son auteur.

§ 3. LA RESPONSABILITÉ DES ASSOCIÉS EN NOM COLLECTIF ENVERS LES CRÉANCIERS SOCIAUX

413. Engagement solidaire des associés. Tous les associés sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales (C. com., art. L. 221-1). C'est une norme impérative : on ne peut constituer une société en nom collectif en dispensant l'un des associés de cette responsabilité indéfinie et solidaire.

Si un associé *se retire* d'une société en nom collectif qui, par le jeu d'une clause exceptionnelle du pacte social, continue cependant son existence, cet associé reste tenu des

1. Com. 15 déc. 1998, *Rev. sociétés* 1999. 350, note D. Randoux.

2. CA Paris, 4 avr. 1997, *Bull. Joly* 1997. 670, obs. J.-J. Daigre.

3. Com. 9 juin 1998, *JCP*, éd. E, 1999. 3, obs. A. Viandier ; *Bull. Joly* 1998. 1088, note P. Le Cannu ; M. Ch. Piniot, « Publicité et opposabilité des cessions de parts de SNC : dernières précisions jurisprudentielles », *RJDA* 7/1998, n° 1245.

dettes de la société antérieures à son départ¹. Quant aux dettes sociales postérieures, il n'en est point tenu, à condition que les tiers aient été avisés de son départ par une publicité régulière.

La personne qui *devient associée* après la constitution d'une société en nom collectif est évidemment tenue des dettes sociales postérieures à son entrée. Quant aux dettes antérieures, la jurisprudence admet qu'elle en est en principe tenue, laissant toutefois, au nouvel associé la faculté de se décharger du passif social antérieur en formulant « une réserve portée par publication à la connaissance des tiers ».

414. Régime de la solidarité. L'associé peut être poursuivi par un créancier une fois que ce dernier a mis la société en demeure de payer en lui signifiant un acte d'huissier et qu'un délai de huit jours s'est écoulé. Le créancier peut poursuivre à son choix l'un quelconque des associés et lui réclamer la totalité des sommes dues par la société. L'associé qui a payé dispose d'un recours contre les autres associés, mais il *supporte le risque de leur insolvabilité*.

Section 2

La gérance

415. Nomination et révocation du gérant. La société en nom collectif est administrée par un ou plusieurs gérants. Si rien n'avait été prévu, tous les associés seraient gérants (C. com., art. L. 221-13).

Le gérant est normalement un associé ; il pourrait être choisi en dehors des associés, mais la chose est très rare.

Le gérant peut être désigné soit dans les statuts (gérant statutaire), soit au cours de la vie de la société par une décision des associés non incorporée aux statuts (gérant non statutaire).

Le gérant est un mandataire mais lorsqu'il est statutaire, c'est un mandataire qui ne peut pas être facilement révoqué. Le gérant statutaire est révocable par *l'unanimité des associés*. La société doit en principe alors se dissoudre à moins que la continuation ne soit prévue dans les statuts ou que les autres associés ne la décident à l'unanimité². Quant au gérant non statutaire, il est révocable par la majorité des associés, sauf disposition contraire des statuts (C. com., art. L. 221-12). La révocation décidée sans juste motif peut donner lieu à dommages-intérêts (art. L. 221-12, al. 4).

416. Les pouvoirs du gérant. Le gérant engage la société pour les *seuls actes entrant dans l'objet social*. C'est donc la *règle dite du pouvoir légal* qui s'applique. Il s'agit de protéger l'associé qui est indéfiniment responsable des dettes de la société. Le gérant ne peut ainsi souscrire une convention, telle une garantie, dans le seul intérêt personnel d'un associé³. Les clauses statutaires limitant les pouvoirs du ou des dirigeants sont inopposables aux tiers.

1. Com. 4 janv. 1994, *Bull. Joly* 1994. 314, note P. Le Cannu ; *JCP*, éd. E, 1994. II. 360, n° 9, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain. Il est tenu compte de la date de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés.

2. Com. 26 nov. 2003, *JCP*, éd. E, 2004. 427, note S. Reifegerste.

3. Com. 26 janv. 1993, *Rev. sociétés* 1993. 396, note J.-J. Barbiéri.

417. Pouvoirs en cas de pluralité de gérants. Lorsqu'il y a plusieurs gérants et qu'aucune répartition de pouvoirs n'a été faite entre eux dans l'acte constitutif, chacun a le pouvoir d'engager la société comme le ferait un gérant unique. Pourtant chacun peut s'opposer à une opération projetée avant qu'elle soit conclue, mais, à l'égard des tiers, cette opposition n'a de portée que dans la mesure où elle leur était connue (C. com., art. L. 221-4 et L. 221-5).

418. Rapports entre le gérant et la société. Aucun texte n'interdit au gérant de société en nom collectif de passer des contrats avec lui-même au nom de la société ni de traiter pour la société avec des entreprises dans lesquelles il a des intérêts. Pratiquement, le gérant agira avec circonspection en obtenant l'accord des associés préalablement à toute convention de cette nature.

Une jurisprudence constante décide que, mandataire, le gérant répond de l'accomplissement de son mandat. Quand il est rémunéré, ce qui est à la règle courante, il est traité comme un mandataire salarié et sa responsabilité est engagée suivant l'article 1992 du Code civil.

419. Pouvoirs des associés non gérants. Les associés non gérants ne sont pas exclus de la vie sociale, puisque le contrat de société implique une collaboration active (*affectio societatis*).

Ils ont donc tout d'abord un droit de contrôle de la gestion normale. Ce contrôle se justifie par la responsabilité personnelle et indéfinie qui pèse sur tous les associés. Deux fois par an, les associés ont le droit d'obtenir eux-mêmes communication au siège des livres et documents sociaux. Le droit de prendre connaissance emporte celui de prendre copie. L'associé peut se faire assister d'un expert. Les associés peuvent également poser des questions écrites auxquelles les gérants répondront par écrit (C. com., art. L. 221-8).

Les associés doivent intervenir afin d'autoriser le gérant à accomplir les actes qui excèdent ses pouvoirs. La loi de 1966 a même prévu leur réunion en assemblées. L'article L. 221-7 du Code de commerce organise la communication et l'approbation des documents comptables établis par les gérants.

420. Présence d'un commissaire aux comptes. La loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises favorise la nomination des commissaires aux comptes. La présence de ces derniers au sein des sociétés constitue en effet une garantie pour les associés. La nomination peut être décidée par les associés. La présence d'un commissaire aux comptes est obligatoire pour les sociétés d'une certaine importance. Enfin un associé peut faire désigner un commissaire aux comptes par le président du tribunal de commerce statuant en référé (C. com., art. L. 221-9).

Section 3

La dissolution

421. Causes de dissolution de la société en nom collectif. Outre les causes de dissolution communes à toutes les sociétés de commerce, la société en nom collectif subit, plus que toute autre espèce de société commerciale, l'incidence des événements qui atteignent personnellement les divers associés. Les causes de dissolution propres à la société en nom collectif sont des conséquences de l'*intuitu personae* qui la caractérise.

a) La mort d'un associé. La mort d'un associé entraîne la dissolution de la société (C. com., art. L. 221-15). Toutefois, comme l'admet l'article 1870 du Code civil, il est permis de stipuler qu'en cas de décès, la société continuera entre les associés survivants.

b) La survenance d'une incapacité chez l'un des associés ou l'interdiction d'exercer le commerce (C. com., art. L. 221-16).

c) Le prononcé d'un jugement de liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession totale à l'égard de l'un des associés (C. com., art. L. 221-16).

Cependant, des clauses de rachat de la part de l'associé devenu incapable ou tombé en faillite peuvent éviter la dissolution de la société¹.

422. Conséquences de la dissolution. La dissolution doit toujours être publiée au registre du commerce et ne produit d'effet à l'égard des tiers qu'à compter de cette mesure de publicité (C. com., art. L. 237-2).

D'autre part, dans tous les actes et documents émanant de la société, sa raison sociale doit être suivie des mots « société en liquidation » (Décr. 1967, art. 266).

La société étant dissoute, il arrive que l'actif soit immédiatement apporté en bloc à une autre société : c'est le cas de fusion. Mais, le plus souvent, les associés entendent partager l'actif social ; il est alors nécessaire, au préalable, de liquider la société.

1. Com. 8 mars 2005, *Dalloz Affaires* 2005. 839. Il peut ainsi être prévu que le redressement judiciaire d'un associé lui fera perdre cette qualité, dès lors que lui est due la valeur des droits dont il sera privé pour un motif qui est en l'occurrence conforme à l'intérêt de la société.

La société en commandite simple

423. Traits distinctifs. La commandite simple se conclut entre un ou plusieurs associés, les *commandités*, responsables et solidaires et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *commanditaires*¹. Elle est régie sous un nom social qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires.

La société en commandite simple comprend deux sortes d'associés : les commandités, assimilables en tous points à des associés en nom collectif², et les commanditaires.

La présence de ceux-ci la distingue donc de la société en nom collectif.

Section 1

La situation juridique du commanditaire

424. Le commanditaire n'est pas commerçant. À la différence d'un commandité, le commanditaire n'a pas la qualité de commerçant ; aucune des conséquences de cette qualité ne lui est applicable.

Selon la jurisprudence, l'obligation du commanditaire d'effectuer son apport a un caractère commercial. Il s'ensuit que, si le commanditaire tarde à verser la somme qu'il a promise, les intérêts courent contre lui au taux commercial et qu'il peut être poursuivi devant le tribunal de commerce. Toutefois, la jurisprudence n'admet pas toutes les conséquences de cette commercialité ; un mineur non autorisé à faire le commerce peut être commanditaire, soit qu'il hérite de cette situation, soit que la part de commandite soit souscrite pour lui par son représentant qualifié. Cette solution permet, en cas de décès d'un associé en nom que, par application des clauses des statuts, le ou les enfants mineurs du prédécédé deviennent commanditaires dans la société de leur père ; c'est une position d'attente pour leur majorité. L'article L. 221-15 du Code de commerce la prévoit explicitement.

425. Le nom de commanditaire ne doit pas figurer dans la raison sociale. La raison sociale ne peut contenir que les noms des commandités. Si un commanditaire laissait insérer son nom dans la raison sociale, il assumerait par là même la responsabilité d'un associé en nom collectif (C. com., art. L. 222-1).

1. CREDA, *La société en commandite entre son passé et son avenir*, sous la direction de A. Viandier, Litec, 1983.

2. La position des commandités peut être réservée à une SARL ce qui permet de limiter les effets de la responsabilité des commandités.

426. Responsabilité. Le commanditaire n'est responsable des dettes sociales qu'à concurrence de son apport. Le commanditaire n'est tenu ni solidairement, ni indéfiniment des obligations contractées par la société. Son risque est limité à son apport personnel (C. com., art. L. 222-1).

La question s'est posée de savoir à l'égard de qui le commanditaire est tenu de son apport. Deux solutions sont certaines :

- a) il est tenu envers la société ;
- b) si celle-ci ne lui demande pas de réaliser son apport, les créanciers sociaux peuvent agir contre lui par voie d'action oblique en vertu, de l'article 1166 du Code civil.

Mais, en outre, suivant la jurisprudence, les créanciers de la société ont une action directe contre le commanditaire pour l'obliger à effectuer l'apport promis. On justifie cette solution par l'idée qu'en traitant avec la société, les tiers n'ont pas seulement eu en vue l'engagement personnel et indéfini des commandités, mais encore les apports des commanditaires, qui constituent leur gage ; ils peuvent donc l'exiger directement. L'action directe présente cet intérêt qu'elle permet aux créanciers sociaux d'échapper aux exceptions que le commanditaire aurait pu opposer à la société.

Section 2

La défense d'immixtion du commanditaire dans la gestion de la société

427. Étendue de la défense de gérer. Aux termes de l'article L. 222-6, du Code de commerce, « l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu de procuration ». Cette défense d'immixtion des commanditaires s'explique par l'intérêt des tiers : si les commanditaires géraient, les tiers qui traiteraient avec eux pourraient croire qu'ils s'engagent indéfiniment sur tout leur patrimoine et, ces commanditaires, dont le risque est limité, pourraient ne pas avoir toujours le souci d'une gestion prudente.

Parce que cette défense d'immixtion est fondée sur l'intérêt des tiers, seuls sont interdits les actes de gestion externes, mettant les commanditaires en rapport avec les tiers. Sont valables les clauses d'après lesquelles le gérant devra, dans certaines situations ou avant de procéder à certaines opérations, prendre l'avis ou même recueillir l'accord des commanditaires. On admet également que les commanditaires puissent révoquer le gérant et qu'ils soient appelés, en cas de décès, de retraite ou de révocation d'un gérant, à participer à la désignation de son remplaçant.

La loi permet aux commanditaires d'obtenir la communication de documents sociaux et de poser des questions (C. com., art. L. 222-5 et L. 222-7).

Enfin, le commanditaire peut être employé par la société dans toutes sortes de fonctions mais celles-ci ne doivent pas le conduire à représenter la société dans des transactions ou des contrats avec les tiers.

428. Sanction. Le but de la prohibition étant de protéger les tiers, conduits par le spectacle de la gestion du commanditaire, à le croire personnellement responsable, la sanction consiste dans sa responsabilité personnelle.

L'associé commanditaire qui fait un acte de gestion externe est tenu solidairement avec les associés commandités des dettes et engagements de la société qui résultent des actes prohibés.

Titre II

La société à responsabilité limitée

429. Caractères fondamentaux. La société à responsabilité limitée est une société dans laquelle la *responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports*. Les droits des associés sont représentés par des *parts sociales*, qui à la différence des actions, ne sont pas librement négociables. En raison de ces deux caractères, la SARL a une *nature hybride*. Elle est difficilement rattachable à une catégorie de sociétés donnée.

Cette forme sociale est la structure la plus adaptée pour les entreprises de taille moyenne. Jusqu'à ces dernières années, la société à responsabilité limitée a été entravée dans son développement par un régime fiscal et social du gérant majoritaire peu avantageux. Aujourd'hui, il existe une *neutralité du droit fiscal* et dans une moindre mesure du droit social qui devrait favoriser la multiplication de ces sociétés déjà au nombre de 600 000.

Le droit de la SARL vient d'être modifié en profondeur par deux textes. La loi du 1^{er} août 2003 autorise la création de SARL à libre capital et donc avec un capital social symbolique d'un euro. L'ordonnance du 25 mars 2004 de son côté, supprime de nombreuses contraintes existantes et autorise certaines SARL à émettre des obligations.¹ La SARL est ainsi à même de concurrencer pleinement la SAS. Elle peut redevenir la forme sociale à privilégier pour les PME². Selon l'usage qui est fait de la liberté offerte par les rédacteurs des statuts, le caractère de société de personne ou de société de capitaux de la SARL peut se trouver renforcer.

Un autre facteur de développement est la création de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) par une loi du 11 juillet 1985. Il faut donc aujourd'hui distinguer la SARL pluripersonnelle (Chapitre 1) et l'EURL (Chapitre 2).

1. H. Lecuyer, *Petites Affiches* 16 avr. 2004 ; J. Monnet, *Dr. sociétés* juill. 2004, comm. 9 ; A. Lienhard, *D.* 2004. 930.

2. B. Saintourens, « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004. 207 ; Brocart, « De l'utilité de constituer une SARL », *Rev. sociétés* 2004. 881. Les statistiques révèlent cet attrait nouveau : *JCP*, éd. E, 2005, actualité 41.

La société à responsabilité limitée pluripersonnelle

430. Le particularisme de la SARL apparaît à l'examen de ses règles de constitution (Section 1), de la situation des associés (Section 2), du régime de la gérance (Section 3), de sa transformation (Section 4) ou de sa dissolution (Section 5).

Section 1

Constitution de la société à responsabilité limitée

§ 1. CONDITIONS DE FOND

431. Associés. La SARL peut ne comporter qu'un seul associé. Alors que traditionnellement elle ne pouvait pas comporter plus de 50 associés, elle peut aujourd'hui compter 100 associés (C. com., art. L. 223-3). S'ils venaient à dépasser ce nombre, la société devrait procéder à la réduction ou se transformer dans l'année en une autre forme sociale. À défaut, la société est automatiquement dissoute.

Les associés ne sont pas commerçants : il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient la capacité d'être commerçants.

432. Apports. Les *apports* en nature doivent être intégralement libérés lors de la constitution de la société. Les apports en numéraire peuvent n'être libérés que d'un cinquième de leur montant. Le reste du capital doit alors être libéré dans un délai de cinq ans. Les parts sont réparties entre les associés dans l'acte constitutif au prorata de la valeur reconnue à leurs apports.

Les *apports en nature* doivent être évalués dans les statuts. Un *commissaire aux apports* est désigné à l'unanimité des futurs associés ou, à défaut, par le président du tribunal de commerce. Cette obligation peut recevoir exception, à l'unanimité des associés, à la double condition que la valeur d'aucun apport en nature n'excède 7 500 euros et que la valeur totale de l'ensemble des apports en nature n'excède pas la moitié du capital. Afin de protéger les tiers (créanciers sociaux), l'article L. 223-9 du Code de commerce déclare que « les *associés sont solidairement* responsables pendant cinq ans vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature, lorsqu'il n'y a pas eu de désignation de commissaires aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports ».

Les *apports en industrie* sont autorisés sans limitation. Ces apports ne concourent pas à la formation du capital social.

Les associés peuvent à certaines conditions retirer les fonds apportés (art. L. 223-8). Ils peuvent le faire si la société n'a pas été immatriculée au registre du commerce et des sociétés dans le délai de six mois à compter du premier dépôt de fonds. L'exigence d'une autorisation judiciaire pour effectuer le retrait est limitée aux hypothèses de demandes individuelles émanant des associés.

433. Capital social. Avant la réforme réalisée par la loi du 1^{er} août 2003, le capital social devait être de 7 500 euros au moins. Aujourd'hui, il n'existe plus de montant minimum. *Le capital peut donc être fixé à un euro.* Par cette mesure, le législateur a voulu favoriser la création d'entreprises. Le capital social se divise en parts sociales égales pour lesquelles, depuis une loi du 11 février 1994, aucun montant minimum n'est exigé¹.

§ 2. CONDITIONS DE FORME

434. Statuts. Les statuts doivent être rédigés par écrit. Tous les associés doivent intervenir à l'acte en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial. Dans cet acte, ils indiquent comment les parts sociales sont réparties entre eux, et déclarent qu'elles sont intégralement libérées. S'il a été fait des apports en nature, l'acte doit en contenir l'évaluation.

435. Publicité. La société à responsabilité limitée est soumise à la publicité exigée de toutes les sociétés : avis dans un journal d'annonces légales, dépôt du dossier au CFE aux fins d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés et insertion d'un extrait au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Les modifications intervenant au cours de la vie sociale sont également soumises à publicité.

Cette publicité normale est doublée ici de ce qu'on nomme une « publicité permanente » : dans tous les documents émanant de la société, la dénomination sociale doit toujours être précédée, ou suivie immédiatement, des mots écrits visiblement en toutes lettres : « société à responsabilité limitée » ou des initiales « SARL » et de l'énonciation du montant du capital social (Décr. 23 mars 1967, art. 28).

Section 2

Les associés

436. Les associés disposent d'un droit à l'information (§ 1), d'un droit de vote (§ 2), d'un droit aux bénéfices (§ 3) et d'un droit de céder leurs parts à certaines conditions (§ 4).

1. L. Nurit-Pontier, « La détermination statutaire du capital social des SARL : enjeux et conséquences », *D.* 2003. chron. 1612.

§ 1. LE DROIT À L'INFORMATION

437. *Prérogatives de l'associé.* Les associés disposent des prérogatives suivantes.

Ils ont *droit à une information permanente* portant sur les comptes annuels, les rapports de gestion, les procès-verbaux d'assemblée des trois dernières années. L'assemblée générale ne peut pas se tenir avant l'expiration du délai de quinze jours nécessaire à la communication des documents.

Ils doivent recevoir du gérant, quinze jours avant la tenue de l'assemblée annuelle, les comptes sociaux, le rapport de gestion, le texte des résolutions proposées, le rapport du commissaire aux comptes s'il en existe. La présence de commissaires aux comptes au sein des sociétés est de plus en plus souhaitée. Aussi, la loi du 1^{er} mars 1984 fait-elle obligation à certaines SARL, importantes par leur bilan, leur chiffre d'affaires ou leurs salariés, de désigner un commissaire aux comptes. Sinon, la désignation est facultative. La nomination peut aussi être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital (C. com., art. L. 223-35). Les commissaires aux comptes qui doivent être choisis sur une liste officielle sont nommés par les associés pour une durée de six exercices. Il s'agit de garantir leur indépendance. Pour la même raison, il existe de nombreux cas d'incompatibilité (C. com., art. L. 223-38).

Les associés ont le droit de poser des questions écrites et de demander la désignation d'un expert de gestion.

§ 2. LE DROIT DE VOTE

438. *Assemblées.* En principe, le droit de vote s'exerce dans le cadre des assemblées. La tenue de l'assemblée est même obligatoire pour approuver les comptes annuels, le rapport de gestion et l'inventaire. En dehors de ce cas, toutes les décisions ou certaines d'entre elles peuvent être prises par consultation écrite des associés ou peuvent résulter du consentement de tous les associés.

L'assemblée est convoquée par le gérant ou à défaut, par le commissaire aux comptes. Elle peut aussi l'être, par les associés représentant la moitié du capital social ou le quart en nombre et en capital. Tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour.

La loi prévoit la possibilité d'organiser des consultations écrites (C. com., art. L. 223-27). Les associés ont alors quinze jours pour répondre à la question posée.

Des dispositions spécifiques s'appliquent en présence d'un associé unique gérant. Dans un tel cas, le dépôt au registre du commerce et des sociétés du rapport de gestion, de l'inventaire et des comptes suffit à valoir approbation des comptes.

439. *Quorum.* Les décisions doivent être prises à des majorités qui varient en fonction de leur gravité et de leurs conséquences pour la société. Chaque part sociale donne droit à une voix (C. com., art. L. 223-28).

La majorité absolue des voix et donc des parts est exigée pour les décisions ordinaires telles l'approbation des comptes, des conventions réglementées, la désignation des gérants. À défaut et sur seconde convocation, la décision est prise à la majorité des voix exprimées sauf pour la révocation des gérants. Les statuts peuvent prévoir une majorité plus élevée.

Depuis la loi LME du 4 août 2008 les associés peuvent prévoir des assemblées par visioconférence. Il est alors possible de prévoir que sont réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les associés qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification (C. com., art. R 223-24)

Les conventions passées entre la société et ses associés ou gérants obéissent à un régime spécial (C. com., art. L. 223-19). L'assemblée n'a pas à se prononcer sur les opérations courantes conclues à des conditions normales. Pour les autres, l'assemblée se prononce au vu d'un rapport établi par le commissaire aux comptes ou à défaut par le gérant. Les conventions non approuvées produisent néanmoins leurs effets, à charge pour le gérant et s'il y a lieu pour l'associé contractant, de supporter individuellement ou solidairement selon les cas, les conséquences préjudiciables à la société. En principe, la contestation d'une convention réglementée ne peut donc aboutir qu'à une action en responsabilité qui se prescrit par trois ans. La Cour de cassation a cependant admis une action en nullité fondée sur un abus de majorité¹.

La majorité des trois quarts des parts sociales est exigée pour les décisions de modification des statuts, pour l'augmentation ou la réduction du capital. Toute clause contraire est réputée non écrite. L'unanimité est requise pour un transfert de siège social à l'étranger ou la transformation en SNC ou en société civile.

La loi en faveur des petites et moyennes entreprises assouplit ces quorums et ces règles de majorité pour les modifications statutaires (L., art. 35, mod. C. com., art. L. 223-30).

§ 3. LE DROIT AUX BÉNÉFICES

440. Portée de la règle. Le droit de l'associé aux bénéfices se traduit par plusieurs règles. L'associé a droit aux dividendes, aux réserves et au boni de liquidation. Il convient cependant de respecter les exigences de la réserve légale (C. com., art. L. 232-10).

En principe, les bénéfices sont distribués proportionnellement au nombre de parts. Mais il est possible de prévoir des parts sociales privilégiées².

§ 4. LA CESSION DES PARTS

441. Forme de la cession. La part sociale n'est pas un titre négociable. La cession doit être constatée par un écrit qui est exigé à titre de preuve. L'original peut ensuite être déposé au siège de la société. Il est également possible d'informer la SARL de la cession en la lui *signifiant* par acte d'huissier ou en recueillant son *acceptation dans un acte notarié*.

Pour être opposable aux tiers, la *cession doit être publiée* au registre du commerce et des sociétés. La cession doit également être enregistrée ce qui entraîne un coût de 4,80 %.

442. Restrictions à la liberté de cession. La SARL est une société où la *considération de la personne est importante*. Pour cette raison, la cession de parts n'est pas toujours libre. Cependant depuis la réforme intervenue en 2004, il existe une *libéralisation du contrôle des transmissions et cessions de parts sociales*.

1. Com. 21 janv. 1997, *Rev. sociétés* 1997. 529 ; *JCP*, éd. E, 1997. II. 22960, note F.-X. Lucas ; *D.* 1998. 64, note I. Krimmer ; *Bull. Joly* 1997. 314, obs. P. Le Cannu ; *JCP*, éd. E, 1997. II. 965, note J.-J. Daigre.

2. J.-M. de Mermond de Vaulx, « Les parts sociales privilégiées », *JCP*, éd. E, 1993. I. 294.

Entre coassociés, la cession est en principe libre, sauf clause des statuts prévoyant l'exigence d'un agrément.

L'agrément est toujours nécessaire lorsque la cession intervient au profit d'un tiers. Le projet de cession doit alors être notifié à la société et aux associés. Pour que l'agrément soit donné, il faut que la majorité en nombre des associés et la moitié des parts sociales soient réunies. Les statuts peuvent se montrer plus exigeants. Il est ainsi possible de renforcer l'*intuitu personae* de la société. Le consentement est réputé acquis si la société n'a pas fait connaître sa décision dans les trois mois de la notification.

En cas de refus d'agrément, plusieurs possibilités sont offertes (C. com., art. L. 223-14). Les associés sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de ce refus, d'acquérir ou de faire acquérir les parts à un prix fixé dans les conditions prévues par l'article 1843-4 du Code civil. Le gérant peut demander une prolongation du délai. Le juge ne peut octroyer un délai supérieur à six mois.

Le cédant peut également renoncer à la cession de ses parts. Si l'interprétation de l'article L. 223-11, alinéa 3, proposée par la doctrine est retenue, ce droit pourrait s'exercer même postérieurement à la saisine de l'expert et à la communication par ce dernier du prix de rachat.

La société peut également, avec le consentement de l'associé cédant, décider, dans le même délai de réduire son capital du montant de la valeur nominale des parts de cet associé et de racheter ses parts au prix déterminé.

En cas de contestation, le prix de la cession est fixé par expert selon une procédure fixée par l'article 1843-4 du Code civil. Les frais d'expertise sont à la charge de la société.

Les parts sociales sont librement transmissibles par voie de succession ou en cas de liquidation de communauté de biens entre époux et librement cessibles entre conjoints et entre ascendants et descendants. Dans ces cas, un agrément peut être exigé par les statuts dans les mêmes conditions que celles prévues pour l'agrément d'un tiers (C. com., art. L. 223-13).

L'article L. 223-13 du Code de commerce est complété pour *offrir de nouvelles libertés dans la gestion patrimoniale et la transmission d'entreprises*. Les statuts peuvent prévoir que la société continuera, après le décès d'un associé, seulement avec les associés survivants. Les statuts peuvent prévoir qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuera avec son héritier dès qu'il aura été agréé. Il peut enfin être stipulé que la société continuera soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires.

Section 3

La gérance

443. Statut des gérants. La SARL est gérée par une ou plusieurs personnes physiques. Les gérants peuvent être choisis en dehors des associés. Ils sont nommés par les associés selon la procédure prévue par l'article L. 223-29 du Code de commerce dans les statuts ou par un acte postérieur. En principe, le gérant est donc nommé par une décision adoptée par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Cependant, si cette majorité n'est pas obtenue, et sauf stipulation contraire des statuts, les associés, sont, selon les cas, convoqués ou consultés une seconde fois et les décisions sont prises à

la majorité des votes émis, quel que soit le nombre des votants. La nomination des gérants en cours de société peut être décidée à la majorité de plus de la moitié des parts sociales (C. com., art. L. 223-18). Les statuts peuvent exiger une majorité plus élevée. Une publicité de la nomination du nouveau gérant doit être réalisée, principalement au registre du commerce et des sociétés.

Le gérant peut être *majoritaire ou minoritaire*. La gérance est majoritaire lorsque le ou les gérants ensemble possèdent plus de 50 % des parts sociales. Pour le décompte des parts, il est tenu compte de celles détenues indirectement, principalement par le conjoint et les enfants non émancipés. Pendant longtemps, le statut fiscal et social du gérant minoritaire a été très avantageux. Beaucoup de « fausses gérances minoritaires » ont ainsi été créées. Des lois récentes ont uniformisé les deux statuts.

Un gérant peut *cumuler sa fonction avec un contrat de travail* conclu avec la société. La jurisprudence impose cependant trois conditions difficiles à réunir, tout particulièrement dans les PME et lorsque le gérant est majoritaire.

Tout d'abord, le contrat de travail doit correspondre à un *travail effectif* et ne doit pas avoir pour seul but de conforter la situation du gérant dans la société. Ensuite, il doit exister une *nette indépendance entre les fonctions de gérant et celles techniques, de l'intéressé* au titre du contrat de travail. Enfin, la preuve de l'existence d'un *lien de subordination* à l'égard de la société doit être rapportée¹. Pour cette raison, le gérant majoritaire ne peut être salarié.

Le cumul présente plusieurs intérêts. En cas de révocation de ses fonctions, le gérant peut se prévaloir d'un licenciement abusif. Son salaire peut lui être versé par l'AGS en cas de survenance d'une procédure collective.

Le gérant peut être rémunéré ou exercer ses fonctions gratuitement. Le plus souvent, la rémunération est fixée par l'assemblée des associés. Le gérant peut prendre part au vote dès lors que l'on considère que la détermination de la rémunération ne constitue pas une convention entrant dans le champ d'application de l'article L. 223-19 du Code de commerce. Le caractère institutionnel de la société est privilégié.

La *cessation des fonctions* de gérant intervient à l'arrivée du terme prévu lors de la désignation.

Le *gérant peut être révoqué* par décision des associés dans les conditions de l'article L. 223-29, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte. Les conditions de nomination et de révocation sont donc alignées. Appliquant la *théorie des incidents de séance*, la jurisprudence admet que la révocation puisse intervenir sans avoir été spécialement prévue à l'ordre du jour². Si la *révocation intervient sans justes motifs*, elle donne *droit à dommages et intérêts*³. Il en va de même si la révocation est intervenue dans des conditions de nature à porter atteinte à la réputation du gérant, à son honorabilité. La révocation du gérant est ainsi considérée comme abusive si les circonstances ayant entraîné la révocation sont injurieuses ou vexatoires⁴. Les associés commettent une faute personnelle

1. Soc. 24 nov. 1992, *RTD com.* 1993. 530, obs. Cl. Champaud et G. Danet.

2. CA Paris, 12 févr. 1991, *Bull. Joly* 1991. 410, note P. Le Cannu.

3. Le juste motif peut être une faute comme une violation de la loi, un non-respect des statuts, une faute de gestion. Ce n'est pas uniquement une faute. Il peut s'agir d'une mésentente entre les gérants lorsque celle-ci est de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société (Com. 4 mai 1999, *Dalloz Affaires* 2000. somm. 236, obs. J.-Cl. Hallouin). Pour un courant de la doctrine, il suffit même que les circonstances rendent la présence du gérant non conforme à l'intérêt social.

4. Com. 1^{er} févr. 1994, *JCP*, éd. E, 1994. I. 363, n° 7, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1994. 413, note R. Baillod.

susceptible d'engager leur responsabilité dès lors que leur décision est prise en violation flagrante des règles légales relatives à la tenue des assemblées et est inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social qui caractérise une volonté de nuire.

Tout associé peut également présenter devant le tribunal une demande en révocation pour cause légitime (C. com., art. L. 223-25).

Il y a juste motif ou cause légitime de révocation lorsque l'attitude du gérant constitue une faute de gestion ou est de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société¹.

Le gérant nommé pour une durée déterminée n'a pas, au terme de ses fonctions, un droit au renouvellement de celles-ci, mais leur non renouvellement peut donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts, si les circonstances qui l'entourent révèlent des conditions humiliantes ou vexatoires².

En cas de décès du gérant unique, le commissaire aux comptes ou tout associé convoque l'assemblée des associés à seule fin de procéder au remplacement du gérant.

444. Pouvoirs et obligations des gérants. Des dispositions préservent les intérêts des tiers et des associés.

Les tiers qui contractent avec un gérant sont *protégés* (C. com., art. L. 223-18). Le gérant est en effet investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. La société n'est pas engagée dans deux hypothèses. D'une part, si l'acte du gérant relève de la compétence de l'assemblée générale. D'autre part, lorsque l'acte ne relève pas de l'objet social à la condition qu'il soit prouvé que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Les tiers qui contractent avec la société n'ont pas à tenir compte des clauses statutaires limitant les pouvoirs du gérant. En cas de pluralité de gérants, la restriction des pouvoirs de l'un des gérants n'est opposable aux tiers que s'ils en ont connaissance.

Le gérant dispose de deux pouvoirs nouveaux (art. L. 223-18). Il peut décider le déplacement du siège social dans le même département ou dans un département limitrophe. Il peut mettre en harmonie les statuts avec les dispositions de la loi et des règlements. Les décisions prises doivent alors être ratifiées par les associés statuant aux conditions de majorité requises pour la modification des statuts.

Dans ses *rapports avec les associés*, le gérant est tenu de représenter la société. Il a l'obligation de respecter les dispositions légales, principalement celles concernant la tenue des assemblées. Le gérant a un pouvoir général de gestion. Dans le silence des statuts, il peut accomplir tous actes de gestion dans l'intérêt de la société. Les statuts prévoient souvent des clauses imposant aux gérants de solliciter une autorisation de l'assemblée pour conclure des conventions importantes. L'acte passé en violation de la clause est inopposable à la société. Il peut justifier une révocation du gérant.

Les conventions passées par le gérant avec la société sont soumises à un régime impératif.

Certaines conventions sont interdites. Il est interdit aux gérants de contracter sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser

1. Com. 4 mai 1993, *Rev. sociétés* 1993, 800, note P. Didier.

2. Com. 17 déc. 2002, *D.* 2003, 207, obs. A. Lienhard.

par elle leurs engagements envers les tiers (C. com., art. L. 223-21). Les actes passés en violation de l'interdiction sont nuls de nullité absolue. La nullité ne peut cependant être opposée aux tiers de bonne foi. L'interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants, ainsi qu'à toute personne *interposée*.

445. Responsabilité des gérants. Responsabilité civile. Conformément au droit commun, les gérants sont responsables civilement, individuellement ou solidairement selon les cas, envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la loi, soit des violations des statuts, soit des fautes par eux commises dans leur gestion¹. Les fautes commises par les gérants dans l'exécution de leur mandat engagent leur responsabilité envers la société, personne morale, et donnent lieu à des actions sociales². En outre, des actions individuelles sont ouvertes à toute personne associée ou non, lésée par un acte illicite du gérant. L'action sociale est éteinte par le quitus de l'assemblée générale sauf en cas de dol³.

Si la liquidation ou le redressement judiciaire de la société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal de commerce peut, à la requête de l'administrateur, décider que les dettes sociales seront supportées par le gérant jusqu'à concurrence d'un montant déterminé. La règle s'applique à tous les gérants qu'ils soient associés ou non, salariés ou non. La condamnation peut être prononcée solidairement contre tous, ou seulement contre un seul. La même règle s'applique aux associés qui ont participé effectivement à la gestion. Pour dégager leur responsabilité ces gérants ou associés doivent faire la preuve qu'ils ont géré les affaires sociales avec toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié (C. com., art. L. 223-24).

446. Responsabilité pénale. En vertu de l'article L. 241-3 du Code de commerce, sont punis des peines de l'escroquerie les gérants qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré des distributions de dividendes fictifs, qui ont sciemment présenté aux associés un bilan faux ou qui, de mauvaise foi, ont fait usage des biens, du crédit de la société ou de leurs pouvoirs, contrairement aux intérêts de la société, dans un but personnel ou pour favoriser une autre société, dans laquelle ils se trouvaient intéressés.

Section 4

L'émission d'obligations

447. Conditions. Afin de favoriser le développement des SARL, l'ordonnance du 25 mars 2004 autorise certaines d'entre elles à émettre des valeurs mobilières. Il doit en premier lieu s'agir d'une SARL tenue de désigner un commissaire aux comptes. Sont donc visées les SARL dépassant deux des trois seuils visés par les textes : 1 550 000 euros de total de bilan, 3 100 000 euros de chiffre d'affaires HT, 50 salariés. Les comptes des trois

1. CA Paris, 18 juin 1998, *Bull. Joly* 1999. 71, obs. B. Saintourens.

2. Le gérant démissionnaire doit s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale pendant le préavis : Com. 12 févr. 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1603, note J. Monnet.

3. Lorsqu'une action sociale est introduite, le tribunal peut désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter la société lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la société et ses représentants légaux.

derniers exercices de douze mois doivent en second lieu avoir été régulièrement approuvés par les associés.

L'émission ne peut se réaliser par appel public à l'épargne. Tout démarchage et toute publicité sont donc interdits.

La décision d'émission relève de la compétence de l'assemblée générale des associés. La décision est prise par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié des parts sociales. Le régime des émissions et le droit des souscripteurs sont pour une large part empruntés aux sociétés par actions. Le décret du 11 décembre 2006 précise dans quelles conditions les souscripteurs sont informés sur la société et les conditions de l'émission.

Section 5

La transformation et la dissolution

448. Principes. L'article L. 223-43 du Code de commerce prévoit la transformation de la SARL en un autre type. Mais elle distingue :

a) la transformation d'une SARL en SNC ou en société en commandite exige l'accord unanime des associés ;

b) la transformation en SA ne peut être décidée si la SARL n'a pas établi et fait approuver par les associés le bilan de ses deux premiers exercices. La transformation peut aussi être décidée par des associés représentant la majorité des parts sociales, si les capitaux propres figurant au dernier bilan excèdent 750 000 euros.

Toute décision de transformation est précédée du rapport d'un *commissaire à la transformation* chargé d'apprécier sous sa responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers (C. com., art. L. 224-3). Toute transformation effectuée en violation de ces règles est nulle.

449. Causes de dissolution. La société à responsabilité limitée n'est pas dissoute lorsqu'un jugement de liquidation judiciaire, la faillite personnelle, l'interdiction de gérer prévue par la loi du 25 janvier 1985 ou une mesure d'incapacité est prononcé à l'égard de l'un des associés. La loi a donc écarté les causes de dissolution qui atteignent les sociétés par intérêts.

Si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, les associés décident, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société.

Si la dissolution n'est pas prononcée à la majorité exigée pour la modification des statuts, la société est tenue, au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue, de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social.

En cas de carence, tout intéressé peut demander en justice la dissolution.

L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

450. Particularisme. L'EURL est une société d'une seule personne, ce qui est de nature à surprendre si l'on s'en tient à la conception classique de la société-contrat. Sa reconnaissance tend à conforter ceux qui voient dans la société une structure juridique d'organisation de l'entreprise. Sa reconnaissance (§ 1) fut le résultat d'un choix théorique délicat. Le régime applicable à cette variété de SARL révèle la part d'artifice que traduit une telle reconnaissance (§ 2).

§ 1. LA RECONNAISSANCE DE L'EURL

451. Raisons d'être. L'EURL a été autorisée par une loi du 11 juillet 1985¹. Dans la loi de 1966, il était simplement admis que la réunion de toutes les parts de la société entre les mains d'un associé n'entraînait pas la dissolution immédiate de la société. Ce tempérament ne suffisait pas à répondre aux exigences de la pratique. Pour bénéficier des avantages fiscaux et sociaux liés à la constitution d'une société, beaucoup d'entrepreneurs constituaient des SA et des SARL alors que la taille de leur entreprise ne le justifiait nullement. Il y avait ainsi multiplication de sociétés de façade. À l'image des droits étrangers, il apparut donc nécessaire d'offrir une *structure souple à tous les entrepreneurs exerçant individuellement*.

452. Le choix théorique. Une fois admis le principe, il fallait le mettre en œuvre. Or, techniquement, deux possibilités étaient offertes au législateur. La technique du *patrimoine d'affectation* pouvait être envisagée. Une personne aurait pu alors affecter une partie de ses biens à son entreprise et ainsi limiter le montant de son engagement. Il aurait alors fallu admettre qu'une personne puisse être à la tête de deux patrimoines : son patrimoine personnel et son patrimoine affecté à l'entreprise. Or, en 1985, le *principe de l'unité du patrimoine* s'imposait encore.

Beaucoup n'étaient donc pas prêts à admettre l'existence d'une exception aussi importante à ce principe sacré. Dès lors, seule une autre possibilité s'offrait au législateur. Il suffisait d'admettre la possibilité de créer une *société d'une seule personne*. C'est au principe

1. J.-J. Daigre, « Défense de l'EURL », *JCP* 1986. I. 3255 ; « L'EURL : vrais regrets, vrais intérêts », *RTD com.* 1988. 1 ; J. Mestre et G. Flores, « L'EURL », *Rev. sociétés* 1986. 15 et s. ; P. Serlooten, « L'EURL », *D.* 1985. 187 ; J. Paillusseau, « L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle », *JCP* 1986. I. 3242.

selon lequel la société est un contrat conclu entre deux personnes au moins, qu'il est alors apporté une exception. L'audace a paru moins grande. Il n'est pas certain qu'il en soit ainsi car la technique choisie repose sur beaucoup de *fictions*. Une société d'un type nouveau n'est pas née. C'est le régime de la SARL, qui est tout simplement adapté. L'associé unique recueille tous les attributs d'un gérant et des associés.

453. Intérêts de constitution. Constituer une EURL ne présente pratiquement pas d'intérêts fiscaux. La transmission de l'EURL est moins onéreuse que celle d'un fonds exploité individuellement, car la cession de parts est soumise à un droit de 3 % (au lieu de 16,60 % pour le fonds). La création d'une EURL permet cependant d'isoler comptablement son activité ; elle offre plus de souplesse dans la gestion. La limitation de responsabilité qui en est théoriquement la conséquence est illusoire, car les banques pour consentir des crédits ne se contentent pas de la garantie constituée par le capital social. L'associé devra en conséquence s'engager comme caution. Le droit des procédures collectives s'applique également. En fin de société, la dissolution de l'EURL entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique sans qu'il y ait lieu à liquidation (C. civ., art. 1844-5).

L'EURL, c'est son principal avantage, permet cependant d'assurer l'expansion et la pérennité de l'entreprise¹. L'EURL est aussi intéressante pour la constitution de *groupes*. Elle offre une structure pour les filiales à 100 %. Aujourd'hui, les EURL représentent 2 % des sociétés. Il existe donc environ 70 000 EURL. Elle se révèle être une structure attrayante pour les PME. Pour les filiales de groupes, cette structure souffre de la concurrence de la société par actions simplifiée². Il faut noter que les régimes de ces deux structures sont aujourd'hui harmonisées.

Le développement des techniques permettant à un entrepreneur individuel de limiter sa responsabilité, qu'il s'agisse de la déclaration d'insaisissabilité, ou de la fiducie est de nature à limiter l'attrait de cette structure.

§ 2. LE RÉGIME JURIDIQUE

454. Création de l'EURL. La société unipersonnelle peut être constituée initialement par un seul associé. La création résulte d'un *acte unilatéral*. L'associé unique peut être une personne physique ou une personne morale. Une EURL ne peut cependant avoir pour associé unique une autre EURL. Depuis la loi Madelin du 11 février 1994, une même personne physique peut être associée unique de plusieurs EURL.

Un décret fixe un modèle de statuts de société à responsabilité limitée dont l'associé unique est le gérant (C. com., art. L. 223-1). Ces statuts s'appliquent sauf manifestation de volonté contraire.

455. Fonctionnement. La gérance est assurée par l'associé unique ou un tiers désigné par lui³. L'associé unique exerce tous les pouvoirs dévolus aux assemblées dans les SARL ordinaires. Les décisions sont répertoriées dans un registre. Les comptes et documents

1. Il existe également des montages combinant la société en nom collectif et les EURL. Il existe ainsi des SNC dont tous les associés sont des EURL ; v. P. Diener, *JCP*, éd. E, 1992. I. 153.

2. L'EURL, *Droit, pratique et perspectives*, Creda, Litec, 2003.

3. Un décret devrait proposer un modèle de statuts-types pour lorsque l'associé unique assume personnellement la gérance.

établis par le gérant sont approuvés par l'associé. La même personne intervient donc le plus souvent avec deux qualités distinctes. Les contrats conclus entre la société et le gérant, associé ou non, sont soumis au droit commun. La loi sur les petites et moyennes entreprises contient quelques dispositions visant à faciliter le fonctionnement de cette structure lorsque l'associé unique est en même temps le gérant. Il en va de même de la loi LME en date du 4 août 2008. La procédure de dépôt des comptes et d'approbation est simplifiée. L'article L. 223-31 du Code de commerce prévoit ainsi un mécanisme simplifié d'approbation des comptes

456. Dissolution et liquidation. La dissolution des sociétés unipersonnelles entraîne la transmission universelle de son patrimoine à l'associé unique. L'ensemble de l'actif mais également du passif de la société entre donc dans son patrimoine¹.

Cette solution peut être extrêmement rigoureuse pour l'associé unique en cas de liquidation judiciaire de la société. Le gage des créanciers sociaux est alors constitué par le patrimoine de l'associé et sa limitation de responsabilité risque de disparaître *ipso facto*. La situation de l'associé unique deviendrait alors comparable à celle d'un commerçant individuel. Si cette analyse devait être confirmée, elle limiterait considérablement l'intérêt de cette structure².

1. B. Rolland, « Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine », *JCP*, éd. E, 2000. 406.

2. B. Rolland, « Les difficultés dues à la liquidation judiciaire des sociétés unipersonnelles », *JCP*, éd. E, 2000. 451 ; Ph. Hoonahher, « L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ? », *JCP*, éd. E, 2000. 933.

Titre III

Les sociétés par actions

457. Caractères fondamentaux. Les sociétés par actions sont des *sociétés de capitaux*. La considération de la personne y joue un rôle réduit, tout particulièrement dans les sociétés faisant appel public à l'épargne.

Les droits des actionnaires sont représentés par des *actions* qui sont des titres librement négociables. La responsabilité des actionnaires est limitée au montant de leurs apports.

La lourdeur du fonctionnement de la société par actions et le peu de souplesse laissée aux rédacteurs de statuts auraient dû entraver son développement. Alors que cette forme sociale devrait en toute logique être réservée aux grandes entreprises, on en recense 172 000.

La forme la plus utilisée de la société par actions est la société anonyme (Sous-titre I). La *société par actions simplifiée*, caractérisée par sa grande souplesse, lui fait aujourd'hui concurrence. La société en commandite par actions répond quant à elle à des exigences bien spécifiques. Ces deux formes sociales seront examinées dans un second temps (Sous-titre II).

La société anonyme

458. Historique. La société anonyme, dont les origines remontent à la fin du XVII^e siècle, est connue du Code de commerce en 1807. La formation d'une société anonyme y est soumise à la nécessité d'une autorisation gouvernementale. Ce système de l'autorisation était voué à la disparition. Les sociétés anglaises qui se constituaient librement, venaient trafiquer en France et un traité de commerce leur avait reconnu en 1862 le droit d'ester en justice devant nos tribunaux. Il n'était pas pensable que, chez nous, les entreprises françaises fussent défavorisées. C'est pourquoi une loi du 23 mai 1863 admit la constitution sans autorisation des sociétés dont le capital ne dépassait pas 20 millions. C'était une étape. Bientôt, toute la législation en la matière fut reprise par la loi fondamentale du 24 juillet 1867 qui consacre la liberté de constitution des sociétés anonymes. Ce texte, souvent amendé et complété, est resté la charte des sociétés par actions jusqu'à la refonte de 1966, intervenue 99 ans plus tard.

459. Diversité des sociétés anonymes. La SA est une structure choisie pour des motivations variées. Longtemps, des entreprises moyennes ont adopté cette forme pour que leurs dirigeants bénéficient d'un statut fiscal et social avantageux. La réforme du statut social des gérants majoritaires de SARL et la création de l'EURL et de la SAS devraient mettre un terme à ces pratiques.

La SA est une structure adaptée aux grandes entreprises. Cependant, au sein de celles-ci, *une distinction s'impose entre celles qui sont cotées et les autres*. Notre législation tient compte de cette différence en soumettant les premières à des règles plus rigoureuses.

460. Particularisme des règles applicables. La SA est une société adaptée à des *entreprises importantes*. Dès lors, dans la SA tout est plus compliqué. C'est qu'il s'agit de protéger et de prendre en compte des intérêts d'un grand nombre de personnes¹. Ce particularisme de la SA justifie beaucoup de règles :

– *celles relatives à la protection des actionnaires*. Les actionnaires sont souvent nombreux et ils ne participent pas à la gestion de la société. Dès lors, par un arsenal de règles, il convient d'organiser leur information et de leur permettre d'exercer un contrôle effectif des dirigeants. Cependant, une réalité s'impose : beaucoup des actionnaires n'exercent pas les droits qui leur sont conférés (l'absentéisme aux assemblées est considérable). L'évolution récente de notre droit conduit dès lors à minimiser le rôle actif des actionnaires au sein de la société ;

1. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éd., 1999. Pour des réactions aux analyses proposées : A. Couret, *Petites Affiches* 15 déc. 1999, p. 12 ; Bergerac et Bernod, *D.* 2000. chron. 315.

– *celles relatives au contrôle des sociétés.* Le pouvoir de contrôle va être confié à des professionnels, tels les commissaires aux comptes ou commissaires aux apports. Au sein des sociétés, ce sont eux qui vont veiller au respect des règles comptables par les dirigeants. S'agissant des SA faisant appel public à l'épargne, l'Autorité des Marchés financiers exerce un rôle important. Elle édicte des recommandations qui visent à protéger les actionnaires. Elle veille également à la bonne tenue du marché boursier ;

– *celles relatives au financement des sociétés.* De plus en plus, les entreprises s'autofinancent. Cela explique l'apparition récente de nouveaux produits financiers. L'existence de ces titres que peuvent émettre les sociétés conduit à minimiser l'importance d'une distinction longtemps prépondérante : celle entre les actions et les obligations ;

– *celles relatives à l'intéressement et à la participation des salariés.* Aujourd'hui, les salariés sont une composante à part entière de l'entreprise. Leur participation se fait par l'intermédiaire d'organes spécialement habilités tel le comité d'entreprise, par la participation de représentants aux conseils d'administration. L'intéressement prend de nombreuses formes. Par exemple, le législateur favorise l'achat par les salariés des actions de leurs sociétés.

461. Évolution contemporaine du droit des sociétés anonymes. Depuis 1966, c'est essentiellement le droit des sociétés anonymes qui s'est profondément transformé. Il ne faut pas s'en étonner. C'est le droit applicable aux grandes entreprises. dès lors, les mutations profondes affectant aussi bien leur actionnariat que leurs techniques de direction ou de financement ne pouvaient être sans conséquences sur les règles de droit applicables. En réalité, *l'évolution a principalement concerné les sociétés cotées.* Le particularisme de ces sociétés, à peine pris en compte en 1966 n'a en effet cessé de croître.

Tout d'abord, il apparaît clairement que ces sociétés ne fonctionnent pas sur le modèle de la démocratie idéale imaginée par les réacteurs de la loi de 1966. Les *actionnaires se désintéressent du fonctionnement de ces sociétés.* Ils font place à des investisseurs souvent organisés (comme les fonds de pension) qui ont pour but la valorisation immédiate de leur placement.

Ensuite, il a été nécessaire de créer un corps de règles pour tenir compte des montages imaginés pour financer et faciliter le développement de ces sociétés. Ainsi est né *le droit financier.* Ce droit est soumis à des impératifs spécifiques. L'un de ses buts est de permettre la protection des *actionnaires minoritaires*¹.

Enfin, les sociétés cotées requièrent, peut-être plus que d'autres, une *certaine souplesse d'organisation et de fonctionnement.* Le droit des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne acquiert ainsi son autonomie. *La distinction* entre la société anonyme ordinaire et celle cotée *devient l'un des clivages majeurs du droit des sociétés contemporain*². Dans les années à venir, on peut penser qu'il ne fera que s'accroître tant les questions soulevées par ces deux variétés de sociétés anonymes sont différentes.

462. Portée de la réflexion relative à la « Corporate governance ». Depuis plusieurs d'années, il existe une réflexion menée par des économistes, des financiers, des investisseurs afin d'adapter notre droit des sociétés et de mieux répondre à l'attente des investisseurs. La « corporate governance » tend à rendre la gestion plus objective, en soumettant

1. L. Danglehaut, « Le nouveau statut des minoritaires dans les SA cotées : l'application du principe de l'équité », *Rev. sociétés* 1996. 217.

2. A. Viandier, « Le droit des sociétés demain ? », *JCP*, éd. E, 2000. 3.

les dirigeants au contrôle vigilant des actionnaires et de leurs représentants, et en utilisant la compétence d'administrateurs indépendants. L'enjeu est de définir le système d'administration et de contrôle le mieux à même de satisfaire les attentes des investisseurs en restaurant la confiance dans les gouvernants d'entreprises et leur capacité à créer de la « valeur actionnariale ». Des rapports dont ceux de MM. Viénot et Bouton ont ainsi proposé une réorganisation des conseils, un rééquilibrage des pouvoirs, une plus grande responsabilité des administrateurs. Le rapport recommande la mise en place de comités indépendants (d'audit, de nomination, de rémunération) et le renforcement de l'information financière.

Ces réflexions ont eu des conséquences dans la pratique. Des comités parallèles au conseil d'administration ont ainsi été créés. Il s'agit de comités de réflexion, d'audit, de fixation des rémunérations des dirigeants.

Ces réflexions ont eu également une influence sur la jurisprudence¹. Elles justifient par exemple la mise à la charge des dirigeants d'un *devoir de loyauté*, le droit de l'administrateur de disposer des informations essentielles pour l'exercice de ses fonctions, les larges pouvoirs reconnus aux actionnaires pour faire sanctionner les atteintes à l'intérêt social.

La pénétration en France des principes américains de la « *Corporate governance* » explique sans pour autant la justifier la réforme de la SAS qui transforme en réalité en profondeur l'ensemble de notre droit des sociétés (*infra*, n° 502).

463. Réformes en cascades. La prise en compte des idées nouvelles devant inspirer le fonctionnement des SA, l'impératif de renouveau expliquent sans les justifier les nombreuses réformes qui interviennent annuellement. Plusieurs textes sont fondamentaux.

Le premier est la loi sur les nouvelles régulations économiques en date du 15 mai 2001. La réforme a eu plusieurs ambitions.²

En premier lieu, le législateur propose un nouveau mode de gestion et de direction de la société. Les statuts peuvent en effet prévoir une répartition différente de celle existante entre le président du conseil d'administration et le directeur général (v. *infra*, n° 410).

En second lieu, la loi tente de renforcer la *transparence* des opérations financières.

L'insuffisance du texte a été soulignée par tous ses commentateurs. Des imperfections vite dénoncées ont été réparées par le décret d'application ou la loi du 29 octobre 2002 relative au cumul.

Le deuxième texte est la loi dite de sécurité financière du 1^{er} août 2003 qui contient une trentaine de dispositions concernant le droit des sociétés³. Ce texte est important car il fixe des principes nouveaux pour le droit financier et crée L'Autorité des marchés financiers qui remplace la COB et le CMF. Pour le droit des sociétés, il est important car il introduit de nouvelles règles qui s'inscrivent dans la logique de « la corporate governance ». La loi renforce l'information et les contrôles. Elle redonne de l'importance aux assemblées d'actionnaires.

1. M. Ch. Piniot, « La *Corporate Governance* à l'épreuve de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », *Mélanges AEDBF* II, 1999, p. 369.

2. *Rev. sociétés* 2002. 503, n° spécial, et spéc. Y. Guyon, *Présentation générale de la réforme*, p. 503, *Bull. Joly*, juill. 2001, n° spécial ; H. Le Nabasque, *Petites Affiches* 5-6 juill. 2001.

3. V. *Petites Affiches* 14 nov. 2003 ; D. Robine et A. D. Merville, « Les apports de la loi de sécurité financière au droit des sociétés : histoire d'un toilettage législatif », p. 69 ; A. Couret, *JCP*, éd. E, 2003. 1390 ; A. Lienhard, *D.* 2003. chron. 1696 ; H. Le Nabasque, *Bull. Joly* 2003. 859 ; D. Schmidt, « Les apports de la loi sécurité financière au droit des sociétés », *Bull. Joly* 2004. 321.

Le troisième texte est l'ordonnance du 24 juin 2004 réformant en profondeur le droit des valeurs mobilières¹.

Ce droit a de nouveau été modifié par les ordonnances du 5 et 29 janvier 2009 réformant les titres financiers et les sociétés cotées.

Avec une telle absence de méthode, le droit des sociétés ne peut bien évidemment pas trouver la cohérence dont il a pourtant besoin.

La distinction entre le droit commun de la société anonyme (Chapitre 1) et le droit applicable aux sociétés cotées (Chapitre 2) s'impose cependant de plus en plus au fil des réformes.

1. T. Massart, *Aspects sociétaires de l'ordonnance du 25 mars 2004*, p. 743 ; *Rev. sociétés* 2004. 461 et s.

Le droit commun de la société anonyme

464. *La société anonyme est une forme sociale dont le régime est très réglementé.* Il l'est peut-être même trop. En 1966, le législateur a eu pour principale ambition de protéger les associés et les tiers. Aujourd'hui, les praticiens réclament plus de souplesse. Il convient d'examiner successivement les règles de constitution (Section 1), d'organisation (Section 2) et la vie (Section 3) de la société anonyme.

Section 1

Constitution de la société anonyme

Il convient d'examiner les règles de constitution (§ 1) et leurs sanctions (§ 2).

§ 1. RÈGLES DE CONSTITUTION

465. Les règles de constitution d'une société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne sont simples. Il y a des conditions de fond (A) et de forme (B) à respecter. Il convient aussi d'assurer la publicité de la constitution (C).

A. Conditions de fond

466. *Exigences minimum.* La société anonyme comprend au minimum *sept actionnaires dans les sociétés faisant appel public à l'épargne*. Depuis la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie cette exigence est supprimée dans les autres cas. *La société anonyme peut ainsi comporter un seul actionnaire.* L'actionnaire unique exerce alors les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale des actionnaires. La société est alors dirigée par un président désigné par l'actionnaire unique et révocable dans les mêmes conditions. Les attributions dévolues au conseil d'administration, à son président ou au directeur général sont exercées par le président de la société. Aucune condition de capacité n'est exigée. Un mineur peut donc être membre d'une SA.

Le *capital social* est d'au moins 37 000 euros.

Seuls les apports en nature et en numéraire sont autorisés. Les apports en industrie, comme les clauses de variabilité du capital sont interdits.

La totalité du capital social doit être souscrite avant la signature des statuts. Il suffit cependant que la moitié des apports en numéraire soit libérée. Le solde est à libérer dans les cinq ans de l'immatriculation, à la demande du conseil d'administration. Les droits des actions non libérées dans les temps sont suspendus.

Les *apports en nature font l'objet d'une évaluation*. Sur demande des fondateurs, le président du tribunal de commerce désigne un *commissaire aux apports*. Il fait un rapport mis à la disposition des actionnaires avant la signature des statuts. Il existe un délit de majoration frauduleuse des apports.

Des *avantages particuliers* peuvent être reconnus à certains actionnaires (un droit de priorité sur les bénéfices par exemple). Pour qu'il y ait avantage particulier, il faut une faveur à personne dénommée. Une procédure particulière protégeant les autres actionnaires et faisant intervenir le commissaire aux apports doit alors être suivie (C. com., art. L. 225-8).

B. Conditions de forme

467. Les statuts. Les statuts doivent contenir un certain nombre de mentions : l'identité des signataires, la spécification de la forme anonyme de la société, sa durée, sa dénomination sociale, son siège, son objet, le montant du capital, le nombre d'actions émises avec indication de leur valeur nominale¹, la spécification des apports en nature, la composition, le fonctionnement, et le pouvoir des organes sociaux, les règles de partage des bénéfices.

Les statuts sont signés par les associés.

C. Publicité de la constitution de la société anonyme

468. Formalités à accomplir. La société anonyme est soumise à la publicité suivante qui renchérit sur celle de toutes les sociétés commerciales.

a) Outre les statuts, il faut déposer au greffe, en double exemplaire, l'acte de nomination des organes d'administration, de surveillance et de contrôle, le certificat du dépositaire des fonds avec la liste des souscripteurs, le procès-verbal des délibérations de l'assemblée constitutive, le rapport des commissaires aux apports sur l'évaluation des apports en nature et les avantages particuliers.

b) L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés n'appelle pas de remarque particulière.

§ 2. SANCTION DES RÈGLES DE CONSTITUTION

469. Nullité de la société. Depuis 1966, le principe est désormais qu'il n'y a pas de nullité en matière d'actes de société sans une disposition expresse de la loi ou si cette nullité ne résulte pas du droit général des contrats (C. com., art. L. 235-1). Or, aucune des conditions spéciales de constitution de la société anonyme n'est sanctionnée par la nullité puisque aucune de ces conditions n'est exigée par la loi à peine de nullité. Mais on notera

1. L'indication de la valeur nominale est devenue facultative (DDOEF 1998, art. 17).

la nécessité de dissoudre la société anonyme dont le capital social viendrait à descendre au-dessous du minimum imposé.

Le défaut de publicité n'est pas davantage assorti de la nullité de la société anonyme (C. com., art. L. 235-2, *a contrario*).

Reste la nullité pour illicéité de l'objet social, qui est d'ordre public et insusceptible de confirmation.

Reste aussi l'article L. 225-8 du Code de commerce : si la procédure de vérification des apports en nature n'a pas eu lieu, la société n'est pas constituée. C'est plutôt une inexistence qu'une nullité.

Resteraient les vices du consentement et les incapacités qui, en droit commun, entraînent l'annulabilité du contrat, mais la loi du 20 décembre 1969, modifiant l'article L. 235-1 du Code de commerce, a précisé que sauf si le vice ou l'incapacité atteint tous les associés fondateurs, la nullité n'est pas encourue dans les sociétés par actions et dans les sociétés à responsabilité limitée.

Ainsi, c'est la menace des sanctions pénales qui doit assurer le respect des exigences de la loi.

470. Responsabilité civile. L'annulation d'une société peut causer un dommage dont il est dû réparation. La loi a organisé dans ce cas un régime de responsabilité qui diffère par certains points de celui du droit commun. Lorsque la nullité n'a pas été prononcée et que le vice a été réparé, la responsabilité du droit commun peut jouer.

La loi ici encore va réduire les conséquences des rares nullités qui subsistent. Seule la nullité pour illicéité de l'objet social est insusceptible de confirmation.

Pour les autres, les fondateurs de la société ne seront responsables que dans les trois ans à compter de l'annulation.

La nullité n'aura ailleurs qu'un effet de dissolution. Elle n'opérera pas rétroactivement.

471. Responsabilité pénale. Les articles L. 242-1 et suivants du Code de commerce frappent de peines correctionnelles certains faits qui peuvent être commis à l'occasion de la constitution de la société. La loi réprime de façon générale par une amende le fait d'émettre des actions d'une société irrégulièrement constituée (art. L. 242-1, al. 1).

Elle réprime plus sévèrement les émissions d'actions faites alors que les versements requis n'ont pas été effectués (art. L. 242-1, al. 2).

Enfin, elle punit des peines de l'escroquerie : l'affirmation, dans la déclaration notariée, de souscriptions ou de versements fictifs ; la simulation de souscriptions pour en obtenir de véritables ; la publication erronée des noms de personnes attachées à la société en vue de provoquer des souscriptions ; les manœuvres tendant à surévaluer les apports en nature (C. com., art. L. 242-2).

Section 2

Organisation de la société anonyme

472. Le Code de commerce précise comment est assurée la direction de la société anonyme (§ 1), quels sont les droits des associés (§ 2), comment est assuré le contrôle (§ 3), et quels sont les droits des salariés (§ 4).

§ 1. LA DIRECTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

473. Option. Le fonctionnement d'une société anonyme est nécessairement complexe. Il faut en effet organiser les modalités de la gestion de l'entreprise. À cette fin, le législateur propose trois structures. Il existe une forme de société anonyme avec conseil d'administration et Président directeur général, qui depuis la loi sur les nouvelles régulations, peut elle-même fonctionner selon deux variantes. Il existe une société dans laquelle le président du conseil assure aussi la direction générale de la société (A) et une société dans laquelle la réalité des pouvoirs est entre les mains d'un directeur général (B) Ces deux formes s'opposent à la société anonyme dotée d'un directoire et d'un conseil de surveillance (C). Des règles sont communes aux deux formes de SA (D).

A. La société anonyme avec conseil d'administration et président directeur général

474. Principes. Dans cette formule dite classique, la société est dirigée par un conseil d'administration et son président. Avant que la loi sur les nouvelles régulations ne soit votée, une distinction était faite entre l'administration confiée au conseil d'administration (1°) et la direction confiée au président et éventuellement à des directeurs généraux (2°). Dans les textes et dans la pratique, il était cependant délicat de distinguer ces deux fonctions. Prenant en compte ces difficultés, la loi sur les nouvelles régulations propose une nouvelle répartition des pouvoirs qui confère un rôle accru au directeur général.

Deux variétés de la société anonyme classique coexistent donc aujourd'hui. Dans la première formule qui est aussi la plus ancienne, le président cumule les fonctions de direction et de représentation. Dans la formule nouvelle coexiste un président qui se contente de présider le conseil d'administration et un directeur général qui assure les fonctions de direction et de représentation.

1° Le conseil d'administration

475. Après avoir précisé le statut de ses membres, les administrateurs (a) il conviendra d'examiner les pouvoirs et les responsabilités du conseil d'administration (b).

a) Les membres du conseil : les administrateurs

476. Nombre d'administrateurs. La société anonyme est administrée par un conseil d'administration de trois membres au moins et de dix-huit au plus (C. com., art. L. 225-17). Le maximum légal peut être dépassé en cas de démission et de révocation du président. En cas de fusion, ce nombre peut être porté à vingt-quatre pendant une durée de trois ans.

Le nombre d'administrateurs doit être fixé dans les statuts. Il peut être stipulé dans les statuts que le conseil comprend des administrateurs *élus par les salariés*. Le nombre de ces administrateurs ne peut être supérieur à quatre (cinq pour les sociétés cotées), ni excéder le tiers du nombre des autres administrateurs. Les administrateurs élus par les salariés ne sont pas pris en compte pour la détermination du nombre minimal et du nombre maximal d'administrateurs prévus (C. com., art. L. 225-27).

477. Conditions de nomination. La loi du 4 août 2008 a mis fin à l'exigence des actions de fonction. Désormais, un administrateur n'est plus obligé de détenir des actions de sa société (C. com., art L 225-25).

Des dispositions limitent le *cumul des mandats* d'administrateurs qu'une même personne peut exercer simultanément. Une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateurs de sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire français. Une dérogation existe pour le cas de sociétés contrôlées (C. com., art. L. 225-21). Ces principes ont été assouplis par une loi du 29 octobre 2002 et par la loi sécurité financière¹. C'est ainsi que l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat (art. L. 225-94-1). Les règles applicables demeurent malgré tout très complexes.

L'administrateur peut être une personne physique ou morale (C. com., art. L. 225-20). Dans ce dernier cas, la personne morale est tenue de désigner un représentant permanent qui est une personne physique soumise aux mêmes conditions et obligations que les administrateurs.

En l'absence de clause dans les statuts, le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de 70 ans ne peut être supérieur au tiers des administrateurs en fonction (C. com., art. L. 225-19).

L'administrateur ne doit pas faire l'objet d'une mesure d'interdiction ou exercer une fonction incompatible.

Des règles précisent les *conditions de cumul de cette fonction avec un contrat de travail* (art. L. 225-22). Deux principes sont alors en conflit. D'une part, le maintien du contrat paraît incompatible avec la nécessaire indépendance de l'administrateur. Le cumul peut aussi permettre la création d'emplois fictifs ou permettre de faire échec au principe de la révocation *ad nutum* du dirigeant. Mais d'autre part, il est de l'intérêt du salarié qui devient administrateur de conserver la protection liée à son contrat de travail. Le compromis suivant a été trouvé.

Un administrateur en fonction ne peut jamais conclure un contrat de travail avec la société. Un tel contrat serait nul. L'administrateur souhaitant devenir salarié doit préalablement donner sa démission.

Un salarié peut devenir administrateur à deux conditions (C. com., art. L. 225-22) : le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif et distinct des fonctions sociales² ; le nombre des administrateurs titulaires d'un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction. Le non-respect de ces exigences est sanctionné par la nullité du contrat de travail.

En l'absence de convention contraire, le contrat de travail d'un salarié devenu mandataire social et qui a cessé d'être lié à la société par un lien de subordination est *suspendu* pendant le temps où il est mandataire³. La solution est différente si une novation intervient

1. C. Malecki, *Dalloz Affaires* 2002, chron. 3066 et 3194 ; S. de Vendeuil, *JCP*, éd. E, 2002, 1727 ; J.-P. Dom, « Cumul des mandats : si le remède s'avérait pire que le mal », *Bull. Joly* 2002, 1095 ; D. Povacchia, « La Corporate governance à la française ou la loi du 29 octobre 2002 », *Droit et patrimoine*, janv. 2003, p. 24 ; *RTD com.* 2003, 118, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; B. Saintourens, « Le cumul des mandats sociaux au sein de la société anonyme après la loi du 29 octobre 2002 », *Rev. sociétés* janv.-mars 2003, p. 1.

2. La condition est plus facilement remplie lorsque les attributions ont un caractère technique. L'emploi salarié doit être différent des fonctions d'administration, donner lieu à une rémunération distincte et impliquer une subordination de l'intéressé à la société.

3. Soc. 11 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, 882, note B. Petit ; Soc. 15 mars 2000, *JCP*, éd. E, 2000, 1444 ; Soc. 26 avr. 2000, *JCP*, éd. E, 2001, 473, note S. Ferries ; *D.* 2001, somm. 475, obs. J.-Cl. Hallouin ; *RTD com.* 2000, 654, obs. Cl. Champaud ; *JCP*, éd. E, 2000, 1807, obs. A. Viandier.

et que le contrat de travail est remplacé par le mandat social¹. En cas de licenciement, la révocation des fonctions d'administrateur ne peut être considérée comme une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Dans les groupes de sociétés, il est admis que le dirigeant d'une filiale puisse être salarié de la société contrôlante².

Certains administrateurs peuvent être élus par tous les salariés (art. L. 225-27). D'autres le sont sur proposition des salariés actionnaires (art. L. 225-23).

Des salariés élus par leurs pairs peuvent participer au conseil d'administration. Cette participation est facultative dans les sociétés privées, obligatoire dans les sociétés du secteur public et les sociétés privatisées. Ces salariés siègent en surnombre et leur nombre est limité par la loi. Ils ont les mêmes droits et les mêmes obligations que les représentants des actionnaires. Ils ne sont pas révocables ad nutum mais seulement pour faute par le président du tribunal de grande instance. Leur contrat de travail ne peut être rompu que par le conseil des prud'hommes (C. com., art. L. 225-33).

Depuis une loi du 17 janvier 2002, il peut être fait obligation de désigner des administrateurs salariés. Les actions détenues par le personnel de la société ainsi que par le personnel de sociétés qui lui sont liées doit représenter plus de 3 % du capital social. Un ou plusieurs administrateurs doivent alors être nommés par l'assemblée générale des actionnaires sur proposition des actionnaires visés à l'article L. 225-102. Ces administrateurs doivent être nommés parmi les salariés actionnaires.

La loi fixe la procédure de nomination des administrateurs. Ils sont soit désignés dans les statuts, soit élus par l'assemblée générale ordinaire, soit cooptés en cas de vacance par décès ou par démission.

478. Durée des fonctions et rémunération. Les administrateurs sont élus pour une durée de six ans ou nommés pour trois ans en cas de nomination dans les statuts. Ils sont rééligibles.

Les administrateurs sont rémunérés par des jetons de présence, rémunération fixe annuelle dont le montant est déterminé par l'assemblée générale. Leur répartition entre administrateurs est déterminée par le conseil d'administration à l'issue d'un vote. Il leur est interdit de recevoir une autre rémunération³. Des rémunérations exceptionnelles peuvent seulement être allouées par le conseil aux administrateurs qui ont été chargés de missions particulières.

479. Droits et obligations des administrateurs. Les administrateurs jouissent d'un *droit d'information* et d'un *droit d'investigation* sur toutes les affaires sociales. À cette fin, le président ou le directeur général de la société a l'obligation de fournir aux administrateurs, et dans un délai suffisant, les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. La loi confirme ainsi un droit consacré à l'origine par la jurisprudence⁴. La loi sur les nouvelles régulations reconnaît à chaque administrateur le droit de recevoir les informations

1. Soc. 11 mai 1999, *RJ com.* 2000. 280, obs. D. Gibrila ; *Bull. Joly* févr. 2000, p. 197, note T. Granier.

2. Soc. 11 mars 2003, *Dalloz Affaires* 2004. 275, obs. J.-C. Hallouin.

3. Un administrateur ne saurait par exemple agir sur le fondement de l'enrichissement sans cause pour demander une indemnité correspondant au travail accompli, Com. 16 mai 1995, *JCP*, éd. E, 1995. I. 475, n° 8, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

4. Com. 2 juill. 1985, *D.* 1986. 351, note Y. Loussouarn ; *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 468, note P. Storrer ; *Rev. sociétés* 1986. 231, note P. Le Cannu ; CA Paris, 16 nov. 1995, *JCP*, éd. E, 1996. I. 541, obs. A. Viandier ; J.-P. Bouère, « L'information du conseil d'administration », *JCP*, éd. E, 1992. I. 90.

nécessaires à l'accomplissement de sa mission et le droit de se faire communiquer les documents qu'il estimerait utiles¹. L'administrateur n'a plus à passer par le président.

Les administrateurs sont tenus de *plusieurs devoirs* : ils doivent agir dans l'intérêt social ; ils doivent assister aux séances du conseil. Ils doivent accomplir leurs fonctions avec prudence et diligence. Ils doivent avertir le conseil au cas où ils concluent directement ou indirectement une convention avec la société qu'ils administrent. Ils ne doivent pas utiliser à des fins personnelles une information confidentielle qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une influence sur le cours des titres de la société lorsque ceux-ci sont cotés en bourse. Ils doivent enfin respecter une obligation de discrétion à l'égard des informations qui leur sont données à titre confidentiel (C. com., art. L. 225-37).

Dans l'exercice de leurs fonctions, ils sont susceptibles d'engager leur responsabilité civile ou pénale. L'article L. 225-251 du Code de commerce énonce en effet que « les administrateurs sont responsables, individuellement ou solidairement, selon les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Les administrateurs pourraient se voir reprocher leur passivité au sein des conseils, leur inaction ayant pu être la cause partielle de fautes commises par la société. En sa qualité de dirigeant, l'administrateur peut être condamné à combler l'insuffisance d'actif de l'entreprise en cas d'ouverture d'une procédure collective. Au plan pénal, il risque une poursuite pour abus de biens sociaux.

480. Fin des fonctions. Les fonctions prennent fin en cas de décès et en cas de dissolution de la société. La démission est possible. Dans certaines conditions, elle peut être assimilée à une révocation. Cette dernière est de la compétence de l'assemblée générale ordinaire. L'administrateur est *révocable ad nutum*. Cependant des dommages et intérêts sont dus si la révocation est intervenue dans des circonstances injurieuses ou vexatoires. Il y a alors *abus de droit*. Toutes les dispositions statutaires ou extrastatutaires introduites pour limiter le droit de révocation sont nulles. Pour autant, toute clause prévoyant par avance une indemnisation du dirigeant révoqué n'est pas nécessairement nulle. Le montant de l'indemnisation doit être raisonnable pour ne pas porter atteinte au droit de révocation *ad nutum*.

b) Fonctionnement

481. Organisation. Dans la structure classique de la société anonyme, le conseil d'administration est un *organe délibérant* qui se réunit régulièrement sur convocation du président. Il réunit les administrateurs et les représentants du comité d'entreprise qui n'ont qu'une voie consultative. Les résolutions sont votées, chaque administrateur disposant d'une voix sauf disposition contraire des statuts (C. com., art. L. 225-37). Les statuts et la société déterminent les règles relatives à la convocation et aux délibérations du conseil d'administration. Le conseil ne délibère valablement que s'il réunit la moitié de ses membres (art. L. 225-37). À certaines conditions, une *réunion du conseil par visioconférences* est admissible (art. L. 225-37, al. 3, et Décr. 11 déc. 2006, art. 15 et s.). Le conseil doit être réuni régulièrement. Si le conseil ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois, le tiers au moins des membres du conseil d'administration peut demander au président de convoquer le conseil sur un ordre du jour déterminé (C. com., art. L. 225-36).

1. Com. 8 oct. 2002, *JCP*, éd. E, 2003, note A. Viandier.

482. *Quorum.* Les décisions du conseil sont prises à la majorité des administrateurs en titre présents ou représentés, sauf si les statuts prévoient une majorité plus élevée. La loi pour la confiance et la modernisation de l'économie précise les modes de calcul de quorum lorsque les réunions ont lieu par visioconférence. Le règlement intérieur peut alors prévoir que sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs qui participent à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunications permettant leur identification et garantissant leur participation effective. Les statuts peuvent limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions et prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs. Cette possibilité est écartée lorsque le conseil est réuni pour procéder à l'établissement des comptes sociaux.

c) Pouvoirs et responsabilité du conseil d'administration

483. *Attributions spécifiques.* Le conseil a des *attributions spécifiques*. Il doit convoquer les assemblées et fixer leur ordre du jour. Il dresse les comptes de l'exercice et établit le rapport d'information sur l'activité de la société. Ce rapport est très détaillé. Il rend compte de la participation des salariés au capital social au dernier jour de l'exercice et établit la proportion de capital que représentent les actions détenues par le personnel de la société et par le personnel des sociétés qui lui sont liées. Il comprend la liste des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun de ces mandataires. Dans les sociétés cotées, il comprend également des informations relatives aux conséquences sociales et environnementales de son activité.

Il désigne le président, les directeurs généraux et les directeurs généraux délégués en fixant leur rémunération, il autorise les conventions conclues entre la société et l'un des administrateurs, les directeurs généraux ou les directeurs généraux délégués (C. com., art. L. 225-38). Il autorise les cautions, avals et garanties donnés par le président en faveur des tiers (C. com., art. L. 225-35).

484. *Pouvoir de gestion et de contrôle.* Depuis 2001, le conseil a un *pouvoir de gestion* et un *pouvoir de contrôle*. Jusqu'alors, il était investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Aujourd'hui, le conseil d'administration *détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* (C. com., art. L. 225-35). Dans la limite de l'objet social, le conseil d'administration se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. Il procède aux contrôles opportuns.

L'ordonnance du 24 juin 2004 renforce les pouvoirs des conseils d'administration. Ceux-ci peuvent recevoir des délégations des assemblées d'actionnaires pour réaliser des augmentations de capital ou émettre des obligations¹.

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve (art. L. 225-35, al. 2).

Le conseil ne dirige pas pour autant la société puisque cette fonction est dévolue au président du conseil d'administration ou au directeur général, selon la formule choisie. En

1. J.-P. Mattout, « Les nouveaux pouvoirs financiers des organes de direction », *Rev. sociétés* 2004. 543.

réalité, le conseil doit veiller à ce que ses décisions ainsi que celles de la direction générale soient conformes à l'intérêt social. Il peut aussi être garant de l'intérêt des actionnaires.

Le conseil d'administration peut procéder aux contrôles et vérifications qu'il juge opportun (C. com., art. L. 225-35). Il se voit ainsi reconnaître un droit d'investigation et de conseil.

485. Respect des prérogatives des autres organes. Dans l'exercice de ses fonctions, le conseil d'administration ne doit pas empiéter sur les attributions reconnues aux assemblées. Dans les SA, il existe en effet un principe de hiérarchie des organes sociaux consacré par un arrêt *Motte*¹. Chaque organe, qu'il s'agisse de l'assemblée, du conseil d'administration ou du PDG ne doit pas exercer les prérogatives spécialement conférées aux autres par la loi. Ce principe est rappelé par le nouvel article L. 225-35 du Code de commerce qui réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires.

Ce rôle trop général et assez mal défini reconnu aux administrateurs est à l'origine de controverses et de difficultés. Jusqu'à une date récente, dans la pratique, le conseil était considéré comme une chambre d'enregistrement de décisions prises par la direction générale. Aujourd'hui, il existe un fort courant doctrinal favorable à une extension de son rôle. Le conseil devrait être garant de l'intérêt social et de l'intérêt commun des actionnaires si celui-ci diffère du premier. Le développement des idées relatives à la « Corporate Governance » n'est pas étranger à cette analyse (v. *infra*, n° 398 *bis*). Dans le même temps, il faut admettre que la responsabilité du conseil d'administration puisse être engagée².

La pénétration des idées de la « Corporate Governance » a conduit sur le modèle américain à la création de comités spéciaux au sein du conseil d'administration. Il peut s'agir de comités financiers, de comités stratégiques, de comités chargés de fixer la rémunération des dirigeants, de comités de recrutement.

2° Le président directeur général

486. Statut du président directeur général. Le président du conseil d'administration est toujours élu par le conseil d'administration (C. com., art. L. 225-47). Il doit s'agir d'une personne physique. Sauf clause contraire des statuts, il ne doit pas être âgé de plus de 65 ans. Il doit nécessairement être administrateur. Il ne doit pas cumuler plus de deux mandats de président. Il ne peut être salarié, l'exigence d'un lien de subordination ne pouvant être remplie³.

Le président est désigné pour le temps de son mandat d'administrateur. Son statut au sein de la société est particulier. Il n'est ni commerçant, ni salarié. À l'égard des tiers, il est considéré comme un *organe de la société*. À l'égard des actionnaires, il est considéré comme un mandataire.

La *rémunération* du président prend généralement diverses formes⁴. Tout d'abord, il reçoit le plus souvent un salaire composé d'un montant fixe et d'un intéressement sur les bénéfices. Le conseil d'administration reçoit une *compétence exclusive* pour fixer cette

1. Civ. 4 juin 1946, *JCP* 1947, II, 3518, note Bastian.

2. La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion, *Cah. dr. entr.* 1995/4, spéc. le rapport de D. Schmidt, p. 15.

3. Com. 4 févr. 1997, *Rev. sociétés* 1997, 53706, obs. P. Didier.

4. G. Lyon-Caen, « Encore la rémunération des PDG », *Dalloz Affaires* 1996, 162 ; P. Le Cannu, « Rémunérations des dirigeants de société anonyme et contrôle des conventions », *Bull. Joly* 1996, 567 ; « Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales », *Mélanges AEDBF*, p. 247.

rémunération car celle-ci n'est pas considérée comme une convention réglementée au sens de l'article L. 225-38 du Code de commerce. La jurisprudence veille au strict respect de cette règle et sanctionne les nombreuses tentatives pour la contourner dans un souci de discrétion. Il doit s'agir d'une véritable décision et l'information des administrateurs doit être complète. Le conseil d'administration ne saurait ainsi ratifier la décision individuelle d'un dirigeant, qui sans obtenir préalablement une décision du conseil, se serait alloué une rémunération supplémentaire. L'attribution de la rémunération ne saurait non plus être dévolue à un comité *ad hoc* créé à cette fin. Une commission peut seulement être créée pour préparer la délibération¹.

Les minoritaires peuvent contester une rémunération qui leur paraît excessive sur le fondement de l'abus du droit.

Le PDG bénéficie ensuite souvent d'avantages particuliers comme la mise à disposition gratuite d'une voiture ou d'un logement.

Comme tous les salariés, il peut enfin souscrire des *options de souscription ou d'achat d'actions* (C. com., art. L. 225-177). Le bénéficiaire se voit alors offrir par la société une promesse de vente d'actions en nombre déterminé et pour un prix fixé une fois pour toutes. L'option d'achat est accordée pendant une durée limitée. Le bénéficiaire n'a intérêt à lever l'option que si le cours du titre a monté pendant le délai. Cette technique imitée des « *stock-option* » américains a permis des profits importants.

La pratique des stocks options a été source d'abus de la part de certains dirigeants. Pour cette raison la loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la souscription et de l'actionnariat des salariés a mis en place un dispositif d'encadrement des *stock-options* attribuées aux dirigeants. Le conseil d'administration doit désormais choisir entre interdire aux dirigeants de lever leurs options avant la cessation de leurs fonctions ou leur imposer de conserver au nominatif jusqu'à la cessation de leurs fonctions tout ou partie des actions issues d'options déjà exercées (C. com., art. L. 225-185, al. 4).

Les PDG se font souvent accorder une *retraite*. La pension est considérée comme un *complément de rémunération*, relevant en tant que telle de la compétence du conseil d'administration si elle réunit trois conditions : elle doit être allouée à l'ancien dirigeant en fonction des services qu'il a rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions, elle doit être proportionnée à ces services, elle ne doit pas constituer une charge excessive pour la société². Si tel n'est pas le cas, elle constitue une indemnité exceptionnelle qui doit être autorisée en suivant la procédure prévue à l'article L. 225-38 du Code de commerce³. Une promesse de pension est nulle si elle constitue un obstacle à la libre révocabilité des dirigeants. La pension viagère peut être supprimée en raison des difficultés économiques de la société⁴.

Les dirigeants reçoivent souvent des indemnités de départ. Dans les sociétés cotées, une loi devrait soumettre cet avantage à certaines conditions.

Le mandat du président peut prendre fin par sa *démission*. Celle-ci ne doit pas être abusive, c'est-à-dire donnée dans l'intention de nuire à la société.

1. Com. 4 juill. 1995, *Rev. sociétés* 1995. 507, note P. Le Cannu ; *JCP*, éd. E, 1995. II. 750, note Y. Guyon, et 1995. I. 505, n° 9, obs. A. Viandier, *Bull. Joly* 1995. 968, note J.-Fr. Barbiéri.

2. Com. 11 oct. 2005, *RTD com.* 2006. 133, obs. P. Le Cannu.

3. Com. 10 févr. 1998, *JCP*, éd. E, 1998. 343 ; *Bull. Joly* 1998. 521, note P. Le Cannu ; *JCP* 1998. II. 10122, note D. Gibirila.

4. Com. 24 oct. 2000, *JCP*, éd. E, 2001. 37, note Y. Guyon ; S. de Vendeuil et S. Beaufre, « La pension de retraite du dirigeant social d'une SA », *JCP*, éd. E, 2000. 1942.

Le PDG peut également *être révoqué à tout moment* par le conseil d'administration. Il en va de même si l'assemblée lui retire son mandat d'administrateur. Cette révocation peut intervenir à tout moment, sans préavis, ni précision de motifs, ni indemnité et ne peut dès lors donner lieu à dommages et intérêts qu'en cas d'abus commis dans l'exercice de ce droit¹. Le *principe du contradictoire* doit en outre être respecté. Les dirigeants tentent de faire échec à ce principe de libre révocabilité. Des clauses envisagent deux hypothèses.

En l'absence de toute cession de leur entreprise, les présidents se font souvent consentir lors de leur entrée en fonction des « *golden parachutes* »². Il s'agit d'une compensation qu'une société en quête d'un dirigeant s'engage à lui verser en cas de cessation de ses fonctions, notamment par révocation.

La loi et la jurisprudence limitent cette pratique³.

Le plus souvent, la protection résulte du paiement d'indemnités dues en cas de rupture du contrat de travail. Certains abus conduisent à encadrer voire à limiter ces protections.

La procédure des conventions réglementées doit être respectée (art. L. 225-42-1)⁴.

La jurisprudence frappe de nullité les conventions qui génèrent une charge financière d'une importance telle qu'elle entrave l'exercice du droit de révocation. Dans les grandes entreprises, il peut être tenu compte de l'intérêt social ou des usages. Un texte est en préparation pour limiter ces pratiques.

Lorsqu'il y a cession de contrôle d'une entreprise, le cessionnaire peut prendre des engagements pour le cas où le cédant perdrait ses fonctions au sein de l'entreprise cédée. Ces engagements sont généralement reconnus valables à la condition que l'indemnité soit raisonnable. Dans le cas contraire, elle porterait atteinte à la règle de la libre révocabilité des dirigeants⁵.

487. Présidence du conseil d'administration. Quel que soit le mode de direction choisie, le président du conseil d'administration dispose de prérogatives. Il organise et dirige les travaux du conseil d'administration dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure en particulier que les administrateurs se trouvent en mesure de remplir leur mission (C. com., art. L. 225-51).

Depuis la loi sécurité financière en date du 1^{er} août 2003, le président du conseil d'administration rend compte dans un rapport joint au rapport du conseil d'administration des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle internes mises en place par la société. Le rapport indique les éventuelles limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général (art. L. 225-37). Le rapport est transmis à l'AMF s'il s'agit d'une société cotée.

488. Pouvoir de direction générale. Dans cette première forme d'organisation de la société anonyme le président cumule les fonctions de président du conseil d'administration

1. Ph. Reigné, « Révocabilité *ad nutum* des mandataires sociaux et faute de la société », *Rev. sociétés* 1991. 499 ; Com. 26 nov. 1996, *JCP*, éd. E, 1997. II. 2277.

2. El Ahdad, « Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles », *Rev. sociétés* 2004. 18.

3. J. Delga, « Les indemnités de révocation des PDG de SA en France », *JCP*, éd. E, 2007. 1803.

4. A. Viandier, « La soumission des indemnités de départ des dirigeants sociaux à la procédure des conventions réglementées », *JCP*, éd. E, 2005, 1585.

5. Com. 3 mai 1995, *JCP*, éd. E, 1995. I. 505, n° 10, obs. A. Viandier ; l'accord stipulait l'octroi d'une indemnité égale à deux ans de salaire en cas de départ avant 65 ans ; v. J.-J. Caussain, « Précarité de la fonction de mandataire social », *Bull. Joly* 1993. 523 ; J. Delga, « Révocation sans indemnités des PDG de SA en France mythe ou réalité », *Dalloz Affaires*, n° 25, 1996 ; Com. 26 mai 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1344, note A. Viandier : l'indemnité prévue portait en l'espèce atteinte à la libre révocabilité du dirigeant social.

avec celle de directeur général de la société. Il est alors investi des pouvoirs reconnus au directeur général (C. com., art. L. 225-56).

En premier lieu, le président assume sous sa responsabilité, la *direction générale de la société*. L'article 113 précise son rôle : « Sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires ainsi que des pouvoirs qu'elle réserve de façon spéciale au conseil d'administration, et dans la limite de l'objet social, *le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* ». Le président dispose ainsi des mêmes pouvoirs que son conseil d'administration. Cette compétence partagée n'est pas satisfaisante. Elle explique qu'en pratique le rôle du conseil soit souvent limité au bénéfice du président.

Il existe des limites à l'action du président. Ce dernier doit agir dans la limite de l'objet social. La règle a cependant une portée restreinte puisque dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même pour les actes du président du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. On peut ajouter qu'il doit également respecter l'intérêt social.

En second lieu, le président *représente la société à l'égard des tiers*. Il peut conclure les contrats au nom de la société, représenter la société en justice. Il est responsable des infractions commises par la société à moins d'avoir consenti des délégations régulières.

B. La société anonyme avec président et directeur général

489. Utilité. Dans le modèle nouveau proposé en option par la loi sur les nouvelles régulations, le président du conseil d'administration perd une grande part de ses prérogatives. Il n'a plus le pouvoir de direction générale et de représentation de la société puisque ces prérogatives sont transférées au directeur général.

Cette dissociation peut répondre à plusieurs exigences de la pratique. Le plus souvent un PDG qui a exercé une fonction de direction entend prendre un peu de recul tout en conservant une fonction de prestige et une vue sur la société. Cela facilite souvent une transmission en douceur des fonctions de direction. La formule permet également de faire occuper la fonction de président à une personnalité de premier plan qui par ses compétences ou réseau peut aider l'entreprise. Un même président peut ainsi être présent dans plusieurs entreprises.

490. Statut des directeurs généraux et des directeurs généraux délégués. Le directeur général peut être une personne physique nommée par le conseil d'administration.

Sur proposition du directeur général, le conseil d'administration pourra nommer une ou plusieurs personnes physiques appelées *directeurs généraux délégués*, chargés d'assister le directeur général (C. com., art. L. 225-53, al. 1). Les statuts fixent le nombre maximal de directeurs généraux délégués qui ne peut dépasser cinq. Le statut des directeurs généraux délégués est calqué sur celui des directeurs généraux.

Le directeur général, comme les directeurs généraux délégués, *ne sont pas nécessairement des administrateurs ou même des actionnaires*. Leur rémunération est fixée par le conseil d'administration.

Une personne physique ne peut pas exercer plus d'un mandat de directeur général.

Les statuts doivent prévoir une limite d'âge pour l'exercice de ses fonctions. À défaut, la date limite est fixée à 65 ans.

La durée de ses fonctions peut être fixée par le conseil s'il n'est pas administrateur.

Sa *rémunération* est obligatoirement fixée par le conseil d'administration. Comme le PDG il peut se voir attribuer une retraite par la société si trois conditions sont réunies : la pension doit constituer la contrepartie de services particuliers rendus à la société pendant l'exercice de ses fonctions par le directeur général ; l'avantage accordé doit être proportionné à ces services ; il ne doit pas constituer une charge excessive pour la société.

Le directeur général est révocable à tout moment par le conseil d'administration. Les directeurs généraux délégués sont également révocables à tout moment, par le conseil d'administration sur proposition du directeur général.

La *révocation* du directeur général et des directeurs généraux délégués intervenue sans juste motif donne lieu à des dommages et intérêts (art. L. 225-55). Cependant, lorsque le directeur général assume, en même temps, les fonctions de président du conseil d'administration, sa révocation peut être décidée à tout moment par le conseil d'administration, sans motif (C. com., art. L. 225-47, al. 3). Elle ne peut donner lieu à dommages et intérêts.

Le directeur général peut être responsable civilement à l'égard des tiers pour les fautes détachables de ses fonctions. À l'égard de la société et des actionnaires, il est responsable de ses fautes. Il peut être sanctionné s'il n'agit pas conformément à l'intérêt social ou s'il ne respecte pas son devoir de loyauté. Au plan pénal, il peut être responsable si la preuve d'un délit d'abus de biens sociaux ou d'un usage contraire à l'intérêt de la société est rapportée.

491. Pouvoirs des directeurs généraux et directeurs délégués. La loi confère au directeur général les pouvoirs auparavant dévolus au président du conseil d'administration... Dans ce cas, le directeur général assure la gestion courante de la société et le conseil d'administration la contrôle tout en déterminant les orientations stratégiques de la société.

Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ses pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers. La société est engagée même par les actes du directeur général ne relevant pas de l'objet social, sauf si elle prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du directeur général sont inopposables aux tiers (C. com., art. L. 225-51).

Lorsque la direction générale est assumée par un directeur général, celui-ci peut demander au président du conseil d'administration de convoquer le conseil d'administration sur un ordre du jour déterminé. Cette convocation ne peut pas lui être refusée (C. com., art. L. 225-36-1, al. 3).

Les pouvoirs des directeurs généraux délégués sont déterminés par le conseil d'administration, en accord avec le directeur général. À l'égard des tiers, ils disposent des mêmes pouvoirs que le directeur général.

C. La société anonyme avec directoire

492. Intérêt de la structure. Prenant pour modèle le droit allemand, la loi de 1966 a introduit un deuxième type de société anonyme, la société avec directoire et conseil de surveillance¹. Il s'agissait alors de mieux dissocier la fonction de contrôle de la fonction de direction de la société. En outre, la nouvelle formule devait permettre de mieux associer certains cadres supérieurs à la gestion de la société. Cette formule n'a pas rencontré le succès espéré. De grandes entreprises² ont cependant choisi cette formule dans laquelle deux organes coexistent, le directoire et le conseil de surveillance. La société anonyme classique dotée d'un président non exécutif rend cette formule moins attrayante.

493. Le directoire. Le directoire est un conseil composé d'un nombre de directeurs qui peut varier en fonction de la taille de la société. Un directeur unique peut être nommé lorsque le capital social est inférieur à 150 000 euros ; dans les autres cas, le nombre des directeurs est de 2 à 5. Lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le nombre peut être porté à 7 par les statuts (art. L. 225-58).

La durée du mandat est fixée par les statuts dans des limites comprises entre 2 et 6 ans. En cas de silence des statuts, la durée du mandat est de quatre ans.

Les membres du directoire sont *désignés par le conseil de surveillance*³. Il doit s'agir de *personnes physiques*. La qualité d'actionnaire n'est pas requise. Les membres du directoire, c'est l'un des intérêts de cette formule, *peuvent également être salariés* à la seule condition qu'il s'agisse d'un emploi effectif distinct de la fonction directoriale. Les membres du directoire ne peuvent être membres du conseil de surveillance.

Les *directeurs sont révoqués par l'assemblée générale ou directement par le conseil de surveillance* si les statuts le prévoient (C. com., art. 225-61, al. 1). La révocation intervenue sans juste motif ouvre droit à des dommages et intérêts⁴. Cependant, d'une décision récente rendue à propos d'une société civile, il semble pouvoir se déduire que les statuts peuvent prévoir l'absence d'indemnisation du membre du directoire révoqué, en l'absence même de juste motif.⁵ *Le juste motif de révocation* peut consister en une faute du dirigeant. Mais elle peut aussi résulter d'une divergence de vues entre le directoire et le conseil de surveillance ou l'assemblée des actionnaires⁶. Cependant, dans un souci de renforcer la protection des dirigeants, des juridictions adoptent une conception stricte du juste motif. Ainsi, la mésestimation d'un membre du directoire avec les autres membres, pas plus qu'une position divergente de sa part, ne sauraient, semble-t-il, constituer un juste motif de révocation si celles-ci demeurent sans conséquence sur le fonctionnement de la société⁷. Il peut

1. CREDA, *La pratique de la société à directoire*, Litec, 1980 ; P. Le Cannu, « La société à directoire vingt ans après », *Rev. sociétés* 1986. 565 ; J.-J. Caussain, *Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme*, Litec, 2002.

2. Environ 1/5 de celles composant le CAC 40.

3. Le conseil de surveillance peut, dans les limites prévues par les statuts, désigner un nouveau membre du directoire au cours du mandat de cet organe, dès lors qu'il n'est pas démontré que cette nomination a été décidée de manière frauduleuse : CA Paris, 3^e ch., 14 juin 2002, *Rev. sociétés* 2002. 575, note Y. Guyon ; *JCP*, éd. E, 2003. 627, n° 6.

4. CA Versailles, 27 juin 1996, *Bull. Joly* 1996. 1021, obs. P. Le Cannu ; CA Paris, 5 mars 1999, *Bull. Joly* 1999. 687, obs. P. Le Cannu.

5. Civ. 6 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999. 498, obs. A. Couret ; *Rev. sociétés* 1999. 380, note B. Saintourens.

6. Pour le refus du membre du directoire de consentir à un nouveau mode de calcul des primes : CA Paris, 26 mars 2004, *RTD com.* 2004. 518, obs. Cl. Champaud, et 768, obs. P. Le Cannu ; Com. 13 nov. 2003, *Bull. Joly* 2004. 551, obs. D. Vidal.

7. Com. 19 déc. 2006, *JCP*, éd. E, 2007. 1877, n° 5.

aussi être tenu compte de la nécessaire réorganisation de l'entreprise. Le passage à une SA de forme classique constitue par exemple un juste motif¹.

Une décision a considéré que le juste motif de révocation était constitué par l'incapacité du dirigeant à atteindre les objectifs fixés, ce qui constitue une conception large du juste motif².

Les *pouvoirs du directoire* sont ceux du PDG et du conseil d'administration. Le directoire cumule donc les fonctions de direction et de gestion de la société. Il est soumis aux mêmes limitations de pouvoirs que celles prévues dans la SA classique.

494. Le conseil de surveillance. Il s'agit d'un organe de contrôle qui est composé d'au maximum dix-huit membres qui sont désignés dans les statuts ou élus par l'assemblée générale. Leur nombre minimum est de trois. Depuis la loi Madelin du 11 février 1994 les *salariés* peuvent être nommés *tout en conservant leur contrat de travail*, à la condition que l'emploi exercé soit effectif (C. com., art. L. 225-85). La loi n'exige pas, comme elle le fait pour les administrateurs, que le contrat de travail soit *antérieur* à la nomination au conseil. Un contrat de travail postérieur semble donc pouvoir être conclu si la procédure de contrôle des conventions conclues entre la société et l'un des membres de son conseil de surveillance est respectée (C. com., art. L. 225-86). Le nombre des salariés membres du conseil ne peut pas dépasser le tiers des membres en fonction.

L'*indépendance* des membres de ce conseil est la conséquence de plusieurs règles :

- les surveillants doivent être actionnaires ;
- le cumul avec la qualité de membre du directoire est interdit.

Les membres du conseil n'ont droit à aucune rémunération permanente ou non autre que celles prévues par la loi et celles dues au titre d'un contrat de travail correspondant à un emploi effectif (C. com., art. L. 225-85). Le conseil de surveillance délibère sur la répartition des jetons de présence entre ses membres.

Le statut des membres de ce conseil est assez comparable à celui des administrateurs de la SA de type classique.

Les *pouvoirs de ce conseil* sont précisés à l'article L. 225-68 du Code de commerce. Le conseil exerce le *contrôle permanent* de la gestion de la société par le directoire. Pour exercer cette mission, il peut opérer toutes les vérifications nécessaires et se faire communiquer tous documents utiles. Il peut même semble-t-il se faire assister par un cabinet d'audit³. Il reçoit des rapports du directoire. Les observations relatives au rapport sont présentées devant l'assemblée générale.

Le conseil de surveillance a également des *pouvoirs d'autorisation* qui deviennent importants. Il nomme les membres du directoire, autorise des conventions réglementées, les cautions, avals et garanties, les ventes d'immeubles, les cessions totales ou partielles de participation. Il a seul le pouvoir pour nommer les membres du directoire et de fixer leur rémunération⁴.

1. Com. 4 févr. 1997, *Dalloz Affaires* 1997. 388.

2. CA Paris, 5 mars 1999, *RTD com.* 2000. 113, obs. Cl. Champaud, *Bull. Joly* 1999. 686.

3. CA Paris, 14 juin 2002, *op. cit.* ; solution justifiée par l'exigence de la corporate governance.

4. Com. 12 déc. 1995, *Bull. Joly* 1996. 207, note P. Le Cannu ; la rémunération peut être réduite par le conseil : CA Paris, 14 juin 2002, *préc.*

D. Les règles communes aux deux formes de société anonyme

495. Plusieurs dispositions limitent la liberté des dirigeants. Il existe en premier lieu un régime spécial des conventions conclues entre la société et ses dirigeants (1°). Les garanties consenties par la SA sont également soumises à un régime spécifique visant à prévenir les engagements excessifs (2°). Il convient également de préciser le régime de la responsabilité des dirigeants (3°).

1° Régime des conventions conclues entre la société et ses dirigeants

496. Conventions interdites. Le législateur a redouté les dangers auxquels peuvent donner lieu pour la société les accords qu'un dirigeant passerait dans son propre intérêt avec la société dans le conseil de laquelle il figure. Ces conventions peuvent en effet être un moyen de déguiser un transfert de valeur du patrimoine de la société au patrimoine du dirigeant.

Il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales, aux directeurs généraux et aux directeurs généraux délégués, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte-courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers (C. com., art. L. 225-43). La sanction est la nullité absolue du contrat. La même règle s'applique aux membres du directoire et du conseil de surveillance.

497. Conventions réglementées. La loi sur les nouvelles régulations économiques renforce le dispositif de contrôle des conventions conclues entre l'entreprise et ses dirigeants afin de prévenir les conflits d'intérêts¹. Dans sa rédaction nouvelle, l'article L. 225-38 soumet à autorisation préalable du conseil d'administration toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 5 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 5 %². La loi sécurité financière a élevé le seuil à 10 %. La même procédure est applicable aux conventions auxquelles l'une de ces personnes est indirectement intéressée. Cette procédure est par exemple nécessaire pour l'octroi de retraites complémentaires³.

La loi pour la confiance et la modernisation de l'économie soumet également au régime des conventions réglementées les engagements pris au bénéfice des présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle et correspondant à des éléments de rémunération, des contreparties financières ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci. Toutefois, ce régime est applicable aux seules sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (art. L. 225-42-1, nouv.). Les mêmes règles s'appliquent lorsqu'un salarié tend à occuper une fonction de direction. Ce sont alors les dispositions du contrat de travail

1. Ph. Merle, « Les conventions au sein des groupes », *Petites Affiches* 4 mai 2001, p. 49 ; P. Le Cannu, Les conventions réglementées, *Bull. Joly* 2001. 729 ; R. Vatinet, « Les conventions réglementées », *Rev. sociétés* 2002. 561.

2. B. Caillaud, « Les conventions conclues entre une société anonyme et une société contrôlant une société détenant plus de 5 % des droits de vote de la société anonyme », *JCP*, éd. E, 2002. 272.

3. Soc. 14 janv. 1999, *Rev. sociétés* 1999. 616, note B. Saintourens.

prévoyant les éléments de rémunération qui sont soumis au régime des conventions réglementées.

L'autorisation préalable est également requise lorsque les conventions interviennent entre une société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou de façon générale, dirigeant de cette entreprise.

Dans les sociétés avec directoire, la même procédure s'applique et *c'est le conseil de surveillance qui autorise ces conventions* (C. com., art. L. 225-86).

La procédure d'autorisation ne s'applique pas aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales (C. com., art. L. 225-39). Pour l'appréciation du caractère normal, il est tenu compte des conditions de passation du contrat¹. Les opérations conclues au sein des groupes sont plus facilement considérées comme des opérations courantes². Cependant, la loi sur les nouvelles régulations économiques exige que ces conventions soient communiquées par l'intéressé au président du conseil d'administration. Depuis la loi sécurité financière, *les conventions n'ont pas à être communiquées lorsqu'en raison de leur objet ou de leurs implications financières, elles ne sont significatives pour aucune des parties*. La liste et l'objet de ces conventions sont communiqués par le président aux membres du conseil d'administration et aux commissaires aux comptes. Les actionnaires peuvent également obtenir communication de cette liste et de l'objet des conventions. L'actionnaire qui se verrait opposer un refus de communication peut engager une *procédure d'injonction de faire*. La loi de sécurité financière devrait assouplir les règles applicables³.

La procédure d'autorisation des conventions réglementées non courantes est la suivante. *L'intéressé doit informer préalablement le conseil d'administration*. Celui-ci donne son autorisation par un vote auquel l'intéressé ne prend pas part. Le commissaire aux comptes est informé par le président. Il rédige un rapport spécial mis à la disposition des actionnaires vingt jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale. La procédure prend fin par *l'approbation lors de l'assemblée ordinaire annuelle*. Le défaut d'approbation par l'assemblée n'entraîne pas la nullité de la convention sauf fraude. Les conséquences de la convention peuvent être mises à la charge de l'intéressé, voire des autres administrateurs. Aussi bien au conseil d'administration qu'à l'assemblée générale, l'intéressé ne participe pas au vote et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

L'absence ou le défaut d'approbation par le conseil d'administration est sanctionné par la nullité. Toutefois le juge ne doit prononcer la nullité que si la convention a des conséquences dommageables pour la société (C. com., art. L. 225-42)⁴. Le juge doit donc apprécier si, en raison de l'absence de contrepartie suffisante, il y a atteinte à l'intérêt social. La nullité peut être demandée par la société ou par un actionnaire agissant individuellement. Une *confirmation* de l'acte entaché de nullité peut intervenir mais c'est l'assemblée et non le conseil qui est compétente. La confirmation de la nullité qui ne peut

1. Com. 9 avr. 1996, *Bull. Joly* 1996. 677, note P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1996. 788, note Y. Guyon.

2. V. pour le cas d'une convention de trésorerie : CA Versailles, 2 avr. 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1438, note A. Couret ; et 1639, n° 8, obs. Wicker.

3. C. Malecki, « Les retouches apportées au régime des conventions par le projet de loi de sécurité financière », *D.* 2003. chron. 1350.

4. Com. 19 mai 1998, *JCP*, éd. E, 1999. 32.

être tacite¹ ne peut intervenir qu'après audition d'un rapport spécial du commissaire aux comptes précisant les motifs du non-respect de la procédure.

Les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées pour fraude.

Même en l'absence de fraude, les conséquences préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé et éventuellement des autres membres du conseil d'administration (C. com., art. L. 225-41).

2° Régime des garanties consenties par les sociétés anonymes

498. Exigence d'une autorisation préalable. Les garanties consenties par les SA sont soumises à un régime spécifique car il faut craindre que certains dirigeants tentent d'abuser du crédit social en faisant consentir par la société qu'ils dirigent des garanties au profit de leurs proches en méconnaissance de l'intérêt social.

Une procédure lourde d'autorisation préalable par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance s'applique aux cautionnements, avals et garanties donnés par la société à des tiers (art. L. 225-35 et L. 225-68).

Les conventions concernées sont les garanties personnelles tel le cautionnement ou la garantie à première demande. Il doit s'agir d'une véritable garantie. La pratique des lettres d'intention qui sont des engagements de portée variable souscrits par les sociétés-mères pour le compte de leurs filiales est ainsi à l'origine de difficultés. Pour cette raison, après avoir hésité, la Cour de cassation a énoncé que seules les lettres d'intention donnant naissance à des obligations de résultat sont des garanties relevant de la procédure d'autorisation². La difficulté est cependant repoussée car il faut dégager un critère fiable de distinction des lettres donnant naissance à un tel engagement. Il est tenu compte des termes utilisés. Il y a obligation de résultat lorsque la société-mère prend un engagement de faire tout le nécessaire pour mener à bonne fin les engagements de sa filiale³.

Les garanties concernées doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration qui est nécessairement préalable. Plusieurs possibilités sont reconnues par le décret en son article 89. Chaque année, le conseil peut prévoir des seuils valant pour l'ensemble des garanties ou une seule d'entre elles.

La procédure est obligatoire pour toutes les garanties alors même qu'elles sont consenties dans le cadre d'un groupe.

La contrainte est d'autant plus considérable que le non-respect de la procédure est sanctionné par l'inopposabilité de la garantie souscrite par le président du conseil d'administration ou du directoire⁴. Cette sanction, à la différence de celle de la nullité pourtant concevable, interdit toute confirmation postérieure.

Le seul recours du tiers bénéficiaire de la garantie est de rechercher la responsabilité du dirigeant qui a agi sans avoir le pouvoir d'engager sa société. Mais une telle action se heurte à deux obstacles. D'une part, le dirigeant n'a pas commis de faute détachable de ses fonctions⁵. D'autre part, le tiers a lui-même été négligent en ne se faisant pas

1. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, *Dalloz Affaires* 2000. somm. 234, obs. J.-Cl. Hallouin.

2. Com. 18 avr. 2000, *D.* 2001. somm. 700, obs. L. Aynès.

3. Com. 9 juill. 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1639, note Wicker, et 10166, note D. Legeais ; *Dalloz Affaires* 2002. somm. 3332, obs. L. Aynès.

4. Com. 15 oct. 1991, *JCP*, éd. E, 1992. II ; 295, note J.-F. Barbiéri.

5. Com. 20 oct. 1998, *JCP*, éd. E, 1998. 2025, note A. Couret.

communiquer le procès-verbal de délibération du conseil autorisant la délivrance de la garantie.

3° La responsabilité des dirigeants

499. La responsabilité civile des dirigeants. Les dirigeants qui exercent mal leurs fonctions peuvent engager leur responsabilité car ils causent un préjudice aux actionnaires et aux tiers. Les administrateurs comme les membres du directoire sont ainsi responsables soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SA, soit des violations de statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Les membres du conseil de surveillance sont quant à eux responsables des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat.

Les manquements des dirigeants peuvent causer deux séries de préjudice.

Le préjudice peut concerner la société. Dans un tel cas, pour favoriser la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants, la loi confère aux actionnaires le droit d'agir au nom et pour le compte de la société. Cette *action sociale* « *ut singuli* » ne profite pas aux actionnaires individuellement. L'action est intentée soit par un actionnaire, soit par un groupe s'il représente au moins un vingtième du capital social. Le tribunal peut désigner un mandataire ad hoc pour représenter la société lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la société et ses représentants.

Le préjudice peut être individuel. L'actionnaire qui a subi un tel préjudice propre peut exercer une *action individuelle*. Il agit pour son propre compte et les sommes récupérées tombent dans son patrimoine. Les actionnaires réclamant réparation d'un préjudice causé par les mêmes faits peuvent donner mandat à l'un d'entre eux d'agir en leur nom devant les juridictions civiles.

Toutes les actions contre les dirigeants se prescrivent par trois ans à compter du fait dommageable ou de sa révélation.

500. La responsabilité pénale des dirigeants. Le droit pénal est au service des actionnaires pour que soit respectée la réglementation minutieuse des SA. La plupart des règles impératives sont assorties de sanctions pénales. Peuvent ainsi être condamnés les dirigeants qui abusent des biens, ou du crédit de la société ou du pouvoir qu'il possède au sein de cette dernière. Sont également condamnés ceux qui présentent ou publient des bilans inexacts.

§ 2. LES ACTIONNAIRES

501. Définition. Les actionnaires sont tous les titulaires d'*actions*, c'est-à-dire d'une *valeur mobilière représentative d'une quote-part du capital social*¹. Les actionnaires s'opposent aux obligataires. Ces derniers sont bien titulaires de valeurs mobilières mais les obligations ne représentent qu'une créance à l'encontre de la société. L'obligataire n'est donc qu'un prêteur. Il n'intervient donc que très rarement dans la vie de la société.

La qualité d'actionnaire fait naître des obligations au moment de la constitution de la société. Les apports doivent être libérés dans un maximum de cinq ans. La responsabilité

1. V. Les travaux du colloque organisé par Paris I : « Qu'est ce qu'un actionnaire ? », *Rev. sociétés* 1999. 5 et s

des actionnaires est ensuite limitée au montant de leurs apports. La qualité d'actionnaire confère de nombreux droits. Certains d'entre eux, les plus importants sont considérés comme *fondamentaux*. Il n'est alors pas possible d'y porter atteinte. Une liste en a été dressée par la doctrine. Il s'agit du droit d'agir en responsabilité contre les dirigeants sociaux, du droit d'exercer l'action en nullité contre des décisions irrégulières, du droit de participer aux bénéfices, du droit sur les réserves, du droit de rester associé, du droit de participer à la vie sociale, du droit de ne pouvoir augmenter sans son accord ses engagements¹.

Le respect de ces droits contribue à une certaine rigidité du droit des sociétés anonymes. Il n'est pas assez tenu compte de la grande disparité existant entre actionnaires. Dans les grandes sociétés, beaucoup d'entre eux ne sont intéressés que par le droit aux dividendes. La jurisprudence et le législateur tiennent compte de ces exigences de la pratique. Les principes traditionnels considérés comme absolus reçoivent de plus en plus d'exceptions.

Tout actionnaire dispose de plusieurs droits. Il dispose en premier lieu de droits extra-pécuniaires : le droit de participer à la vie sociale (A) et le droit de négocier ses actions (B). Il est en second lieu investi de droits pécuniaires : le droit au dividende et à une part de l'actif social (C).

A. Le droit de participer à la vie sociale

502. Le droit de participer à la vie sociale confère à l'actionnaire un droit de vote (1°), un droit de participer aux assemblées et un droit à l'information (2°). Les lois récentes tentent de conforter le rôle des assemblées et les droits des actionnaires. Ces derniers ont le droit de recevoir plus d'informations et les documents transmis doivent être clairs.

1° Droit de vote

503. Attribution du droit de vote. L'actionnaire dispose du droit de vote car il s'agit d'un attribut essentiel de l'action. Il s'agit d'une *prérogative d'ordre public* comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt de principe². Il en résulte, observe Y. Guyon que les statuts ne peuvent déroger à la règle « à valeur nominale égale, droit de vote égal » en dehors des cas prévus par la loi elle-même. Il en résulte par exemple que l'actionnaire a le droit de vote alors même qu'il existe un conflit d'intérêts avec la société. Dans une telle hypothèse, il pourrait cependant être envisagé un devoir d'abstention³.

Chaque actionnaire a le droit de vote. Ce droit est soumis à un principe de *proportionnalité* : chaque action donne droit à une voix. Cependant, des dérogations sont admises. Certains actionnaires peuvent se voir reconnaître un *droit de vote double* (C. com., art. L. 225-123). C'est un avantage que la société peut offrir à ses actionnaires ayant une certaine ancienneté. Il doit être justifié d'une inscription nominative depuis 2 ans au moins au nom du même actionnaire. En principe, le transfert de l'action ou sa conversion

1. Pour l'insertion d'une clause de non-concurrence dans les statuts, Com. 26 mars 1996, *Bull. Joly* 1996. 604, obs. P. Le Cannu.

2. Com. 9 févr. 1999, *JCP*, éd. E, 1999. 724, note Y. Guyon. Avant cet arrêt, il existait une controverse née de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 4 janvier 1984 relatif à la répartition du droit de vote entre le nu-propriétaire et l'usufruitier (*JCP*, éd. E, 1994. I. 363, obs. A. Viandier) ; J.-J. Daigre, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *JCP*, éd. E, 1996. I. 575 ; M. Germain, « Le droit de vote », *Petites Affiches* 4 mai 2001, p. 8.

3. V. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, n° 60 et s

en titre au porteur fait perdre le bénéfice du vote double. Il existe des exceptions. C'est ainsi que le vote double est maintenu en cas de fusion ou en cas de transmission dans le cadre d'une succession ou la liquidation d'un régime de communauté.

Les statuts peuvent également limiter le nombre des voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées (C. com., art. L. 225-125). *Le vote de l'actionnaire peut être effectué par correspondance. Un formulaire électronique peut être utilisé pour le vote à distance. Il doit alors être revêtu d'une signature électronique sécurisée* Il n'est plus possible de subordonner à un nombre minimal d'actions le droit d'accès à l'assemblée générale. Si les statuts prévoient cette possibilité, l'actionnaire peut participer aux assemblées par des moyens de télécommunication. Le décret du 11 décembre 2006 précise les modalités du vote par voie électronique et les modalités d'utilisation des moyens de télécommunications permettant à un actionnaire d'assister à distance à une assemblée générale.

Lorsque l'action est divisée en un droit de *nue-propriété* et un *droit d'usufruit*, la répartition des prérogatives entre le nu-proprétaire et l'usufruitier est délicate. Ce droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires. Mais les statuts peuvent déroger à cette règle.

Lorsqu'il y a *indivision*, un mandataire représente les indivisaires. Lorsqu'il y a nantissement d'action, c'est le débiteur qui demeure associé, non le créancier gagiste.

504. Tempéraments. Depuis la loi du 15 juillet 1978, il existait des *actions à dividende prioritaire sans droit de vote*. Aujourd'hui les actions de préférence peuvent être privées de droit de vote. Dans certains cas (dirigeants mis en faillite, actions non libérées) le droit de vote peut être supprimé à titre de *sanction*. L'actionnaire est également privé de son droit dans des hypothèses de conflits d'intérêts expressément énoncées. Assouplissant une jurisprudence classique, les juridictions admettent la validité de certaines *conventions de vote* lorsqu'elles sont temporaires, non contraires à l'ordre public sociétaire, dénuées de fraude et passées dans l'intérêt social¹. Cette dernière exigence est cependant discutée.

2° Participation aux assemblées de la société

505. Portée du principe de transparence. Le droit de l'actionnaire de participer aux assemblées et de voter n'a de sens que si le vote peut intervenir en connaissance de cause. Jusqu'à ces dernières années, les assemblées n'étaient que des chambres d'enregistrement. Les réformes intervenues ont eu pour ambition d'améliorer la transparence des sociétés et de conférer à l'actionnaire un véritable droit à l'information. L'actionnaire a droit à la communication de nombreux documents et rapports. Il peut les obtenir avant l'assemblée. À certaines conditions, l'actionnaire peut aussi poser des questions.

Dans le même esprit, les lois récentes favorisent la participation des actionnaires aux assemblées et leur représentation. Les moyens technologiques nouveaux peuvent être utilisés.

L'efficacité des mesures est renforcée par l'existence d'injonctions de faire et par la possibilité de faire annuler les assemblées.

1. P. Didier, « Les conventions de vote », *Écrits en hommage à Jean Foyer*, p. 341 ; A. Constantin, « Réflexions sur la validité des conventions de vote », *Études offertes à J. Ghestin*, p. 253 ; A. Viandier, « Après l'article de M. Jeantin sur les conventions de vote », *Mélanges Jeantin*, 1999, p. 313.

506. Distinction des assemblées. Tout actionnaire a le droit de participer aux assemblées, qu'il s'agisse des assemblées ordinaires ou des assemblées extraordinaires (C. civ., art. 1844)¹.

L'*assemblée ordinaire* est compétente pour nommer et révoquer les administrateurs, pour approuver les comptes et décider la distribution des dividendes, pour nommer les commissaires aux comptes, pour ratifier les conventions intéressant les dirigeants, pour décider l'émission d'obligations ordinaires et pour toute décision ne modifiant pas les statuts. Elle délibère sur les comptes consolidés.

Pour l'*assemblée ordinaire*, le *quorum* est du cinquième des actions ayant droit de vote sur première convocation. Sur deuxième convocation aucun *quorum* n'est requis. Il est permis de fixer un *quorum* plus élevé dans les sociétés ne faisant pas appel à l'épargne (C. com., art. L. 225-98).

Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du *quorum* et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par *visioconférence* ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification et dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret (C. com., art. L. 225-107).

L'*assemblée extraordinaire* est compétente pour les opérations relatives au capital social, pour modifier l'objet social, la durée et le nom de la société, pour approuver les fusions, scissions et apports partiels d'actif, pour décider l'émission d'obligations convertibles, échangeables ou à bons de souscription, pour arrêter la dissolution anticipée de la société, pour décider la transformation de la société et pour toute décision modifiant les statuts.

Dans les *assemblées extraordinaires*, le *quorum* est du quart des actionnaires représentant les actions ayant le droit de vote et sur deuxième convocation, le cinquième (C. com., art. L. 225-96).

507. Convocation et tenue des assemblées. La convocation et la tenue des assemblées sont strictement réglementées.

La loi sur les nouvelles réglementations a cherché à renforcer la protection des actionnaires minoritaires au sein des assemblées².

L'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice, sous réserve de prolongation de ce délai par décision de justice.

L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou le directoire. À défaut, elle peut être convoquée par les commissaires aux comptes ou par un mandataire désigné en justice. La demande est faite par tout intéressé en cas d'urgence, par un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social ou par une association d'actionnaires.

Les sociétés doivent publier un avis de convocation des actionnaires dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le département du siège social, ou, alternativement, adresser à chaque actionnaire une lettre de convocation, par lettre simple ou recommandée, ou encore par un moyen électronique de télécommunication si l'actionnaire a donné son accord par écrit. La convocation doit être publiée ou envoyée au moins quinze jours avant l'assemblée générale sur première convocation ou au moins six jours avant l'assemblée sur convocation suivante.

1. Civ. 3^e, 21 oct. 1998, *Bull. Joly* 1999. 107, note L. Grosclaude.

2. J.-Ph. Dom, « La protection des minoritaires », *Rev. sociétés* 2001. 533 ; L. Godon, « La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles réglementations économiques », *Bull. Joly* 2001. 728.

Le décret du 3 mai 2002 en précise les modalités. Le nouvel article 119 du décret énonce ainsi que « les sociétés, dont les statuts permettent aux actionnaires de voter aux assemblées par des moyens électroniques de télécommunication doivent aménager un site exclusivement consacré à ces fins ». Le droit de communication des actionnaires préalable à la tenue des assemblées peut s'effectuer par un moyen électronique de télécommunication.

Les actionnaires se voient également reconnaître le droit de demander par voie électronique un formulaire de vote par correspondance.

Les actionnaires peuvent participer aux assemblées par des moyens de télécommunication ou par visioconférence, à la condition que cette possibilité soit statutairement prévue. Le décret du 11 décembre 2006 précise le régime de ce vote à distance et de la signature électronique.

Un actionnaire peut se faire représenter par un autre actionnaire ou par son conjoint dans les conditions prévues par l'article L. 225-106. La procuration peut être donnée par voie électronique. Tout actionnaire peut voter par correspondance (art. L. 225-107).

Lorsqu'il existe une irrégularité relative à la convocation, la nullité de l'assemblée ou de sa délibération peut être prononcée mais il s'agit pour le juge d'une simple faculté¹. Lorsque l'irrégularité porte sur l'ordre du jour, le juge prononce nécessairement la nullité (art. L. 225-121).

508. Ordre du jour. Tout actionnaire ou groupement d'actionnaire représentant au moins cinq pour cent du capital social peut demander l'inscription d'un projet de résolution à l'ordre du jour. Cette proportion est réduite lorsque le capital de la société est supérieur à 750 000 euros (Décr., art. 128). Les projets de résolution sont inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée et portés à la connaissance des actionnaires.

L'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. Néanmoins, elle peut en toutes circonstances révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement.

Tout actionnaire a le droit de poser des questions par écrit (C. com., art. L. 225-108).

509. Rapport annuel. Le conseil d'administration ou le directoire présente à l'assemblée son rapport ainsi que les comptes annuels et le cas échéant, les comptes consolidés accompagnés du rapport de gestion y afférent (art. L. 225-100).

Les lois récentes ont renforcé le contenu de ce rapport qui doit véritablement informer les actionnaires de la situation de l'entreprise et de ses perspectives.

Les informations à communiquer sont plus détaillées pour les sociétés qui dépassent les seuils définis à l'article L. 225-100-1. Le rapport comprend alors une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement au regard du volume et de la complexité des affaires. Éventuellement, si nécessaire, l'analyse comporte les indicateurs clefs de performance de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel.

Le rapport doit comporter une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée.

Si cela est nécessaire, le rapport comporte des indications sur l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise.

1. Com. 9 juill. 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 627, obs. Caussain, Deboissy et Wicker.

Au rapport doit être joint un tableau des délégations en cours accordées par l'assemblée au conseil d'administration ou au directoire dans les augmentations de capital. Le tableau fait apparaître l'utilisation qui a été faite de ces délégations.

Au rapport doit être joint celui des commissaires aux comptes relatant l'accomplissement de leur mission.

Le rapport présenté doit rendre compte annuellement de l'état de la participation des salariés au capital social. Si le rapport ne comprend pas cette mention le conseil peut y être obligé sous astreinte à la demande de tout intéressé.

Les obligations sont renforcées pour les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé. Le rapport doit rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social, y compris sous forme d'attribution de titres de capital, de titres de créances ou de titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances de la société. Il indique également le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées. L'article L. 225-102-1, alinéa 3, se montre exigeant quant aux informations devant être communiquées concernant la rémunération et les avantages des dirigeants.

Le rapport doit aussi comprendre les informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité.

510. Droit à communication de documents. Le conseil d'administration ou le directoire doit adresser ou mettre à disposition des actionnaires les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société (C. com., art. L. 225-108).

À compter de la communication de ces documents, tout actionnaire a la possibilité de poser des questions écrites auxquelles le conseil d'administration ou le directoire est tenu de répondre au cours de l'assemblée.

En application de l'article L. 225-115, tout actionnaire a droit d'obtenir communication :

- de l'inventaire des comptes annuels, de la liste des administrateurs ou des membres du directoire et du conseil de surveillance et, le cas échéant, des comptes consolidés ;
- des rapports du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, et des commissaires aux comptes qui seront soumis à l'assemblée.

Le cas échéant du texte et de l'exposé des motifs des résolutions proposées, ainsi que des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, selon les cas

Du montant global certifié exact par les commissaires aux comptes, des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, le nombre de ces personnes étant de dix ou de cinq selon que l'effectif du personnel excède ou non deux cents salariés.

Du montant global certifié exact par les commissaires aux comptes des versements effectués en application des 1 et 4 de l'article 238 *bis* du Code général des impôts ainsi que la liste des actions nominatives de parrainage, de mécénat.

De la liste et de l'objet des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales.

Avant toute réunion de l'assemblée ordinaire, l'actionnaire a droit à communication de la liste des actionnaires (art. L. 225-116).

En cas de non-respect des règles posées par les articles L. 225-115 et 116, la délibération peut être annulée.

L'actionnaire a le droit à toute époque d'obtenir communication des documents visés à l'article L. 225-17 et concernant les trois derniers exercices, ainsi que les procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues au cours des trois derniers exercices.

En cas de refus, l'actionnaire peut saisir le juge. Il peut aussi, comme toute personne intéressée utilisée la procédure de *l'injonction de faire* introduite dans le Code de commerce par la loi sur les nouvelles régulations économiques. L'article L. 258-1 permet en effet aux personnes qui ne peuvent obtenir la production, la communication ou la transmission des documents sociaux de demander au président du tribunal statuant en référé, soit d'enjoindre sous astreinte au liquidateur ou aux administrateurs, gérants et dirigeants de les communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication.

La loi de sécurité financière renforce le droit à l'information des actionnaires. Les sociétés ont ainsi l'obligation de diffuser aux actionnaires les projets de résolution déposés par des actionnaires représentant 5 % du capital ou par des associations. L'assemblée générale devient également destinataire de l'avis du comité d'entreprise exigé en cas de fusion, cession ou modifications importantes des structures de production de l'entreprise, ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales.

B. Le droit de négocier les actions

511. Principe de libre négociabilité. L'action est un titre négociable. La transmission est très simple puisque *aucune formalité n'est exigée*. Un simple jeu d'écritures suffit depuis que les actions sont dématérialisées. Le cédant doit seulement signer un *ordre de virement de compte* pour que les actions soient portées au nom du cessionnaire.

La cession est opposable à la société émettrice et aux tiers à compter de son inscription sur les livres de la société. Ce principe reçoit un tempérament, énoncé par l'article 47 *bis* de la loi du 3 janvier 1983, en cas de cession en bourse ou d'opération réalisée au moyen du système de règlement livraison.

512. Tempéraments. Au principe de libre négociabilité sont apportés certains tempéraments légaux ou conventionnels.

La loi interdit la négociation de certaines actions :

- les actions d'apport pendant deux ans après la constitution de la société ;
- les actions affectées par les administrateurs à la garantie de leur gestion ;
- les actions des dirigeants sociaux, au cas de redressement ou liquidation judiciaire de la société.

La loi interdit également que les actions soient rachetées par la société. Il y a des tempéraments lorsque la société rachète les actions pour les rétrocéder aux salariés ou lorsqu'elle entend soutenir les cours de bourse¹.

Il existe aussi des *tempéraments conventionnels* que l'ordonnance du 24 juin 2004 vient de renforcer pour les seules sociétés non cotées². En effet, les statuts de la société

1. V. DDOEF, juin 1998.

2. C. Malecki, « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance du 24 juin 2004 », *D.* 2004. 2775 ; B. Saintourens, « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004. 611.

peuvent apporter des tempéraments au principe de libre négociabilité de l'action. Des *clauses d'agrément* sont alors prévues pour réintroduire une part d'*intuitu personae* au sein de ces sociétés. Depuis l'ordonnance, une seule limitation subsiste. Elles ne peuvent concerner les cessions au cas de succession, liquidation de communauté de biens entre époux, cession à un conjoint, à un ascendant ou à un descendant. La clause d'agrément est désormais autorisée pour les cessions entre associés et comme par le passé en cas de cession à des tiers. La réforme a eu pour but de permettre de réintroduire de l'*intuitu personae* dans les sociétés anonymes, ce qui permet de renforcer la stabilité du pouvoir des dirigeants. La SA peut aussi redevenir compétitive par rapport aux structures voisines qui offrent aujourd'hui une grande liberté aux rédacteurs des statuts. Cependant la SA est toujours désavantagée par rapport à la SARL et à la SAS dans la mesure où dans ces structures, la clause d'agrément peut aujourd'hui être stipulée dans tous les cas.

Au cas de refus d'agrément, la loi oblige la société à acheter ou à faire acheter sur des bases déterminées les actions dont la cession est envisagée. L'article 1843-4 du Code civil s'applique alors. La valeur des droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné soit par les parties soit par ordonnance du président du tribunal. L'ordonnance innove en conférant au cédant la possibilité de renoncer à tout moment à la cession envisagée. Tel peut être le cas dans l'hypothèse d'un refus d'agrément ou dans celle dans laquelle le prix proposé est insuffisant.

C. Le droit aux dividendes et à une part de l'actif social

513. Principes. Outre ses droits extra-pécuniaires, l'actionnaire a des *droits pécuniaires*. Le principal d'entre eux est le *droit au dividende*. Le dividende est la part de bénéfices que la société distribue à chacun de ses actionnaires¹. Il peut être décidé la mise en réserve des bénéfices mais cette décision ne doit pas constituer un *abus de majorité*, c'est-à-dire que la décision ne doit pas avoir été prise dans le but de nuire aux minoritaires.

Le dividende peut être payé sous forme d'actions (C. com., art. L. 232-18). L'article L. 232-14 du Code de commerce autorise ainsi le versement à certains actionnaires d'une « *prime de fidélité* » sous forme d'une majoration du dividende². Les actions doivent être nominatives et une clause des statuts doit avoir prévu cette possibilité. La prime est versée sous forme d'une majoration du dividende dont le taux devra être fixé par l'assemblée générale extraordinaire. Le taux de majoration du dividende ne peut excéder 10 % du montant du dividende ordinaire.

Certains actionnaires bénéficient d'un *droit au dividende prioritaire*. Ce droit d'être payé avant les autres actionnaires est la contrepartie de l'absence de droit de vote attaché à certaines actions de préférence. Les actionnaires bénéficient également, en cas d'émission d'actions nouvelles, d'une *prime d'émission* et d'un *droit préférentiel de souscription*. Ces droits sont la conséquence des droits dont les actionnaires sont titulaires sur les réserves de la société.

Enfin, en cas de dissolution, les actionnaires se répartissent le *boni de liquidation*.

1. Il s'agit également d'un fruit civil : Com. 5 oct. 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 613 ; D. 2000. J. 552, note C. Borris-Becquet ; *Bull. Joly* 1999. 1104, obs. A. Couret ; *Rev. sociétés* 2000. 286, note H. Le Nabasque.

2. Y. Guyon, « La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré » *Rev. sociétés* 1995 ; H. Le Nabasque et J.-C. Delvaux, « La loi du 12 juillet 1994 », *JCP*, éd. E, 1994. I. 413.

§ 3. LE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS ANONYMES

514. Nécessité d'un contrôle. Le contrôle exercé par les actionnaires n'est pas suffisant. Beaucoup n'ont pas la compétence nécessaire. La plupart ne s'intéresse qu'à la distribution des dividendes. Aussi le législateur organise-t-il un contrôle par des professionnels : permanent lorsqu'il s'agit de *commissaires aux comptes*, exceptionnel lorsqu'il est fait appel à l'*expert de gestion*.

A. Le contrôle exercé par les commissaires aux comptes

1° Statut des commissaires aux comptes

515. Indépendance du commissaire aux comptes. Le statut conféré aux commissaires aux comptes a pour but d'assurer leur indépendance. Ces professionnels ne doivent pas être liés aux dirigeants. Leur statut est énoncé par les articles L. 820-1 et suivants du Code de commerce. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 et l'ordonnance du 24 juin 2004 renforcent considérablement le rôle de ces professionnels et en font un des instruments majeurs du contrôle des sociétés¹.

Les commissaires sont choisis sur une liste établie. De nombreuses incompatibilités sont édictées et assorties de sanctions pénales. Le commissaire aux comptes est nommé par l'assemblée générale ordinaire. Son mandat est de six années renouvelables. Une SA doit avoir un seul commissaire aux comptes à l'exception des sociétés astreintes à publier des comptes consolidés tenues de désigner deux commissaires.

Depuis 1984, le commissaire aux comptes ne peut être relevé de ses fonctions que par décision de justice, en cas de faute ou d'empêchement. Pour qu'il y ait faute, le commissaire doit avoir agi de mauvaise foi dans l'exercice de sa mission légale².

Le commissaire aux comptes est tenu au *secret professionnel* mais celui-ci est de plus en plus souvent remis en cause. Des exceptions légales existent en faveur du procureur de la République, de l'AMF, du comité d'entreprise, du juge-commissaire, en cas d'ouverture d'une procédure collective. L'obligation au secret ne s'oppose pas à la production, sous le contrôle du juge, des documents de nature à l'éclairer sur l'état des diligences d'un commissariat aux comptes, partie à une instance tendant à l'établissement de sa responsabilité. Le secret professionnel ne fait pas non plus obstacle à ce que soit tenue pour légalement admissible une mesure d'instruction ordonnée sur le fondement de l'article 145 du NCPC et contraignant les commissaires aux comptes d'une société à produire les documents permettant de rechercher s'ils avaient assuré leurs fonctions au sein de cette société avec la diligence et la prudence requises³.

La loi sur la sécurité financière a pour ambition de moderniser le contrôle légal des comptes et de favoriser la transparence des entreprises.

1. T. Granier, « La réforme du contrôle légal par la loi de sécurité financière », *Petites Affiches* 4 nov. 2003, p. 82 ; A. Couret et M. Tudel, « Le nouveau contrôle légal », *Dalloz Affaires* 2003. 2290 ; T. Granier, « Le rôle des commissaires aux comptes », *Rev. sociétés* 2004. 557.

2. Com. 3 déc. 1992, *Bull. Joly* 1992. 171, note J.-F. Barbiéri ; *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 507.

3. Com. 14 nov. 1995, *JCP*, éd. E, 1996. pan. 5 et 6.

Un haut conseil du commissariat aux comptes est institué. Il est chargé d'assurer la surveillance de la profession, de veiller au respect de la déontologie et de promouvoir les bonnes pratiques professionnelles.

Les contrôles de la profession sont renforcés.

La loi renforce l'indépendance des commissaires aux comptes. D'une part, le commissaire aux comptes ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle. D'autre part, la loi pose le principe de la séparation des activités d'audit et de contrôle.

La loi prévoit enfin une exigence de mobilité des commissaires aux comptes. Il leur serait interdit de certifier durant plus de six exercices consécutifs.

2° Attributions des commissaires aux comptes

516. Principes. Depuis 1966, le rôle des commissaires aux comptes au sein des sociétés ne cesse de croître. Avec les dirigeants, ce sont eux qui connaissent le mieux la société. Dès lors, leur intervention permanente est une garantie pour les actionnaires et les tiers. D'autant plus qu'aujourd'hui les commissaires aux comptes ont l'*obligation de révéler* ou de *dénoncer des faits graves qu'ils peuvent découvrir*.

Certaines sociétés ont l'obligation de recourir à un commissaire aux comptes. Il s'agit des SA. Pour les autres et notamment les SAS c'est une faculté. Afin d'encourager les sociétés à faire certifier leurs comptes, la loi LME prévoit que les sociétés qui ne dépassent pas deux des trois seuils fixés par décret, verront leurs commissaires aux comptes exercer leurs diligences selon un mode d'exercice spécifique (C. com art. L. 823-12-1).

517. Vérification des comptes. Les commissaires aux comptes certifient que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice. L'exercice de cette mission est gouverné par plusieurs principes énoncés par l'article L. 225-235 du Code de commerce. « Ils ont pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la société et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur. Ils vérifient également la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou du directoire et dans les documents adressés aux actionnaires ».

Dans le cadre de sa mission, le commissaire aux comptes est tenu d'une *obligation de moyen*. Sa *responsabilité* n'est donc engagée que si sa faute est prouvée¹.

518. Mission d'information. Les destinataires de l'information sont nombreux. Il s'agit :

– du conseil d'administration ou du directoire qui est informé à l'occasion d'une réunion annuelle à laquelle les commissaires aux comptes doivent être convoqués ;

1. J.-F. Barbiéri, « Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *Bull. Joly Sociétés* mai 2004, p. 617.

– du comité d'entreprise puisque ce dernier reçoit communication avant l'assemblée générale du rapport établi et qu'il peut convoquer le commissaire pour obtenir des explications ;

– des actionnaires.

Le *contenu des informations* est variable. Dans leur *rapport général*, les commissaires certifient que les comptes sociaux sont réguliers, sincères et qu'ils donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé, ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice.

Des *rapports spéciaux* sont présentés à l'occasion de certains actes particuliers, par exemple :

– les conventions passées entre la société et un administrateur, un directeur général, un membre du directoire ou du conseil de surveillance ;

– l'émission d'actions de préférence. L'article L. 228-12 énonce ainsi que l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires seule compétente pour décider l'émission, le rachat et la conversion des actions de préférence statue au vu d'un rapport établi par le commissaire aux comptes.

– l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances.

– le projet de réduction du capital social, de transformation de la société, de fusion ou de scission.

L'ordonnance du 24 juin 2004 a renforcé le rôle des commissaires aux comptes lors des augmentations de capital. Les dirigeants de sociétés ont plus de liberté que par le passé pour les réaliser. Aussi, la protection des actionnaires devait être renforcée. À cette fin, les commissaires aux comptes sont tenus de différentes obligations. Ils doivent certifier les rapports des dirigeants. Ils doivent rédiger un rapport spécial en cas de suppression du droit préférentiel de souscription. Ils doivent rédiger des rapports pour éclairer les actionnaires relativement au prix d'émission des titres.

Depuis l'ordonnance en date du 4 août 2008, le commissaire aux comptes doit rédiger un rapport sur les délais de paiement des fournisseurs et des clients de la société dont ils certifient les comptes. (C. com., art. L 441-6-1). Le rapport destiné aux dirigeants et aux associés devra être adressé au ministre de l'économie lorsqu'il démontre des manquements significatifs aux prescriptions relatives à la durée des délais de paiement.

519. Devoir de dénonciation et d'alerte. Depuis 1966, les commissaires aux comptes doivent dénoncer au parquet les *faits délictueux* dont ils peuvent avoir connaissance à l'occasion de leurs vérifications (v. *infra*, n° 811).

B. Le contrôle de la société anonyme

520. Pouvoirs de contrôle des actionnaires. L'évolution du droit des sociétés encourage les actionnaires à exercer un pouvoir de contrôle. La loi sur les nouvelles régulations économiques renforce ainsi les droits des actionnaires. Ces derniers disposent de deux prérogatives.

En premier lieu, en application de l'article L. 225-231 du Code de commerce une association d'actionnaires ainsi qu'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire

des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle. Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe. La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes.

À défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Il incombe au juge de déterminer si les éléments de réponse sont satisfaisants¹.

Ces prérogatives appartiennent également au ministère public, au comité d'entreprise et dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne à la commission des opérations de bourse. La désignation de l'expert peut être demandée en référé.

La loi sur les nouvelles régulations facilite ainsi le recours à l'expert de minorité devenu l'expert de gestion².

Le président du tribunal de commerce saisi détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs des experts. Il n'est pas possible de faire procéder à un contrôle de l'ensemble de la gestion de la société. *Le risque de l'atteinte à l'intérêt social doit être établi*³.

À l'issue de sa mission, l'expert fait un rapport qui est adressé au demandeur, au ministère public, au comité d'entreprise, au commissaire aux comptes, au conseil d'administration ou au directoire et éventuellement à la COB. Le rapport doit être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale.

En second lieu, en application de l'article L. 225-232 du Code de commerce, un ou plusieurs actionnaires représentant 5 % du capital social ou une association d'actionnaires peuvent deux fois par exercice, poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou du directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au commissaire aux comptes.

§ 4. LES SALARIÉS

521. Principes. Les salariés sont aujourd'hui considérés comme une composante à part entière de l'entreprise.

Les textes qui se succèdent favorisent l'actionnariat des salariés, leur intéressement aux résultats et leur participation à la gestion de l'entreprise. L'importante loi sur l'épargne salariale en date du 19 février 2001⁴ a été complétée par une loi du 30 décembre 2006 pour le développement et la participation et de l'actionnariat salarié⁵. Le système mis en place n'est cependant nullement du type cogestion. Dans certains cas, des salariés peuvent simplement assister au conseil d'administration avec voie délibérative. Dans le même temps, la loi organise la représentation des salariés au sein de l'entreprise principalement par le comité d'entreprise (A). En outre, la loi favorise l'intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise et l'actionnariat (B).

1. Com. 17 janv. 2006 et 14 févr. 2006, *RTD com.* 2006. 605, obs. Cl. Champaud.

2. P. Le Cannu, « Éléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », *Bull. Joly* 1988. 553 ; « L'expertise de gestion et les filiales », *Bull. Joly* 1994. 147 ; A. Prevost, « L'expertise de gestion », *RJC* 1998. 125.

3. Com. 10 févr. 1998, *JCP*, éd. E, 1999. 771 ; v. F. Pasqualini, « Brèves remarques sur l'expertise de gestion », *JCP*, éd. E, 1999. 1283 et 2000. 499.

4. A. Sauret, *JCP*, éd. E, 2001. 552 ; G. Auzero : *Bull Joly* avr. 2001. 345.

5. C. Malecki, « Le nouveau souffle de l'actionnariat salarié dans la loi du 30 décembre 2006 », *D.* 2007. 524.

A. Participation à la vie de l'entreprise

1° Les comités d'entreprise

522. Constitution. Les comités d'entreprise ont été créés par l'ordonnance du 22 février 1945. Depuis cette date leur importance ne cesse de croître. Les comités sont obligatoires dans toutes les entreprises employant au moins 50 salariés. Ils sont facultatifs dans les autres cas. Une loi du 28 octobre 1982 impose la création d'un *comité de groupe* lorsqu'une société dominante détient des parts significatives de sociétés dominées. La politique de l'entreprise est alors élaborée au niveau du groupe.

523. Attributions. Ses attributions sont précisées par l'article L. 432-1 du Code du travail. Le comité est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. Il assume ou contrôle la gestion de toutes les œuvres sociales et culturelles établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés ou de leurs familles. Lorsque l'entreprise rencontre des difficultés, *le comité d'entreprise peut déclencher la procédure d'alerte*.

Pour exercer ses missions, le comité dispose d'un large *droit à l'information*. Il a le même droit d'information et de communication que les actionnaires. Il reçoit communication des comptes de l'exercice avant la réunion de l'assemblée générale annuelle. Certains membres du comité assistent avec voix consultative aux réunions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Le comité dispose en outre de pouvoirs plus occasionnels. Il peut convoquer les commissaires aux comptes, provoquer une expertise de gestion. La loi NRE renforce les attributions du comité d'entreprise (C. trav., art. L. 432-6-1)¹.

Le comité d'entreprise peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence. L'article R. 432-40 précise que la demande de désignation d'un mandataire de justice chargé de convoquer l'assemblée des actionnaires est faite auprès du président du tribunal de commerce statuant en référé par le comité d'entreprise représenté par un de ses membres délégué à cet effet. Le comité peut également requérir l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour des assemblées.

Deux membres du comité d'entreprise peuvent assister aux assemblées générales. Ils doivent à leur demande être entendus lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés.

2° Représentation des salariés dans les organes de gestion et dans les assemblées

524. Renforcement des droits des salariés. La loi sur l'épargne salariale renforce notablement les droits des salariés.

La représentation des salariés au conseil d'administration est renforcée².

1. B. Saintourens, « Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly* 2002. 7.

2. C. Malecki, « La loi de modernisation sociale et la nouvelle donne de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », *JCP*, éd. E, 2002. 915.

Le conseil d'administration ou le directoire doivent faire part chaque année à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires de l'état de la participation des salariés au capital de la société. Lorsque celle-ci atteint 3 %, ils doivent convoquer une assemblée générale extraordinaire pour introduire dans les statuts une disposition prévoyant qu'un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance soient nommés parmi les salariés actionnaires (C. com., art. L. 225 -23). Si l'assemblée extraordinaire rejette la proposition, une nouvelle consultation doit intervenir dans le délai de trois ans.

Une procédure d'injonction est instaurée pour assurer le respect de la règle.

La représentation des salariés dans les assemblées est également favorisée puisque avant chaque réunion de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires, le président du conseil d'administration ou du directoire peut organiser la consultation des salariés actionnaires pour leur permettre de désigner un ou plusieurs mandataires pour les représenter à l'assemblée générale. Cette consultation est obligatoire lorsque l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur la modification des statuts en vue de nommer de nouveaux administrateurs choisis parmi les salariés actionnaires.

Lorsque le rapport annuel présenté par le conseil d'administration ou le directoire ne rend pas compte de l'état de participation des salariés dans le capital social à la clôture de l'exercice et n'indique pas la proportion de ce capital correspondant aux actions détenues par les salariés, toute personne intéressée peut désormais demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration ou au directoire de communiquer ces informations (C. com., art. L. 225-102).

B. Participation des salariés aux résultats et au capital

525. Intéressement des salariés. L'importante loi sur l'épargne salariale multiplie les possibilités pour les salariés d'être intéressés aux profits de l'entreprise. Il existe un dispositif d'intéressement lié aux résultats ou aux performances de l'entreprise (C. trav., art. L. 441-1 à L. 441-7). Il peut être mis en place un dispositif de participation (C. trav., art. L. 442-1 et s.).

526. L'actionnariat des salariés. De plus en plus, les lois favorisent l'achat par des salariés des actions de sa société. Les salariés peuvent bénéficier d'options de souscription d'actions usuellement désignées sous le nom de « *stock-option* » (art. 208-1). Ces derniers sont particulièrement recherchés par les dirigeants car il s'agit pour eux d'être intéressés aux résultats et d'être protégés en cas de révocation. Cependant, les excès commis ont conduit le législateur à réagir et à encadrer strictement l'attribution des *stock-options*¹. Depuis la loi de finances pour 2005 créant les articles L. 222-197-1 à L. 225-197-5 du Code de commerce, des actions gratuites peuvent être attribuées aux salariés et aux dirigeants².

L'actionnariat salarié est aujourd'hui régi par la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001. Cette loi favorise le plan d'épargne entreprise (C. trav., art. L. 443-1). Elle permet également la création d'un plan épargne interentreprises (C. trav., art. L. 443-1-1). Les

1. R. Vatinet, « Le clair-obscur des *stock-options* à la française », *Rev. sociétés* 1997. 31.

2. M. Storck, *RTD com.* 2005. 138 ; D. Labarhette, « Les plans de stock-options à l'épreuve des attributions gratuites d'actions », *JCP*, éd. E, 2006. 1576 ; A. Couret, « Attribution gratuite d'actions aux salariés et dirigeants », *RD bancaire et fin.* 2005, n° 109, p. 32.

sommes versées par les salariés au titre d'un PEE sont le plus souvent placées dans un FCPE. La loi sur l'épargne salariale prévoit des règles applicables aux conseils de surveillance de ces fonds.

La loi prévoit enfin la mise en place de plans d'épargne salariale volontaire (C. trav., art. L. 443-162).

Section 3

Vie de la société anonyme

527. Plusieurs événements marquent la vie de la société anonyme. Il peut y avoir des opérations sur le capital (§ 1), une dissolution (§ 2) qui précède une liquidation (§ 3).

§ 1. LES OPÉRATIONS SUR LE CAPITAL

528. *L'augmentation de capital.* L'augmentation de capital intervient quand la société anonyme a besoin de capitaux nouveaux. Elle peut aussi constituer une technique d'ingénierie financière¹. L'ordonnance en date du 24 juin 2004 facilite largement ce rôle en *rendant plus flexible les augmentations de capital*.

Comme l'énonce l'article L. 225-127 du Code de commerce, le capital social est augmenté soit par émission d'actions ordinaires ou d'actions de préférence, soit par majoration du montant nominal des titres de capital existants. Il peut également être augmenté par l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital.

Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission. Ils sont libérés soit par apport en numéraire, soit par apport en nature, soit par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, soit en conséquence d'une fusion ou d'une scission. Ils peuvent aussi être libérés consécutivement à l'exercice d'un droit attaché à des valeurs mobilières donnant accès au capital.

L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider de l'opération. Elle se prononce au vu d'un rapport établi par le conseil d'administration ou le directoire et d'un rapport établi par le commissaire aux comptes. L'assemblée peut se contenter d'une décision de principe, en déléguant au conseil ou au directoire les pouvoirs nécessaires en vue de réaliser l'augmentation de capital.

Il convient de distinguer la *délégation de pouvoir* prévue par l'article L. 225-129-1 et la *délégation de compétence* prévue par l'article L. 225-129-2.

Dans le premier cas, l'assemblée extraordinaire décide l'augmentation de capital. Elle délègue au conseil d'administration ou au directoire le pouvoir de fixer les modalités de l'émission des titres. Dans le second cas, l'assemblée délègue au conseil ou au directoire sa compétence pour décider de l'augmentation de capital. Elle fixe alors la durée qui ne peut excéder vingt-six mois, durant laquelle cette délégation peut être utilisée et le plafond global de cette augmentation.

Des dispositions spéciales sont applicables aux sociétés cotées.

1. A. Couret et J.-L. Médus, *Les augmentations de capital*, Economica.

L'augmentation de capital peut s'opérer avec maintien ou suppression du droit préférentiel de souscription¹.

Un *droit de priorité* est reconnu aux actionnaires en place, proportionnellement au montant de leurs actions, qui se traduit par la reconnaissance d'un *droit préférentiel de souscription* (C. com., art. L. 225-132). Les actionnaires en place ont un délai de trente jours pour souscrire. Il s'agit d'un *droit essentiel de l'actionnaire*. Toute clause privant l'actionnaire de ce droit est réputée non écrite. L'assemblée générale extraordinaire peut cependant en décider la suppression au profit de bénéficiaires désignés ou non. L'augmentation peut ainsi être réservée à des tiers venant au secours d'une entreprise en difficulté. Le droit préférentiel de souscription peut être cédé. Il est possible d'y renoncer au profit d'une personne dénommée ou sans indication de bénéficiaire. Dans les sociétés cotées, le droit préférentiel de souscription peut être remplacé par la reconnaissance d'un délai de priorité permettant aux actionnaires la souscription d'actions (art. L. 225-135).

La *prime d'émission* représente le droit d'entrée des nouveaux actionnaires. Il faut en effet préserver le droit des anciens actionnaires sur les réserves. La prime d'émission est facultative (C. com., art. L. 225-128). Le refus par l'assemblée de voter une prime d'émission peut seulement, à certaines conditions, constituer un abus de majorité.

L'augmentation de capital peut en second lieu être *réalisée par incorporation de réserves*. L'assemblée extraordinaire est alors compétente mais elle statue aux conditions de majorité et de quorum de l'assemblée ordinaire. Le plus souvent, l'augmentation de capital donne lieu à une attribution gratuite d'actions en proportion des actions détenues. Ce droit d'attribution est négociable ou cessible.

L'augmentation de capital peut enfin être réalisée par *incorporation de comptes courants d'associés*. Il est alors recouru à la technique de l'apport en numéraire libéré par compensation.

L'augmentation de capital peut être réservée à une ou plusieurs personnes désignées². Elle peut aussi l'être à des catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées.

C'est l'assemblée générale extraordinaire qui est alors compétente. Elle peut supprimer le droit préférentiel de souscription. Elle peut déléguer ses pouvoirs au conseil d'administration ou au directoire. C'est l'assemblée qui détermine le prix d'émission ou les conditions de sa fixation. Des émissions peuvent être réservées au profit des salariés.

529. Souscription et achat d'actions par les salariés. Le législateur favorise l'actionnariat des salariés. C'est l'une des techniques permettant de les intéresser aux résultats de l'entreprise.

Les articles L. 225-177 et suivant du Code de commerce précisent le régime de l'option de souscription et d'achat d'actions. L'assemblée générale extraordinaire est compétente. Le prix fixé pour la souscription ou l'achat des actions ne peut pas être modifié pendant la durée de l'option.

1. J.-J. Daigre, « Les émissions sans droit préférentiel de souscription », *Rev. sociétés* 2004. 479 ; H. Le Nabasque, « Les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires », *Rev. sociétés* 2004. 491.

2. L. Faugérolas et S. Sabatier, « Les émissions réservées », *Rev. sociétés* 2004. 515.

530. Souscription, achat et prise en gage par la société de ses propres actions. Ces différentes opérations sont interdites ou strictement réglementées (C. com., art. L. 225-206 et s.).

La plus importante de ces opérations est l'opération de rachat. L'ordonnance en date du 24 juin 2004 en facilite la mise en œuvre¹. D'une durée maximale de 18 mois, les programmes de rachat reposent sur une autorisation donnée par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires au conseil d'administration ou au directoire de racheter sur le marché des actions représentant jusqu'à 10 % du capital de la société. L'article L. 228-12, alinéa 2, du Code de commerce issu de l'ordonnance du 24 juin 2004 légalise l'émission d'actions rachetables².

531. La réduction de capital. La réduction de capital peut en premier lieu être motivée par les pertes.

Elle est alors décidée par l'assemblée générale extraordinaire après rapport du conseil d'administration et du commissaire aux comptes³. Au lieu de procéder à une réduction de capital, les actionnaires peuvent décider d'imputer les pertes sur les réserves. La décision est alors de la compétence de l'assemblée générale ordinaire.

La réduction du capital peut précéder une augmentation de capital. C'est alors la *technique dite « du coup d'accordéon »* qui est utilisée et qui permet d'apurer les pertes et l'arrivée de nouveaux actionnaires⁴. Cette pratique n'est cependant valable que si la société est insolvable et n'est plus viable. L'*augmentation de capital* peut être réservée à un tiers repreneur⁵.

Il existe en second lieu une réduction non motivée par les pertes. La réduction est alors décidée pour avantager certains actionnaires, qui se voient restituer une partie de leurs apports. Les créanciers disposent cependant d'un droit d'opposition, car leur gage, le capital social, est réduit.

La réduction de capital doit être décidée par l'assemblée générale extraordinaire. *Elle ne doit pas porter atteinte à l'égalité des actionnaires.*

La réduction peut être proposée à chacun des actionnaires ou être réservée à certains d'entre eux. L'accord unanime des associés est dans ce dernier cas requis.

À certaines conditions, la société peut racheter ses propres actions.

532. Le rachat de ses propres actions par une société anonyme. Le rachat de ses actions par une société fait l'objet d'une interdiction de principe. Il n'est autorisé que dans certaines hypothèses. Outre celle examinée de réduction de capital, il faut citer la mise en place d'un plan d'actionnariat salarié et la volonté de régulariser le cours des actions des sociétés entrées en bourse (C. com., art. L. 223-10)⁶.

1. R. Mortier, « Rachat d'actions et actions rachetables », *Rev. sociétés* 2004. 639.

2. R. Mortier, *op. cit.*

3. Une procédure de réduction spéciale est organisée pour les sociétés qui convertissent en unité euro leur capital social (DDOEF, art. 17).

4. Com. 17 mai 1994, *Rev. sociétés* 1994. 485, note Dana ; M. Boizard, « La réduction du capital à zéro », *Rev. sociétés* 1999. 735 ; D. Cohen, « L'efficacité du coup d'accordéon », *Dalloz Affaires* 2003. 410 ; CA Versailles, 13 juin 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 627, obs. Caussain, Deboissy et Wicker.

5. Com. 18 juin 2002, *Bull. Joly* 2002. 1221, note S. Sylvestre ; *JCP*, éd. E, 2002. 1556, note A. Viandier ; *JCP* 2002. II. 10180, note H. Hovasse.

6. V. le décret d'application en date du 1^{er} avril 1999 ; J.-J. Daigre, « Précisions sur le rachat d'actions et l'expression de leur valeur nominale », *JCP*, éd. E, 1999. 1138.

Ces opérations de rachat par les sociétés de leurs actions tendent à se multiplier. Les sociétés disposant de liquidités, elles trouvent là un moyen de montrer leur intérêt pour les actionnaires. Le législateur lui-même encourage ce type d'opération qui a pour but de dynamiser le marché financier¹.

§ 2. LA DISSOLUTION

533. La réduction du capital au-dessous du minimum légal depuis plus d'un an. Si depuis un an, le capital social est descendu au-dessous de 37 000 euros ou de 225 000 euros, selon que la société ne fait pas ou fait appel à l'épargne publique, tout intéressé peut demander la dissolution si la société ne prend pas une autre forme, ceci après avoir mis les dirigeants en demeure de faire remonter le capital au minimum légal. Le tribunal saisi a la faculté d'accorder un délai de régularisation qui ne saurait excéder six mois.

534. La perte d'une partie importante de l'actif social. Lorsque les pertes de la société constatées dans les documents comptables sont telles que les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou le directeur est tenu de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société.

L'assemblée est libre de décider la dissolution ou de continuer la société. Si les administrateurs ou les directeurs négligent de faire convoquer l'assemblée, ou si elle n'a pas pu se tenir régulièrement, tout intéressé peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux. Le tribunal peut accorder un délai de six mois pour régulariser la situation.

§ 3. LA LIQUIDATION

535. Principes. La dissolution est suivie d'une liquidation. Cette liquidation est régie par les principes généraux indiqués (v. *supra*, n° 304), notamment en ce qui concerne la permanence de la personnalité juridique de la société. Il convient seulement d'ajouter les observations suivantes :

a) il appartient à l'assemblée générale des actionnaires (et s'il s'agit d'une assemblée ordinaire) de nommer le liquidateur, de lui donner quitus après avoir reçu ses comptes, et, s'il y a lieu, de le révoquer. Toutes ces décisions peuvent être prises à la majorité ;

b) si les actions n'ont pas été entièrement libérées, le liquidateur peut réclamer le non versé aux actionnaires ; et, d'après la jurisprudence, ceux-ci ne peuvent le contraindre à justifier que le versement réclamé est indispensable à l'extinction du passif ;

c) l'action directe des créanciers sociaux contre les actionnaires en versement de leurs mises est soumise, d'après l'opinion dominante, à la prescription quinquennale de l'article L. 237-13 du Code de commerce.

En fait, les liquidations de sociétés anonymes sont devenues extrêmement rares. Elles se transforment ou fusionnent de sorte que l'actif des sociétés dissoutes n'est plus dispersé par une liquidation.

1. J.-J. Daigre, « Le rapport Esambert. Propositions pour libéraliser le rachat par les sociétés de leurs propres actions », JCP, éd. E, 1998. 193.

Les sociétés cotées

536. Particularisme. Les sociétés cotées constituent une catégorie à part même si les règles les concernant sont dispersées et figurent aussi bien dans le Code de commerce que dans le Code des marchés financiers. Pour l'essentiel il s'agit des grandes entreprises. Avant la réforme réalisée par l'ordonnance en date du 22 janvier 2009, les textes visaient les sociétés faisant appel public à l'épargne

Cette appellation est désormais remplacée par celle de sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé. La notion d'appel public à l'épargne a elle-même été remplacée par la notion d'offre de titres financiers au public¹. Compte tenu de la réforme opérée, il existe ainsi une dualité de régimes juridiques applicables. Il existe un régime pour les offres de titres au public comportant principalement l'obligation de remise d'un prospectus conforme aux exigences de l'AMF et un régime pour les sociétés admises sur un marché réglementé. Le but de réforme a été de ne pas soumettre aux règles contraignantes les sociétés se contentant de proposer des titres au public.

537. L'offre au public. L'offre publique est définie par l'article L. 411-1 du CMF. Elle est constituée par l'une des deux opérations suivantes.

Soit une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure d'acheter ou de souscrire ces titres financiers.

Soit un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers.

La définition se réfère aux titres financiers. Avec les contrats financiers ils constituent l'une des catégories d'instruments financiers. Aux termes de l'article L 211-1-1 du CMF, les titres financiers sont les titres de capital émis par les sociétés par actions ; les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ; les parts ou actions d'organismes de placement collectif.

538. Sociétés admises sur un marché réglementé. Un marché réglementé est un système multilatéral géré par une entreprise de marché agréée qui assure ou facilite la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, d'intérêts vendeurs et acheteurs exprimés par des tiers, de telle sorte que cette rencontre aboutisse à la conclusion de contrats qui portent sur des instruments financiers admis à la négociation (CMF

1. J.-J. Daigre et B. François, « Commentaire de l'ordonnance du 22 janvier 2009 » : *Rev sociétés* 2009. 6 ; Th. Bonneau, *JCP* 2009. 1165, B. Le Bars, « Réforme de l'appel public à l'épargne », *D.* 2009. chron. 1500.

art. L 412-1). La reconnaissance d'un tel marché est réalisée par arrêté du ministre de l'économie sur la proposition de l'AMF.

Le marché réglementé ne peut être géré que par une entreprise de marché. En France, il s'agit d'Euronext

À côté du marché réglementé il existe un système multilatéral des négociations.

539. Intérêts de la distinction. La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées tend à devenir l'une des distinctions majeures du droit des sociétés¹. Les sociétés cotées sont en effet soumises à des obligations particulières. Elles sont tenues de respecter un *principe de transparence*. Elles sont ainsi tenues d'obligations d'information particulières s'agissant de la publicité des comptes et des informations financières. Elles peuvent racheter leurs actions en vue d'améliorer leur gestion financière². Le principe de transparence explique d'autres règles ; les sociétés cotées doivent divulguer leurs comptes trimestriels et les éléments significatifs de la vie sociale. Les pactes unissant les actionnaires doivent être rendus publics lorsque les conventions prévoient des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition portant sur un nombre d'actions de la société excédant 0,5 % du capital ou des droits de vote (C. com., art. L. 223-11). Les actionnaires doivent déclarer les franchissements de certains seuils de détention des titres (C. com., art. L. 233-7).

Les SA cotées sont aujourd'hui également soumises à un corps de règles particulières qui composent le *droit des marchés financiers*³.

Ce droit a deux finalités essentielles. D'une part, il a pour but d'organiser le marché des instruments financiers c'est-à-dire de tous les titres émis par les sociétés pour se financer. Le nombre et la variété de ces titres ne cessent d'augmenter en raison de l'imagination des praticiens. La distinction classique entre l'action et l'obligation a vécu.

D'autre part, il a pour but de régir les procédures d'acquisition d'une société par une autre sur ce marché financier. Il existe ainsi toute une réglementation des offres publiques d'achat.

Les impératifs de ce droit financier diffèrent assez fondamentalement du droit des sociétés classiques. Ce droit a vocation à protéger non plus des actionnaires mais des épargnants, des investisseurs. Cela suppose que le marché sur lequel ils échangent leurs titres soit transparent⁴, que les opérations qui s'y déroulent soient loyales. L'autorité du marché, veille au respect de ces principes.

La doctrine majoritaire considère que dans les sociétés cotées les règles d'ordre public doivent demeurer importantes et que ces sociétés ne peuvent être affectées par le vaste mouvement de contractualisation intéressant les autres sociétés anonymes⁵.

1. M.-A. Frison-Roche, « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », *Mélanges AEDBF*, 1997, p. 109 ; F. Peltier, *Le droit des marchés financiers*, « Que sais-je ? », PUF, 1998 ; A. Morin, « L'intuitus personae dans les sociétés cotées », *RTD com.* 2000. 299 ; A. Pietrancosta, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, thèse, Paris I, 1999 ; D. Ohl, *Droit des sociétés cotées*, Litec, 2003 ; D. Ohl, *Droit des sociétés cotées*, Litec, 2005.

2. L. 24 juill. 1996, art. 217-2, nouv.

3. H. de Vauplane et J.-P. Bornet, *Traité de droit des marchés financiers*, Litec, 2004. T. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2005.

4. Pour cette raison, la société cotée ne préserve plus l'anonymat des actionnaires. D'une part, il y a un déclin de l'anonymat des titres. D'autre part, il y a multiplication des obligations de l'actionnaire de se faire connaître. A. Morin, *Intuitus personae* et sociétés cotées. *RTD com.* 2000. 299.

5. V. cependant l'opinion plus nuancée de P. Didier, « La théorie contractualiste de la société », *Rev. sociétés* janv. 2000, p. 95. Se référant à la doctrine américaine, il considère que le marché, quand il est efficient, est un instrument de contrôle suffisant.

Inversement, le droit des sociétés cotées est principalement affecté par les principes gouvernant *la governance des entreprises*¹. C'est en effet dans ces sociétés que l'équilibre entre les différents intérêts en présence est délicat à réaliser.

Les réformes qui se sont succédé ont accentué la spécificité des règles applicables aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. Les droits à l'information des actionnaires sont renforcés. Leur participation aux assemblées est facilitée². Les exigences liées au principe de transparence sont de plus en plus nombreuses suite à la directive « Transparence » du Conseil en date du 15 décembre 2004. C'est ainsi que les obligations en matière d'information périodique sont renforcées (CMF, art. L. 451-1).

Trois séries de règles sont ainsi propres aux sociétés cotées : celles relatives à leur constitution (Section 1), celles relatives à leur fonctionnement (Section 2), celles relatives aux opérations réalisées sur le marché financier (Section 3).

Section 1

Règles de constitution

540. Dépôt au greffe du projet des statuts. Il existe des formalités de constitution propres aux sociétés cotées qui complètent celles communes à toutes les sociétés anonymes. Le projet de statut rédigé et signé par les fondateurs doit être déposé par eux au greffe du tribunal de commerce du siège social prévu. Le projet constitue la base contractuelle offerte aux souscripteurs. Tout requérant pourra en demander communication. Les statuts comportent des mentions obligatoires.

541. Souscription intégrale du capital social. Une société anonyme n'est valablement constituée que si tout son capital a été souscrit. La souscription est un engagement d'apport.

Pratiquement, la souscription publique des actions a lieu avec le concours et par l'entremise de banques d'affaires. Celles-ci créent alors souvent entre elles une société sous forme de syndicat d'émission. L'intervention des banques est indispensable pour la souscription publique, car elles ont seules une organisation matérielle qui permette d'atteindre le public. La loi a réglementé tant la souscription elle-même que certains actes préparatoires à la souscription.

L'insertion d'une *notice* est imposée aux fondateurs. Elle sera publiée au *Bulletin des annonces légales obligatoires* (couramment appelé BALO). Cette notice, destinée à informer les futurs souscripteurs, doit contenir un certain nombre d'énonciations énumérées par le décret de 1967 (art. 59).

Si les fondateurs distribuent des prospectus pour solliciter les souscriptions, aucun *prospectus d'émission* ne peut être distribué, qui ne reproduise les énonciations de la notice et ne mentionne l'insertion de ladite notice avec indication de la référence au BALO (art. 60). Ces exigences sont pénalement sanctionnées.

1. V. le rapport Bouton, sur lequel A. Couret, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par A. Bouton », *Bull. Joly* 2002, § 245 ; « Réflexions de l'Institut Montaigne », mars 2003, *RD bancaire et fin.* mai-juin 2003, p. 178 ; Ph. Bissara, « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière », *Rev. sociétés* janv.-mars 2003, p. 51.

2. V. par ex. les améliorations apportées par le décret du 11 décembre 2006.

Les épargnants éclairés par la notice et par le dépôt au greffe répondent à l'offre par leurs *souscriptions*.

Ce *contrat de souscription* doit répondre à des conditions de forme et de fond.

Forme : la souscription est constatée par un bulletin daté, signé du souscripteur ou de son représentant et mentionnant la raison sociale, le siège social, l'objet social, la référence au numéro du BALO qui contient la notice, le montant du capital en souscription, le lieu où sont versés les fonds provenant de la souscription et la date du dépôt préalable des statuts au greffe du tribunal de commerce (Décr. 1967, art. 61).

Une copie du bulletin sur papier libre doit être laissée au souscripteur.

Fond : la souscription doit émaner de personnes dont le consentement est exempt de vices et qui sont capables de s'engager. Le placement des capitaux du mineur peut se faire de cette manière à la condition de respecter les exigences des articles 452-454 du Code civil sur la tutelle.

La jurisprudence considère que la souscription d'actions est un acte de commerce et en applique les conséquences en matière de preuve et de compétence. Cette solution n'empêche pas le mineur de souscrire des actions, car ce qui lui est interdit, c'est de faire profession de commerçant.

La souscription est l'engagement pur et simple d'effectuer un apport au moins égal au montant des actions souscrites. La souscription doit donc être ferme, non affectée d'une condition. Le montant nominal minimum de l'action est fixé par les statuts.

Les souscriptions ne peuvent pas se faire au-dessous du pair nominal.

L'intégralité du capital doit être souscrite. Les souscriptions doivent donc être loyales et sincères et non fictives. Si le capital annoncé n'est pas entièrement souscrit, il faut renoncer à constituer la société ou tenter d'ouvrir une nouvelle souscription en refaisant les statuts et en prévoyant un capital moindre.

La souscription crée à la charge du souscripteur l'obligation de faire à la société l'apport qu'il a promis et de faire partie de la société, elle fait naître à son profit le droit d'exiger que les fondateurs poursuivent l'exécution du contrat et lui délivrent les actions souscrites.

Économiquement, par son acceptation, le souscripteur conclut un contrat d'adhésion. Juridiquement, la jurisprudence y voit un contrat de type classique.

Dans le but d'écarter les souscriptions fictives, la loi exige :

a) pour les apports en nature, leur versement intégral au moment de la constitution de la société ;

b) pour les apports en numéraire un versement non pas total, mais du quart au moins de la valeur nominale de chaque action (C. com., art. L. 225-3).

La libération du surplus (trois quarts) interviendra plus tard ; elle se fera en une ou plusieurs fois, dans un délai maximum de cinq ans à dater du jour où la constitution de la société est devenue définitive. La loi exige des versements en espèces, ce qui peut se réaliser par la remise d'un chèque ou un ordre de virement au départ d'un compte bancaire. Bien entendu, les fondateurs peuvent stipuler un versement initial de plus du quart, voire même le versement total immédiat.

542. Dépôt des fonds recueillis. Les fonds provenant des souscriptions en espèces doivent être déposés, pour le compte de la société en formation, à la Caisse des dépôts et consignations, chez un notaire ou dans une banque, avec la liste des souscripteurs et l'indication des sommes versées par chacun d'eux. Cette précaution a pour but d'empêcher la dilapidation des fonds versés (C. com., art. L. 225-5).

Les sommes ainsi déposées ne pourront pas être retirées avant la constitution définitive de la société. Si, six mois après le dépôt des statuts, la société n'était pas constituée, les souscripteurs pourraient réclamer la nomination d'un mandataire qui retirerait les fonds et les restituerait aux souscripteurs (C. com., art. L. 225-11).

543. *Certificat du dépositaire des fonds.* Les souscriptions et les versements sont constatés par un certificat du dépositaire établi, au moment du dépôt des fonds, sur présentation des bulletins de souscription.

544. *Vérification des apports en nature.* Des précautions doivent être spécialement prises quand il y a des apports en nature ou des *avantages particuliers*¹. Les apports en nature ont pour objet autre chose que de l'argent. Les avantages particuliers sont attribués à certains associés en rémunération des services spéciaux qu'ils ont rendus ou doivent rendre à la société ; c'était le cas des parts de fondateurs.

Afin d'éviter une surestimation de ces apports ou de reconnaître une importance excessive à ces avantages, la loi en impose la vérification et l'approbation en assemblée générale.

Un ou plusieurs *commissaires aux apports* sont désignés par le président du tribunal de commerce statuant sur requête. Ces commissaires sont choisis sur une des listes d'experts établies par les cours et tribunaux ou sur la liste des commissaires aux comptes. Ces commissaires vont être chargés de vérifier la valeur donnée aux apports en nature dans le projet de statuts ou d'apprécier la légitimité des avantages particuliers que ce projet prévoit. Ils déposent leur rapport au greffe du tribunal, où il se trouvera à la disposition des souscripteurs.

L'assemblée générale constitutive statuera sur l'appréciation des apports et ne pourra les réduire qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs. Si l'évaluation prévue par les statuts n'est pas approuvée, la société ne pourra pas se constituer. Les fondateurs devront tout recommencer, en donnant sans doute aux apports en nature une moindre valeur.

Ces dispositions sont extrêmement importantes. Il n'y a pratiquement pas de grande société par actions qui se constitue sans apports en nature et ces apports sont couramment faits par des fondateurs qui ont évidemment tendance à majorer la valeur de leurs apports ou de leurs services.

545. *L'assemblée constitutive.* Elle n'est requise qu'en *cas de constitution avec appel public à l'épargne*. Tous les souscripteurs, qui ne se connaissent pas encore les uns les autres vont être réunis en une assemblée générale, dite constitutive. Chacun des souscripteurs peut y assister.

Cette assemblée constate que le capital est entièrement libéré et que les versements requis par la loi ont été effectués. Elle statue sur les apports en nature et les avantages particuliers. Si elle les approuve, elle peut adopter les statuts. Reste alors à désigner les premiers organes de la société, c'est-à-dire les administrateurs ou le conseil de surveillance (organes de gestion) et les commissaires aux comptes (organes de contrôle). Lorsque ceux-ci ont accepté leurs fonctions, le procès-verbal de la séance le constate. La société est constituée à partir de cette acceptation.

1. Ph. Engel et P. Troussière, « Création de catégories d'actions et stipulation d'avantages particuliers », *JCP*, éd. E, 1996. I. 585.

La question s'est posée de savoir si l'assemblée constitutive pouvait modifier les statuts. À l'unanimité des souscripteurs, la chose est certaine. Mais une majorité ne le pourrait pas. Aussi la pratique s'est instaurée d'insérer dans les projets de statuts, et de rappeler dans les bulletins de souscription, des clauses aux termes desquelles l'assemblée constitutive aura le pouvoir de modifier à une certaine majorité les statuts. La validité de ces clauses, lorsqu'elles sont trop larges et vagues, n'est pas certaine.

Les conditions de quorum et de majorité pour les délibérations des assemblées constitutives sont les mêmes que celles des assemblées générales extraordinaires, tenues au cours de l'existence de la société. Le quorum c'est la portion du capital, le nombre des actions qui doivent être présentées ou représentées pour qu'une décision soit régulièrement prise. Le quorum nécessaire pour délibérer valablement est de la moitié du capital social. Si ce quorum n'est pas atteint, il faudra convoquer une seconde assemblée où le quorum sera réduit au quart du capital social. Quant à la majorité exigée pour prendre une décision valable, elle est toujours des deux tiers au moins des voix exprimées. Chaque souscripteur prend part au vote ou s'y fait représenter comme aux assemblées, en cours de vie sociale. Il a un nombre de voix égal au nombre d'actions qu'il a souscrites, sans que ce nombre puisse dépasser 10 (art. 81 et 82).

Section 2

Règles de fonctionnement

Le droit commun des sociétés anonymes, quelle que soit la forme choisie, s'est révélée impropre à résoudre des difficultés apparues et amplifiées lorsque la crise économique a produit ses effets. C'est que dans ces sociétés la protection des actionnaires apparaît comme une exigence primordiale. Dans le même temps, il est apparu que les dirigeants de ces sociétés avaient parfois eu des pratiques, certes légales, mais qui pouvaient heurter la morale des affaires. Le législateur est ainsi intervenu pour prévenir certains excès.

§ 1. RÈGLES APPLICABLES AUX ASSEMBLÉES

546. Identification des actionnaires. Des règles sont énoncées en vue de l'identification des actionnaires qu'ils soient ou non identifiés en France. Les dirigeants peuvent ainsi avoir une vue précise de leur actionnariat.

547. Règles spécifiques. Lors de la tenue des assemblées, les exigences légales sont renforcées. Le président doit joindre un rapport spécial sur les travaux du conseil et le contrôle interne.

L'obligation d'information est renforcée. Le rapport de gestion doit contenir des informations complémentaires et présenter des risques spécifiques tels les risques environnementaux et les risques financiers. La part du capital social détenue par les salariés doit être précisée afin de favoriser la participation des salariés au conseil d'administration, une fois franchie le seuil de 3 %.

L'exercice du droit de vote est facilité. Par exemple, ont désormais qualité pour exercer le droit de vote à une assemblée les personnes qui sont inscrites en compte au troisième jour ouvré précédent l'assemblée.

548. Pouvoirs reconnus aux associations d'actionnaires. Les associations d'actionnaires fédèrent des actionnaires d'une société donnée. Elles représentent les intérêts de ces derniers au sein de la société. Elles exercent dans des conditions facilitées les droits normalement reconnus à des minorités qualifiées d'actionnaires¹.

Les actionnaires doivent justifier d'une inscription nominative depuis au moins deux ans (C. com., art. L. 225-10). Ensemble ils doivent détenir au moins 5 % des droits de vote (le pourcentage est modifié lorsque le capital de la société est supérieur à 5 millions de francs).

Toute association d'actionnaires doit avoir communiqué ses statuts à la société et à l'AMF.

Les associations ont des pouvoirs importants.

Les associations d'actionnaires obéissant aux conditions précédentes peuvent exercer des prérogatives nombreuses.

- Elles peuvent demander en justice la convocation de l'assemblée générale à l'issue d'une OPA, d'une OPE ou d'une cession de bloc de contrôle.
- Elles peuvent requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution.
- Elles peuvent demander en justice la récusation pour juste motif d'un ou plusieurs commissaires aux comptes désignés par l'assemblée générale.
- Il leur est loisible de demander en justice la désignation d'un expert avant d'effectuer un rapport sur une ou plusieurs opérations.
- Elles se voient reconnaître la possibilité de poser par écrit des questions aux dirigeants sociaux.
- Elles peuvent demander la révocation pour faute ou pour empêchement des commissaires aux comptes.
- Enfin, les associations peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs de la société.

549. Pouvoirs reconnus aux associations de défense des investisseurs. Les associations d'investisseurs peuvent regrouper parmi leurs membres des actionnaires appartenant à des sociétés différentes. Elles ne sont pas réservées aux actionnaires. Tout investisseur en valeurs mobilières ou produits financiers peut adhérer. Ces associations doivent être agréées.

Les associations peuvent agir en justice devant toutes les juridictions même par voie de constitution de partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des investisseurs ou de certaines catégories d'entre eux (CMF, art. L. 452-1). Si elles sont mandatées, elles peuvent solliciter la réparation des préjudices individuels causés (CMF, art. L. 452-2).

§ 2. RÈGLES APPLICABLES À LA DIRECTION DES SOCIÉTÉS CÔTÉES

550. Obligations des dirigeants. Depuis une dizaine d'années, sur le modèle américain, les sociétés sont invitées à mettre en œuvre les principes de la gouvernance d'entreprises. Il s'agit d'assurer une plus grande transparence dans le fonctionnement et d'éviter certains abus. Spontanément certaines sociétés se sont pliées aux nouvelles règles. Cependant, la pratique n'ayant pas évolué assez rapidement, le législateur est intervenu pour fixer de nouvelles contraintes, principalement s'agissant de la rémunération des dirigeants.

1. B. Le Bars, « Association d'actionnaires et d'investisseurs : un droit d'ester en justice ? », *Petites Affiches* 14 nov. 2003, p. 102.

Les actions des dirigeants doivent être mises sous forme nominative. Il s'agit d'assurer un meilleur contrôle des transactions des dirigeants. Les transactions sont quant à elles soumises à déclaration, à l'AMF.

551. Rémunération des dirigeants. La rémunération des dirigeants fait l'objet de trois séries de règles.

Tout d'abord, il existe une information relative à la rémunération. Le rapport de gestion doit fixer les éléments de la rémunération. La masse globale des rémunérations des dirigeants doit être précisée. Il existe un code de gouvernement AFEP-MEDEF qui énonce des recommandations relatives aux rémunérations. Les sociétés y ont adhéré¹.

Ensuite, la liberté des dirigeants de se faire consentir des *parachutes dorés* c'est-à-dire des sommes en cas de départ anticipé, est de plus en plus limitée. Les engagements sont soumis au régime des conventions réglementées. Le versement de rémunérations différées est soumis à des conditions de performance. L'assemblée générale doit délibérer sur chaque cas. Le conseil d'administration ou le conseil de surveillance contrôlent l'exécution des parachutes dorés.

Enfin, la possibilité de consentir des stocks options et actions gratuites est strictement encadrée et soumise à conditions.

552. Organisation des conseils d'administration. Une réglementation spécifique concerne les conseils d'administration. À partir d'un seuil de 3 %, les salariés doivent représenter les actionnaires salariés. La mise en œuvre des principes relatifs à la gouvernance d'entreprise justifie quelques adaptations du droit commun. Il est recommandé de désigner des administrateurs indépendants. Il est souvent établi un règlement intérieur du conseil d'administration.

Des comités spécialisés sont généralement créés. L'un d'eux, le comité des comptes est obligatoire et doit se charger de l'audit des comptes. Le comité de sélection ou de nomination est en charge de la composition des instances dirigeantes.

§ 3. MISE EN ŒUVRE DE L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE

553. L'exigence de transparence est essentielle dans les sociétés cotées. L'information permet aux investisseurs de choisir en connaissance de cause et en toute confiance les instruments financiers qui leur sont proposés par les émetteurs.

L'AMF impose la fourniture d'une information périodique et permanente. La première concerne essentiellement des rapports financiers spécifiques.

Il doit exister un rapport du président sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil et des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société. Ce rapport est complété par celui des commissaires aux comptes.

L'information permanente consiste pour l'essentiel dans l'obligation de communiquer tout fait important susceptible, s'il était connu, d'avoir une incidence significative sur le cours des titres émis par la société dont les titres sont admis sur le marché réglementé.

Les sociétés cotées et leurs dirigeants engagent leur responsabilité civile et pénale en cas de non-respect des exigences légales.

1. V. Magnier et Y. Paclot, « Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées », *D.* 2009. 1027.

Section 3

Les opérations réalisées sur le marché financier

554. Toute opération passée sur le marché est soumise à quelques principes fondamentaux (§ 1). L'autorité des marchés financiers veille à leur respect (§ 2). Lorsque les opérations ont pour but la prise de contrôle d'une autre société cotée, une procédure particulière doit être respectée (§ 3). Si des opérateurs faussent le marché, ils peuvent être sanctionnés (§ 4).

§ 1. PRINCIPES GOUVERNANT LES OPÉRATIONS RÉALISÉES SUR LE MARCHÉ FINANCIER

555. Règles générales. Plusieurs principes sont de nature à protéger le marché et les investisseurs¹.

Les opérations se réalisent entre les *professionnels habilités à intervenir*. L'article L. 421-6 du CMF énonce ainsi « que les négociations et cessions réalisées sur le territoire de la France métropolitaine et des départements d'outre-mer et portant sur des instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé ne peuvent être effectuées, à peine de nullité, que par un prestataire de service d'investissement, lorsqu'elles sont effectuées sur un marché réglementé, par tout membre de ce marché ». Le principe reçoit toutefois quelques exceptions.

Dans leurs rapports avec leurs clients, les professionnels sont soumis à de nombreuses contraintes. Le démarchage financier est réglementé, les règles relatives à la conservation des titres ou plus exactement à la tenue des comptes sont strictes, un véritable Code de déontologie s'applique.

Le droit financier régit également la passation et l'exécution des ordres de bourse. Les professionnels sont tenus à un *devoir d'information et de conseil* de leurs clients dont l'étendue est fonction des opérations réalisées et de la compétence du client en la matière. Le professionnel doit respecter les ordres qui lui sont adressés. Il doit exiger une *couverture* c'est-à-dire une garantie qui consiste dans la remise, préalable à l'opération de marché, d'une somme d'argent ou d'autres valeurs qui correspondent à une partie du risque financier.

Les règles de fixation des cours protègent les investisseurs. Le *marché est transparent* et il fonctionne en continu. Le *principe d'égalité de traitement entre les intervenants* est respecté. Enfin, le droit aujourd'hui reconnu à l'intermédiaire de se porter *contrepartie*, c'est-à-dire de prendre à son compte l'opération qu'il est chargé de conclure avec un tiers, ne doit pas se faire au détriment des intérêts du client. Le prix de la négociation est encadré.

556. Le principe de transparence. Le principe de transparence est l'un des plus importants. Une directive « transparence » a ainsi été adoptée et transposée en droit français². L'exigence de transparence impose que les opérations réalisées sur le marché soient

1. M.-A. Frison-Roche, « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », *Mélanges AEDBF*, 1997, p. 109.

2. Directive n° 2004/109/CE relative à l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé. V dossier spécial établi sous la direction de N. Rontchevsky, *RD bancaire et fin.* janv.-févr. 2007, p. 47.

connues de tous. Elle implique également que tous les intervenants aient un libre accès à l'information concernant les valeurs négociées et leurs émetteurs. L'AMF veille au respect de cette règle¹. L'un de ses règlements relatifs à l'obligation d'information du public énonce que « tout émetteur doit, le plus tôt possible, porter à la connaissance du public tout fait important susceptible, s'il était connu, d'avoir une incidence significative sur le cours du titre ou du contrat négociable ou du produit financier. »

Au nom du principe de transparence, les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé sont tenues à des obligations d'information relatives à leurs comptes et aux valeurs mobilières détenues en portefeuille (CMF, art. L. 451-1, renvoyant au C. com., art. L. 232-7 et L. 232-8).

Il existe en second lieu des obligations d'information sur les prises de participation et les *franchissements de seuil* (CMF, art. L. 451-2, renvoyant au C. com., art. L. 233-7 à L. 233-14). Il s'agit d'informer le public de l'évolution de l'actionnariat des sociétés dont des titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et les dirigeants pour leur permettre d'anticiper les risques d'une éventuelle prise de contrôle externe.

Lorsqu'une personne physique ou une personne morale agissant seule ou de concert vient à posséder un nombre d'actions représentant une certaine proportion du capital ou des droits de vote d'une société ayant son siège en France et dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, elle est tenue de déclarer les objectifs qu'elle a l'intention de poursuivre. Des franchissements de seuils sont générateurs d'une obligation de déclaration d'intention.

L'obligation imposée de *publier les pactes d'actionnaires* comportant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition traduit également cette volonté d'assurer la transparence du marché financier.

Enfin, la loi NRE introduit un dispositif d'*identification des actionnaires* (C. com., art. L. 228-1 et s.) et aménage la représentation aux assemblées pour permettre à des intermédiaires de prendre part au vote pour le compte d'actionnaires ayant déposé leurs actions chez eux.

557. Le principe d'égalité des actionnaires. Le souci d'assurer une parfaite égalité entre les actionnaires apparaît dans deux séries de règles.

L'AMF veille à ce que l'*accès à l'information* soit égal pour tous.

Des dispositions ont été votées afin que dans le cadre d'une cession de contrôle tous les actionnaires puissent recevoir un *prix égal* pour leurs actions. Le principe d'égalité justifie la réglementation des offres publiques obligatoires et des garanties de cours.

Le CMF précise les conditions dans lesquelles sont respectés les *droits des minoritaires* lors d'événements susceptibles d'affecter gravement la valeur de leurs actions.

Le législateur a reconnu le droit aux associations d'actionnaires et d'investisseurs de faire respecter ces principes. Une loi du 8 août 1994 a renforcé leurs rôles et leurs pouvoirs, sur le modèle des associations de défense des consommateurs².

1. CA Paris, 17 juin 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 316, note J.-J. Daigre ; *RD bancaire et bourse* 1999. 32.

2. Pour des commentaires de cette loi, v. A. Couret et J.-L. Médus, *Bull. Joly* 1994. 903 ; B. Saintourens, *Rev. sociétés* 1994. 625 ; *Rev. sociétés* 1995, n° 2.

§ 2. LA SURVEILLANCE DU MARCHÉ PAR L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS

558. Nature. Les marchés de négociation des valeurs mobilières doivent être étroitement contrôlés. C'est la protection des investisseurs et de l'épargne publique qui est en jeu. Quatre fonctions doivent être assurées : l'agrément des prestataires de services d'investissement, la réglementation des marchés, le contrôle des règles applicables, la discipline. L'Autorité des marchés financiers est l'organe essentiel.

L'AMF qui remplace la COB et le CMF a le statut d'autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale. C'est une personne morale de droit public *sui generis* comme la Banque de France¹.

559. Attributions. Un livre VI du Code des marchés financiers détaille ses attributions. L'AMF veille à la protection de l'épargne investie sur les marchés financiers et veille au bon fonctionnement de ces derniers. Elle dispose à cette fin de différentes prérogatives.

Elle dispose d'un *pouvoir réglementaire*. Elle adopte ainsi un règlement général qui détermine les règles applicables aux marchés financiers et à ses opérations.

En utilisant la procédure de rescrit, ceux qui envisagent de réaliser une opération peuvent saisir l'AMF. S'il en respecte le contenu, il n'encourt aucune sanction.

L'AMF a un *pouvoir de décision*. Elle peut viser des documents d'information. Elle peut publier des instructions et recommandations. Elle peut publier des avertissements. La Cour d'appel de Paris est saisie des recours contre ses décisions.

L'AMF dispose d'un *pouvoir de contrôle et d'enquête*. Elle veille à la régularité des opérations sur les marchés financiers et au respect des obligations professionnelles des différents intervenants. Le secrétaire général de l'AMF peut décider de procéder à des enquêtes.

L'AMF dispose d'un *pouvoir d'injonction directe* qui lui permet d'ordonner qu'il soit mis fin à certains manquements.

Son pouvoir d'injonction est indirect lorsque l'AMF sollicite le tribunal de grande instance de prendre une décision.

L'AMF a un *pouvoir de sanction administrative et disciplinaire*. Pour se conformer aux exigences d'un procès équitable posées par la CESDH, l'AMF dispose d'une autorité pour la poursuite et d'une seconde pour la sanction.

L'examen des recours formés contre les décisions de sanction est de la compétence du juge judiciaire, sauf pour ce qui est des professionnels pour lesquels les recours sont portés devant la juridiction administrative.

Sans préjudice des compétences de la Banque de France et de la Commission bancaire, l'AMF fixe les règles relatives aux matières dont elle est chargée : organisation et fonctionnement des marchés d'instruments financiers, offres publiques, obligations professionnelles et règles de bonne conduite applicables aux professionnels agréés du secteur financier, règles de pratique professionnelle s'imposant aux personnes qui font publiquement appel à l'épargne ou qui interviennent lors d'opérations d'appel public à l'épargne.

Elle prend toute décision individuelle relative aux matières relevant de sa compétence et en particulier toute décision d'application des règles qu'elle édicte.

1. Y. Paclot, « Remarques sur le pouvoir de sanction administrative de la future autorité des marchés financiers », *JCP*, éd. E, 2003, act. 174.

Elle contrôle les opérations effectuées sur les marchés d'instruments financiers. Elle veille au respect des obligations auxquelles sont astreintes les personnes qui font publiquement appel à l'épargne, qui interviennent sur les titres placés par appel public à l'épargne ou qui assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuille de titres.

Elle sanctionne les manquements aux règles qu'elle a édictées. Elle peut saisir le procureur de la République des infractions pénales dont elle a connaissance et peut se porter partie civile devant les juridictions pénales. La procédure de sanction repose sur des bases solides assurant l'impartialité et la préservation des droits de la défense.

Elle est habilitée à recevoir de tout intéressé les réclamations dont la matière relève de sa compétence et peut proposer sa médiation.

Elle apporte son concours à la régulation et à la surveillance des marchés européens et internationaux d'instruments financiers.

§ 3. PROCÉDURES D'OFFRES PUBLIQUES D'ACHAT

560. Finalité de la procédure. La procédure d'OPA est un mécanisme d'acquisition d'une société cotée par une autre. Cette procédure doit permettre aux actionnaires de l'entreprise achetée, c'est-à-dire la société cible, d'obtenir le meilleur prix de leurs actions. Les enchères doivent donc se dérouler dans la plus grande clarté. Il est également essentiel que tous les actionnaires et pas seulement les majoritaires tirent le même profit de la procédure qui conduit à la revalorisation de leurs titres¹. Pour tenir compte de ces impératifs, la procédure fait l'objet de nombreuses réformes. La loi du 2 août 1989 relative à la « sécurité et à la transparence du marché financier » a en effet été modifiée par des lois du 31 décembre 1993 et 2 juillet 1998. La loi relative aux nouvelles régulations économiques énonce des principes nouveaux². Une nouvelle réforme est intervenue le 31 mars 2006 pour transposer la directive OPA du 21 avril 2004³. Il s'agit toujours de rechercher la plus grande *transparence* du marché car elle seule permet de préserver l'*égalité des actionnaires*. Il s'agit aussi de faciliter la procédure d'OPA car celle-ci est aujourd'hui considérée comme bénéfique pour le marché. La procédure des offres publiques obligatoires est aujourd'hui précisée dans le règlement de l'AMF⁴. *L'AMF a pour mission de rechercher un juste équilibre entre la protection du principe d'égalité entre actionnaires et l'intérêt général du marché*. Il est ainsi clairement énoncé que « les règles ont pour objet d'assurer le respect par l'ensemble des parties à une offre des principes d'égalité des actionnaires, de transparence et d'intégrité du marché et de loyauté dans les transactions et la compétition ». Afin d'assurer l'égalité des actionnaires et la transparence des marchés, le règlement général de l'AMF doit fixer les règles relatives aux offres publiques d'achat et d'échange (CMF, art. L. 433-1), les conditions dans lesquelles toute personne a l'obligation de déposer un projet d'offre publique (CMF, art. L. 433-3). C'est également l'AMF qui fixe les principes gouvernant les offres publiques de retrait et le retrait obligatoire (CMF, art. L. 433-4).

1. D. Schmidt, « Les droits de minoritaires et les offres publiques », *D.* 2007. chron. 1887.

2. A. Couret, « Le régime des offres publiques issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques », *D.* 2001. chron. 1778.

3. Pour un commentaire de la loi, v. J.-M. Moulin, *JCP*, éd. E., 2006. 757 ; F. Martin Laprade et G. Guiliani, *RD bancaire et fin.* nov.-déc. 2006, p. 55.

4. V. arrêté du 18 septembre 2006 homologuant le règlement de l'AMF : *RTD com.* 2007. 185, obs. N.R.

Il existe une procédure de droit commun applicable à tous les acteurs détenteurs d'une minorité du capital tenus d'acquérir le solde (A) Il existe d'autres procédures applicables à ceux qui détiennent une majorité et qui sont dans l'obligation d'acquérir une minorité de titres (B). Nous verrons ensuite quels sont les mécanismes anti-OPA (C).

A. Procédure normale d'OPA

561. Déclenchement de la procédure. La procédure peut être librement déclenchée à l'initiative d'une société qui veut en acquérir une autre. Un dossier de présentation de l'offre est alors remis à l'AMF et au ministre chargé de l'économie. Si l'offre est déclarée recevable, la société initiatrice informe le public de ses intentions et des modalités de l'opération. L'offre doit durer vingt jours. Pendant cette période, il peut y avoir des surenchères provenant d'autres acquéreurs potentiels.

Dans un souci de *protection des actionnaires minoritaires*, la loi du 18 mars 1992 impose que les offres publiques portent sur 100 % du capital de la société visée. Il s'agit d'éviter que des actionnaires ne puissent céder au prix fort des titres qui se dévaloriseraient rapidement en cas de réussite de l'OPA. Pour les mêmes motifs, la procédure d'OPA est obligatoire. Le respect de cette règle est assuré par l'*obligation qui est imposée à toute société qui franchit des seuils de participation* dans le capital d'une autre d'en informer l'AMF et la société émettrice (C. com., art. L. 233-7).

Le respect de la procédure d'OPA est également obligatoire lorsque la société ou toute autre personne *agissant seule ou de concert* vient à détenir plus du tiers des titres du capital ou plus du tiers des droits de vote d'une société dont les titres sont négociés en bourse.

La même obligation pèse en cas de franchissement indirect des seuils en raison d'une prise de contrôle d'une société.

Sont également tenues de déposer un projet d'offre publique les personnes physiques ou morales, agissant seules ou de concert, qui détiennent directement ou indirectement un nombre compris entre le tiers et la moitié du nombre total des titres de capital ou des droits de vote d'une société qui, en moins de douze mois consécutifs augmentent le nombre des titres de capital ou des droits de vote qu'elles détiennent d'au moins 2 % du nombre total des titres de capital ou des droits de vote. Il est ainsi tenu compte de la vitesse d'acquisition d'une société.

L'obligation de déposer une offre publique reçoit *divers tempéraments*. L'AMF peut autoriser le franchissement momentané d'un seuil. Il peut également constater qu'il n'y a pas matière à déposer un projet d'OPA alors même que sont franchis les seuils.

Il existe de *véritables dérogations* à l'obligation de faire une OPA justifiées par des considérations d'équité et par la volonté d'introduire plus de souplesse dans le mécanisme. Tel est par exemple le cas lorsque l'acquisition de titres ne révèle pas une véritable volonté de conquête.

La *notion d'action de concert* est donc essentielle en droit boursier. Le concert est pris en compte dans le souci d'éviter que la réglementation obligatoire ne soit contournée, qu'il y ait donc des prises de contrôle rampantes. La notion a un double usage. D'une part, ceux qui agissent de concert sont tenus d'un devoir d'information envers la société et l'AMF. D'autre part, l'existence du concert peut justifier le lancement d'une procédure d'OPA. L'article L. 233-10-1 du Code de commerce définit ainsi le concert : « En cas d'offre publique d'acquisition sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord avec l'auteur d'une offre visant à obtenir le contrôle de la

société qui fait l'objet de l'offre. Sont également considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord avec la société qui fait l'objet de l'offre afin de la faire échouer »

L'un des mécanismes de protection essentielle consiste dans le prix proposé aux actionnaires. L'article L. 443-3 du CMF précise que « dans une offre obligatoire le prix proposé doit être au moins équivalent au prix le plus élevé payé par l'auteur de l'offre, agissant seul ou de concert, sur une période de douze mois précédant le dépôt de l'offre ».

562. Suites de l'offre publique. En cas de dépôt d'une offre publique d'achat, la loi sur les nouvelles régulations économiques impose au chef d'entreprise concerné de réunir son comité d'entreprise. Ce dernier peut se prononcer sur le caractère amical ou hostile de l'offre. Il peut demander l'audition de l'auteur de l'offre (C. trav., art. L. 432-1). Une fois l'offre lancée, s'ouvre une période pendant laquelle la liberté des dirigeants et des actionnaires des sociétés concernées est limitée. Les droits d'intervenir sur le marché sont réglementés. La nouvelle loi a pour but de permettre à l'initiateur de l'offre d'avoir un contrôle effectif sur la cible. À cette fin, le nouvel article L. 233-34 limite la portée des clauses des statuts restreignant le transfert des actions ou plafonnant les droits de vote. Seuls les actes de gestion courante sont autorisés. Il est interdit aux dirigeants de prendre toute décision susceptible de faire échouer l'offre.

Un expert indépendant peut être nommé lorsque l'opération est susceptible de générer un conflit d'intérêts au sein du conseil d'administration (règlement général AMF, art. 261-1).

Tous les actionnaires intéressés par l'offre publique adressent leurs ordres de vente aux intermédiaires habilités. Le résultat de l'offre publique fait l'objet d'un avis de la SBF qui indique que l'offre est déclarée sans suite ou comporte une suite positive.

B. Procédures complémentaires

563. Procédure d'offre simplifiée. Une offre simplifiée peut être autorisée par l'AMF lorsque l'initiateur détient directement ou indirectement, seul ou de concert, la moitié au moins du capital et des droits de vote d'une société ou lorsqu'il ne vise qu'une participation au plus égale à 10 % des titres de capital conférant des droits de vote de la société visée.

564. La procédure de retrait. Des procédures sont organisées pour organiser le *sort des minoritaires à l'issue d'une prise de contrôle*. Il s'agit d'offrir à des minoritaires le droit de céder leurs titres dans certaines circonstances particulières qui affectent l'intérêt qu'ils peuvent avoir à demeurer dans la société. Il est en premier lieu organisé une *procédure de retrait volontaire* qui intervient dans plusieurs cas. Lorsque 95 % des droits de vote d'une société cotée sont détenus par la même personne ou un groupe de personnes agissant de concert, tout actionnaire peut demander à l'AMF de requérir le dépôt par le dominateur d'un projet d'offre publique de retrait. Dans la même situation, le dominateur peut proposer le retrait.

Des procédures de retrait pour *changement substantiel affectant la société* sont également prévues.

En second lieu, il existe une *procédure de retrait obligatoire*. Le retrait peut être imposé aux minoritaires qui détiennent moins de 5 % du capital ou des droits de vote à l'issue

d'une procédure d'offre ou de demande de retrait. Il s'agit d'une véritable expropriation pour cause d'utilité privée qui s'opère sans garantie d'une véritable indemnisation¹.

Dans ces hypothèses, les conditions d'indemnisation sont précisées. L'article L. 433-4 du code monétaire et financier III dispose que l'indemnisation offerte aux actionnaires dans les procédures de retrait obligatoire doit être égale, par titre au prix proposé lors de la dernière offre ou, le cas échéant, au résultat de l'évaluation multicritères pondérés.

Ce droit de sortie offert aux minoritaires est une traduction du *principe d'égalité* gouvernant les procédures d'offres publiques.

565. Procédure de garantie des cours. Une procédure dite de maintien des cours est enfin imposée à l'*acquéreur d'un bloc de contrôle* (acquisition susceptible de conférer aux acquéreurs la majorité du capital). Il s'agit d'une mesure de protection des minoritaires. Il faut permettre au minoritaire de profiter de la valeur supérieure de l'action obtenue par celui qui a cédé le contrôle. Une procédure spéciale oblige ainsi l'acquéreur à accueillir toute proposition de vente émanant d'un actionnaire minoritaire, pendant une période donnée (dix jours) à un prix donné. L'acquéreur de la majorité des titres a ainsi l'obligation de se porter acquéreur de tous les titres présentés sans limites. L'acquéreur du bloc peut aussi lancer une OPA en forme simplifiée.

C. Mécanismes anti-OPA

566. Diversité des techniques. La réglementation de la procédure d'OPA serait de peu d'utilité si les sociétés étaient en droit d'aménager librement des techniques visant à en paralyser les effets. En outre, en France, à la différence des autres pays, la procédure d'OPA est considérée avec faveur car elle est un facteur de développement des entreprises. Les sociétés ont donc peu de moyens de se prémunir à l'avance contre une éventuelle OPA. La loi du 31 mars 2006 accroît la transparence autour des mesures de défense dans le but d'en limiter les effets². Le nouvel article L. 225-100-3 impose ainsi que le rapport de gestion présenté par les organes de direction à l'assemblée annuelle expose et explique la présence de certains éléments liés à la géographie et à la fluidité du capital lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique. Toute la panoplie des mesures préventives est concernée. D'autres mesures de la loi visent à neutraliser la direction de la société cible en limitant les pouvoirs des dirigeants en matière de défense anti-OPA en période d'offre. Ils peuvent simplement rechercher un chevalier blanc pour proposer une offre concurrente (C. com., art. L. 233-32, I). Diverses techniques anti-OPA sont utilisées.

Des sociétés font usage de la possibilité qui leur est offerte d'émettre des *actions sans droit de vote*.

Le nouvel article L. 233-22 du Code de commerce autorise à certaines conditions l'attribution gratuite de bons aux actionnaires permettant de souscrire à des actions préférentielles³.

Le choix de la forme sociale de la *commandite* a également été utilisé.

Des *clauses statutaires* peuvent enfin rendre la prise de contrôle plus difficile. Des *déclarations de franchissement* de seuils renforcées peuvent être imposées. Il est également

1. D. Schmidt, « Réflexions sur le retrait obligatoire », *RD bancaire et bourse* 1999. 213.

2. Le Nabasque, « Les mesures de défense anti-OPA depuis la loi du 31 mars 2006 », *Rev. sociétés* 2006. 237.

3. A. Couret, « Les bons d'offre », *D.* 2006. chron. 1372.

permis de plafonner les droits de vote dont peut disposer un même actionnaire. Afin de connaître l'identité de ses actionnaires, la société peut également imposer la *forme nominative des titres*. La pratique des *pactes d'actionnaires* est également fréquente. Mais ces pactes doivent être publiés lorsqu'ils comportent des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition. Des clauses prévoyant la communication des pactes ne sont plus limitées à celles conclues entre actionnaires. Seules les clauses portant sur au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote de la société sont concernées (C. com., art. L. 233-11). À défaut de transmission, les effets de la clause sont suspendus et les parties déliées de leurs engagements en période d'offre publique.

§ 4. INFRACTIONS

567. Atteintes à la transparence des marchés. L'instauration d'une *morale des affaires* passe par la sanction de ceux qui ne respectent pas les règles du jeu et tentent de fausser le marché. Trois infractions sont prévues.

Notre droit sanctionne tout d'abord le *délit d'initié*. Sont sanctionnées les personnes disposant à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'*informations privilégiées* qui réalisent directement ou par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations ou permettent de les réaliser (CMF, art. L. 465-1). Les informations doivent concerner les perspectives ou la situation d'un émetteur ou les perspectives d'évolution d'un instrument financier. Il s'agit de faire obstacle à ce que l'on puisse tirer avantage d'une information qui, si elle avait été rendue publique, aurait pu avoir une incidence sur le cours de la valeur mobilière concernée. L'information privilégiée doit être précise¹, confidentielle, de nature à influencer sur le cours du titre et déterminante des opérations réalisées. Le *délit* fait aussi l'objet d'un règlement de l'AMF prévoyant une sanction administrative.

Le *délit de communication d'informations privilégiées* complète cette première infraction. L'acte de communication de l'information est sanctionné en lui-même. La communication à un tiers doit intervenir au dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

Il existe le *délit de manipulation des cours*. Est puni « le fait pour toute personne directement ou par personne interposée d'exercer ou de tenter d'exercer une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé en induisant autrui en erreur » (CMF, art. L. 465-2).

Enfin, le *délit de fausse information* est constitué lorsqu'une personne répand dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé de nature à agir sur les cours (CMF, art. L. 465-1, al. 3).

1. Sans pour autant être certaine, v. Com. 5 oct. 1999, JCP, éd. E, 2000. 32, note H. Hovasse ; Bull. Joly 1999. 1193, note A. Pietrancosta ; RD bancaire et bourse 1999. 247.

Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions

568. Les sociétés par actions qu'il s'agisse des SA, des SAS ou des sociétés commandites par actions émettent des valeurs mobilières. Il s'agit des actions et d'autres titres tels les obligations. L'émission de ces titres est une source de financement au même titre que l'emprunt.

Section 1

Caractères fondamentaux

569. Développement des valeurs mobilières. Le développement des valeurs mobilières est considérable. Le législateur lui-même encourage cet essor. D'une part, la possibilité d'émettre des valeurs a été reconnue à certaines *associations*. D'autre part, le législateur a multiplié les catégories de valeurs mobilières. Ces nouveaux produits financiers doivent permettre aux entreprises d'accroître leurs fonds propres¹. Les pouvoirs publics cherchent par ailleurs à orienter l'épargne vers le financement des entreprises. Tel est le rôle des plans épargne en actions, des SICAV et des fonds communs de placement. Grâce à ces organismes de placements collectifs, l'épargnant même profane peut investir avec un minimum de risques.

570. Définition. Les valeurs mobilières sont des titres financiers qui confèrent des droits identiques par catégorie. Les valeurs sont des titres négociables. Au sein de la catégorie des titres financiers, elles se distinguent par leur fongibilité. Les valeurs mobilières appartiennent à la catégorie plus large des *droits mobiliers incorporels*². Les titulaires de valeurs mobilières n'ont que des droits personnels à l'égard de la société. La valeur mobilière est en effet un titre constatant un droit d'associé ou un droit de créance.

Les valeurs mobilières présentent ainsi des caractères fondamentaux.

1. Il existe aussi des créations de la pratique : les certificats de valeur garantie (F.G. Trébulle, *JCP*, éd. E, 1999. 114), les actions reflet (A. Viandier, *RJDA* 1/01, p. 3).

2. F. X. Lucas, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly* 2000. 765 ; *contra* : D. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières », *D.* 1996. chron. 48 ; « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.* 2001. chron. 1228.

571. Les valeurs sont des titres. Ce sont des titres émis par des personnes morales ; elles constatent un droit d'associé ou un droit de créance ; ce sont des titres négociables susceptibles d'être cotés en bourse ; ce sont des titres fongibles.

La qualification de titre emporte plusieurs conséquences. D'une part, avoir un titre, c'est être titulaire d'un droit. D'autre part, le titre est l'inscription portée sur un papier ou un compte qui constate un acte juridique. L'inscription sert à désigner la personne qui est titulaire du droit.

Les principales valeurs mobilières sont les *actions* et les *obligations*. Les actions sont des titres de capital ; elles confèrent à leur titulaire un droit d'associé. Les obligations représentent une simple créance à l'encontre de la société.

572. Les valeurs mobilières sont des titres financiers. L'instrument financier constitue une catégorie qui englobe deux catégories de titres, les titres financiers et les contrats financiers. Les valeurs mobilières appartiennent à la catégorie des titres financiers¹.

La catégorie des titres financiers comprend les titres de capital émis par les sociétés par actions, les titres de créance à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse, les parts et actions d'organismes de placements collectifs.

Les titres de capital émis par les sociétés par actions comprennent les actions et les autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote.

Les contrats financiers ou instruments financiers à terme sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret.

Le régime des titres financiers est précisé par le Code monétaire et financier. Ils sont des caractères fondamentaux, ils ne peuvent être émis que par l'État, une personne morale, un fonds commun de placement, un fonds commun de placement immobilier ou un fonds commun de titrisation.

573. Distinction des titres nominatifs et au porteur. Les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs (C. com., art. L. 228-1).

Cette distinction essentielle par le passé, a perdu un peu de son intérêt. Les titres nominatifs s'opposaient aux titres au porteur. Les premiers résultaient de l'inscription de leur titulaire sur un registre tenu par la personne morale émettrice ; ils avaient un caractère incorporel. Les titres au porteur étaient représentés par un document matériel dans lequel s'incorporaient les droits du titulaire. Ces titres étaient des meubles corporels. L'importante réforme en date du 30 décembre 1981 relative à la *dématérialisation des valeurs mobilières* a fait perdre beaucoup d'intérêts à la distinction. Aujourd'hui, les droits de l'actionnaire ou de l'obligataire sont représentés par une inscription en compte. Le *titre nominatif* « pur » est celui qui résulte de l'inscription à un compte tenu par la société émettrice. Le titre nominatif « administré » figure quant à lui dans un compte ouvert par son titulaire chez un intermédiaire habilité. L'intermédiaire agit alors en lien avec la société émettrice contrairement au teneur de compte sur lequel sont inscrits des titres au porteur, qui, lui, est en relation avec ce porteur. La forme nominative est exigée dans certains cas (actions non cotées en bourse, actions de garantie détenues par les administrateurs, titres des incapables...). La preuve de la qualité du titulaire se fait par l'inscription figurant sur

1. Th. Bonneau, « Valeurs mobilières et titres financiers en droit français », *RD bancaire et fin.* mars-avr. 2009, p. 75.

les comptes. La transmission se fait par transfert, c'est-à-dire par modification de l'inscription.

Le *titre au porteur* est celui qui résulte de l'inscription sur un compte tenu par un intermédiaire. Le *titre au porteur n'est donc plus un meuble corporel*. Sa transmission suppose un ordre de mouvement. Le titulaire du titre au porteur demeure ignoré de la société émettrice. Cependant les statuts peuvent prévoir le droit pour la société émettrice d'obtenir des intermédiaires l'identification des détenteurs des titres au porteur (C. com., art. L. 228-2). C'est l'intermédiaire agréé qui tient les comptes où sont inscrits les titres au porteur. Les transferts entre les intermédiaires s'opèrent par l'entreprise des *SICOVAM*, sociétés interprofessionnelles pour la compensation des valeurs mobilières.

Les titres sont donc aujourd'hui devenus des valeurs scripturales sans individualité.

574. Négociabilité des valeurs mobilières. Les valeurs mobilières sont négociables c'est-à-dire qu'elles sont librement transmissibles suivant les modes simplifiés du droit commercial. Depuis une loi du 30 décembre 1981, les valeurs mobilières sont *dématérialisées*. Elles ne figurent plus sur un titre en papier. Les droits de l'actionnaire ou de l'obligataire sont représentés par une *inscription en compte* (CMF, art. L. 211-4). La valeur mobilière se négocie donc par un simple virement de compte à compte.

Les titulaires de titres identiques provenant de la même émission ont les mêmes droits.

Section 2

Différentes valeurs mobilières

575. Classifications. Ce qui caractérise l'époque contemporaine c'est l'explosion et la diversification des valeurs mobilières. Plusieurs distinctions classiques perdent depuis certaines réformes récentes un peu de leur netteté¹. Tel est le cas de *la distinction des actions et des obligations*. L'action confère un droit d'associé à son titulaire alors que l'obligation représente une simple créance à l'encontre de la société. En multipliant les titres nouveaux, le législateur a cependant atténué l'opposition².

576. Évolution. L'opposition traditionnelle entre l'action et l'obligation s'estompe peu à peu. Le législateur a créé des titres qui empruntent aux deux valeurs classiques et des titres totalement originaux. Il est devenu également très facile de changer de statut, de passer de la qualité d'obligataire à celle d'actionnaire.

Le Code monétaire et financier oppose aujourd'hui les actions et titres donnant accès au capital et les titres de créances.

Les titres de capital sont des titres qui représentent une partie du capital et donnent, en principe, pour cette raison, droit aux divers produits du capital. Le remboursement de ces titres n'est dû qu'à la liquidation, sur l'actif net, ou lors d'une opération d'amortissement ou de réduction de capital³. Les porteurs de titres de capital n'ont qu'une créance de tout

1. Th. Bonneau, « La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés », *RTD com.* 1988, 535.

2. Cl. Champaud, « Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires », in *Mélanges Jeantin*.

3. P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, n° 1041.

dernier rang à l'encontre de la société. Les fonds apportés par ces titres sont désignés sous le nom de fonds propres ou de capitaux propres.

Les titres de créances ou titres obligataires représentent une créance sur la société.

Des organismes de placement collectif sont aussi des valeurs mobilières. L'ordonnance du 24 juin 2004 modifie en profondeur le droit des valeurs mobilières. Elle se donne plusieurs ambitions. Il s'agit de moderniser le droit pour répondre à l'attente des marchés et faciliter le financement des entreprises. Il s'agit aussi de simplifier notre droit en offrant un cadre juridique renouvelé aux différents titres susceptibles d'être émis par une société qu'elle soit ou non cotée. Enfin, l'ordonnance confère plus de liberté et de souplesse aux sociétés. L'article L. 226-1 du Code de commerce énonce que les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions sont définies par à l'article L. 211-2 du Code monétaire et financier. Deux distinctions se superposent. L'opposition entre les titres de capital et les titres de créances. Cependant, dans le code de commerce, c'est une deuxième classification qui est consacrée. Le code oppose les actions, les obligations et les valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances.

1° Les actions

577. Caractères fondamentaux. Les actions sont des titres donnant accès au capital. Sont considérés comme des titres de capital les actions et autres titres négociables donnant ou pouvant donner accès directement ou indirectement au capital et leurs démembrements. L'ordonnance du 24 juin 2004 a simplifié le droit applicable et impose de distinguer les véritables actions et les actions de préférence. Un certain nombre de titres ont ainsi vocation à disparaître. L'ordonnance les désigne sous le nom de titres en voie d'extinction.

a) Véritables actions

578. Véritables actions. L'action est un titre qui représente une fraction du capital social et qui confère à son titulaire la qualité d'associé. L'action a une valeur nominative qui représente une quote-part du capital social. Les statuts en fixent le montant minimum. Il existe plusieurs catégories d'actions et des distinctions s'imposent donc.

Il faut distinguer les actions de numéraire et les actions d'apport. Les actions en numéraire sont celles dont le montant est libéré en espèces ou par compensation, celles qui sont émises par suite d'une incorporation au capital de réserves, bénéfices ou primes d'émission et pour partie d'une libération en espèces. Ces dernières doivent être intégralement libérées lors de la souscription.

Toutes autres actions sont des actions d'apport (C. com., art. L. 228-7, et CMF, art. L. 212-1).

L'action d'apport est attribuée aux apporteurs de biens en nature. Elle doit être intégralement libérée dès son émission, ce qui n'est pas le cas de l'action en numéraire qui peut n'être libérée lors de la souscription que d'un quart au moins de sa valeur nominale.

L'action de numéraire est nominative jusqu'à son entière libération.

Il convient de distinguer les actions de capital et des actions de jouissance.

À la dissolution de la société, chaque actionnaire devra recevoir remboursement de son apport. Cette dette de remboursement peut être amortie avant la dissolution. La société délivre alors aux actionnaires, à qui la valeur nominale de leurs actions est remboursée, des actions de jouissance. Ces actions confèrent à leurs titulaires les mêmes droits que

l'action de capital à la seule réserve que le porteur n'a plus droit à l'intérêt statutaire ni, en cas de dissolution, au remboursement du capital nominal, qui précisément lui a été remboursé d'avance.

b) Actions de préférence

579. Régime dérogatoire. Avant que n'intervienne l'ordonnance en date du 24 juin 2004, le droit des actions était devenu d'une grande complexité. Le législateur avait en effet reconnu la validité d'un grand nombre d'actions soumises à un régime spécial. La pratique de son côté avait créé de nouveaux produits. Désormais, il existe une catégorie unique, celle des actions de préférence¹. Ces actions répondent aux besoins de tenir compte des finalités différentes qui justifient l'investissement en actions. Des actionnaires ne voient dans l'action qu'une valeur susceptible de conférer une plus-value ou un rendement. Pour eux, les prérogatives d'un actionnaire sont secondaires. Inversement pour une catégorie d'actionnaires, les actions sont importantes car elles permettent le contrôle et le pouvoir dans la société. Les actions de préférence intéressent en priorité la première catégorie.

Le plus souvent, les actions de préférence sont créées à l'occasion d'une augmentation de capital pour attirer les souscripteurs. L'utilisation de ces actions est particulièrement utile dans les opérations de capital-risque et les opérations de LBO.

Ces actions se distinguent des actions ordinaires. À la différence des premières, elles sont soumises à un *principe d'inégalité*. Il s'agit de créer des actions dotées d'un régime spécial. Une très grande liberté est offerte aux praticiens. Une seule limite s'impose à eux. Ils doivent respecter les règles d'ordre public du droit des sociétés comme la prohibition des clauses léonines.

Ces actions peuvent être dotées ou non de droit de vote. Cependant, les actions sans droit de vote ne peuvent pas représenter plus du quart du capital social dans les sociétés cotées et plus de la moitié dans les autres. Les actions sans droit de vote auxquelles est attaché un droit limité de participation sans droit de vote auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de stipulations contraires dans les statuts (C. com., art. L. 228-11).

Les actions de préférence ne peuvent pas donner droit à plus de deux droits de vote (C. com., art. L. 225-122 et L. 228-12).

Elles sont assorties de *droits particuliers*. Ces droits sont eux-mêmes très divers. Il peut s'agir de droits pécuniaires tels le droit au dividende, le droit au boni de liquidation, le droit à l'attribution gratuite d'actions de préférence. Les droits peuvent être des droits non pécuniaires tels le droit de vote qui peut être supprimé ou aménagé, l'attribution de sièges au conseil d'administration ou de surveillance, la reconnaissance d'un pouvoir d'autorisation de certaines opérations.

Ces droits particuliers peuvent être exercés dans une autre société que la société émettrice des actions de préférence : la société qui contrôle la société émettrice ou une société contrôlée par elle.

Les droits particuliers doivent être exprimés dans les statuts.

1. A. Viandier, *JCP*, éd. E, 2004. 1440 ; M. Germain, *Rev. sociétés* 2004. 597 ; V. Magnier, *D.* 2004. 2559 ; *RTD com.* 2004. 558, obs. Ch. Goyet ; N. Rontchevsky et M. Storck, p. 533, obs. P. Le Cannu ; H. Le Nabasque, « La réforme des actions d préférence », *JCP*, éd. E, 2008. 2445.

Les actions de préférence peuvent être dotées d'obligations particulières et faire l'objet de restrictions. Il peut ainsi y avoir obligation pour le bénéficiaire de laisser une part des revenus en compte-courant. Il peut exister des restrictions à la liberté de céder les actions.

Les actions de préférence peuvent être créées dès la constitution de la société ou lors d'une augmentation de capital. L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires est seule compétente pour décider l'émission des actions de préférence au vu d'un rapport spécial des commissaires aux comptes.

La procédure de vérification des avantages particuliers doit être respectée lorsque les actions de préférence sont émises au profit de personnes identifiées.

Les porteurs d'actions de préférence bénéficient de protections particulières. En premier lieu, la décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée d'actionnaires de cette catégorie (C. com., art. L. 225-99). Les incidences des opérations d'amortissement du capital sur les droits des porteurs de ces actions doivent être envisagées.

Un droit d'information particulier est reconnu aux porteurs de ces actions. L'article L. 228-19 énonce en effet que « les porteurs d'actions de préférence constitués en assemblée spéciale, ont la faculté de donner mission à l'un des commissaires aux comptes de la société d'établir un rapport spécial sur le respect par la société des avoirs particuliers attachés aux actions de préférence. Ce rapport est diffusé à ces porteurs à l'occasion d'une assemblée spéciale ».

Les actions de préférence peuvent être converties en actions ordinaires ou en action de préférence d'une autre catégorie. Ces actions peuvent également être rachetées ou remboursées à certaines conditions.

c) Catégories de titres en voie d'extinction

580. L'ordonnance du 24 juin a une fonction de simplification. Elle supprime un certain nombre de valeurs regroupées aujourd'hui dans la catégorie des titres en voie d'extinction (C. com., art. L. 228-29-8). Il s'agit des actions de priorité, des certificats d'investissement, des actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

2° Les obligations

581. Les obligations appartiennent à la catégorie plus large des titres de créances. Le titre de créance représente un emprunt de la société émettrice. Le chapitre du CMF consacré aux titres de créances en distingue quatre catégories : les titres de créances négociables, les obligations, les titres émis par l'état, les titres participatifs.

Les titres de créances négociables sont des titres émis au gré de l'émetteur, négociables sur un marché réglementé ou de gré à gré, qui représentent chacun un droit de créance pour une durée déterminée. Ce sont des instruments financiers sans être des valeurs mobilières.

Les titres émis par l'état sont les emprunts d'état et les bons du trésor. Ce sont des valeurs mobilières.

Le Code de commerce impose de distinguer les véritables obligations des titres participatifs.

a) Les véritables obligations

582. Définition. L'*obligation ordinaire* est un titre négociable représentant une créance à l'encontre de la société. Le titulaire d'obligation n'est donc pas un associé, c'est un prêteur. L'ordonnance en date du 24 juin 2004 a profondément réformé le régime applicable aux obligations. Le législateur a voulu faciliter les émissions obligataires qui sont devenues un des principaux moyens de financement des entreprises.

Le nouvel article L. 228-38 du Code de commerce donne la définition suivante des obligations : ce sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale.

L'ordonnance facilite la procédure d'émission. Trois cas sont prévus.

Tout d'abord, l'émission peut être décidée par l'assemblée générale. Il faut pour cela que les statuts réservent ce pouvoir à l'assemblée ou que celle-ci décide de l'exercer.

Ensuite, le conseil d'administration, le directoire, le ou les gérants ont qualité pour décider ou autoriser l'émission d'obligations (C. com., art. L. 228-40).

Enfin, le conseil d'administration peut déléguer à un ou plusieurs de ses membres, au directeur général ou, en accord avec ce dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux délégués, les pouvoirs nécessaires pour réaliser, dans un délai d'un an l'émission d'obligations et en arrêter les modalités. La même possibilité est offerte au directoire.

583. Masse des obligataires. Le législateur organise la défense des intérêts des porteurs d'obligations. À cette fin, les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs en une masse qui jouit de la personnalité civile.

La masse a des représentants désignés par l'assemblée générale des obligataires. Ils ont pouvoir d'accomplir au nom de celle-ci tous les actes de gestion pour la défense des intérêts communs des obligataires. Ils peuvent également agir en justice.

Les obligataires se réunissent en assemblée. S'agissant des règles de convocation, de tenue des assemblées, des droits à l'information, leur situation est comparable à celle des actionnaires. La loi du 5 janvier 1988 a supprimé la distinction entre assemblée ordinaire et assemblée extraordinaire. Le vote par correspondance est admis et les statuts peuvent admettre la visioconférence. L'assemblée générale délibère sur toutes mesures ayant pour objet d'assurer la défense des obligations et l'exécution du contrat d'emprunt ainsi que sur toute proposition tendant à la modification du contrat et notamment sur tous les événements majeurs relatifs à la vie de la société. Les conditions de délibération sont les mêmes que celles applicables aux assemblées d'actionnaires. L'assemblée statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les porteurs présents ou représentés.

b) Les titres participatifs

584. Les titres participatifs créés par la loi du 3 janvier 1983 se distinguent de l'obligation ordinaire. D'une part, la rémunération est composée d'une partie fixe et d'une partie variable indexée sur l'activité et les résultats de la société. D'autre part, le remboursement se fait à la liquidation de la société après que tous les autres créanciers ont été satisfaits. L'émission de ces titres est réservée aux sociétés du secteur public et du secteur coopératif. Il s'agit de permettre à ces sociétés de renforcer leurs fonds propres en faisant appel à l'épargne sans modifier la structure de leur capital.

3° Les valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances

585. Typologie. Avant l'ordonnance en date du 24 juin 2004, notre droit consacrait déjà plusieurs valeurs mobilières composées au régime intermédiaire entre celui de l'action et de l'obligation :

L'obligation convertible en action permet à son titulaire de devenir actionnaire à l'expiration d'une période donnée ou à tout moment à la demande des obligataires. L'émission de ces obligations est autorisée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires sur un rapport du conseil d'administration ou du directoire et un rapport spécial des commissaires aux comptes relatif aux bases de conversion (C. com., art. L. 225-161 à L. 225-167).

L'obligation échangeable en action autorise la transformation d'une obligation en action déjà créée. *L'obligation avec bon de souscription d'actions* associe à la souscription d'une obligation simple un droit de souscription à une action. À l'échéance, l'obligataire peut donc devenir actionnaire en payant le prix déterminé au moment de l'émission de l'obligation (C. com., art. L. 225-168).

L'ordonnance unifie le régime d'émission de ces différentes valeurs mobilières et les regroupe dans une catégorie unique. Cependant un corps de dispositions spécifiques est réservé aux valeurs mobilières donnant accès au capital (art. L. 228-91).

Les émissions sont autorisées par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires selon les mêmes règles que celles qui régissent les augmentations de capital. L'assemblée se prononce sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes.

586. Régime applicable aux seules valeurs mobilières donnant accès au capital. Les actionnaires d'une société émettant des valeurs mobilières donnant accès au capital ont un droit de préférence qui est proportionnel au montant de leurs actions.

Les titres de capital ne peuvent être convertis ou transformés en valeurs mobilières représentatives de créances

Plusieurs dispositions ont pour but la protection des acquéreurs des titres donnant accès au capital (C. com., art. L. 228-98 et s.). Une certaine liberté est cependant reconnue.

En principe, la société appelée à distribuer des titres ne peut modifier sa forme ou son objet. Cependant, elle peut y être autorisée par le contrat d'émission ou par décision de l'assemblée regroupant les porteurs de ces valeurs.

Les mêmes principes concernent la répartition des bénéfices ou la création des actions de préférence.

En cas d'émission de nouveaux titres, la société émettrice doit prendre les mesures nécessaires à la protection des intérêts des titulaires des droits créés.

Les titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital sont regroupés dans une masse pour la défense de leurs intérêts communs. Cette masse jouit de la personnalité morale.

Les assemblées générales des titulaires de ces valeurs mobilières sont appelées à autoriser toutes modifications au contrat d'émission et à statuer sur toute décision touchant aux conditions de souscription ou d'attribution de titres de capital déterminées au moment de l'émission (art. L. 228-103).

Section 3

Régime des valeurs mobilières

587. Droits attachés à la valeur scripturale. La dématérialisation a eu pour conséquence de modifier en profondeur le régime des opérations portant sur les valeurs mobilières. Leur régime est pour une large part celui applicable aux titres financiers

Lorsque les titres sont dématérialisés, leur titulaire dispose d'une option. Ils peuvent choisir la forme de titres au porteur. L'inscription qui matérialise le droit est alors prise chez un intermédiaire habilité. Ce dernier tient la comptabilité globale des titres de chaque catégorie inscrits dans ses comptes en relation avec la SICOVAM.

Pour les titres nominatifs, l'inscription est en principe prise chez l'émetteur. Elle peut aussi l'être chez un intermédiaire habilité, chargé de gérer le compte ouvert chez l'émetteur.

Les teneurs de compte liés à leurs clients par des mandats sont tenus à des obligations strictes envers leurs clients imposées par l'AMF.

Le titulaire d'une valeur mobilière a sur cette dernière un droit privatif qui s'analyse en un droit de propriété sur une valeur¹. Ce droit s'ajoute à son droit d'actionnaire ou de créancier de la société

La valeur comme le titre financier est négociable. Il faut distinguer la négociabilité du titre et celle du droit. La négociabilité du titre a pour conséquence l'utilisation des modes simplifiées de transmission. la négociabilité du droit est le caractère du bien qui confère à son possesseur régulier et de bonne foi un droit de propriété exempt de vices (art. L. 211-16).

Les titres sont inscrits dans un compte-titre. Ils se transmettent par virement de compte à compte. le transfert de propriété de titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur.

Le nantissement des titres financiers s'opère par le nantissement du compte titres (CMF, art. L. 211-20)

588. Négociation sur les marchés financiers. Les valeurs mobilières se négocient sur des marchés financiers réglementés². Elles constituent en effet des titres financiers intégrés dans le Code monétaire et financier.

Le marché est le lieu où se négocient les instruments financiers. Plusieurs distinctions s'imposent.

Il faut, en premier lieu, opposer les *marchés réglementés* et les *marchés non réglementés*. Est un marché réglementé celui reconnu comme tel par un arrêté du ministre chargé de l'Économie et des finances.

Les marchés réglementés sont des marchés d'intermédiaires. Ce marché a pour fonction de garantir le fonctionnement régulier des transactions. À cette fin, il existe une Chambre de compensation permettant de confronter les ordres des vendeurs et des acheteurs qui ne se connaissent pas. Tout donneur d'ordre doit être certain de trouver une contrepartie. Le marché réglementé doit aussi assurer la liquidité des titres. C'est la facilité et la rapidité avec lesquelles un opérateur peut à un moment donné, convertir une valeur

1. Germain et Delebecque, *Traité de droit commercial*, tome 2, n° 1795.

2. Pour être reconnu comme marché réglementé, un marché d'instruments financiers doit garantir un fonctionnement régulier des négociations (CMF, art. L. 421-3). Le marché réglementé s'oppose au marché de gré à gré.

en une autre ou la monnayer en espèces, sans que cette opération provoque un écart anormalement élevé du cours¹.

Les marchés non réglementés comprennent les marchés organisés et les marchés dits de « gré à gré » où s'appliquent la loi des parties et le droit commun des contrats.

La seconde distinction oppose les marchés primaires, secondaires et dérivés. Le *marché primaire* est celui des émissions. C'est l'ensemble des transactions qui se nouent entre les émetteurs (sociétés ou administrations), les intermédiaires (banques, maisons de titres) et les souscripteurs. Le *marché secondaire* ou marché boursier est celui des titres déjà émis. Il existe enfin un *marché dérivé* qui permet aux opérateurs de se couvrir des risques du marché c'est-à-dire des fluctuations liées à l'évolution des cours. Deux marchés ont été créés à cet effet : le MATIF (marché à terme international de France) et le MONEP (marché des options négociables de Paris).

Plusieurs autorités indépendantes sont chargées de fixer la réglementation applicable sur ces marchés et de surveiller leur bon fonctionnement. La principale est l'Autorité des marchés financiers (AMF) créée par l'ordonnance du 24 juin 2004.

589. Les opérateurs sur le marché. Les opérations sur les marchés financiers nécessitent l'intervention d'intermédiaires spécialisés. Jusqu'en 1996, il s'agissait des sociétés de bourse qui avaient succédé aux agents de change. La loi du 2 juillet 1996 remplace les sociétés de bourse par des *prestataires de services d'investissement* (CMF, art. L. 531-1). Ces prestataires sont soumis à une réglementation et une déontologie élaborées depuis la loi du 2 juillet 1996 par le Conseil des marchés financiers et par la COB, aujourd'hui par l'AMF. Les prestataires de services d'investissement doivent respecter des règles de bonne conduite destinées à garantir la protection des investisseurs et la régularité des opérations. Ils doivent se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché.

1. D. Ohl, *op. cit.*, n° 15.

Les autres sociétés par actions

590. Aux côtés de la société anonyme, il existe deux autres sociétés par actions. La société par actions simplifiée (SAS) est aujourd'hui offerte à toute entreprise (Chapitre 1). La société en commandite par actions est peu utilisée mais quand elle l'est, c'est pour des sociétés importantes (Chapitre 2). La société européenne peut aussi se rattacher à cette catégorie (Chapitre 3).

La société par actions simplifiée

591. Justification. La société par actions simplifiée a été introduite dans notre système juridique par une loi du 3 janvier 1994¹ (C. com., art. L. 227-1 et s.). Une loi du 12 juillet 1999² a considérablement étendu le domaine d'application de ses dispositions puisque aujourd'hui une SAS est ouverte à toute personne physique ou morale, fût-elle associée unique, et même exerçant une profession libérale. La loi LME du 4 août 2008 a encore renforcé l'attractivité de cette structure en faisant disparaître toute exigence de capital social minimum³. Ainsi conçue, la SAS est très vite devenue une structure concurrente des SARL alors qu'à l'origine on pouvait penser que cette structure était adaptée aux grandes entreprises... L'existence de la SAS révèle la tendance profonde à la *contractualisation* de notre droit des sociétés (pour une autre illustration voir les pactes d'actionnaires).

La SAS est une structure très souple. À l'origine, il s'agissait d'offrir aux *grandes entreprises* un *instrument de coopération* qui ne soit pas soumis à un trop grand nombre de règles impératives⁴. En effet, lorsqu'elles mettent en place une structure commune, les entreprises souhaitent s'affranchir des règles de quorum, de majorité, pour mettre en place des structures favorisant des prises de décisions rapides. Trop formaliste, le droit des sociétés anonymes ne répondait pas à cette attente.

La réforme de 1999 va offrir de nouvelles perspectives puisque les entrepreneurs ont la faculté de choisir une forme de société qui, à la différence de la société anonyme classique, est soumise à un *minimum de règles impératives*. On peut même se demander si la liberté conférée aux parties n'est pas trop grande. Il y a en un effet un paradoxe à soumettre la SA classique à un grand nombre de dispositions impératives visant à protéger les actionnaires et les tiers et à permettre dans le même temps aux actionnaires d'échapper à la quasi-totalité de ces contraintes. Il existe même un risque à autoriser des personnes non

1. M. Germain, « La société par actions simplifiées », *JCP*, éd. E, 1994. I. 341. A. Couret et P. Le Cannu, *Bull. Joly* 1994 ; D. Vidal, *La SAS*, Montchrestien, 1994 ; colloque, *Rev. sociétés* 1994. 207 et s. ; Ch. Hannoun, « La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique », *Études à la mémoire de A. Sayag*, p. 283 ; La société par actions simplifiée, *Rev. sociétés* 2000. 216 et s. ; H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, Litec 2004, préface A. Viandier.

2. J. Paillusseau, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big bang du droit des sociétés », *Dalloz Affaires* 1999. 1385 ; P. Le Cannu, « La SAS pour tous », *Bull. Joly* 1999. 841 ; J.-P. Bertrel, « La SAS : bilan et perspectives », *Droit et patrimoine*, sept. 1999, p. 40 ; D. Randoux, *JCP*, éd. E, 1999. 1812 ; D. Randoux, « Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée », *JCP*, éd. E, 1999. 1812 ; J.-J. Caussain, « Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs », *JCP*, éd. E, 1999. 1664 ; J.-J. Daigre, « Faut-il banaliser la SAS ? », *JCP*, éd. E, 1999. 977 ; M. Germain, « La SAS libérée », *JCP*, éd. E, 1999. 1505 ; P.-L. Périn, « La société par actions simplifiée. L'organisation des pouvoirs », *Joly*, 2000, préf. M. Germain.

3. R. Mortier, « La modernisation du droit des sociétés », *JCP*, éd. E, 2009. 2233 ; T. Massart, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly sociétés* 2008. 632.

4. La SAS permet la gestion de filiales communes, des accords de *joint venture*.

averties à adopter une SAS. La protection des associés ne va plus être assurée par le droit commun des sociétés. Elle résultera des seules dispositions contractuelles. Le juge sera alors souvent conduit à intervenir. La protection de l'associé résultera alors de l'application du droit commun des contrats et d'une mise en œuvre accentuée des principes de bonne foi et de loyauté. Une autre difficulté et une seconde source d'insécurité vient de la *détermination des règles applicables à la SAS*. En effet, l'article L. 227-1, instituant la SAS renvoie aux textes applicables à la société anonyme dans la mesure où elles sont compatibles avec les règles particulières de la SAS à l'exception de celles concernant la direction, l'administration et les assemblées d'actionnaires. Il faut aussi tenir compte des dispositions générales du Code civil relatives au droit des sociétés.

La SAS est donc aujourd'hui la structure juridique des grandes sociétés dès lors qu'elles ne font pas appel public à l'épargne et des entreprises innovantes, par exemple des *start up*. On peut cependant se demander si la SAS nouvelle formule ne va pas progressivement remplacer la SARL et la SA. Elle deviendrait alors la société de droit commun¹. Depuis la réforme de 1999 de nombreuses sociétés ont ainsi été transformées en SAS. Une règle limite cependant la transformation : il faut l'unanimité des associés².

Beaucoup de SAS sont créées, ce qui montre le succès de la formule³. Seule l'interdiction de faire appel public à l'épargne constitue un frein à l'essor de cette forme sociale.

La SAS devrait satisfaire les praticiens puisqu'un minimum de règles impératives doivent être respectées. La liberté contractuelle reconnue aux associés est très grande. La SAS se présente ainsi comme une société de *nature hybride* à mi-chemin des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux.

592. Règles impératives. Les règles impératives qui subsistent le sont principalement pour protéger les tiers et les créanciers.

La SAS ne peut pas offrir au public de titres financiers. Cependant, elles peuvent effectuer de *soffres* lorsque les bénéficiaires acquièrent des titres financiers pour un montant total par investisseur et par offre distincte supérieur à un montant total fixé par l'AMF (CMF art. L 411-2). Sa constitution doit faire l'objet de différentes publicités. Outre son enregistrement, elle doit être annoncée dans un journal d'annonces légales, au BODACC. Il doit y avoir un dépôt au greffe du tribunal de commerce des actes constitutifs et immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

La SAS est soumise à *plusieurs séries de règles impératives*.

Les premières concernent les *dirigeants*.

Tous les dirigeants sont soumis aux règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire (art. L. 227-8). Un contrôle des conventions autres que celles courantes et conclues à des conditions normales est institué (art. 227-10)⁴.

Il n'est imposé aucune autorisation préalable. Le commissaire aux comptes doit simplement présenter aux associés un rapport sur les conventions. Les associés statuent sur ce

1. 500 SAS sont créées par mois depuis l'année 2000. La SAS devient donc une structure adoptée aux PME. V. « La SAS : une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques », *JCP*, éd. E, 2000. 1748 ; « La SAS, structure de coopération pour PME », *JCP*, éd. E, 2001. 115 ; « La SAS : nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques », *JCP*, éd. E, 2002. 458.

2. Com. 19 déc. 2006, *JCP*, éd. E, 2007. 1897, *D.* 2007. 630, note L. Godon.

3. Il existe aujourd'hui environ 55 000 SAS soit plus du tiers des sociétés par actions.

4. H. Le Nabasque, « La SAS et la loi NRE », *Rev. sociétés* 2001. 589 ; P.-L. Périn, « Les apports de la loi NRE au régime de la SAS », *Bull. Joly* juill. 2001, p. 745.

rapport. Aucune exclusion de vote n'est formulée à l'égard de l'actionnaire intéressé. Aucune nullité n'est encourue. Le défaut d'approbation engage la responsabilité de l'actionnaire et éventuellement celle du président ou d'autres dirigeants si la convention non approuvée entraîne pour la SAS des conséquences dommageables.

Les autres règles impératives concernent les *associés* :

- certaines décisions fondamentales ne peuvent être adoptées que par la collectivité des associés : l'augmentation, l'amortissement ou la réduction du capital, la fusion, la scission, la dissolution, la nomination des commissaires aux comptes, l'approbation des comptes annuels et l'affectation du bénéfice ;

- le non-respect de cette règle est sanctionné par la nullité de la décision prise qui peut être demandée par tout intéressé (art. L. 227-9) ;

- le fait de la part du président ou d'un dirigeant de la SAS de ne pas avoir consulté dans ces cas les associés dans les conditions prévues par les statuts est puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende 7 500 euros ;

- la modification des clauses portant atteinte aux *droits fondamentaux de l'actionnaire* doit être décidée à l'unanimité des associés. L'unanimité s'impose donc pour les modifications des statuts relatives à l'agrément, l'inaliénabilité des actions, l'information lors du changement de contrôle d'une société associée, l'exclusion. L'augmentation des engagements de l'associé requiert également l'unanimité. Enfin, l'associé, ne peut être privé de son droit de vote.

Dans la SAS comme dans la SA, *la présence d'un commissaire aux comptes est obligatoire*.

593. Étendue de la liberté contractuelle reconnue aux associés. La SAS est une société à fort *intuitu personae*. Les associés disposent de la plus grande liberté pour organiser la direction et le fonctionnement de la société. Les rédacteurs de statuts vont ainsi jouer un rôle considérable en la matière¹.

Depuis la loi du 4 août 2008, les parties fixent librement le montant du capital social. L'exigence d'un capital social minimum de 37 000 euros a été supprimée. Comme les SARL, les SAS peuvent ainsi avoir un capital social de un euro. C'est un élément d'attractivité évident, même s'il recèle une part d'artifice, une garantie étant alors souvent demandée aux dirigeants.

La loi du 4 août autorise également la création d'apports en industrie qui ne représentent pas une part du capital social. (C. com., art. L 227-1). Ces actions sont inaliénables, dotées du droit de participer aux décisions collectives et ouvrent droit au partage des bénéfices et de l'actif net à charge de contribuer aux pertes. La loi prévoit l'évaluation de ces actions et leur réévaluation régulière par le commissaire aux apports.

S'agissant de la SAS, il n'existe aucune contrainte relative au nombre d'associés, comme il peut en exister dans la SA.

Les conditions de nomination et de révocation des dirigeants, leur nombre, la durée de leur mandat, leur rémunération et leurs pouvoirs sont fixés par les statuts². Ceux-ci déterminent également quels sont les organes de direction et leur compétence. La loi de sécurité financière du 1^{er} août a levé l'une des rares contraintes existantes en autorisant les statuts

1. J. Paillusseau, « L'organisation du pouvoir dans la SAS », *Droit et patrimoine* mars 2003, p. 26.

2. Même lorsque les statuts prévoient une révocation *ad nutum* du dirigeant, la jurisprudence impose que celle-ci ne soit pas opérée brutalement et dans des conditions vexatoires : CA Paris, 4 avr. 2006, *JCP*, éd. E, 2007. 1877, n° 6.

à prévoir que la société pourrait être représentée par un ou plusieurs directeurs généraux¹. Dans les grandes entreprises, il est possible de mettre en place des organes collégiaux, de créer des comités spécialisés. Les rédacteurs ont d'autant plus de liberté qu'ils n'ont pas à respecter un principe de hiérarchie entre les différents organes de la société.

Les décisions collectives sont également librement déterminées. Le recours aux assemblées générales est facultatif. Les statuts doivent prévoir les conditions de quorum. Des clauses, qui dans les autres sociétés figurent généralement dans des pactes d'actionnaires, peuvent figurer dans les statuts.

Dans la SAS, il est ainsi permis de porter atteinte aux droits de l'actionnaire considérés comme fondamentaux.

Quatre clauses sont ainsi expressément autorisées :

- la *clause d'inaliénabilité* des actions pour un minimum de dix ans ;
- la *clause d'agrément* de toutes les cessions d'actions entre toutes personnes. Toute cession d'actions, même entre parents peut ainsi être soumise à agrément préalable. L'indépendance de la société et la stabilité du pouvoir peuvent ainsi être complètement assurés ;
- la *clause de notification des changements du contrôle des sociétés actionnaires* ;
- la *clause d'exclusion*. En cas de stipulation d'une telle clause, les statuts doivent prévoir les conditions de détermination du prix des titres.

On peut ainsi trouver dans les SAS de nombreuses clauses figurant aujourd'hui dans les pactes d'actionnaires. On peut donc penser que le développement des SAS entraînera à l'avenir une diminution du nombre des pactes.

L'efficacité de ces clauses est garantie : la loi consacre la nullité de la cession ne respectant pas une clause d'inaliénabilité ou d'agrément.

D'autres clauses peuvent être introduites. Il est tout à fait possible de stipuler que les droits de participation des associés aux décisions ne sont pas proportionnels aux apports. Il est permis de créer des catégories d'actions comportant des droits différents. Il est possible de fixer des conditions de quorum et de majorité pour certaines décisions. L'essentiel est qu'aucun associé ne soit privé du droit de s'exprimer et du droit de vote.

De même, les statuts peuvent librement organiser le contrôle de l'exercice du pouvoir : la transmission des informations, la procédure de reddition des comptes, les actions que peuvent entreprendre les bénéficiaires du contrôle

Il est enfin opportun que le règlement des conflits soit organisé. Le recours à l'arbitrage peut être utile.

Les droits du personnel dans la SAS doivent être organisés. L'organe auprès duquel les délégués du comité d'entreprise exercent leurs droits doit être précisé. Un problème demeure : celui de l'application de la règle selon laquelle les comités d'entreprise peuvent solliciter la convocation d'une assemblée générale lorsqu'une telle assemblée n'ait pas prévu par les statuts².

En l'absence de stipulations particulières, c'est le droit de la société anonyme qui s'applique dès lors qu'il n'est pas incompatible avec les règles particulières de la SAS.

1. P. L. Pépin, « Société par action simplifiée », Direction et représentation de la SAS : état des lieux après la loi de sécurité financière, *JCP*, éd. E, 2004. 332.

2. J. Paillusseau, *op. cit.*, p. 31 ; A. Thémier, « Les décisions collectives dans les SAS ayant un comité d'entreprise doivent-elles être prises en assemblée », *JCP*, éd. E, 2003. 661.

Cette souplesse de la SAS explique son succès. Beaucoup de groupes adoptent cette structure pour l'organisation de leurs filiales¹.

594. Commissariat aux comptes. La loi du 2 août 2008 et son décret d'application du 25 février 2009 allègent l'obligation de la SAS d'avoir recours à un commissaire aux comptes (C. com., art. L. 227-9-1). La société doit dépasser un seuil satisfaisant à au moins deux critères : 1 000 000 euros pour le total du bilan ; 2 000 000 euros pour le montant hors taxe du chiffre d'affaires ; 20 pour le nombre moyen de salariés permanents.

Les SAS doivent impérativement désigner un commissaire aux comptes lorsqu'elles contrôlent une ou plusieurs sociétés ou lorsqu'elles sont contrôlées par une ou plusieurs sociétés.

Dans le cas où la désignation est facultative, la nomination peut être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins 10 % du capital. C'est alors le président du tribunal de commerce statuant en référé qui désigne le commissaire aux comptes.

595. La société anonyme simplifiée unipersonnelle (SASU). La SASU constitue une autre innovation majeure de la loi du 12 juillet 1999.

Il s'agit donc d'une nouvelle société unipersonnelle qui s'ajoute à l'EURL, à l'EARL et à la société unipersonnelle d'exercice libéral.

Cette SASU peut être une structure adaptée pour les filiales maîtrisées au sein des groupes.

L'associé unique peut être une personne physique ou une personne morale. Une SASU peut avoir une autre SASU pour associé unique.

L'associé unique peut être le dirigeant, mais c'est une simple faculté.

Le régime d'approbation des comptes des SASU dont l'associé unique personne physique est le président est calqué sur celui des EURL.

La SASU peut être créée sous cette forme. Elle peut résulter de la transformation d'une EURL ou de la réunion de toutes les actions d'une SAS en une seule main.

1. P.-L. Périn, « Structures de direction et principes de management dans les SAS : quelques avancées et un recul », *Dalloz Affaires* 1996. 109.

La société en commandite par actions

596. Caractères fondamentaux. La société en commandite par actions réunit deux groupes d'associés, les *commandités* personnellement commerçants, indéfiniment et solidairement responsables des engagements sociaux, et les *commanditaires*, qui ne sont pas commerçants et ne sont responsables des engagements sociaux que jusqu'à concurrence de leur apport représenté par des titres négociables, les actions. C'est par ce dernier trait qu'elle se distingue de la commandite simple.

Longtemps tombée en désuétude, cette structure sociale connaît aujourd'hui un renouveau, étant même choisie par des groupes importants cotés en bourse (Michelin, Lagardère, Euro Disney).

L'attrait pour cette société résulte de la distinction qui est faite entre les commanditaires qui sont les détenteurs de capitaux et les commandités qui apportent leur savoir faire. Profitant de la liberté contractuelle, les parties peuvent rédiger les statuts de telle sorte que le gérant commandité puisse garder le pouvoir au sein de sa société alors même que celle-ci aura été rachetée.

Caractérisée par sa souplesse d'organisation, la société en commandite par actions peut constituer une technique permettant d'associer entrepreneurs et investisseurs. Elle constitue aussi un moyen de dépense anti-OPA.

Le particularisme de la société en commandite apparaît à l'examen de ses règles de constitution (Section 1) et de fonctionnement (Section 2).

Section 1

Particularités relatives à la constitution

597. Formalités de constitution. Pratiquement, une telle société ne peut pas se constituer avec moins de quatre personnes, puisqu'il faut au minimum un commandité gérant et trois commanditaires membres du conseil de surveillance (v. d'ailleurs l'article 351).

Les formalités constitutives sont celles qui ont été décrites pour la société anonyme, avec les différences suivantes :

a) le ou les premiers gérants accomplissent les formalités de constitution dont sont chargés les fondateurs de SA ;

b) l'assemblée constitutive doit désigner un conseil de surveillance à qui il appartient de vérifier aussitôt si toutes les exigences de la loi relatives à la constitution de la société ont été respectées.

La commandite par actions a une raison sociale dans laquelle figure le nom du ou des commandités.

Section 2

Particularités relatives au fonctionnement

598. Gérance. La gestion est assurée par un ou plusieurs gérants choisis généralement parmi les commandités. La *défense d'immixtion des commanditaires* interdit de nommer à ce poste un actionnaire, mais on peut y nommer un tiers non associé.

Le ou les gérants sont nommés par les statuts. Ils sont en principe irrévocables, sauf disposition contraire des statuts. Cette révocation, puisqu'elle modifie les statuts, devrait être le fait d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires, mais la loi de 1966 a admis que la révocation soit décidée par le tribunal de commerce pour cause légitime (art. 252) et cette règle ne peut pas être écartée par les statuts.

Les gérants ont les pouvoirs et la responsabilité des gérants dans la commandite simple. La loi les déclare civilement responsables des irrégularités dans la gestion. Lorsque les conditions d'incrimination sont réunies, ils sont pénalement responsables des diverses infractions prévues et punies par la loi de 1966. Ils n'ont pas à déposer d'actions de garantie.

Le jugement de liquidation des biens ou de redressement judiciaire de la société entraîne le même effet pour les commandités.

599. Conseil de surveillance. Le conseil de surveillance est composé de trois actionnaires au moins, désignés par l'assemblée générale. La durée de leur mandat est fixée par les statuts ; à défaut, on suit les règles légales concernant les administrateurs de sociétés anonymes (art. 253). Le conseil exerce un contrôle permanent de la gérance (art. 257).

Les membres du conseil de surveillance vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société. Ils font, chaque année, à l'assemblée générale, un rapport dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires, et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions des dividendes proposés par le gérant.

Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale des actionnaires (art. 257).

Ils sont responsables, non seulement de leur dol et de leur faute lourde, mais de toute négligence par eux commise dans l'accomplissement de leurs fonctions. Leurs fautes n'engagent pas seulement leur responsabilité envers la collectivité des actionnaires, qui est leur mandant, mais aussi, en tant que délits ou quasi-délits, envers les tiers qui peuvent être lésés.

Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par les gérants, sauf si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélés dans leur rapport à l'assemblée générale. D'ailleurs chacun des membres du conseil n'est responsable que de ses fautes personnelles. C'est seulement dans le cas où on ne peut déterminer la part de chacun dans une faute collective qu'une condamnation *in solidum* peut intervenir.

Ce conseil de surveillance, qui fait contrepoids à la situation du gérant statutaire irrévocable, est sans rapport avec le conseil de surveillance institué dans les sociétés

anonymes qui ont choisi la forme dite « à directoire ». Cette forme ne peut pas être utilisée dans une commandite par actions.

La présence d'un conseil de surveillance ne dispense pas de nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes. La loi prescrit cette désignation (art. 254) qui ne fait pas double emploi puisque le conseil de surveillance est chargé de contrôler la gestion des gérants dans l'intérêt des commanditaires, alors que les commissaires aux comptes n'ont pas à s'immiscer dans la gestion et qu'ils sont seulement des informateurs privilégiés des actionnaires ici des commanditaires.

On applique aux commissaires aux comptes de la commandite par actions les règles applicables aux commissaires aux comptes de la société anonyme.

600. Assemblées générales. Comme dans la société anonyme, il y a trois catégories d'assemblées générales :

- les assemblées constitutives ou tout actionnaire, n'eût-il qu'une seule action, et nonobstant toute clause contraire dans les statuts, ont le droit de voter ;
- les assemblées ordinaires et les assemblées extraordinaires, réglées comme dans les sociétés anonymes. L'assemblée générale extraordinaire peut voter les modifications statutaires dans les conditions exposées pour ces sociétés. Mais le commandité est partie à l'acte de société. La modification n'est donc valable que si elle est acceptée par lui et, s'il y a plusieurs commandités, tous doivent y consentir (art. 259), mais une clause contraire peut être insérée dans les statuts.

La société européenne

601. La société européenne est issue d'une loi en date du 26 juillet 2005 mettant en œuvre le règlement communautaire 2157/2001. La société européenne est régie par le chapitre IX du livre II du titre II du code de commerce (C. com., art L. 229-1 et s. ; Décr. 23 mars 1967, n° 203 et s.)¹. Pour adopter le droit de la SE le législateur français disposait d'une relative liberté. Il ne l'a que partiellement utilisée pour que cette nouvelle structure ne concurrence pas celles existantes et principalement la SAS. Pour cette raison, la SE est conçue comme une variété de SA et lui emprunte la majorité de ces règles². Aux termes de l'article L. 229-1 du Code de commerce, la SE est régie par les dispositions du règlement (CE) relatif au statut de la SE, celles du présent chapitre et celles applicables aux sociétés anonymes non contraires à celle-ci. Ainsi conçue, la SE ne présente d'intérêts que pour des sociétés ayant une activité transfrontière.

La SE se veut un outil de concentrations transfrontalières, de mobilité au sein de la communauté européenne, de rationalisation des structures juridiques³.

L'article L. 229-2 prévoit ainsi que toute SE régulièrement immatriculée au registre du commerce et des sociétés peut transférer son siège dans un autre état-membre. Plusieurs formalités et actes doivent être accomplis dont la régularité doit être vérifiée par un notaire.

La SE peut faciliter des fusions transfrontières. Elle permet des restructurations transfrontalières soit pour succursaliser, soit pour filialiser. La SE permet d'avoir des filiales avec une gouvernance harmonisée. Il est possible de créer des SE holdings comme tête de groupe ou pour l'achat de sociétés cibles.

Il existe aussi une société coopérative européenne⁴.

602. Régime de la SE. La SE acquiert la personnalité morale à compter de son immatriculation. Les statuts doivent être rédigés par acte notarié.

Les SE sont régies par les dispositions relatives à la direction et à l'administration des SA, à l'exception des règles du quorum du conseil d'administration et du conseil de surveillance ainsi que des conditions de délibération du directoire.

Les assemblées générales d'actionnaires sont également soumises aux règles applicables aux assemblées des SA.

1. C. Cathiard, *JCP*, éd. E, 2006. 2159.

2. J.-P. Brouillaud, « La SAE : "la société approximativement européenne" », *JCP*, éd. E, 2007. 1100.

3. Menjuck, F. Pages et L. Vuidard, « La société européenne : un nouvel instrument au service des groupes des sociétés ».

4. C. Cathiard, « La société coopérative européenne », *JCP*, éd. E, 2009. 1012.

S'agissant des rapports entre actionnaires, la SE emprunte son régime à la SAS. Sont ainsi autorisées les clauses d'inaliénabilité dès lors qu'elles ne rendent pas les actions inaliénables pour une durée supérieure à dix ans. Sont aussi autorisées les clauses d'agrément, de préemption et de sortie conjointe. Des clauses d'exclusion et de suspension des droits non pécuniaires peuvent aussi être stipulées.

Un rôle important doit être conféré aux salariés. En cas de non-respect des exigences légales, la SE ne peut être immatriculée. Les salariés doivent être impliqués dans l'entreprise. Il y a un droit à l'information, la consultation et le cas échéant à la participation.

Quatrième partie

Le droit de la concurrence

603. Définition. Le droit de la concurrence est un corps de règles qui ne cesse de prendre de l'ampleur et d'affirmer son autonomie au sein du droit commercial. Compris dans un sens large, le droit de la concurrence a une double finalité : préserver la libre concurrence en général et protéger les entreprises contre les comportements déloyaux dont elles peuvent être victimes de la part de concurrents. Le droit de la concurrence se donne aussi pour ambition la protection du consommateur final.

Ce droit s'est forgé progressivement. À l'origine, le droit de la concurrence se résumait à la sanction de la concurrence déloyale sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Puis, la nécessité de l'intervention législative est apparue. Le droit de la concurrence a en effet un lien étroit avec la politique économique menée sur un territoire donné. Or, en France et dans la communauté européenne, l'économie est soumise au principe de l'économie du marché. Les entreprises disposent ainsi d'une grande liberté, à la différence des systèmes économiques interventionnistes. Mais la règle du libre marché a ses limites. L'expérience montre que dès lors qu'il n'existe pas de contraintes légales, les entreprises adoptent des comportements qui ne sont pas satisfaisants. Il existe des ententes entre entreprises, des concentrations, des abus de position dominante. Très vite, il apparaît que la concurrence est faussée et que la liberté profite en réalité à quelques groupes puissants. Les entreprises ne sont pas les seules victimes de tels comportements. Les consommateurs eux-mêmes sont affectés par ces pratiques qui limitent la concurrence et qui sont donc un facteur de hausse des prix.

Depuis quarante environ, le législateur a donc pris le parti d'intervenir, qu'il s'agisse du législateur français ou du législateur européen. Le droit français de la concurrence est en effet sous la dépendance étroite du droit communautaire. Le Traité de Rome devenu par la suite le traité CE pose comme principe essentiel la création d'un marché unique de libre circulation ou domine le principe de libre concurrence entre entreprises. Les textes communautaires qu'il s'agisse des traités ou des textes dérivés posent ainsi des principes essentiels qui s'appliquent en droit français.

604. Portée de la dépendance du droit français par rapport au droit communautaire. Progressivement, le droit français de la concurrence s'est calqué sur le droit communautaire. C'est ainsi que les règles sanctionnant, les ententes, les abus de domination et les concentrations sont très similaires. Des liens étroits sont également établis entre les institutions chargées de faire respecter les principes.

Cependant, la distinction s'impose. Le droit français de la concurrence est plus riche dans la mesure où il contient des règles qui protègent les entreprises elles-mêmes. En outre, le législateur français pose des règles spécifiques qui visent à modifier les comportements économiques des entreprises, principalement dans le secteur de la distribution. C'est ainsi que le Code de commerce comporte un titre sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles et un titre relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées. Malgré les rapprochements, il faut ainsi distinguer le droit français (Chapitre 1) et le droit communautaire de la concurrence (Chapitre 2).

Le droit français de la concurrence

605. Évolution. Le droit français de la concurrence trouve sa source dans le décret d'Allarde en date des 2 et 17 mars 1791 qui affirme le *principe de la liberté du commerce et de l'industrie*. Le texte consacre à la fois la liberté d'entreprendre et la liberté d'exploiter.

Le droit français de la concurrence s'est longtemps limité au droit de la concurrence déloyale qui vise à préserver les intérêts des acteurs de l'économie. Mais, dès la fin de la guerre, le droit de la concurrence a eu pour ambition d'agir sur l'économie et les comportements économiques. Le droit est alors directement lié à la politique économique menée par un gouvernement à une période donnée. Cette interaction peut expliquer les *nombreuses réformes* qui se succèdent à un rythme qui ne cesse de croître.

Le premier texte d'importance est l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix. Le gouvernement avait alors pour ambition d'imposer les prix aux entreprises afin de permettre à l'économie française de se développer après la guerre.

Après l'entrée de la France dans le marché commun, sous l'influence du droit communautaire, le législateur a introduit des règles sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles telles les ententes et les abus de position dominante puis réglementant les concentrations.

La politique dirigiste initiée en 1945 a été abandonnée par un texte essentiel qui marque une rupture avec les pratiques antérieures, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. L'ordonnance consacre une distinction importante en droit interne entre les *pratiques anticoncurrentielles* qui ne sont sanctionnées que si elles portent atteinte à la concurrence et les *pratiques restrictives de concurrence* qui sont sanctionnées *per se*, c'est-à-dire indépendamment de leurs effets sur le marché. Il est aussi créé une autorité chargée de faire respecter les règles, conseil de la concurrence.

Depuis cette loi, les textes ne cessent d'être modifiés car les gouvernements successifs découvrent qu'ils ont rarement les effets escomptés. Tour à tour, les textes se veulent directifs ou au contraire plus libéraux.

Les titres des lois sont en eux-mêmes révélateurs de la volonté de ceux qui les font voter.

Il faut citer la loi Galland en date du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, la loi du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques, la loi du 2 août 2005 de modernisation des relations commerciales, la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs et enfin la dernière en date, la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite loi

LME¹. Ce dernier texte qui se donne pour ambition d'encadrer les relations commerciales a aussi pour objet de créer une Autorité de la concurrence pour remplacer le Conseil de la concurrence.

Si les textes se multiplient ainsi à une cadence infernale, c'est que la distribution des produits et services est difficile à organiser dans l'intérêt commun. Il existe en effet des grands distributeurs réunis au sein de quelques centrales d'achats qui disposent ainsi d'un très grand pouvoir de négociation des prix. Ils sont dès lors en mesure d'imposer leurs conditions aux petits fournisseurs. L'objectif de la législation est d'établir une véritable concurrence qui permette d'éviter une hausse constante des prix tout en permettant aux petits producteurs et fournisseurs de vendre leurs produits à un prix suffisant.

606. *Domaine d'application du droit français de la concurrence.* Le droit de la concurrence à un domaine d'application qui ne cesse de s'élargir. C'est ainsi qu'il s'applique aux *entreprises publiques* lorsqu'elles ont une activité économique.

607. *Coordination avec le droit communautaire.* Les frontières avec le droit européen sont parfois délicates à établir. Les ententes et abus de position dominante qui ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre États membres relèvent de l'application du droit national.

608. *Plan.* Le droit français de la concurrence se compose aujourd'hui de différents corps de règles. Le droit commun de la responsabilité civile s'applique pour sanctionner les comportements déloyaux entre entreprises.

Les autres règles sont regroupées dans un livre quatrième du Code de commerce consacré à la liberté des prix et de la concurrence. Ce livre comporte des dispositions générales, un titre consacré aux pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de domination), un titre consacré à la concentration économique, un titre consacré à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées et un Titre consacré à La Haute autorité de la concurrence.

Cette présentation légale est artificielle. En effet, le titre IV consacré à la transparence et aux pratiques restrictives a plus pour finalité la protection des entreprises que le marché lui-même. Le rapprochement doit donc être opéré entre ces règles et celles de la concurrence déloyale.

Il convient donc d'opposer les règles ayant pour but de protéger les entreprises (Section 1) et celles ayant pour fonction de protéger le marché lui-même (Section 2).

Section 1

La protection des entreprises

609. Le droit de la concurrence a pour première finalité de protéger les entreprises contre leurs concurrents ou leurs partenaires. Il s'agit de sanctionner des comportements déloyaux ou des pratiques contractuelles par lesquelles certaines entreprises peuvent

1. Ch. Vilmar et E. Leguin, « La loi de modernisation de l'économie », *JCP*, éd. E, 2008. 1997 ; M. Chagny, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP* 2008. I. 196. ; *Cah. dr. entr.* juill.-août 2008, Table ronde, p. 9 ; E. Claudel, commentaire *RTD com.* 2008. 702 et 2009. 91 ; CCC nov. 2008, dossier.

profiter de leur position pour imposer leurs conditions. Notre droit sanctionne ainsi la concurrence déloyale (§ 1) et encadre la négociation commerciale (§ 2).

§ 1. LA PROTECTION PAR L'ACTION EN CONCURRENCE DÉLOYALE

610. Principe. L'exigence d'une concurrence loyale est traditionnelle. L'article 1382 du Code civil a fondé la création prétorienne de la théorie de la concurrence déloyale¹. Jusqu'à une date récente, il était admis que l'action en concurrence déloyale protégeait les seuls concurrents, qu'elle permettait de condamner les comportements contraires à la morale des affaires.

La sanction du *parasitisme* (v. *infra*, n° 615) révèle un nouveau fondement conféré à la concurrence déloyale. La concurrence déloyale n'a plus seulement pour but la protection de concurrents. L'action en concurrence déloyale permet également le maintien d'une concurrence saine et efficace. La déloyauté peut dès lors être caractérisée par des comportements qui mettent en péril la concurrence en tant que telle et qui ne débouchent pas nécessairement sur un déplacement de clientèle entre des opérateurs économiques².

Une telle extension du domaine de la concurrence déloyale se heurte néanmoins au principe de la liberté du commerce et de la liberté d'entreprendre. Ainsi s'expliquent les résistances doctrinales et jurisprudentielles à cette extension³.

Avec l'intégration de la théorie du parasitisme dans celle de la concurrence déloyale, il existe désormais cinq catégories de cas dans lesquels un comportement peut être sanctionné. Leur analyse (A) doit précéder celle de leurs sanctions (B).

A. Les comportements déloyaux sanctionnables

611. Le dénigrement du concurrent ou de ses produits. Peut-être condamné celui qui tend à jeter le *discrédit* sur la personne ou les produits du concurrent. Le dénigrement peut être direct ou indirect. Dans ce dernier cas, il résulte d'une comparaison avec les produits de la concurrence. Il n'est pas toujours facile de distinguer ce qui relève du droit légitime d'informer et ce qui est constitutif d'un dénigrement. L'information revêt un caractère malveillant ou péjoratif dès lors que les appréciations portées sur une activité professionnelle sont tendancieuses. L'information relative aux produits concurrents peut également être sanctionnée dès lors qu'elle est fausse ou qu'elle tend à discréditer les produits visés. Il n'est pas tenu compte des supports utilisés. Le plus souvent, le dénigrement est cependant réalisé par voie de publicité. Une autre forme de dénigrement sanctionnable consiste en une dénonciation faite à la clientèle d'une action n'ayant pas donné lieu à une décision de justice⁴.

Pendant longtemps, le dénigrement a pu être facilement sanctionné car notre droit refusait d'admettre la *publicité comparative*. Celle-ci est désormais autorisée à certaines conditions (C. consom., art L. 121-8 à L. 121-14). Toutefois, la publicité qui met en comparaison des produits ou des services en utilisant soit la citation soit la représentation de la marque d'autrui, soit celle de la raison sociale ou de la dénomination sociale, du nom

1. Y. Picod, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », in « Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux », *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 359.

2. En ce sens, Y. Serra, note sous Com. 26 janv. 1999, *Dalloz Affaires* 2000. 87.

3. J. Passa, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz Affaires* 2000. chron. 297 ; *La concurrence déloyale, permanence et devenir*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2001.

4. Com. 12 mai 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1739, n° 4, obs. Ch. Caron.

commercial ou de l'enseigne d'autrui n'est autorisée que si elle est loyale, véridique et qu'elle n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur. La publicité doit être objective, c'est-à-dire porter sur les caractéristiques essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables de biens et services de même nature et disponibles sur le marché. L'annonceur doit être en mesure de prouver l'exactitude de ses allégations. Avant toute diffusion, l'annonceur doit communiquer l'annonce comparative aux professionnels visés.

612. La recherche d'une confusion avec l'entreprise ou les produits concurrents. La jurisprudence a toujours condamné celui qui individualise son entreprise ou ses produits en *instaurant une confusion avec un concurrent*¹.

La création du risque de confusion peut résulter de l'utilisation des signes distinctifs d'une entreprise concurrente. Est ainsi sanctionné celui qui utilise sans droit la marque d'un concurrent, son nom commercial, son enseigne, son sigle commercial. L'action en concurrence déloyale permet ainsi d'assurer la protection des noms de domaine². L'action est souvent engagée en complément de l'action en contrefaçon lorsque le droit de celui qui exerce l'action est protégé par le droit des marques ou le droit d'auteur. Cependant la concurrence déloyale ne résulte alors pas de la seule contrefaçon. Il est nécessaire que le demandeur prouve le risque de confusion entre les produits³. L'action en concurrence déloyale est également ouverte au profit de celui qui ne dispose pas de droit privatif⁴. Cependant dans un tel cas, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie doit être respecté. Il s'en déduit que le seul fait de commercialiser des produits identiques à ceux distribués par un concurrent n'est pas fautif⁵.

La confusion peut aussi être recherchée par une *imitation des produits et créations du concurrent*. Pour exercer l'action en concurrence déloyale, le demandeur doit établir la similitude entre ses propres produits et ceux du prétendu imitateur. Il doit démontrer qu'elle a pu créer dans l'esprit du public une confusion entre les produits.

Pour apprécier le risque de confusion il est tenu compte, du degré d'originalité d'un produit par rapport à l'autre, de l'identité de clientèle concernée, de l'identité d'usage des produits en cause. Le support utilisé importe peu. Il peut s'agir d'un site Internet⁶.

Toute imitation n'est pas sanctionnable. Pour certains produits, il faut en effet tenir compte des impératifs techniques et de la normalisation. La forme fonctionnelle (par exemple celle d'un robinet) peut être reprise à la condition qu'elle soit indispensable à l'obtention du résultat voulu. Il est également permis à une entreprise de proposer *des produits qui sont compatibles ou adaptables à ceux proposés par un concurrent*⁷.

La création du risque de confusion est également sanctionnée lorsqu'elle est réalisée par imitation des emballages et conditionnements des produits du concurrent. Peut ainsi être condamné celui qui reprend le même graphisme ou les mêmes couleurs que le concurrent.

1. Com. 13 déc. 2005, *JCP*, éd. E, 2006. 2405, obs. Ch. Caron et G. Decocq.

2. Com. 7 juill. 2004, *JCP*, éd. E, 2005. 318, note Ch. Duard-Buton ; CA Paris, 8 oct. 2003, *Dalloz Affaires* 2004. 1157, obs. Y. Picod.

3. Com. 31 mars 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1739, obs. Ch. Caron.

4. Pour cette raison, l'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale : Com. 12 juin 2007, *D.* 2007. 1723. De même, il est indifférent que les éléments sur lesquels il fonde sa demande soient les mêmes que ceux que le titulaire d'un tel droit aurait pu opposer (Civ. 1^{re}, 20 mars 2007, *D.* 2007. AJ. 1138).

5. Com. 26 mai et 9 juin 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1739, obs. Ch. Caron.

6. CA Paris, 13 mars 2002, *Dalloz Affaires* 2003. 1030, obs. Y. Auguet.

7. Com. 16 mai 2000 : *Cah. dr. entr.* 2/2000, p. 39, obs. D. Mainguy. Il faut cependant réserver le cas du parasitisme (v. n° 522).

Cependant, la condamnation n'intervient que si l'impression d'ensemble est de nature à susciter une confusion chez un consommateur d'attention moyenne¹.

L'imitation est enfin sanctionnable lorsqu'elle concerne les documents commerciaux et publicitaires du concurrent, des slogans ou des idées publicitaires lui appartenant.

613. La désorganisation interne de l'entreprise concurrente. L'impératif de loyauté dans la concurrence interdit d'utiliser des pratiques ayant pour conséquence une désorganisation de l'entreprise rivale. Il faut cependant tenir compte des principes de la liberté du commerce et de la liberté du travail. Plusieurs comportements sont ainsi sanctionnables.

Tout d'abord, l'action en concurrence déloyale peut être engagée à certaines conditions contre ceux qui ne respectent pas un *réseau de distribution*. Le titulaire du réseau peut ainsi agir contre certains revendeurs parallèles.

Ensuite, la jurisprudence sanctionne celui qui *détourne déloyalement la clientèle d'autrui*. Tel est le cas de celui qui détourne des fichiers, qui utilise sans droit des bons de commande, qui utilise le répondeur téléphonique d'un concurrent. Plus généralement, est sanctionné celui qui affaiblit le concurrent en portant atteinte de manière déloyale à ses moyens de production ou de commercialisation².

Enfin, à certaines conditions, les juges peuvent sanctionner celui qui *débauche le personnel du concurrent*.

En l'absence de stipulation d'une clause de non-concurrence dans le contrat de travail, le principe demeure cependant celui de la liberté du travail. Aussi la jurisprudence ne sanctionne-t-elle que des *débauchages massifs* et opérés dans des conditions particulièrement déloyales. L'embauche massive de salariés du concurrent non justifiée et dans un délai rapproché ne suffit plus à caractériser la concurrence déloyale³. Pour sanctionner, la jurisprudence retient plusieurs indices : l'intervention pour inciter à la démission, la concomitance entre les démissions et la création d'une entreprise concurrente, la qualification et l'ancienneté des salariés embauchés, les conséquences pour l'entreprise victime du débauchage.

Lorsqu'une clause de non-concurrence figure dans le contrat de travail, la situation est différente. Le nouvel employeur se rend coupable de concurrence déloyale dès lors qu'il embauche des salariés d'un concurrent alors qu'il connaissait l'existence de la clause de non-concurrence. Le premier employeur qui entend faire cesser la concurrence déloyale doit en premier lieu saisir en référé le juge prud'homal pour qu'il statue sur la violation de la clause de non-concurrence⁴.

614. La désorganisation générale du marché. Peut être condamné celui qui utilise des méthodes commerciales qui sont de nature à nuire à une profession dans son ensemble. Il s'agit de sanctionner des procédés commerciaux contraires à la loi (vente à perte, pratique des prix d'appel) ou aux usages (reprise chez le distributeur des stocks de produits concurrents).

615. Le parasitisme. L'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon, en raison de leurs conditions d'exercice, ne permettent pas toujours de sanctionner celui qui

1. CA Versailles, 8 nov. 2002, *Dalloz Affaires* 2003. 1032, obs. N. Dorandeu.

2. Le couponnage électronique utilisé dans les grandes surfaces, permettant un détournement de clientèle a été sanctionné ; Com. 18 nov. 1997, *JCP*, éd. E, 1998. 466, note P.-Y. Gauthier.

3. Com. 25 janv. 2000, *Contrats, conc. consom* avr. 2000, comm. n° 62, obs. M. Malaurie-Vignal.

4. Com. 6 mai 2003, *Dalloz Affaires* 2004. 1154, obs. A. Bugada.

par un comportement déloyal, tente de profiter des investissements d'autrui. Aussi, pour préserver la morale des affaires, la jurisprudence, inspirée par un courant de la doctrine¹, sanctionne aujourd'hui le parasitisme. Il se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'autrui afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir faire². Le parasite cherche en se plaçant dans le sillage d'autrui à détourner l'investissement ou la recherche de ce dernier. Il peut tenter également de dériver à son bénéfice une initiative commerciale et la prise d'un risque. Le parasite tente donc de profiter des acquis et de la renommée d'autrui sans investissement de sa part³. La sanction du parasitisme consacre en réalité une extension du domaine de l'action en concurrence déloyale. Le parasitisme est en effet sanctionné sur le fondement de l'article 1382 du Code civil⁴.

Deux formes de parasitisme sont sanctionnées. La *concurrence parasitaire* vise la situation d'une entreprise qui se comporte en parasite à l'égard d'une autre entreprise avec laquelle *elle est en situation de concurrence*. Elle consiste à détourner les efforts ou la réputation d'un concurrent⁵. Les *agissements parasitaires* concernent des parties qui *ne sont pas en situation de concurrence*. Ils résultent de l'exploitation sans droit des investissements ou plus souvent de la notoriété d'un professionnel menant une activité non concurrente⁶. Dans ce dernier cas, l'action traditionnelle en concurrence déloyale n'aurait pu être exercée en l'absence de clientèle commune et d'un risque de confusion. L'agissement parasitaire peut prendre de nombreuses formes⁷. Il peut s'agir du parasitage de l'organisation (débauchage de personnel), du parasitage intellectuel qui prend la forme de la réalisation de copies serviles ou quasi serviles de produits d'autrui, d'un parasitage de l'image d'autrui, de parasitage des marques et patronymes, d'un parasitage

1. Ph. le Tourneau, « Le parasitisme », in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien, 1996 ; « Le parasitisme dans tous ses états », *D.* 1993. chron. 310 ; Desjeux, « Le droit de la responsabilité civile comme limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie », *JCP*, éd. E, 1985. II. 14490 ; J. M. Mousseron, « Parasitisme et droit », *Cah. dr. entr.* 1992/6, p. 15 ; I ; et G. Parléani, « La tentation du Moyen Âge. L'exemple du parasitisme », *Mélanges Chr. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 243 ; Ph. le Tourneau, « De la modernité du parasitisme », *Gaz. Pal.* 2001. 2. doctr. 1590 ; M.-L. Izorche, in *La concurrence déloyale et parasitisme*, sous la direction de Y. Serra, Dalloz, 2001, p. 27.

2. Com. 26 janv. 1999, *Dalloz Affaires* 2000. 87, note Y. Serra.

3. M. Malaurie-Vignal, « Parasitisme et notoriété d'autrui », *JCP* 1995. I. 3888.

4. M.-A. Frison-Roche, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 6/94, p. 483.

5. Pour des exemples significatifs, v. les affaires *Ungaro* et *Les marches de la gloire*, dans lesquelles la notion est utilisée pour protéger un flacon et une émission de télévision : CA Paris, 18 mai 1989, *D.* 1990. 3. 40, note L. Cadiet ; Com. 7 févr. 1995, *JCP* 1995. II. 22411, note Ph. le Tourneau ; Com. 16 mai 2000, *JCP*, éd. E, 2001, *Cah. dr. entr.*, n° 2, p. 39, n° 27, obs. D. Mainguy.

6. Com. 27 juin 1995, *D.* 1996. somm. 250, obs. M.-L. Izorche ; Com. 30 janv. 1996, *JCP*, éd. E, 1996. Pan. 395 ; *D.* 1997. 232, note Y. Serra ; « Engage sa responsabilité la société qui se rend coupable d'actes parasitaires en transposant, même hors de toute situation de concurrence, le slogan publicitaire d'autrui, profitant ainsi à moindre coût de l'impact de ses campagnes promotionnelles ». Le slogan « la côte d'Azur, l'autre pays de la tulipe » parasite le slogan « la Hollande, l'autre pays du fromage » ; *adde* : CA Paris, 29 sept. 1995, *D.* 1996. somm. 251, obs. M.-L. Izorche. Il s'agissait d'un slogan pour machine à laver rappelant une publicité pour un parfum de luxe.

7. Pour des exemples significatifs, v. l'affaire *Champagne*. Il est fait interdiction à Yves-Saint-Laurent d'utiliser cette appellation pour un parfum, CA Paris 15 déc. 1993, *D.* 1994. 145, note Ph. le Tourneau, *JCP*, éd. E, 1994. II. 540, note F. Pollaud-Dulian. Pour des étiquettes, CA Colmar 13 mai 1994, *D.* 1995. 98, note J.-J. Burst. V. le conflit opposant Antenne 2 et TF 1 au sujet d'une émission « La nuit des héros » : Com. 7 févr. 1995, *JCP* 1995. II. 22411. V. l'affaire des éléments compatibles *Lego*, *D.* 1994. 208. Le parasitisme permet de protéger le savoir-faire ou des recherches intellectuelles. La protection des idées est plus discutée. V. M. Malaurie-Vignal, « Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui », *D.* 1996. 178.

des conditionnements de produits¹, d'un parasitage de catalogue², d'un parasitage des prix, d'un parasitage des noms de domaine.

Dans ses deux formes, le parasitisme élargit le domaine de l'action en concurrence déloyale. D'une part, dans le cas de la concurrence parasitaire, il va être possible de sanctionner celui qui copie les produits, voir les idées ayant une valeur économique d'un concurrent alors même que les droits de ce dernier ne sont pas ou ne sont plus protégés. La concurrence déloyale est dès lors admise alors même qu'il n'y pas véritablement faute ou tout au moins atteinte à la morale des affaires. D'autre part, dans le second cas, un comportement est sanctionné alors même qu'il n'y a pas risque de confusion.

Durant ces dernières années, la jurisprudence a fait un très large usage de la théorie du parasitisme. Cependant, aujourd'hui, un *recul de la théorie est peut-être envisageable*. Il apparaît en effet qu'une conception trop large du parasitisme est de nature à mettre en péril des principes fondamentaux tels celui de la liberté de création ou celui selon lequel les idées sont de libre parcours³. Un arrêt de la cour d'appel de Paris témoigne de ce recul⁴. Dans une affaire dans laquelle la société Légo poursuivait une société qui commercialisait des briquettes compatibles, la Cour énonce que « le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait plus l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être librement reproduite ; qu'une telle reprise procure nécessairement à celui qui la pratique des économies qui ne sauraient, à elles seules, être tenues pour fautives, sauf à vider de toute substance le principe ci-dessus rappelé, lui-même étroitement lié à la règle fondamentale de la liberté de la concurrence ». La Cour de cassation semble pourtant s'en tenir à la conception la plus large du parasitisme, ce que révèle la lecture de deux arrêts importants. La Cour énonce que l'action en parasitisme peut être intentée même par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif⁵. Dans la première affaire la société Cartier obtient la condamnation d'une grande surface qui avait offert à ses clients une montre reprenant les caractéristiques d'une montre de luxe célèbre. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir admis que cette copie servile de la montre de prestige porte manifestement atteinte à l'image de marque de cette montre qu'elle vulgarise et déprécie. Dans la deuxième espèce, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir condamné une société spécialisée dans la distribution d'articles de sport qui avait fait apposer sur sa façade une enseigne différente de son enseigne habituelle mais qui évoquait celle de son concurrent.

Pour résoudre les difficultés apparues, il est proposé une approche renouvelée de l'agissement parasitaire consistant à substituer le critère de la valeur ajoutée à celui de l'investissement⁶.

1. Com. 17 mars 2004, *JCP*, éd. E, 2004. 1739, obs. Ch. Caron. Pour la Cour de cassation, « l'adoption par un opérateur économique, pour la mise sur le marché de son produit d'un conditionnement reprenant l'ensemble des éléments caractéristiques du conditionnement d'un produit concurrent fortement évocateurs de ce produit et non nécessaires constitue une faute, même si le conditionnement n'est pas couvert par un droit privatif ».

2. Com. 30 janv. 2001, *BRDA* 4/01, n° 14.

3. V. J. Passa, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *Dalloz Affaires* 2000. chron. 297 ; Ph. le Tourneau, « Le bon vent du parasitisme », *Contrats, conc. consom.* janv. 2001. chron. 1 ; « Retour sur le parasitisme », *D.* 2000. chron. 403.

4. CA Paris, 18 oct. 2000. J.851, note J. Passa ; Ph. le Tourneau, « Peut-on entonner le *requiem* du parasitisme ? », *D.* 2001. 1126.

5. Com. 22 oct. 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 493, note D. Mainguy ; *Dalloz Affaires* 2002. 3142 et 2003. 1031, obs. Y. Serra. Solution confirmée par Civ. 1^{re}, 20 mars 2007, *D.* 2007. AJ. 1138 ; cas de l'imitation d'un bouchon constitutive de parasitisme.

6. J.-J. Frion, *Contrats, conc. consom.* juill. 2002. chron. 15.

B. La mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale

616. Conditions de fond. L'action en concurrence déloyale étant une action fondée sur l'article 1382 du Code civil, suppose que les conditions d'admission de la responsabilité civile soient réunies. Il s'agit d'une *action subsidiaire*. Elle doit constituer le seul moyen de sanctionner des comportements déloyaux.

Le demandeur à l'action doit donc rapporter la preuve d'une faute, d'un préjudice et du lien de causalité. Cependant, ces différentes exigences sont appréciées avec un libéralisme considéré comme excessif par un courant de la doctrine. C'est que l'action en concurrence déloyale a évolué et qu'elle n'est plus seulement destinée à protéger les intérêts personnels d'un concurrent.

La faute est établie lorsque celui qui agit peut se prévaloir de l'un des cas d'ouverture de l'action. L'admission de la théorie du parasitisme conduit à avoir une conception large de la faute, puisque celle-ci peut être admise dans des cas où il n'y a pas risque de confusion¹ ou dans des hypothèses où il y a copie d'un produit qui n'est pas protégé par le droit de la propriété intellectuelle.

*Le préjudice est également apprécié avec bienveillance*². La jurisprudence admet que l'action soit engagée pour réparer un préjudice éventuel. Les tribunaux admettent également de réparer des préjudices autres que la perte de clientèle et qui constituent des atteintes à des éléments attractifs de clientèle ou à la capacité de concurrence de la victime des procédés déloyaux. Le trouble commercial peut ainsi être réparé. Des décisions présument le préjudice en énonçant qu'il s'infère nécessairement de l'acte déloyal. Le préjudice moral est également indemnisé³.

La preuve du lien de causalité entre la faute et le préjudice est le plus souvent présumée.

617. Procédure et sanctions. L'action en concurrence déloyale est de la compétence du tribunal de commerce lorsqu'elle sanctionne les fautes commises entre commerçants et résultant de la violation d'usages commerciaux. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas, tout particulièrement lorsque l'action est engagée par un non commerçant ou lorsque l'action est connexe à une action en contrefaçon de marque ou de brevet⁴.

Le juge des référés est compétent toutes les fois qu'il y a urgence.

Plusieurs sanctions peuvent être appliquées lorsque la concurrence déloyale est établie. Le juge peut ordonner la cessation du trouble, ce qui peut se traduire par une interdiction de poursuivre une campagne publicitaire, ou l'exploitation d'un fonds de commerce. De telles décisions sont souvent assorties d'astreintes pour en assurer l'efficacité.

Les juges peuvent ordonner la publication de la décision de condamnation dans des revues, aux frais du contrevenant.

Des dommages et intérêts peuvent être alloués au demandeur, par exemple s'il démontre une perte de chiffre d'affaires.

1. V. Com. 21 mars 2000, *Contrats, conc. consom.* août 2000, com. 127, obs. M. Malaurie-Vignal, qui n'exige pas un rapport de concurrence entre les parties à l'acte.

2. Com. 22 févr. 2000, *Contrats, conc. consom.* mai 2000, comm. 81, obs. M. Malaurie-Vignal.

3. Ph. le Tourneau, « De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.* 1998. 83 et s.

4. L'action en contrefaçon ne sanctionne que la violation d'un droit privatif. V. J. Schmidt-Szalewski, « La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD com.* 1994. 455.

L'action peut être engagée par celui qui se prétend victime de la concurrence déloyale. Elle peut également être engagée à l'initiative d'organisations syndicales qui sont en droit d'agir dès lors que les agissements en cause sont de nature à nuire à l'ensemble d'une profession.

§ 2. L'ENCADREMENT DE LA NÉGOCIATION COMMERCIALE

618. Depuis l'ordonnance en date du 1^{er} décembre 1986, le législateur encadre la négociation commerciale en jouant sur plusieurs types de règles. Les rapports principalement visés sont ceux unissant les fournisseurs et les centrales d'achat, principaux acteurs de la grande distribution. De par leur petit nombre, les centrales sont souvent en mesure d'imposer leurs conditions aux fournisseurs. Elles obtiennent des réductions de prix, se font rémunérer des services. L'objectif des réformes est de permettre aux consommateurs de profiter des avantages ainsi obtenus tout en protégeant la marge des petits fournisseurs. Mais si l'objectif est facile à définir sa mise en œuvre s'avère délicate, ne serait-ce qu'en raison du secret des relations d'affaires et des pouvoirs de pression dont disposent les centrales d'achat. Tour à tour, au gré des réformes, le législateur se montre plus ou moins directif ce qui explique notre législation tatillonne et évolutive.

Plusieurs mécanismes peuvent être mis en œuvre. Ils se cumulent.

D'une part, il faut assurer une certaine *transparence aux accords* conclus afin que les concurrents soient dans une situation d'égalité. Les règles relatives à la facturation peuvent aussi contribuer à une telle transparence.

D'autre part, il est important que soient sanctionnées les pratiques qui *faussent la libre fixation* des prix et qui freinent la baisse des prix. Mais la détermination de ces pratiques est difficile à préciser. Pendant longtemps notre droit a ainsi sanctionné, le refus de vente, la revente à perte, certaines pratiques discriminatoires. Devant l'échec de cette législation pointilliste qui n'a pas modifié en profondeur les pratiques, le législateur, par la loi du 4 août 2008 a choisi de refondre le dispositif, poursuivant une réforme des pratiques commerciales commencée avec la loi du 3 janvier 2008¹. Le principe de libre négociation des prix est réaffirmé, les pratiques discriminatoires ne sont plus sanctionnées et le seuil de calcul de la revente à perte est abaissé.

Le législateur a posé un principe de transparence des relations commerciales (A). Il fixe les règles présidant à la négociation commerciale (B). Après avoir hésité, il consacre aujourd'hui un principe de liberté de négocier les conditions de vente. En contrepartie de la liberté accordée, le législateur sanctionne les abus en fournissant une liste de pratiques restrictives (C). Une commission est constituée pour observer les relations (D).

A. L'exigence de transparence

619. Finalité des règles. C'est l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a introduit l'exigence de transparence dans les relations commerciales. Avant ce texte, le principe qui dominait était celui de l'opacité et du secret des affaires dans les relations entre fournisseurs et distributeurs. Un tel principe a été affirmé pour assainir les rapports entre partenaires dans la grande distribution. Les centrales d'achat sont en effet en mesure d'imposer leurs conditions.

1. D. Ferrier, « La réforme des pratiques commerciales », *D.* 2008. chron. 429.

Le principe de transparence se trouve concrétisé par plusieurs règles.

Certaines d'entre elles concernent les rapports entre les distributeurs et relèvent du droit de la consommation. Il s'agit de sanctionner les formes de publicité mensongère.

Dans les rapports entre professionnels, le principe est concrétisé par deux séries de règles fondamentales. Celles relatives à la facturation (1°) et celles à la communication des conditions générales de vente (CGV) (2°).

1° Les exigences relatives à la facturation

620. Fonctions de la facture. Au même titre que les conditions de vente, la facture est l'un des documents les plus usuels de la vie des affaires. C'est l'invitation faite par le créancier au débiteur de régler une obligation. À l'origine, la facture avait essentiellement une fonction de preuve des relations commerciales. Aujourd'hui, la facture a une *fonction fiscale*. Elle a un rôle essentiel en matière de TVA. La facture, parce qu'elle décrit les relations commerciales, est également devenue une pièce maîtresse du dispositif de *lutte contre les pratiques restrictives de concurrence*, qu'il s'agisse de la revente à perte, des pratiques discriminatoires ou des prix imposés.

621. Domaine d'application des règles relatives à la facture. Pour beaucoup d'opérateurs, la facture a un caractère obligatoire. Sont concernées toutes les activités de production, de distribution et de service. Les règles de facturation s'imposent alors chaque fois qu'un transfert de propriété est opéré. La législation s'applique également à tous les services.

622. Mentions exigées. Rédigée en français, la facture doit comporter différentes mentions : la désignation des parties, l'indication de la date de la vente ou de la prestation de service, l'indication du prix unitaire hors TVA, la mention de la date et des conditions de règlement. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite, sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis par le client à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé.

La facture du fournisseur doit mentionner le prix unitaire des produits ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente et directement liée à celle-ci (C. com., art. L. 441-3). Le contenu de la facture est cependant largement affecté par les règles relatives au calcul de la revente à perte et à l'exigence d'un contrat unique formalisant le résultat des négociations commerciales.

Toutes les prestations qui se rattachent au contrat de vente doivent figurer sur la facture. Celle-ci peut ainsi faire apparaître des réductions significatives puisqu'il peut être tenu compte des services offerts par les distributeurs et justifiant des rémunérations se traduisant par des ristournes.

623. Délivrance et communication de la facture. La facture doit être établie en deux exemplaires et délivrée lors de la livraison, de la prise en charge de la marchandise ou de la prestation de service. À leur demande, la facture doit être communiquée aux enquêteurs de la DGCCRF, de l'administration fiscale et des douanes.

La communication de la facture peut être sollicitée en justice par un concurrent. Celui-ci peut également saisir la DGCCRF qui procédera alors au contrôle et qui pourra poursuivre.

624. Sanctions. Les infractions aux règles de facturation sont établies par la seule constatation de leur élément matériel. L'infraction peut être commise par une personne physique ou une personne morale. Le vendeur ou le prestataire de services et son client sont tous deux responsables du manquement aux règles de facturation.

2° Communication générale des conditions de vente

625. Principes. C'est aussi l'exigence de transparence qui inspire la règle imposant de donner une publicité aux conditions de vente.

Les conditions générales de vente constituent le *socle de la négociation commerciale*. Pour cette raison, le législateur conçoit leur communication comme une pièce essentielle destinée à favoriser la transparence. C'est l'article L. 441-6 du Code de commerce qui fixe les règles applicables.

La loi du 4 août 2008 a été l'occasion de conférer plus de liberté aux parties. Les CGV n'ont plus à être uniformes. L'étendue de la publicité est aussi restreinte.

626. Personnes tenues à la communication. Le texte fait obligation à tout producteur, prestataire de service, grossiste ou importateur de communiquer les 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.

627. Contenu des conditions générales de vente. Les CGV comprennent, les conditions de vente, le barème de prix unitaires, les réductions de prix, les conditions de règlement. Les conditions générales de vente comprennent les modalités de livraison et de transfert des risques, la réserve de propriété, les clauses limitatives de responsabilité.

Ces conditions générales de vente peuvent aujourd'hui être *différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits* ou de demandeurs de prestation de services. Dans ce cas, l'obligation de communication porte sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de prestation de services d'une même catégorie.

Cette règle est une innovation de la loi du 4 août 2008. Les textes antérieurs ne permettaient pas de proposer des conditions différentes aux acheteurs.

628. Exclusion de la publication pour les conditions particulières. Le principe posé reçoit un tempérament : Tout producteur, prestataire de service, grossiste ou importateur peut convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestation de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite.

B. Principes gouvernant la négociation commerciale

629. La loi du 4 août 2008 a assoupli les règles en vigueur dans la mesure où les contraintes légales passées avaient montré leur inefficacité. Les distributeurs acquièrent une plus grande liberté de négociation. Cependant, si la liberté de négocier les prix est importante (1°), il existe une limite tenant aux délais de paiement (2°). Le résultat de la négociation doit être formalisé (3°).

1° La liberté de négociation

630. Évolution. Avant la réforme, le principe de libre négociation des prix n'existait plus. La négociation commerciale était enfermée dans un certain nombre de contraintes destinées à éviter des pratiques en vogue dans la grande distribution. Les centrales d'achat avaient en effet pris l'habitude de négocier des avantages tarifaires importants auprès de leurs fournisseurs. De même, elles leur faisaient payer des services offerts telle la mise à disposition de têtes de gondoles. Les fournisseurs consentaient ainsi des ristournes. Connues sous le nom de *marges arrières*, ces ristournes ne pouvaient pas être répercutées sur les prix de vente en raison de la prohibition de la vente à perte et de la sanction des pratiques discriminatoires. Les discriminations tarifaires étaient en effet interdites. Avec la loi nouvelle, le législateur prend le pari que la liberté de négocier les prix reconnue aux distributeurs profitera aux consommateurs. Pour autant, la liberté conférée n'est pas totale et les abus dans la négociation tarifaire sont sanctionnés au titre de l'article L 442-6 relatif aux pratiques restrictives de concurrence. De même, le législateur sanctionne de plus en plus les atteintes à l'équilibre contractuel se traduisant par la présence de clauses abusives.

631. Portée de la liberté de négociation. La liberté de négociation des parties résulte en premier lieu de l'*abrogation des pratiques discriminatoires*. Avant la réforme, il était interdit par l'article L 442-6 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. Cette dernière disposition a été abrogée car la libre négociation a précisément pour but d'obtenir un traitement plus favorable que celui consenti à un concurrent.

La liberté de négociation résulte en second lieu de la *possibilité désormais offerte de négocier des conditions par catégories d'acheteurs*.

2° Restriction apportée à la liberté de négocier les délais de paiement

632. Imposition d'un délai maximum. L'octroi de délai de paiement fait partie de la négociation contractuelle au même titre que le prix ou le délai de livraison. La pratique française fait un très large usage de cette liberté connue sous le nom de *crédit fournisseur*. Cependant, cette pratique a des effets pervers dans la mesure où elle confère au fournisseur un rôle de banquier ce qui n'est pas sa fonction. Les sommes ainsi immobilisées seraient mieux utilisées à des investissements. Pour cette raison, le législateur s'est toujours efforcé de limiter la pratique des délais de paiement. Déjà, dans les années 80, l'introduction de la réserve de propriété et de la cession de créances professionnelles devait avoir cette fonction. Mais les pratiques n'ayant pas été modifiées, le législateur a choisi de se montrer plus impératif. Désormais, les délais maximum sont imposés à titre impératif.

L'article L. 441-6 fixe les règles applicables. Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au *trentième jour* suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser *quarante-cinq jours* fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture.

Les professionnels d'un secteur, clients et fournisseurs peuvent décider conjointement de réduire le délai maximum de paiement. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services demandée comme point de départ de ce délai. Des accords sont conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles. Un décret peut étendre le nouveau délai maximum de paiement à tous les opérateurs du secteur ou, le cas échéant, valider le nouveau mode de computation et l'étendre à ces mêmes opérateurs.

Des délais plus brefs sont imposés à certains secteurs tels le transport routier ou la location de véhicules.

Le non-respect des règles est sanctionné au titre des pratiques restrictives. En outre, les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture (C. com. art. L. 441-6).

3° La convention écrite

633. Contenu. La convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de service indique les obligations auxquelles ils se sont engagés en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale.

Cette convention comporte trois indications.

Tout d'abord, la convention précise les *conditions de l'opération de vente* des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale.

Ensuite, elle précise les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de service 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 pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution. Ces services constituent ce qui auparavant était qualifié de coopération commerciale¹.

Enfin, la convention précise les *autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale* entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de service, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution.

Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu.

Il en résulte que les fournisseurs peuvent déduire directement du prix tarif l'ensemble des avantages négociés, c'est-à-dire hors coopération commerciale. Le législateur a eu la volonté de ne plus contraindre les parties à détailler ligne par ligne les avantages accordés mais de permettre une globalisation des prix de fourniture. Cela n'entre pas en ligne de compte pour le calcul du seuil de revente à parte. Mais cela pose des difficultés pour la rédaction des factures².

1. B Grimonprez, « La mort subite du contrat de coopération commerciale », *Contrats, conc. consom.* janv. 2009, étude 1.

2. Ch. Vilmar, « La facturation des services distincts non résolue par l'instruction fiscale du 18 novembre 2008 », *JCP*, éd. E, 2008, 533.

634. *Forme de la convention.* La convention peut être établie dans un document unique. Elle peut aussi l'être dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application.

La convention précise l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque obligation ainsi que sa rémunération. S'agissant des services visés au 2°, les produits ou services auxquels ils s'appliquent.

La convention doit être conclue avant le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

Ces règles ne s'appliquent pas aux conventions portant sur des denrées périssables.

Le non-respect de la règle est sanctionné pénalement.

C. Les pratiques restrictives

635. *Définition des pratiques restrictives.* Les pratiques restrictives, apparues en 1986 n'ont cessé de se développer depuis. Il s'agit de sanctionner tous les comportements faussant le libre jeu de la négociation contractuelle.

La loi du 4 août 2008 modifie le dispositif en profondeur en retranchant, modifiant et ajoutant certaines pratiques. Aujourd'hui, des comportements sont source de responsabilité civile ou pénale, des clauses et contrat peuvent être annulés dès lors qu'ils constituent des pratiques restrictives. La procédure permettant de faire sanctionner ces pratiques est précisée.

Les pratiques restrictives ont pour *finalité première de sauver les intérêts privés des concurrents*. Elles sont de ce point de vue comparable à l'action en concurrence déloyale. Le dispositif légal a pour but de limiter la liberté contractuelle afin de restaurer un certain équilibre. Le nombre de pratiques restrictives sanctionnées ne cesse de croître. En multipliant certaines prohibitions, le législateur tente de prévenir les effets néfastes pouvant résulter de la liberté de négocier les prix désormais reconnue. Cependant, la législation française s'avère inefficace. Pour cette raison, un courant important de la doctrine est favorable à la suppression de la prohibition ou tout du moins à la dépénalisation des pratiques. La protection des entreprises victimes d'un rapport contractuel défavorable pourrait ainsi résulter de l'application du droit commun des conventions.

1° Pratiques sanctionnées pénalement

636. *La revente à perte.* Notre droit a toujours sanctionné la revente à perte définie comme étant 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. La pratique est sanctionnée pénalement.

La condamnation de la revente à perte a pour but de protéger les petits distributeurs contre la concurrence agressive des grands distributeurs. Il s'agit aussi de protéger les fournisseurs contre une dévalorisation de leur marque. Pour cette raison, le législateur fixe un seuil au-dessous duquel le prix de revente ne peut être fixé. Mais la détermination de ce seuil est-elle elle-même délicate. En abaissant le seuil, il devient possible d'accentuer la pression concurrentielle des distributeurs sur les fournisseurs et ainsi favoriser une baisse des prix dans la grande distribution. *La loi du 4 janvier 2008¹ s'est donnée pour*

1. D. Ferrier, « La réforme des pratiques commerciales », *D.* 2008. chron. 429.

ambition une baisse du seuil de revente à perte. C'est dans le même but que la formalisation des accords entre fournisseurs et distributeurs a été simplifiée.

Les modalités de détermination du seuil ont ainsi évolué, le législateur ayant dû tenir compte des pratiques de la grande distribution.

La négociation commerciale porte sur deux points principaux. Les parties se mettent d'accord sur un prix. Les fournisseurs sont alors obligés de consentir des réductions s'ils veulent être référencés par les centrales d'achat.

Puis la négociation porte sur différents services qui peuvent être offerts par le distributeur dans le cadre de la coopération commerciale. Il peut s'agir de services de revente, de la communication de statistiques. Ces services donnent lieu à rémunération au profit du distributeur. C'est une *marge arrière* pour ce dernier. Pendant quelques années, cette marge arrière ne venait pas en diminution du seuil de revente à perte. Dès lors, son montant ne pouvait être répercuté sur le prix de revente au consommateur. Pour cette raison, la loi du 4 janvier 2008 a fixé un nouveau mode de calcul du seuil de la revente à perte¹.

Aujourd'hui, en application de l'article L. 442-2, 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.

Le prix d'achat effectif est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de service final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

Ce texte institue ainsi le *système du triple net intégrant désormais la marge arrière dans le calcul du prix de revient*.

La détermination du seuil est étroitement liée au contenu des avantages financiers dont le montant peut être déduit. Ils couvrent tout avantage chiffrable consenti par le vendeur à l'acheteur ou à son représentant telle une centrale. C'est la rémunération de tout service rendu par le distributeur. L'objectif est de permettre la remontée de toute marge arrière correspondant au profit réalisé par le distributeur au titre des services qu'il a rendu en déduction du prix d'achat.

637. Pratique des prix imposés. La pratique des prix imposés est traditionnellement sanctionnée par le droit français car il s'agit d'une technique de domination d'une partie sur l'autre. L'article L. 442-5 du Code de commerce pose un principe général : est sanctionné le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimum au prix de revente d'un produit ou bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale. *Cette disposition n'interdit pas la pratique des prix maxima et des prix conseillés.* Celui qui se rend coupable de l'infraction est passible d'une amende de 15 000 euros. La peine est aggravée en cas de récidive.

1. F.-X. Testu et J. Herzelle, « La formalisation contractuelle du résultat des négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs », *JCP*, éd. E, 2008. 1113.

Une seule dérogation est apportée par la loi du 10 août 1981 relative au *prix du livre*. Il est en effet apparu que la libération des prix dans ce domaine pouvait entraîner la disparition des libraires spécialisés.

638. Le paracommercialisme. L'article L. 442-7 du Code de commerce sanctionne le paracommercialisme. Il s'agit de lutter contre les ventes sauvages ou ventes à la sauvette.

En premier lieu, aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir de services si ces activités ne sont pas prévues par les statuts.

L'article L. 442-8 du Code de commerce, interdit en second lieu à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics. La loi du 1^{er} juillet 1996 renforce les moyens de sanction et retient une possibilité de saisie des marchandises offertes en infraction.

639. L'octroi de délais de paiement. En France, il est de tradition pour les fournisseurs de consentir des délais de paiement à leurs acheteurs. Cette pratique est désignée sous le nom de crédit fournisseur ou de crédit interentreprises. Il n'est cependant pas sain pour l'économie et pour les entreprises que celles-ci jouent le rôle de banquier. Aussi le législateur s'efforce-t-il de réduire les délais de paiement. L'article L. 441-6, souvent modifié énonce les délais de paiement admissibles (v. *supra*, n° 632). Le délai de paiement ne peut être supérieur à trente jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de tous produits alimentaires. La règle reçoit de nombreux tempéraments (art. L. 443-1).

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture.

Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

La facture doit indiquer le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date du règlement qu'elle mentionne.

Elle entraîne l'application du délai de trente jours fixé par la réglementation, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui sont équitables.

2° Pratiques restrictives sanctionnées civilement

640. La loi du 4 août 2008 abroge l'une des principales pratiques restrictives, l'interdiction des discriminations (a). Dans le même temps, elle ajoute d'autres pratiques à une liste déjà longue (b). Certaines clauses et contrats peuvent être annulés (c). Des sanctions sont prévues pour les pratiques sanctionnées sur le fondement de l'article L. 442-6 (d).

a) Abrogation de l'interdiction des discriminations commerciales

641. Portée de la liberté conférée. Avant la réforme, était sanctionné le fait de pratiquer à l'égard d'un partenaire économique ou d'obtenir de lui, un 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 injustifié. *La discrimination est aujourd'hui autorisée dans le but de faciliter la libre négociation des prix et donc leur baisse.*

De même, il n'est plus interdit d'obtenir sous la menace d'une rupture brutale des relations, des conditions manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente. Ainsi, il devient possible d'appliquer des conditions différentes à des partenaires étant pourtant dans une même situation.

b) Pratiques sources de responsabilité

642. Recensement. Aujourd'hui, le dispositif de sanction des pratiques restrictives est très riche. Il l'est même sans doute excessivement. Depuis la loi du 4 août 2008 ce sont dix pratiques qui sont sanctionnées par l'article L. 442-6 du code de commerce¹. Sous différentes formes ce sont des *comportements déloyaux qui sont sanctionnés*. Il existe ainsi un lien étroit entre la concurrence déloyale et les pratiques restrictives que le législateur pourrait mieux prendre en compte dans un avenir proche, encouragé par la doctrine².

643. L'obtention d'un avantage disproportionné. L'article L. 442-6-I-1° permet de sanctionner le fait par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers 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 fournit une liste d'exemples non exhaustive. Un tel avantage peut consister en la participation non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients.

644. La soumission du partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Cette pratique sanctionnée au titre du L. 422-6-I-2° est l'une des *dispositions phares de la loi du 4 août 2008*. Elle vise à remplacer une autre pratique, celle de l'abus d'une relation de dépendance économique liée à la puissance d'achat ou de vente d'un partenaire.

Ce texte s'avérerait difficile à interpréter car il était mis en relation avec l'état de dépendance économique de l'article L. 420-2° relatif aux pratiques anticoncurrentielles.

Elle est à comparer avec l'article L. 132-1 du Code de la consommation relatif aux *clauses abusives*. Le texte sanctionne ainsi les clauses abusives dans les rapports entre professionnels. La commission des pratiques commerciales jouerait ainsi en la matière le rôle de la commission des clauses abusives. La portée de ce texte dépendra cependant de la lecture qui en sera retenue.

1. M. Malaurie-Vignal, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle », *Contrats, conc. consom.* nov. 2008, dossier p. 12.

2. Y. Picod, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », *Mélanges Serra*, Dalloz, 2006, p. 359, colloque concurrence déloyales et pratiques anticoncurrentielles, *Rev Lamy conc. avr.-juin 2008*, p. 168, M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*

Il apparaît que le déséquilibre peut être sanctionné alors même que l'une des parties n'est pas nécessairement en situation d'infériorité.

Pour un courant de la doctrine, comme par le passé, il sera nécessaire de prouver la puissance d'achat ou de vente ou la situation de dépendance. Cette analyse ne fait toutefois pas l'unanimité. Mais alors un large pouvoir est reconnu au juge de modifier l'économie du contrat. Cet interventionnisme est lui-même critiquable.

Le déséquilibre objet du contrôle peut être financier. Pour l'appréciation du déséquilibre, les critères retenus pour la détermination des clauses abusives du code de la consommation peuvent être repris.

645. *L'obtention d'un avantage préalable à la passation de commandes.* L'obtention d'un avantage préalable à la passation de commande n'est sanctionnée qu'à certaines conditions. L'obtention ou la tentative d'obtention de l'avantage n'est sanctionnée que si elle intervient sans qu'elle soit assortie 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.

646. *L'obtention de conditions manifestement abusives.* L'article L. 442-6-I-4° sanctionne 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.

647. *La rupture de relations commerciales établies.* L'article L. 442-6-5° a été introduit par la loi du 15 mai 2001 est devenu une disposition clef du droit de la concurrence et du droit de la distribution. Le texte sanctionne en effet 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.

À défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée.

Avant la réforme, la jurisprudence sanctionnait le défaut de préavis par le droit de la responsabilité. Le défaut de préavis était alors constitutif d'abus.

La jurisprudence a précisé la portée de ce texte essentiel.

Le statut de la victime du comportement importe peu. De même, le texte peut s'appliquer à tout contrat. Il est ainsi appliqué à la rupture du contrat de distribution. Les juridictions ont le pouvoir d'appréciation de la notion de rupture partielle et de la détermination du préavis acceptable. La disposition ayant un caractère impératif, le préavis dans son principe, comme dans ses modalités échappe donc aux volontés contractuelles¹.

En l'absence d'usages conventionnels, le caractère raisonnable du préavis doit être déterminé en prenant en considération outre l'ancienneté des relations commerciales, les investissements effectués par le fournisseur au profit du distributeur et l'état de dépendance économique du premier par rapport au second.

1. Com. 25 sept. 2007, *D.* 2008. 1115, note Cl. Mouly-Guillemaud.

Le fournisseur ne peut obtenir réparation que du préjudice lié au caractère brutal de la rupture et non du préjudice découlant de la rupture elle-même.

Ce droit spécial ne fait pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure.

Un régime spécial existe lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur. La durée minimale du préavis est alors double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur.

Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa, dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois et d'au moins un an dans les autres cas.

648. Violation de l'interdiction de revente hors réseau. Le texte sanctionne 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. *Dans de tels cas, le droit de la concurrence déloyale continue cependant à s'appliquer.*

649. Non-respect de la réglementation. Les dernières dispositions sanctionnent celui qui méconnaît certaines règles légales. Est ainsi visé le fait de soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé à l'article L 441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux et s'écarter au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L 441-6. Est notamment abusif le fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture.

L'article L 442- 6 I 8° vise le fait de procéder au refus ou au 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.

Le 9° vise le fait de ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L 441-6 à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle.

Enfin, le 10° vise le fait de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en fait la demande conformément à l'article L 112-6 du code de la consommation.

c) Nullité de certaines clauses et contrats

650. Sanction de comportements déloyaux. L'article 426 sanctionne de la nullité certaines clauses et contrats qui auraient pour but de contourner les principes posés d'une concurrence loyale.

Sont ainsi nulles les clauses ou contrats prévoyant la possibilité :

- de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale,
- d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande,

- d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui,
- de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant : il s'agit par cette règle d'assurer l'effectivité du principe de liberté de négociation,
- d'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence post-contractuelle ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

d) Sanctions des pratiques restrictives visées à l'article L. 442-6

651. Pour renforcer l'efficacité du dispositif, le législateur ouvre largement le droit d'agir pour faire sanctionner les pratiques et élargit la palette de sanctions.

652. *Personnes pouvant agir.* L'action permettant de sanctionner les pratiques restrictives est largement ouverte. L'action peut être introduite par *toute personne justifiant d'un intérêt*.

Elle peut l'être par le ministère public. *Elle peut l'être par le ministre chargé de l'Économie*. Cette dernière action est essentielle. Elle l'est d'autant plus que par un arrêt important, la Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'une action autonome qui pouvait être exercée en l'absence même de l'entreprise victime de la pratique restrictive. Enfin, elle peut l'être 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.

653. *Procédure et sanctions.* Le contentieux est réservé à certaines juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

Les juridictions peuvent saisir la Commission d'examen des pratiques commerciales. La commission a quatre mois pour donner un avis consultatif. La saisine qui n'est pas susceptible de recours suspend la procédure sur le fond mais n'interdit pas la prise de mesures urgentes ou conservatoires nécessaires.

Plusieurs actions sont possibles.

Lors de l'action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées. Ils peuvent aussi pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les

opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

D. La Commission d'examen des pratiques commerciales

654. Rôle. Pour assurer l'effectivité du principe de transparence, la loi sur les nouvelles régulations économiques a créé une nouvelle institution, la Commission d'examen des pratiques commerciales (C. com., art. L. 440-1). Cette commission est composée d'un député et d'un sénateur, de membres éventuellement honoraires des juridictions administratives et judiciaires, de représentants des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique, ainsi qu'industriels et artisanaux, des transformateurs, des grossistes, des distributeurs et de l'administration, ainsi que de personnalités qualifiées. Elle est présidée par un magistrat. Elle comprend un nombre égal de représentants des producteurs et des revendeurs.

Cette commission a trois missions.

Elle a pour première mission de *donner des avis* ou *formuler des recommandations* sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. L'avis porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie¹.

La commission peut ensuite décider *d'adopter une recommandation* sur les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ses compétences. La recommandation communiquée au ministre est publiée sur décision de la commission.

Enfin, la commission exerce un *rôle d'observatoire régulier* des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle établit chaque année un rapport d'activité, qu'elle transmet au gouvernement et aux assemblées parlementaires. Ce rapport est rendu public. Depuis la loi relative aux petites et moyennes entreprises ce rapport doit recenser le nombre et la nature des infractions sanctionnant leurs auteurs ou engageant leur responsabilité.

Pour remplir ses fonctions, la commission peut entendre des personnes et elle peut solliciter des enquêtes qui sont alors menées par les fonctionnaires du ministère de l'économie ou les agents de la DGCCRF.

655. Les exigences de secret des affaires sont respectées. D'une part, les membres de la Commission sont tenus au secret professionnel. D'autre part, la commission assure l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis de ses membres. Les recommandations ne doivent par exemple contenir aucune indication de nature à permettre l'identification des personnes concernées.

1. V. l'avis relatif à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, *JCP*, éd. E, 2003. 954.

La commission peut être saisie par le ministre chargé de l'économie, le ministre chargé du secteur économique concerné, le président de l'Autorité de la concurrence, toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur, revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut aussi se saisir d'office¹.

Section 2

La protection du marché ou de la concurrence

656. Définition. Le droit de la concurrence existe pour assurer le *respect du principe de libre concurrence* qui se déduit lui-même du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Le *principe de la liberté du commerce et de l'industrie* est affirmé par le décret d'Allarde en date des 2 et 17 mars 1791².

Deux libertés sont par là même consacrées : la liberté d'entreprendre et la liberté d'exploiter.

La *liberté d'entreprendre* est le droit pour toute personne physique ou morale de se livrer aux activités commerciales ou industrielles de son choix en créant une entreprise ou en faisant l'acquisition d'une autre. Le Conseil constitutionnel devait quant à lui reconnaître au principe de la liberté d'entreprendre une *valeur constitutionnelle*³. Une telle affirmation a plusieurs conséquences. Tout d'abord, le principe s'impose au Parlement qui ne peut y déroger que pour des raisons d'intérêt général. Ensuite, le principe s'impose à l'administration car il s'agit d'une liberté publique. Dès lors, l'administration ne peut limiter la liberté de création d'entreprises. Elle ne peut en principe pas plus créer des entreprises publiques qui feraient concurrence à des entreprises privées. Enfin, c'est ce principe qui conduit à limiter les clauses de non-concurrence.

La *liberté d'exploiter* est le droit pour tout commerçant ou industriel de conduire son affaire comme il l'entend, de gérer son entreprise comme il le désire.

Le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie a pour conséquence le principe de la *liberté contractuelle* et le principe de *libre concurrence*. Ce dernier principe signifie que *toute entreprise a le droit d'utiliser les moyens qu'elle juge propre à lui attirer la clientèle*.

Aujourd'hui, le droit de la concurrence a pour fonction de protéger et de favoriser la concurrence. *C'est la garantie du bon fonctionnement du marché qui est alors essentielle*. À cette fin, le droit va condamner des limitations de la concurrence.

Pour assurer le respect de ces principes ayant valeur constitutionnelle, il est nécessaire que l'état intervienne. Il doit créer, maintenir et développer la concurrence. Il doit faire

1. Sur son rôle, v. l'interview de son Président, *Dalloz Affaires* 2003. 1146.

2. Y. Guyon, « Que reste-t-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ? », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 5 et s. ; Th. Revet, « Les qualifications artisanales au regard de la liberté du commerce et de l'industrie », *Dalloz Affaires* 1998. 51.

3. Cons. const. 16 janv. 1982, *JCP* 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Franck. Le Conseil devait se prononcer sur la validité des nationalisations entreprises. Pour justifier sa solution le Conseil s'est fondé sur les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et a considéré que les principes de la liberté, de la propriété et de la liberté d'entreprendre étaient liés.

respecter la *liberté* et l'*égalité dans la concurrence*. Il doit réguler le marché. L'expérience a en effet démontré que, sans interdictions, les pratiques anticoncurrentielles se développent. Une concurrence absolument libre a des effets pervers car la concurrence n'est pas un état naturel. Le droit de la concurrence permet de préserver les *intérêts privés*, c'est-à-dire ceux des consommateurs et les *intérêts collectifs*, c'est-à-dire ceux des entreprises concurrentes.

657. Finalités du droit de la concurrence. Depuis que le droit de la concurrence a pour fonction de protéger la concurrence en elle-même, il est en prise directe avec l'économie. Pour cette raison, *c'est un droit très concret*. Les solutions retenues sont directement commandées par des données économiques. Le droit de la concurrence constitue l'une des composantes essentielles du *droit économique*. La finalité de ce droit est de faire respecter les règles du jeu entre des entreprises qui interviennent sur un marché. *Entreprises et marchés* sont ainsi les concepts clefs du droit de la concurrence. Le droit français, comme le droit communautaire qui l'inspire, est dominé par l'*économie de marché* et donc par le principe du *libre-échange*.

658. Le marché. Le marché est un lieu d'échanges mais il désigne également l'ensemble des acheteurs actuels et futurs d'un bien ou d'un service. Chaque produit a ainsi son marché et sa clientèle potentielle. Il n'y a pas un marché mais plusieurs marchés correspondant aux différents types de produits et services. Le *marché pertinent* ou marché de référence est celui qui doit être pris en considération pour mesurer la concurrence¹. Pour la cour d'appel de Paris, le marché de référence est le lieu où se confrontent l'offre et la demande de produits considérés par les acheteurs comme substituables entre eux et non substituables aux autres biens offerts². La notion de marché pertinent implique qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un *degré suffisant d'interchangeabilité entre les produits faisant partie du même marché*³. Le règlement relatif aux restrictions verticales du 22 décembre 1999 définit le marché pertinent comme le « marché des biens ou des services contractuels ou considérés comme interchangeables par l'acheteur qui est en position de demande même s'il n'est pas le consommateur final ». Pour définir le marché pertinent, trois critères sont utilisés : la nature des produits et services offerts en tenant compte des produits substituables, la zone géographique concernée et la clientèle desservie⁴.

Pour apprécier la substituabilité entre produits, différents critères sont pris en compte : la nature des produits concernés et du besoin qu'ils sont susceptibles de satisfaire, la stratégie de différenciation des offreurs, les modes de distribution, le prix d'acquisition par le consommateur, le facteur géographique, les conditions d'utilisation, la finalité du produit ou du service, l'absence ou l'existence d'une interchangeabilité entre produits ou services appréciées du point de vue des besoins spécifiques de l'utilisateur, l'existence éventuelle d'une réglementation spécifique. Il n'existe par exemple aucune substituabilité générale de toutes les boissons sans alcool. Il existe un marché spécifique des boissons au goût de

1. Pour un exemple, Ass. plén. 14 mars 1997, *JCP*, éd. E, 1997. II. 1004, note L. Idot. Le marché pertinent était celui des travaux électriques industriels mettant en œuvre des techniques et des matériels électriques voisins ou complémentaires, par des personnels de même qualification.

2. CA Paris, 28 févr. 1993, *Contrats, conc. consom.*, éd. Juris-Classeur, févr. 1997, n° hors série, p. 125.

3. CA Paris, 15 juin 1999, *Gaz. Pal.* 1^{er} janv. 2000.

4. La substituabilité des produits du côté de la demande est même en droit français et communautaire le critère principal de la délimitation du marché pertinent.

cola au sein des boissons non alcoolisées gazeuses¹. La notoriété d'un produit peut être un élément pour déterminer le marché pertinent mais à lui seul cet élément est insuffisant².

L'état intervient sur le marché pour veiller à son bon déroulement et à la protection des différents intérêts en présence. Il existe ainsi un *ordre public économique de protection* et de *direction* dont l'intensité est variable.

659. Les acteurs du marché. Le marché met en présence des entreprises et des consommateurs. Le terme économique d'entreprise est suffisamment large pour englober des personnes physiques ou morales, exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Les entreprises peuvent être des fournisseurs de produits et de services, des industriels, des distributeurs ou des détaillants.

L'entreprise est le *principal sujet du droit de la concurrence*, celui qui est visé par les différents textes sanctionnant les comportements anticoncurrentiels³.

En droit de la concurrence, pour être en présence d'une entreprise il faut que deux conditions soient réunies. D'une part, l'entité doit exercer une *activité économique*. D'autre part, il doit s'agir d'un ensemble de moyens humains et matériels disposant d'une *autonomie économique*. Des agences d'entreprises ne sont pas considérées comme des entreprises dès lors que la délégation consentie ne leur confère pas une autonomie suffisante⁴.

Les *consommateurs* sont les acheteurs. Ce sont les principaux bénéficiaires du droit de la concurrence. Celui-ci intervient alors en complément des dispositions composant le droit de la consommation.

660. Droit applicable. Le droit français et le droit communautaire de la concurrence sanctionnent des pratiques similaires. Il est donc important de pouvoir déterminer leurs champs d'application respectifs.

Quelques principes fondamentaux s'appliquent et permettent d'éviter des conflits.

Le premier est celui de l'*effet direct du droit communautaire*. Le principe énoncé par la CJCE⁵ signifie que les particuliers peuvent invoquer directement devant les juges nationaux les règles de droit européen des affaires si elles remplissent les conditions de l'applicabilité directe. La disposition concernée doit être claire, précise, inconditionnelle et ne pas nécessiter de mesure d'exécution. Les dispositions du Traité bénéficient de l'effet direct de même que le règlement et les décisions individuelles adressées à des particuliers. L'effet direct des directives est plus limité.

Le second principe est celui de la *primauté du droit communautaire*⁶. La norme communautaire, qu'il s'agisse du Traité, du règlement ou de la directive l'emporte toujours sur la norme nationale contraire. La règle s'impose aux États, aux juges nationaux et au Conseil de la concurrence. Ainsi le juge national doit-il refuser d'appliquer une norme nationale, fût-elle postérieure, contraire à une disposition du Traité de Rome. Ce principe a été affirmé par la Cour de cassation⁷ et le Conseil d'état⁸. Il ne peut y avoir

1. Cons. conc. 29 oct. 1996, *Contrats, conc. consom.* 1997. 16.

2. Com. 29 janv. 2003, *Contrats, conc. consom.* juin 2002, comm. 95, obs. M. Malaurie-Vignal.

3. M.-A. Frison-Roche, « Proposition pour une notion : l'opérateur crucial », *D.* 2006. chron. 1895.

4. Ass. plén. 14 mars 1997, préc. ; Com. 10 mars 1992, *Petites Affiches* 22 janv. 1993, n° 10, note F. Dreiffus-Netter, pour le marché du livre.

5. CJCE 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, *Rec. CJCE* 19.

6. CJCE 15 juill. 1964, *Costa*, *Rec. CJCE* 1964. 1141.

7. Ch. mixte 24 mai 1975, *D.* 1975. 497, arrêt *Jacques Fabre*.

8. CE, Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *AJDA* 1989. 756.

véritablement de conflits. Un comportement autorisé par la Commission ne peut être sanctionné par le droit interne. Inversement, un comportement interdit en droit communautaire ne peut être validé au regard du droit interne. Une double sanction des comportements serait possible mais il a été jugé qu'une exigence d'équité implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction¹.

Le dernier principe est celui de la *subsidiarité* affirmé par des communications de la commission en date du 13 février 1993 et du 15 octobre 1997. L'idée est de permettre une meilleure coopération entre les autorités communautaires et nationales et de réserver à la compétence des autorités communautaires les affaires présentant « un intérêt communautaire ». Tel est notamment le cas lorsque le comportement en cause affecte sensiblement le commerce intracommunautaire². Le juge national se voit donc reconnaître des compétences élargies pour appliquer le droit communautaire. Dans le même temps, d'autres mesures sont prises pour favoriser l'harmonisation des décisions rendues en matière communautaire. Une procédure *d'avis* est ainsi instituée. Les juridictions nationales saisies peuvent surseoir à statuer et demander des avis à la commission.

Le nouveau règlement n° 1/2003 en date du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité renforce le pouvoir des autorités nationales pour appliquer le droit communautaire³. La Commission et les autorités nationales de concurrence coopèrent dans le cadre d'un *réseau européen de la concurrence*. Les autorités nationales peuvent ainsi appliquer le § 81 dans sa totalité, c'est-à-dire rechercher si les conditions de l'exemption de l'entente sont réunies.

Le nouvel article 3 du règlement maintient la possibilité d'une application cumulative des règles nationales et communautaires de la concurrence. Le nouveau règlement ne met donc pas fin à la règle connue sous le nom de la « double barrière ». Celle-ci est cependant aménagée. D'une part, les autorités de concurrence des états membres ou les juridictions nationales doivent examiner les accords et pratiques au regard des articles 81, § 1 et § 2 dès lors que *les accords ou pratiques sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres*. D'autre part, « l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre états membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, § 1, du traité ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, § 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, § 3 du traité ». Mais les États membres peuvent adopter ou mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.

Le droit de la concurrence sanctionne les pratiques anticoncurrentielles (§ 1) et les concentrations excessives (§ 2). Des institutions ont pour finalité de prévenir et sanctionner ces comportements (§ 3).

1. CJCE 13 févr. 1969, *Walt Wilhem, Rec. CJCE* 1969. 106.

2. Il y a affectation du commerce entre États-membres dans le cas d'un accord qui permet d'envisager l'influence sur les échanges entre États-membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États membres.

3. *Contrats, conc. consom.* mars 2003, comm. 45, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

§ 1. LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

661. Principes. Les pratiques anticoncurrentielles sont celles qui *portent atteinte au marché lui-même*. Si elles n'étaient pas sanctionnées, la concurrence deviendrait insuffisante. Notre droit sanctionne les comportements à la condition qu'ils portent atteinte à la concurrence, qu'ils aient donc *un effet sur le marché*. Le droit français des pratiques anticoncurrentielles s'inspire largement du droit communautaire mais les critères d'appréciation ne sont pas toujours les mêmes ce qui est un facteur de confusion.

Le droit français sanctionne trois catégories de pratiques anticoncurrentielles : les ententes et les abus de domination et les prix abusivement bas (A). Cette dernière pratique est essentiellement sanctionnée dans l'intérêt des consommateurs. À certaines conditions, les ententes et abus de domination peuvent être justifiées (B) et ne sont donc pas sanctionnées (C).

A. Pratiques sanctionnées

662. Principes. Notre droit sanctionne les ententes et les abus de domination en application des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. L'article L. 420-3 du même texte déclare *nul* tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée. Il s'agit d'une *nullité d'ordre public*¹.

Ces dispositions s'appliquent à toutes les entreprises au sens du droit de la concurrence. Il doit donc s'agir d'une entité économique, personne physique ou morale. Celle-ci doit exercer une activité économique. Elle doit jouir d'un certain degré d'autonomie de gestion et de décision. Elle doit ainsi disposer d'un centre identifiable auquel des décisions à caractère économique puissent être imputées et responsable financièrement².

Le système français est celui d'une concurrence régulée. Pour cette raison, l'article L. 420-4 du Code de commerce admet les exceptions à l'interdiction des ententes et des abus de domination justifiées par l'ordre de la loi ou la recherche du progrès économique. L'application de cette disposition rend ainsi possible la conciliation entre la libre concurrence et les autres finalités socio-économiques reconnues. Un autre tempérament résulte de l'utilisation de la *règle de raison* en droit interne de la concurrence³. Il s'agit de corriger des interdictions conçues en termes trop catégoriques par des justifications tirées de l'intérêt général. Ces principes s'appliquent aux ententes (1°) et aux abus de domination (2°).

1° Les ententes

663. Principes. Les ententes sont sanctionnées en droit français sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code commerce. Le droit français s'inspire largement du droit communautaire.

1. Com. 24 oct. 2000 : *Contrats, conc. consom.* janv. 2001, com. 7, obs. M. Malaurie-Vignal.

2. Le Conseil de la concurrence a ainsi pu considérer qu'un syndicat était une entreprise. Sa décision a été réformée par la cour d'appel de Paris le 29 février 2000 ; V. B. Edelman, « Où la concurrence sera le genre humain. Syndicats et ordre public économique », *Dalloz Affaires* 2000, chron. 261.

3. J.-B. Blaise, « L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence », in *Mélanges Cl. Champaud*, p. 85.

Les ententes entre entreprises ne sont sanctionnées que si elles ont un effet sur la concurrence. L'article L. 420-1 n'est applicable que s'il est prouvé que les parties à l'entente ont eu l'intention de participer à une action concertée en vue de fausser le jeu de la concurrence sur le marché pertinent¹.

L'entente suppose en premier lieu une *concertation entre entreprises disposant d'une autonomie de décisions*². L'article L. 420-1 vise les actions concertées, les conventions, les ententes expresses ou tacites, les coalitions. Des personnes physiques ou morales peuvent être parties à l'entente. Leur libre consentement à l'entente doit seulement être établi³.

L'entente peut résulter de la conclusion d'accords contractuels. Elle peut aussi résulter de la mise en place de structures communes. Il s'agit alors d'ententes organiques (par exemple les membres de l'entente vont se réunir en association ou syndicat). Les ententes peuvent être réalisées par l'intermédiaire, directe ou indirecte, d'une société du groupe implantée hors de France.

À défaut d'accord exprès, la preuve de l'entente est le plus souvent établie grâce à la preuve d'un comportement actif ou celle d'un parallélisme des comportements. Dans ce dernier cas, la jurisprudence tient compte de la technique des faisceaux d'indices. Différents indices doivent montrer que l'entreprise a bien participé à l'entente. Tel peut être le cas d'entreprises qui s'accordent pour pratiquer des *prix prédateurs*, c'est-à-dire inférieurs aux coûts de production⁴, qui ont des contacts entre elles, qui ont une similitude de comportements, qui participent à une réunion au cours de laquelle des informations ont été échangées⁵.

La concertation doit en second lieu avoir un *effet sur la concurrence*. L'article L. 420-1 prohibe en effet les ententes qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. *Il est ainsi tenu compte de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel de l'entente.*

En lui-même le seul échange d'informations n'est pas une pratique anticoncurrentielle⁶.

Trois principes sont appliqués pour apprécier les ententes.

Tout d'abord, il est tenu compte de la *règle de raison*. Il s'agit d'une règle d'interprétation du droit de la concurrence inspirée du droit américain. Il s'agit d'éviter une interdiction trop rigide des comportements restrictifs de concurrence. Des accords ne vont ainsi être sanctionnés que s'il est établi qu'ils portent véritablement atteinte à la concurrence⁷. Certaines ententes ne seront pas sanctionnées dès lors que les restrictions de concurrence sont proportionnées à l'objectif à atteindre. Un bilan concurrentiel doit ainsi être établi. La règle de raison est principalement appliquée aux réseaux de distribution. Il suffit qu'ils préservent la concurrence entre producteurs et distributeurs pour qu'ils soient reconnus valables.

1. Com. 12 janv. 1999, *Contrats, conc. consom.* avr. 1999, comm. 57.

2. Il n'y a pas entente entre un mandant et son agent commercial, entre filiales d'un même groupe, en cas de fusion entre deux entreprises.

3. Cons. conc. 7 avr. 2004, *RTD com.* 2004. 456, obs. E. Claudel.

4. Inversement, un parallélisme des prix peut être justifié par la transparence ou la structure du marché, tenant notamment en des conditions d'approvisionnement et d'exploitations identiques ou quasi identiques.

5. V. Cons. conc. 11 mars 2004 et 13 févr. 2004, *RTD com.* 2004. 455, obs. E. Claudel ; *D.* 2007. 1911, obs. D. Ferrier.

6. Com. 29 juin 2007, *D.* 2007. AJ. 1953.

7. V. Cons. conc. 13 mai 1998. Un contrat de partenariat est ainsi valable à la condition qu'il n'ait pas pour objet ou effet d'évincer tel ou tel partenaire susceptible de rendre les mêmes services ; v. C. conc. 24 févr. 1999, *Contrats, conc. consom.* sept. 1999, comm. 129, obs. M. Malaurie-Vignal.

Il est ensuite tenu compte du *seuil de sensibilité sur le marché pertinent*¹. En application de cette théorie, les restrictions de concurrence découlant d'ententes ne recouvrant qu'une part négligeable du marché sont jugées trop peu importantes pour être sanctionnées. Toutes les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence adoptent aujourd'hui cette analyse². Il faut enfin tenir compte de la théorie de l'effet cumulatif. Cette théorie³ permet de sanctionner des ententes qui en principe échapperaient à la prohibition. Il est en effet tenu compte, sur le marché du produit ou du service en cause, d'accords similaires à l'entente examinée et du fait que l'effet cumulatif produit par cet ensemble d'accords provoque une restriction intolérable au libre jeu de la concurrence.

Ces différentes théories jouent particulièrement lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité des *accords de distribution* au regard du droit de la concurrence.

664. Applications. L'article L. 420-1 fournit une liste non limitative d'ententes sanctionnables. Celles-ci peuvent prendre la forme d'*accords horizontaux ou verticaux*⁴.

Sont tout d'abord sanctionnées les ententes qui ont pour effet de limiter le libre accès au marché. Peuvent être concernées les clauses de non-concurrence⁵, les clauses d'exclusivité⁶ et certains réseaux de distribution.

L'article L. 420-1 prohibe également l'entente qui tend à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse. Ces ententes sur le prix peuvent prendre la forme de *recommandations tarifaires* édictées par des organismes professionnels, d'échanges d'informations lorsqu'elles conduisent à supprimer toute concurrence sur les prix⁷.

Les *remises cartellisées* sont particulièrement sanctionnables. Des remises de fidélité sont accordées par les producteurs à ceux qui leur passent régulièrement commande. La remise est cartellisée et constitutive d'une entente lorsque des professionnels se concertent en vue d'une part, de globaliser les bases de calcul de cette remise et d'autre part, de fixer son taux.

La jurisprudence sanctionne également les *boycotts* qui ont pour finalité l'élimination d'une entreprise⁸ et qui ne reposent pas sur des données objectives. Des professionnels en

1. M.-Cl. Boutard-Labarde et D. Bureau, « La détermination du marché pertinent », *RJDA* 11/93, p. 743 ; L. Vogel, « Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence », *JCP*, éd. E, 1994. I. 3737.

2. Com. 4 mai 1993, *JCP* 1993. II. 22111, note M.-Cl. Boutard-Labarde ; P. Arhel, « La notion de seuil de sensibilité », *Petites Affiches* 5 oct. 1997, p. 24 ; L. Vogel, « Le seuil de sensibilité de nouveau sur la sellette », *Contrats, conc. consom.* mai 1997, n° 82.

3. La définition de l'effet cumulatif du lexique du droit de la distribution est la suivante. « L'effet cumulatif dit aussi effet cumulatif de réseau est la coexistence de contrats similaires pour un produit de même nature sur le marché mais conclus par des opérateurs différents, dans des réseaux différents », M. Malaurie-Vignal et D. Mainguy, *Cah. dr. entr.* 1999/2, p. 16.

4. Pour des illustrations, v. P. Arhel, *JCP*, éd. E, 1999. 709.

5. Pour un exemple d'annulation d'une clause de non concurrence édictée au profit d'un grand magasin, à la demande d'un tiers, v. CA Paris, 5 janv. 2000, *Dalloz Affaires* 2000. 94.

6. Com. 12 févr. 2002, *Cah. dr. entr.* 5/2002, p. 36.

7. Cons. conc. 4 mars 1997 ; *Petites Affiches* 1997. 22, note P. Arhel ; V. pour un barème d'honoraires d'avocats : Cons. conc. 31 mai 2000, *Contrats, conc. consom.* oct. 2000, com. 143, obs. M. Malaurie-Vignal.

8. L'Ordre des pharmaciens a ainsi été sanctionné pour avoir diffusé un communiqué révélant une action concertée de boycott de nature à entraver l'accès au marché des entreprises de portage de médicaments à domicile, Com. 16 mai 2000, *Dalloz Affaires* 2000. 298 ; J. D. Bretzner, « Le boycottage face à l'impérialisme du seuil de sensibilité », *D.* 2000. chron. 441 ; pour une définition du boycott : Com. 22 oct. 2002, *Dalloz Affaires* 2003. AJ. 63, obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2003. 72, obs. E. Claudel : le boycott constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché ; les pratiques arguées de boycott par une société ne peuvent être ainsi qualifiées dès lors que la volonté d'éviction de cette société par l'auteur de la pratique litigieuse n'était pas établie.

place prennent alors l'engagement de ne pas contracter avec une entreprise déterminée afin de l'éliminer du marché ou de lui en interdire l'accès. La forme la plus courante est celle d'un refus collectif ou d'une menace de refus d'approvisionnement auprès d'un fournisseur désigné. Ce sont souvent les fédérations professionnelles qui sont à l'origine de l'entente en *mettant à l'index* tel producteur ou tel distributeur. Cette pratique ne peut être justifiée par la position dominante du fabricant¹.

D'autres pratiques sont sanctionnées car elles *affectent le libre fonctionnement du marché*.

L'article L. 420-1, 3°, prohibe les ententes qui tendent à limiter la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique. Sont visées les ententes de quotas qui assignent à chaque membre de l'entente un pourcentage dans la production, la vente ou l'approvisionnement.

L'article L. 420-1, 4°, interdit les ententes qui tendent à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

La rédaction du texte est suffisamment large pour permettre la sanction de nombreux comportements. La pratique dite de « la *corbeille de la mariée* » a ainsi été condamnée. Il s'agit d'une contribution demandée aux fournisseurs à l'occasion d'une concentration entre distributeurs².

Sont également sanctionnables les barèmes de prix, les soumissions concertées de marchés publics.

2° Les abus de domination

665. Principes. Deux formes d'abus de domination sont sanctionnables (C. com., art. L. 420-2). Le premier est traditionnel. Il s'agit de la prohibition des abus de position dominante. Le second, issu de la réforme de 1986, est l'abus de dépendance, économique. Dans les deux cas, il s'agit de sanctionner l'abus de rapports de force³.

Les principes s'appliquent aux entreprises publiques.

666. L'abus de position dominante. L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe 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.

La *position dominante* peut être le fait d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises. Le groupe est constitué par un ensemble d'unités supportées par des personnes morales soumises à un contrôle commun par les liens financiers qui les unissent. À défaut de liens financiers, des entreprises peuvent exercer une position dominante collective si elles se sont *concertées* pour mener une *politique commune*. Les entreprises doivent être liées par une communauté d'intérêts.

La notion de position dominante est constituée par l'absence d'une concurrence effective sur le marché et le pouvoir que, de ce fait, possède une entreprise d'exercer une influence déterminante sur la politique de ses concurrents⁴. La position dominante s'apprécie sur le *marché pertinent ou marché de référence* concerné. Celui-ci est défini en

1. CA Paris, 4 juill. 1996, *Dalloz Affaires* 1996. 1054.

2. D. Ferrier, « La négociation des conditions commerciales (la corbeille de la mariée) », *Cah. dr. entr.* 1996/3, p. 10.

3. M. Malaurie-Vignal, *Abus de position dominante*, LGDJ, « Système », 2003.

4. G. Canivet et M.-Cl. Boutard-Labarde, n° 2 ; v. pour le marché de la télévision à péage, la condamnation de canal plus : Com. 30 mai 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 1261 ; D. 2000. AJ. 366 ; v. pour le marché de la chaussure de football : CA Paris, 4 juill. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 1786.

tenant compte de la substituabilité du produit ou du service. Pour qu'il y ait position dominante, il faut que n'existent pas sur le marché des produits ou services substituables à ceux que fournit l'entreprise dominante. L'appréciation se fait *in concreto* en utilisant la technique d'appréciation du faisceau d'indices (v. n° 512 *bis*¹). Le marché concerné peut être la commune, le département ou la région.

La position dominante existe lorsque l'entreprise est en situation de *monopole* économique. En l'absence de monopole, la position, dominante s'entend comme le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective, ce qui suppose que l'entreprise occupe sur le marché une place prépondérante que lui assure notamment la *disproportion* entre celle-ci et celles des entreprises concurrentes, comme éventuellement son statut et ses modes d'action commerciale².

Il incombe à celui qui se prévaut du caractère abusif de la pratique de le prouver.

Deux types d'abus sont sanctionnés selon des modalités différentes.

Certains comportements sont sanctionnés en eux-mêmes dès lors qu'ils émanent d'une entreprise en position dominante. Il s'agit de comportements qui sont sanctionnés par une autre disposition du droit de la concurrence ou du droit des obligations. L'article L. 420-2 du Code de commerce précise en effet que « les abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de ventes 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 ». À ces pratiques, s'ajoutent les comportements fautifs de l'entreprise au regard de l'article 1382 du Code civil.

D'autres abus ne sont sanctionnés que si *le comportement de l'entreprise conduit à fausser le jeu de la concurrence* par octroi d'un avantage anormal³, à éliminer des concurrents⁴ ou à empêcher l'arrivée d'une nouvelle entreprise sur le marché⁵. Tel est aussi le cas de la *clause de priorité* par laquelle une société dominante sur un marché tente d'étendre son emprise aux contrats à venir. Le cocontractant s'engage alors à adresser à l'autre, avant l'échéance du contrat, une copie des propositions des sociétés concurrentes⁶. Les clauses tarifaires des entreprises en position dominante et les clauses d'exclusivité sous-critées à leur profit sont particulièrement examinées par les autorités de la concurrence⁷.

1. Il existe ainsi un marché pertinent du Roquefort : Com. 6 déc. 2005 : *D.* 2006, Pan. 512, obs. D. Ferrier ; *RTD com.* 2006, 577, obs. E. Claudel.

2. Ce qui peut expliquer les condamnations d'entreprises comme Aéroport de Paris ou La Française des jeux, *Contrats, conc. consom.* avr. 2004, n° 58, obs. M. Malaurie-Vignal.

3. Réductions artificielles de prix, absence de remises quantitatives d'usages, clause d'alignement de prix.

4. Imposition d'un chiffre d'affaire minima, refus injustifiés, pratiques de prix anormalement bas inférieurs aux coûts moyen de production, clauses d'exclusivité, clause interdisant aux distributeurs toute activité concurrente en fin de contrat (v. pour un exemple de remise sur le prix d'un produit liée à l'achat concomitant d'un autre produit pour entraver l'accès de concurrents, CA Paris 6 mai 1997, *JCP*, éd. E, 1997, Pan. 1175).

5. V. pour une remise de couplage permettant à France Telecom de faire barrière à l'arrivée d'entreprises commercialisant des annuaires, V. Com. 6 avr. 1999, *JCP*, éd. E, 1999, 986 ; *Contrats, conc. consom.* juill. 1999, comm. 113, obs. M. Malaurie-Vignal ; v. pour des mentions apposées sur un catalogue tendant à faire croire que le recours à l'Union des Groupements d'Achats publics était obligatoire, CA Paris, 13 janv. 1998, *JCP*, éd. E, 1999, 375, note S. Grandvuillemin.

6. CA Paris, 4 juill. 2000, *JCP*, éd. E, 2000, 1786 ; *RTD civ.* 2001, 140, obs. J. Mestre et B. Pages.

7. V. pour des clauses d'exclusivité d'approvisionnement dans le domaine de l'énergie, Cons. conc. 20 juill. 1999, *Contrats, conc. consom.* févr. 2000, comm. 24, obs. M. Malaurie-Vignal ; est constitutif d'une pratique anticoncurrentielle le fait pour une entreprise d'obliger ou même d'exercer des pressions pour que des revendeurs agréés, fussent-ils mandataires chargés de la distribution de jeux de hasard, se portent acquéreurs de mobiliers fabriqués par elle-même : CA Paris, 20 nov. 2001, *Contrats, conc. consom.* mai 2002, comm. 76, obs. M. Malaurie-Vignal ; est abusif un engagement d'exclusivité limité à un an assorti d'une clause de reconduction tacite, mais avec faculté de résiliation, si son débiteur est dissuadé de rompre le contrat d'approvisionnement exclusif faute d'une offre concurrente suffisamment développée : Com. 12 févr. 2002, *Contrats, conc. consom.* juill. 2002, com. 109, obs. M. Malaurie-Vignal.

L'abus peut également être établi lorsqu'un opérateur économique détenant une *facilité essentielle* ne met pas celle-ci à disposition de ses concurrents¹. Pour que la théorie s'applique, il faut que soient constatés une position dominante sur un marché, une facilité essentielle et un abus devant conduire à éliminer le concurrent du marché secondaire². Cette théorie reçoit de nombreuses applications pour limiter les prérogatives de titulaires de droits de propriété intellectuelle. Il s'agit de permettre à des concurrents d'avoir accès à une base de données, à un logiciel ou à un brevet d'invention³. Les solutions du droit français s'inspirent en la matière de celles du droit communautaire⁴.

L'appréciation de l'abus de position dominante se fait de plus en plus en faisant application de la règle de raison. L'entreprise échappe à la sanction lorsque l'effet anticoncurrentiel de ses pratiques n'est pas démontré⁵.

Le droit français ne sanctionne pas l'*abus de structure*⁶. Selon cette théorie, une entreprise qui a atteint une certaine part de marché est considérée comme faussant la concurrence par le seul fait de sa présence sur le marché, son comportement important peu.

667. Les abus de dépendance économique. Depuis 1986, notre droit sanctionne également les abus de dépendance économique. L'article 8 de l'ordonnance de 1986 prohibait en effet « 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 que ne dispose pas de solution équivalente ». Cette disposition appartient au dispositif de lutte contre la puissance des *grands distributeurs*. Elle est inspirée du droit allemand.

La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 modifie l'article L. 420-2 du Code de commerce : « 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'entreprise de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur »⁷. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.

1. Une facilité est dite essentielle quand elle est indispensable à l'entrée ou au maintien sur le marché du concurrent. V. pour le droit d'utiliser une piste d'hélicoptères et la condamnation de la société Héli-Inter détentrice d'un monopole résultant d'une convention, Com. 25 janv. 2000, *Contrats, conc. consom.* avr. 2000, comm. 61, obs. M. Malaurie-Vignal ; V. pour le refus d'Aéroport de Paris de signaler les hôtels de la périphérie CA Paris, 8 févr. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 393 ; v. pour les réseaux câblés de France Telecom, Cons. conc. 12 janv. 1999, *Contrats, conc. consom.* juill. 1999, comm. 112, pour l'obligation faite à France Telecom de permettre à ses concurrents d'accéder à des techniques performantes pour le développement d'« Internet », Cons. conc. 18 févr. 2000 et CA Paris, 30 mars 2000, *Contrats, conc. consom.* mai 2000, comm. 80, obs. M. Malaurie-Vignal. Cette théorie est appliquée par le Conseil d'État. Ainsi les informations détenues par un organisme public (en l'espèce l'INSEE) peuvent constituer une ressource essentielle permettant d'élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux produits par l'État. L'INSEE est ainsi sanctionné pour avoir fixé à un prix excessif la fourniture des données figurant sur son fichier sirène des entreprises : CE 29 juill. 2002, *Dalloz Affaires* 2003. somm. 901, obs. G. Gonzalés ; *Contrats, conc. consom.* mars 2003, comm. 39, obs. M. Malaurie-Vignal.

2. Une liste d'abonnés au téléphone constitue une ressource essentielle pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection : Com. 4 déc. 2001, *Contrats, conc. consom.* mars 2002, comm. 46, obs. M. Malaurie-Vignal.

3. V. les décisions citées par Chr. Caron, *JCP*, éd. E, 2004. 1739, et Com. 26 nov. 2003, *RTD com.* 2004. 459, obs. E. Claudel.

4. V. l'arrêt *Magil*, B. Edelman, *D.* 1996. chron. 119.

5. CA Paris, 4 mai 2006 : *RTD com.* 2006, 581, obs. E. Claudel.

6. Com. 6 avr. 1999, *Contrats, conc. consom.* juill. 1999, comm. 113, obs. M. Malaurie-Vignal.

7. L'entreprise qui invoque le bénéfice du texte doit démontrer s'être trouvée dans un rapport de client à fournisseur : CA Versailles, 22 nov. 2001, *Dalloz Affaires* 2002. 1824, note S. Zeidenberg.

Cette modification révèle la volonté de mieux distinguer le contexte dans lequel s'apprécie l'exploitation abusive d'une position dominante ou celle d'un état de dépendance économique. Il s'agit de pouvoir mieux sanctionner les pratiques lorsqu'elles concernent des petites ou moyennes entreprises. La disparition d'une entreprise, quelle que soit sa taille, affecte bien la structure de la concurrence et pourra donc être retenue par le Conseil de la concurrence.

La loi relative aux petites et moyennes entreprises modifie à son tour le texte en considérant que les abus peuvent consister en accords de gamme.

La *dépendance économique* est la situation de fait dans laquelle se trouve une entreprise dans sa relation avec une autre, cliente ou fournisseur, qui exerce sur elle un ascendant¹.

La dépendance peut être liée à la distribution de marques notoires, à la domination économique liée à la puissance d'achat de certains acheteurs.

La dépendance économique des distributeurs à l'égard de leurs fournisseurs s'apprécie au regard de *quatre critères jurisprudentiels* : la notoriété de la marque, la part de marché du fournisseur, la part que représentent les produits du fournisseur dans le chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur avec le distributeur, l'absence de produits équivalents sur le marché².

L'existence d'un état de dépendance économique d'un fournisseur envers un distributeur s'apprécie en tenant compte de l'importance du chiffre d'affaires réalisé, de l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits, des facteurs ayant conduit le fournisseur à concentrer ses ventes auprès du distributeur et de la diversité des solutions alternatives³.

Un distributeur ne peut obtenir la condamnation de son fournisseur s'il dispose de solutions équivalentes, par exemple s'il peut réorienter ses activités malgré la rupture de son contrat en choisissant d'autres fournisseurs⁴. Il ne doit pas exister d'alternative suffisante et supportable pour celui qui se prétend victime de l'abus⁵.

Un abus de position dominante peut résulter d'une concentration qui n'est pas en elle-même répréhensible. Dans un tel cas, l'article L. 430-9 autorise le Conseil de la concurrence à demander au ministre de mettre en œuvre les mesures pour que soit remise en cause à l'avenir la concentration⁶.

B. Faits justificatifs

668. Principes. À certaines conditions, *les ententes et abus de domination peuvent ne pas être sanctionnés*. L'article L. 420-4 du Code de commerce qui prévoit que certaines pratiques ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 est ainsi l'un des textes les plus importants de la législation. Tel est tout d'abord le cas lorsque la pratique anticoncurrentielle résulte en réalité de l'*application d'un texte législatif ou réglementaire* (art. L. 420-4-1).

1. G. Canivet et M.-Cl. Boutard-Labarde, *op. cit.*, n° 109.

2. Com. 10 mars 1992, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 276.

3. Com. 10 déc. 1996, *JCP*, éd. E, 1997. Pan. 117 et 118 ; Com. 18 avr. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 921. Dans cette affaire, la Cour de cassation approuve le conseil de la concurrence d'avoir ordonné la suspension d'une augmentation de tarif par France Telecom, cette dernière société menaçant d'interrompre les possibilités de diffusion par câbles de son concessionnaire, en situation de dépendance économique.

4. Com. 9 avr. 2002, *RTD com.* 2003. 75, obs. E. Claudel.

5. Com. 3 mars 2004, *D.* 2004. 875, note Y. Picod ; *RTD com.* 2004. 463, obs. E. Claudel.

6. Pour un exemple : Cons. conc. 11 juill. 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 196, note P. Arhel.

Ensuite, *les pratiques peuvent être justifiées* si « elles ont eu pour effet d'assurer un progrès économique et si 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 qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou une même enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun, ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès (art. L. 420-4-2).

Enfin, en droit français, il existe *deux possibilités d'exemption*.

En premier lieu, une *exemption individuelle* peut être accordée par le juge ou le Conseil de la concurrence. À cette fin, *un bilan économique doit être établi*. Pour le Conseil de la concurrence, « le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises intéressées ». Il doit notamment être établi que le progrès économique allégué est la conséquence directe et nécessaire des pratiques en cause et n'aurait pu être obtenu par d'autres voies. La preuve doit également être rapportée que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence observées. L'entente ne doit pas donner aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence. La restriction de la concurrence ne doit pas aller au-delà de ce qu'exige le progrès.

En second lieu, il existe des possibilités d'*exemptions collectives*. Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnues comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence (art. 10, *in fine*)¹.

Ces exemptions sont très rarement obtenues. Certaines ententes peuvent ainsi être justifiées par la *règle de raison*.

C. Sanctions

669. Diversité des sanctions. Le législateur s'est efforcé d'assurer une pleine efficacité au dispositif mis en place.

Tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une entente ou à un abus de domination prohibée est *nul* (C. com., art. L. 420-3). *Une réparation du dommage concurrentiel peut être demandée sur le fondement du droit de la responsabilité civile*².

La loi sur les petites et moyennes entreprises reconnaît la possibilité au ministre chargé de l'économie d'enjoindre par arrêté à une entreprise ou à un groupe d'entreprises qui a de manière répétée usé de pratiques d'abus de positions dominantes de mettre fin dans un délai déterminé à tous accords ou actes qui ont contribué à sa puissance économique ou de céder une part de ses actifs (C. com., art. L. 430-9).

Une personne physique qui prend frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles

1. V. le décret du 26 mai 1997 définissant le contenu du dossier devant être présenté au ministre de l'Économie en vue de l'obtention d'une telle exemption.

2. CA Paris, 28 juin 2002, *RTD com.* 2003. 78, obs. E. Claudel ; v. sur les dommages et intérêts punitifs les travaux du colloque du CEDAG de l'Université de Paris V, sous la direction de M. Béhard-Touchais, *Petites Affiches* 2002.

peut être sanctionnée pénalement (C. com., art. L. 420-6). Plusieurs conditions doivent être réunies. Une pratique anticoncurrentielle doit avoir été constatée. La participation du prévenu doit avoir été personnelle, déterminante et frauduleuse¹.

Des pouvoirs de sanction sont reconnus à la Haute autorité de la concurrence (v. *infra*).

L'ordonnance en date du 25 mars 2004 introduit en droit français un principe connu en droit communautaire. Il s'agit d'éviter que les petites ententes ne soient sanctionnées. À cette fin le nouvel article L. 464-6-1 du Code de commerce énonce désormais que le Conseil de la concurrence peut décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque la part de marché détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas 10 % pour les accords horizontaux et 15 % pour les restrictions verticales. Quelques restrictions de concurrence définies par l'article L. 464-6-2 ne sont pas concernées.

670. Cas des micropratiques. Innovation de l'ordonnance du 13 novembre 2009. L'article L. 464-9 énonce que le ministre chargé de l'économie peut enjoindre aux entreprises de mettre un terme aux pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 dont elles sont les auteurs lorsque ces pratiques affectent un marché de dimension locale, ne concernent pas des faits relevant des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 100 millions d'euros.

Le ministre peut également, dans les mêmes conditions, leur proposer de transiger. Le montant de la transaction ne peut excéder 75 000 euros ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France si cette valeur est plus faible. L'exécution dans les délais impartis des obligations résultant de l'injonction et de l'acceptation de la transaction éteint toute action devant l'Autorité de la concurrence pour les mêmes faits.

En cas de refus de transiger, le ministre chargé de l'économie saisit l'Autorité de la concurrence. Il en va de même en cas d'inexécution des injonctions ou des obligations résultant de l'acceptation de la transaction.

La doctrine critique la possibilité ainsi offerte au ministre car les entreprises concernées se trouvent par là même privées des garanties procédurales offertes lorsque l'Autorité de la concurrence intervient. Cependant, le ministre ne peut intervenir que si la Haute Autorité a refusé de se saisir de l'affaire.

§ 2. LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

671. Le phénomène de concentration des entreprises est mondial. Pour se développer, les entreprises se groupent. Ce phénomène est positif dans la mesure où il permet aux entreprises d'acquérir une taille critique et d'être ainsi plus concurrentielles. Cependant, le phénomène peut aussi avoir des effets pervers. Une trop forte concentration dans un secteur donné peut être de nature à éliminer la concurrence et donc être un facteur de hausse des prix. Pour cette raison un contrôle des concentrations a été mis en place au plan communautaire et au plan national depuis une loi du 19 juillet 1977. Il s'agit de prévenir les concentrations pouvant avoir un effet sur le marché. Jusqu'à la loi LME du 4 août 2008, un rôle essentiel était conféré au ministre de l'économie. Désormais, c'est la Haute

1. Crim. 16 mai 2001, *RTD com.* 2003. 80, obs. E. Claudel.

Autorité de la concurrence qui joue le rôle essentiel. Elle est en charge d'apprécier le bilan concurrentiel de l'opération.

Les principes gouvernant le contrôle des concentrations s'inspirent pour une large part du contrôle communautaire. Le contrôle français n'intervient que lorsque la concentration ne relève pas du droit communautaire, étant de dimension nationale.

672. Définition de l'opération de concentration. C'est l'article L. 430-1 du Code de commerce qui permet d'identifier une opération de concentration.

Elle est réalisée dans deux cas. D'une part, lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent.

D'autre part, 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.

La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une unité économique autonome constitue une concentration.

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 de l'entreprise. Le texte donne deux exemples : les droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise, les droits ou contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

La définition reprend ainsi les critères d'influence déterminante sur tout ou partie d'une entreprise et d'entreprise commune au sens du droit communautaire.

Le contrôle intervient si trois conditions précisées par l'article L. 430-2 sont réunies.

Tout d'abord, le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros.

Ensuite, le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros.

Enfin, l'opération ne doit pas entrer dans le champ d'application du règlement CE n° 139/2004 du conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Cependant, dans ce dernier cas, l'opération est soumise au contrôle français en cas de renvoi par l'autorité communautaire.

Des seuils spéciaux sont prévus pour le commerce de détail ou pour les opérations dans les DOM TOM. La première exception se justifie par la suppression de l'interdiction des discriminations tarifaires qui a fait craindre la conclusion de concentrations au plan local.

673. Procédure de contrôle. La procédure commence par une notification à l'Autorité de la concurrence qui ouvre la *phase I du contrôle*. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention.

Dès réception du dossier, l'Autorité de la concurrence en adresse un exemplaire au ministre chargé de l'économie.

Une opération de concentration réalisée sans notification préalable ou sans respect des exigences légales peut être remise en cause (art. L. 430-8). Une pénalité importante proportionnelle au chiffre d'affaires est prévue.

674. Autorisation de la concentration. L'opération de concentration ne peut intervenir que si elle est autorisée. Elle peut l'être par l'Autorité de la concurrence. Elle peut l'être exceptionnellement lorsque le ministre chargé de l'économie a évoqué l'affaire comme il en a le droit.

Les parties peuvent solliciter une dérogation auprès de la Haute autorité pour procéder immédiatement à l'opération.

L'Autorité de la concurrence dispose d'un délai de cinq jours à compter de la date de réception de la notification pour se prononcer.

Les parties peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération.

675. Options offertes à l'Autorité de la concurrence. La Haute Autorité peut tout d'abord constater par décision motivée que l'opération n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2.

Elle peut ensuite autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement par décision motivée cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

Enfin, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, la Haute Autorité peut engager un examen approfondi. *La phase II s'ouvre alors.* La Haute autorité qui ne prend aucune décision en informe le ministre. À moins que ce dernier n'évoque l'affaire, l'opération est alors autorisée. Mais le ministre peut saisir la Haute Autorité et lui demander d'ouvrir une enquête approfondie.

676. Procédure d'examen approfondi. Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet d'une phase II c'est-à-dire d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence doit examiner si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

La Haute Autorité se prononce ainsi au seul vu du *bilan concurrentiel de l'opération*.

La procédure applicable est celle prévue devant la Haute Autorité par les articles L. 463 et suivants.

L'autorité peut entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification. Les comités d'entreprises concernées peuvent aussi être entendus à leur demande.

677. Issues de la procédure d'examen approfondi. Lorsqu'une procédure est ouverte, *les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération.* Une suspension de délai peut être demandée pour proposer de telles mesures.

À l'issue de la procédure, la Haute Autorité prend une décision motivée.

Elle peut interdire l'opération et enjoindre aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante.

Elle peut autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le projet de décision est transmis aux parties qui peuvent présenter leurs observations.

L'opération peut enfin être autorisée ou être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

La Haute Autorité peut aussi ne prendre aucune de ces décisions. Le dossier est alors transmis au ministre. L'opération est autorisée si le ministre n'a pas évoqué l'affaire dans le délai imparti.

678. Pouvoir d'évocation du ministre de l'Économie. La réforme a eu pour but de priver le ministre de l'essentiel de ses pouvoirs à une réserve près prévue par l'article L. 430-7-1. Le ministre qui reçoit la décision de la Haute Autorité ou qui est informé de l'absence de décision, peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération. Ces motifs peuvent être le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi.

Des sanctions ou une remise en cause de l'opération de concentration peut intervenir s'il apparaît que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement (art. L. 430-8).

679. Confidentialité de la procédure. Le secret des affaires est préservé L'article L. 430-10 prévoit ainsi que « lorsqu'ils interrogent des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties et rendent publique leur décision, l'Autorité de la concurrence et le ministre chargé de l'économie tiennent compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ».

§ 3. LES INSTITUTIONS CHARGÉES DE SANCTIONNER

680. L'Autorité de la concurrence qui succède au Conseil de la concurrence est l'organisme qui joue le rôle essentiel (A). Cependant, le ministre de l'économie et la DGCCRF (C) se voient aussi dotés de pouvoirs importants (B). L'efficacité de la répression est liée à la qualité des enquêtes (D).

A. L'Autorité de la concurrence

681. Il a toujours existé un organisme chargé de vérifier le respect des règles de concurrence. Il y a d'abord eu la Commission de la concurrence, puis le Conseil de la concurrence. La loi du 4 août 2008 a créé l'Autorité de la concurrence dont les fonctions ont été précisées par l'ordonnance en date du 13 novembre 2008¹. L'évolution se traduit par un *renforcement des prérogatives de l'organisme*. Son fonctionnement est celui d'une juridiction afin que

1. Ch. Vilmar, Naissance de l'Autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée, *JCP*, éd. E, 2009, 1077 ; LME, « La réforme enfin achevée », *JCP*, éd. E, 2009, Act. 298 ; D. Ferrier et T. Biancome, « L'Autorité de la concurrence », *D.* 2009. chron. 1031.

soient respectés les droits fondamentaux de la défense. L'Autorité a des fonctions qui intéressent toutes les atteintes à la concurrence. Cependant, elle a un rôle décisif s'agissant du contrôle des concentrations. Il convient d'examiner son statut (1°) ses pouvoirs (2°) la procédure applicable (3°) et les sanctions (4°).

1° Statut

682. *Autorité administrative indépendante.* La loi du 4 août 2008 confère le statut d'autorité administrative indépendante à la Haute Autorité de la concurrence. Ce statut est déjà offert à plusieurs organismes chargés de la régulation tel le CSA en matière audiovisuelle.

L'article L. 461-1-I du Code de commerce énonce que cet organisme veille au libre jeu de la concurrence. La Haute Autorité apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international.

La composition comme les règles de nomination des membres assurent la totale indépendance de cet organisme.

683. *Composition.* L'Autorité est composée d'un collège de dix-sept membres dont un président, nommés pour une durée de cinq ans par décret pris sur rapport du ministre chargé de l'Économie. Le président est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique après avis des commissions du parlement compétentes en matière de concurrence. Les autres membres appartiennent au Conseil d'État, à la Cour de cassation, la Cour des comptes, à d'autres juridictions. Le collège est complété par des personnes qualifiées. Il existe un commissaire du gouvernement désigné par le ministre chargé de l'Économie.

684. *Organisation.* L'Autorité de la concurrence peut siéger soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente.

Le président et un vice président disposent de pouvoirs propres (C. com., art. L. 461-3).

La réforme a eu pour but de bien dissocier les formations d'instruction et de jugement pour respecter le principe de la séparation des pouvoirs. Pour cette raison, la Haute 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. Le rapporteur général dispose de pouvoirs très étendus.

Un conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat est nommé par arrêté du ministre de l'économie. Il recueille, le cas échéant les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant dès l'envoi de la notification des griefs. Il transmet au président de la Haute Autorité un rapport évaluant ces observations et proposant, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

2° Pouvoirs

685. *Pouvoir d'émettre des avis.* Le président et la Haute Autorité peuvent être entendus et consultés par les Commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence.

La Haute Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public.

686. Pouvoir de recommandation. La Haute autorité peut recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés (C. com., art. L. 462-4). À Leur demande, le président rend compte de l'activité de la Haute Autorité. Un rapport public est établi chaque année adressé au gouvernement et au Parlement.

687. Pouvoirs de consultation. La Haute Autorité est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; d'établir des droits exclusifs dans certaines zones, d'imposer des pratiques uniformes de prix ou de conditions de vente.

L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles françaises ou communautaires dans les affaires dont elles sont saisies.

688. Saisine de l'Autorité. L'autorité peut être saisie par plusieurs personnes. Elle peut l'être par le ministre chargé de l'Économie. Ce dernier peut la saisir de toute pratique constitutive d'une entente, d'un abus de position dominante ou d'un prix abusivement bas. Elle peut être saisie de tout manquement aux engagements pris en application de l'article L. 430-7-1 ou pris en application des décisions de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008.

L'Autorité peut être saisie par les entreprises pour toutes pratiques mentionnées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5

L'autorité peut être saisie par les organismes visés à l'article L. 462-1 pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge

L'autorité a un pouvoir de saisine d'office. C'est alors le rapporteur général qui propose à l'Autorité de se saisir d'office des pratiques mentionnées aux I et II et à l'article L. 430-8 ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur l'ordonnance du 13 novembre 2008.

689. Pouvoir de sanction. Une fois saisie, l'Autorité examine si les pratiques entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 ou peuvent se trouver justifiées par l'application de l'article L. 420-4.

L'Autorité peut prononcer des *sanctions* et des *injonctions*.

Le dossier est transmis au procureur lorsque les faits sont sanctionnables pénalement en application de l'article L. 420-6.

L'autorité a aussi la possibilité de déclarer la saisine irrecevable ou rejeter la saisine par décision motivée. Tel peut être le cas si l'opération relève des dispositions du Traité instituant la Communauté européenne.

Dans le cadre de la Coopération européenne, l'Autorité peut transmettre ses informations à la commission des Communautés européennes ou aux autorités des autres États.

3° Procédure

690. La procédure a été largement réformée pour respecter le principe du contradictoire et les droits essentiels de la défense tels que prévus par la CEDH.

C'est ainsi que le rapporteur général chargé de l'enquête notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du gouvernement. Le dossier peut être consulté et des observations peuvent être faites.

Le rapport est notifié aux parties, au commissaire du gouvernement et aux ministres intéressés. Le rapport est accompagné des documents sur lequel se fonde le rapporteur et des observations faites.

Les parties disposent alors d'un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse.

Il peut être décidé que la procédure soit jugée sans établissement d'un rapport préalable.

La procédure doit cependant respecter l'exigence de *secret des affaires*. Pour cette raison, « sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles ».

Dans le même souci, l'article L. 463-6 punit la divulgation d'informations obtenues dans le cadre de la procédure.

Les rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale peuvent être communiqués à l'Autorité de la concurrence.

La procédure n'est pas publique. Les parties peuvent demander à être entendues. L'autorité peut entendre toute personne dont l'audition est susceptible de contribuer à son information. Il peut être fait appel à des experts.

4° Décisions et voies de recours

691. Mesures conservatoires. L'Autorité de la concurrence a la possibilité de prendre des mesures conservatoires (art. L. 464-1). Elles 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. Les mesures peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

692. Sanctions. L'Autorité de la concurrence peut prononcer des *injonctions*. Elle peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières.

L'autorité peut accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420 à-1, L. 420-2 et L. 420-5.

L'Autorité peut prononcer des sanctions pécuniaires proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise des montants plafonds sont prévus.

Des astreintes peuvent être prononcées.

693. Procédure d'engagements. La loi instaure une procédure spéciale *en cas de non contestation des faits* dite procédure d'engagements¹. La procédure a pour but d'obtenir que l'entreprise incriminée cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence. La procédure ne s'applique pas dans les cas où l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut par exemple les ententes particulièrement graves².

Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de prononcer la sanction pécuniaire en tenant compte de l'absence de contestation. Le montant de la sanction encourue est alors réduit de moitié.

Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction.

Des peines sont prévues pour ceux qui ne coopèrent pas à l'instruction.

694. Procédure de dénonciation. La loi institue une *procédure de clémence* lorsqu'une entreprise ou un organisme contribue ou a contribué à établir qu'une entente a été commise, soit en établissant la réalité de la pratique prohibée, soit en identifiant ses auteurs, soit en apportant des éléments d'information dont le conseil ou l'administration ne disposaient pas antérieurement (C. com., art. L. 464-2-IV)³. Un avis de clémence peut alors être rendu à la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme. L'Autorité peut alors, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnées à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction.

B. Pouvoirs du ministre chargé de l'Économie

695. Diversité des pouvoirs. Le ministre chargé de l'Économie peut *enjoindre aux entreprises de mettre un terme aux pratiques* visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 dont elles sont les auteurs lorsque ces pratiques affectent un marché de dimension locale, ne concernent pas des faits relevant des articles 81 et 82 du traité instituant la CE et sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 100 millions d'euros.

Dans un tel cas, le Ministre peut aussi proposer une transaction dans des conditions précisées par l'article L. 464-9 et l'article R. 464-9.

Le ministre peut en second lieu se *constituer partie civile* en présence de pratiques restrictives. Enfin, il a un *pouvoir d'évocation* pour les concentrations.

1. Décr. 27 déc. 2005, *RTD com.* 2006. 317, obs. E. Claudel.

2. Communiqué du conseil de la concurrence, avril 2008, *D.* 2008. AJ. 1044.

3. V. le communiqué de procédure établi par le Conseil de la concurrence en date du 11 avril : *RTD com.* 2006. 568, obs. E. Claudel. Pour une application, v. la décision du Conseil en date du 11 avril 2006 : *RTD com.* 2006. 328 ; *D.* 2006. AJ. 1231.

C. Rôle de la DGCCRF

696. La Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes a un rôle majeur pour le respect des dispositions du droit de la concurrence même si les réformes récentes ont diminué ses compétences au profit de la Haute autorité de la concurrence.

Les agents de la DGCCRF ont un *pouvoir de détection de certaines pratiques*. Ils ont également un pouvoir de sanction dans le cadre des micro-pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L. 464-9).

D. Les enquêtes

697. Respect des droits de la défense. Pour déceler les pratiques anticoncurrentielles des enquêtes sont nécessaires. Elles doivent cependant *respecter les droits de la défense*.

Les personnes susceptibles de mener les enquêtes sont désignées par l'article L. 450-1 du Code de commerce. Il s'agit des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence qui peuvent procéder à des enquêtes nécessaires à l'application des dispositions des titres II et III relatifs aux pratiques anticoncurrentielles et à la concentration.

Ces agents peuvent être assistés d'agents d'États membres de la CE dès lors que les investigations sont menées pour le compte d'une Autorité de concurrence d'un autre État membre.

L'enquête peut être menée par des fonctionnaires habilités par le ministre de l'Économie pour toutes les règles relevant du droit de la concurrence.

Enfin, des fonctionnaires habilités par le ministre de la Justice peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.

Les enquêtes donnent lieu à établissement de *procès-verbaux et de rapports*. Ils font foi jusqu'à preuve contraire.

Les agents habilités disposent de tous pouvoirs pour pénétrer dans tous lieux et demander communication de tous documents sur tous supports.

Les saisies et visites domiciliaires sont cependant encadrées afin que soient préservés les droits des entreprises.

L'article L. 450-4 énonce plusieurs garanties procédurales. Seules quelques autorités sont habilitées à demander les enquêtes : la Commission européenne, le ministre chargé de l'Économie, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence sur proposition du rapporteur, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention. L'autorisation vaut pour les visites et la mise sous scellés de locaux ou documents et supports d'information.

Le juge est investi d'un large pouvoir de contrôle. Il vérifie que la demande d'autorisation est fondée. Si la visite est destinée à permettre la constatation d'infractions aux dispositions du livre IV (liberté des prix et concurrence) en train de se commettre, la demande d'autorisation peut ne comporter que les indices permettant de présumer l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée.

La visite et la saisie s'effectuent sous le contrôle du juge. Il nomme le chef de service qui devra nommer les officiers de police judiciaire chargés d'assister aux opérations.

Le juge peut assister aux opérations, les suspendre.

L'ordonnance autorisant la visite et la saisie est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant. Il est indiqué la possibilité de se faire assister d'un conseil.

L'ordonnance peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel mais l'appel n'est pas suspensif. L'ordonnance du premier président peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

La visite s'opère en présence de l'occupant des lieux ou de témoins désignés. Des inventaires et mises sous scellés sont réalisés conformément aux dispositions du code pénal. Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis au juge qui a ordonné la visite.

Le déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel. Ce recours n'est pas suspensif. L'ordonnance est susceptible d'un pourvoi en cassation.

S'agissant des seules pratiques anticoncurrentielles, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence est informé avant leur déroulement des investigations que le ministre chargé de l'économie souhaite vouloir diligenter.

Les agents peuvent sans se voir opposer le secret professionnel accéder à tout document d'information détenu par les services d'établissement de l'État ou des autres collectivités publiques.

Toute obstruction aux procédures diligentées est sanctionnée pénalement.

Le droit communautaire de la concurrence

698. Importance du droit communautaire de la concurrence. L'une des premières missions de la Communauté européenne consiste à promouvoir dans le Marché commun une concurrence qui ne soit pas faussée¹. Le droit de la concurrence est donc une *pièce essentielle du droit communautaire*. Il doit permettre de servir les fins énoncées dans le Traité CE (art. 3, g), à savoir la promotion d'un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les états membres. Le but du droit communautaire de la concurrence est ainsi d'assurer une concurrence efficace et praticable².

Le droit communautaire de la concurrence³ n'est pas seulement essentiel parce qu'il inspire largement le droit français. Son importance est liée à son champ d'application. En raison des principes d'applicabilité directe et de primauté, ce droit a vocation à s'appliquer largement. Plus précisément, toute entente, tout abus de domination, toute concentration doit être appréciée au regard du droit communautaire de la concurrence dès lors qu'il est susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre les états membres. Sont concernées toutes les pratiques dont on peut envisager avec un degré de probabilité suffisante qu'elles peuvent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échange entre états membres⁴.

Le droit communautaire attache ainsi une importance sans cesse croissante au critère de la part de marché. Qu'il s'agisse d'abus de position dominante, d'ententes ou de concentrations, les entreprises sanctionnables sont celles qui dépassent un seuil de parts de marché.

Le droit communautaire de la concurrence s'applique aux entreprises qui pour la CJCE sont « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette activité et de son mode financement »⁵.

1. C. Prieto, « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.* 2006. chron. 1603.

2. V. l'arrêt *Métro*, CJCE 25 oct. 1977, *Rec.* 1977. 1875.

3. C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *Droit du marché*, PUF, 2002, M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006 ; B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, « Précis », Dalloz, 1994 ; Chr. Gavalda et G. Parleani et *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2006 ; D. Simmon, *Droit communautaire*, PUF, Fondamental, 1999 ; J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot, *Droit européen des affaires*, « Thémis », PUF, 1999 ; C. Grynfolgel, *Droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2000.

4. V. la communication de la Commission en date du 22 décembre 2001 précisant la notion d'accord « d'importance mineure » n'affectant pas de manière sensible les conditions du marché.

5. CJCE 23 avr. 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, *Rec.* I. 1979.

Le traité de Rome interdit aussi les aides d'états. L'article 87, § 1, du traité sanctionne les aides d'état dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres. Elles sont incompatibles avec le marché commun dès lors qu'elles faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. Des dérogations sont cependant prévues. Pour faciliter des aides dans certains secteurs ou ne pas sanctionner des aides qui n'ont pas d'effets anticoncurrentiels.

699. Sources du droit communautaire de la concurrence. Les principes gouvernant le droit communautaire de la concurrence sont principalement énoncés par les articles 81 et 82 du Traité CE¹ qui prohibent les restrictions de concurrence résultant soit d'un accord, soit de l'exploitation abusive d'une position² dominante et par le règlement en date du 20 janvier 2004 instituant un contrôle spécifique des opérations de concentration. Le Traité de Lisbonne qui n'est pas encore entré en vigueur donne comme nouveau titre au traité de Rome, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Les règlements, directives et décisions émanant du Conseil de la Communauté et de la Commission constituent d'autres sources importantes du droit communautaire de la concurrence. Elles constituent le *droit dérivé*.

La Commission est véritablement l'*organe majeur en matière de droit de la concurrence*. Elle dispose de pouvoirs considérables. La Commission est l'institution chargée de la mise en œuvre et de l'orientation de la politique de la concurrence. Elle est composée de commissaires désignés par les états membres.

Un règlement 1/2003 en date du 16 décembre 2002 précisé par différentes communications en date du 30 mars 2004³, énonce de nouveaux principes. Son but est de désengorger la Commission pour lui permettre de se concentrer sur ses deux missions essentielles : l'orientation de la politique communautaire de la concurrence et la poursuite des infractions les plus graves susceptibles d'affecter un intérêt communautaire.

Désormais la commission et les autorités nationales de concurrence (ANC) appliquent les règles communautaires de la concurrence en étroite collaboration au sein d'un *réseau structuré et pyramidal : le réseau des autorités de concurrence*. Une application cumulative du droit français et du droit communautaire est désormais possible. Cependant l'application du droit national ne doit pas priver le droit communautaire de son effet utile.

Le règlement 1/2003 facilite la recherche des infractions et accroît les moyens d'assistance entre autorités de concurrence. Il améliore les moyens de détection au bénéfice des autorités de concurrence et des pouvoirs publics. Il facilite la transmission d'informations entre les membres du réseau. L'ordonnance du 4 novembre 2004 adapte le droit français à ces nouvelles exigences⁴.

700. Procédure et sanctions. La Commission et les juridictions nationales disposent d'un pouvoir de sanction *a posteriori*. Le nouveau règlement renforce les pouvoirs des autorités nationales.

1. Anciens articles 85 et 86 du Traité de Rome.

2. R. Kovar, « Le règlement du Conseil du 15 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE », *Dalloz Affaires*. chron. 478 ; L. Idot, *JCP*, éd. E, 2003. 20 ; *Contrats, conc. consom.* mars 2003, comm. 45, S. Poillot-Peruzzetto.

3. D. 2004. 1006 ; L. et J. Vogel, « Réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité CE : les conséquences pratiques du "paquet modernisation" », *JCP*, éd. E, 2004. 1389.

4. *RTD com.* 2005. 60, obs. E. Claudel, *Contrats, conc. consom.* déc. 2004. 27, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP*, éd. E, 1857, obs. P. Arhel ; v. Déc. 27 déc. 2005 : *RTD com.* 2006. 315, obs. E. Claudel.

La Commission dispose d'un pouvoir d'initiative réglementaire. C'est elle qui propose au Conseil les règlements et directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 81 et 82 du Traité.

Depuis un règlement du 6 février 1962 la Commission avait un rôle considérable dans l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. La Commission devait ainsi autoriser préalablement les accords susceptibles d'être constitutifs d'ententes ou d'abus de position dominante. Ces accords devaient ainsi être notifiés préalablement par les entreprises concernées.

Les entreprises n'ont plus à notifier préalablement leurs accords. Il leur incombe d'apprécier par elle-même si leur accord est ou non constitutif d'une entente ou d'un abus de position dominante.

La commission a un pouvoir de constatation des infractions. Elle dispose du pouvoir de faire cesser une infraction. L'article 7 du nouveau règlement énonce ainsi que « si la Commission agissant d'office ou saisie d'une plainte, constate l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. À cette fin, elle peut leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction ».

La Commission peut prononcer des amendes et des astreintes.

La Commission peut constater l'inapplication des articles 81 et 82 du traité lorsque l'intérêt public communautaire le requiert.

Les plaintes peuvent être déposées par les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime et les États membres. L'article 2 du règlement énonce un principe important : « Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, § 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue ».

La commission dispose de larges pouvoirs d'enquête et d'inspection. Elle peut demander tous les renseignements qui lui sont nécessaires.

Comme par le passé, la Commission dispose du pouvoir d'adopter des règlements d'exemption des ententes dans le cadre d'une habilitation du conseil.

Les autorités de concurrence des états membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité dans des cas individuels. À cette fin, elles peuvent agissant d'office ou saisies d'une plainte adopter les décisions suivantes :

- ordonner la cessation d'une infraction ;
- ordonner des mesures provisoires ;
- accepter des engagements ;
- infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national.

Les juridictions nationales sont également compétentes.

Les *contrôles juridictionnels* en droit communautaire sont de la compétence du tribunal de première instance des Communautés européennes et de la Cour de justice des Communautés européennes. En matière de concurrence, quatre catégories de recours sont de la compétence de la CJCE : les renvois préjudiciels (la cour est alors saisie par une juridiction d'un état membre), les recours en nullité, en carence et de plein contentieux introduits par les états membres ou les institutions communautaires contre les décisions de la Commission prises en application des articles 81 et 82 du Traité. La Cour est aussi

compétente pour connaître des pourvois formés contre les décisions du tribunal statuant sur les décisions de la Commission en matière de concurrence.

Les procédures mises en œuvre doivent assurer le respect des droits fondamentaux de la défense¹.

Les entreprises peuvent échapper à la sanction si elles profitent des procédures alternatives mises en place par les autorités communautaires². Il s'agit en premier lieu de la procédure de clémence qui permet à une entreprise d'obtenir une immunité dès lors qu'elle fournit des renseignements permettant de sanctionner une entente. Il s'agit de la procédure d'engagement. Dans ce cas l'entreprise prend des engagements qui s'ils sont tenus, permettent d'éviter la sanction.

Il convient d'étudier successivement la prohibition des ententes et des abus de position dominante (Section 1) et le contrôle des concentrations (Section 2).

Section 1

Prohibition des ententes et des abus de position dominante

701. Principes. Les ententes (§ 1) et abus de position dominante (§ 2) sont sanctionnés par les articles 81 et 82 du Traité CE dès lors qu'*ils affectent de manière sensible le commerce entre états membres*. La Commission, soucieuse de favoriser une interprétation uniforme du droit communautaire, s'était jusqu'alors réservée une large compétence. L'encombrement de ces services qui en résulte l'a conduit à renforcer le rôle des autorités nationales et à limiter son rôle à l'examen des pratiques les plus importantes³. Depuis le règlement n° 1/2003, la Commission et les autorités nationales coopèrent dans le cadre d'un réseau européen de concurrence. Il en résulte plusieurs conséquences. Les autorités nationales ont un devoir d'informer la Commission lorsqu'elles agissent en vertu des articles 81 ou 82 du traité après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Lorsqu'un accord affecte la concurrence dans plus d'un État membre, les membres du réseau s'efforcent de se mettre d'accord pour déterminer lequel d'entre eux est le mieux placé pour traiter l'affaire. Les membres du réseau ont également le pouvoir de se communiquer des informations mêmes confidentielles.

Certaines juridictions nationales ont désormais compétence pour connaître des litiges nés de l'application des articles 81 et 82⁴. L'ordonnance en date du 4 novembre 2004 adapte ainsi certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence⁵.

1. Pour une illustration relative à l'accès au dossier, CJCE 8 juill. 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 604, obs. Gavalda et Parléani.

2. Ch. Vilmar, « Les procédures alternatives aux sanctions en droit communautaire de la concurrence » : *JCP*, éd. E, 2007. 1648.

3. V. le Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82, *JCP*, éd. E, 2000. 559.

4. J. Riffault-Silk, « La réforme du règlement 17 : vers une nouvelle mise en œuvre des articles 81 et 82 CE », *Cah. dr. entr.* 3/2004, p. 1.

5. P. Arhel, « Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence », *JCP*, éd. E, 2004. 1857 ; J.-M. Meffre et Cl. Guet, « Modernisation du droit communautaire de la concurrence, le contrôle *a posteriori* de la licéité des accords par le juge national : questions de procédure », *D.* 2005. chron. 361.

Compte tenu de la réforme, il est impératif de pouvoir déterminer dans quels cas les juridictions et autorités nationales ont l'obligation d'appliquer les règles communautaires de la concurrence. Cette application est subordonnée à la constatation d'une affectation sensible du commerce entre États membres.

§ 1. PROHIBITION DES ENTENTES

702. Ententes sanctionnables. L'article 81, § 1, du Traité CE pose le principe selon lequel « 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 les états membres et qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ».

Certains procédés constitutifs d'ententes sont expressément mentionnés. Sont visés les accords entre entreprises qui consistent à :

- fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. Les *accords de distribution* sont principalement concernés ;
- 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. Ce sont les *accords discriminatoires* qui seront alors sanctionnés ;
- 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 *parties à l'entente* peuvent en premier lieu être des *entreprises*. Pour la CJCE, la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'accord en cause, même si du point de vue juridique, elle est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales¹.

L'entreprise peut être une personne physique ou une personne morale. L'article 81 s'applique aux entreprises publiques. Il n'est pas tenu compte de la forme de l'entreprise. Il suffit qu'elle soit indépendante et qu'elle dispose d'une *autonomie économique*. Cette exigence pose un problème lorsqu'un accord est conclu entre plusieurs filiales d'un même groupe. L'incrimination est écartée en cas de dépendance exclusive de la filiale envers la société-mère, lorsque l'accord a pour seule finalité la répartition interne des tâches au sein du groupe.

Les parties peuvent en second lieu être des *associations d'entreprises*. Il peut s'agir d'associations, de syndicats, d'organismes susceptibles d'imposer des décisions à leurs membres.

La *forme de l'entente* est également appréciée avec libéralisme. L'entente suppose un *concours de volontés*. Par des arrêts importants la CJCE et le TPI ont énoncé que « pour qu'un accord au sens de l'article 85, § 1, puisse être réputé conclu au moyen d'une

1. CJCE, *HydrothermGeratbau*, 12 juill. 1984, aff. 170/83, *Rec. CJCE* 2999.

acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou tacite, à la réalisation commune d'un tel but ». À cette invitation doit correspondre un acquiescement de l'interlocuteur¹. Elle requiert donc une autonomie des partenaires, ce qui rend difficilement applicable l'article 81 aux filiales.

L'entente peut prendre la forme d'*accords entre entreprises*. Les plus fréquents sont des accords de distribution. Il importe peu qu'il s'agisse de contrats définitivement formés. L'entente peut ensuite être constituée par une *association d'entreprises*. Sont visées les organisations susceptibles de formuler des recommandations ayant un caractère contraignant. Enfin, l'article 81 vise les *pratiques concertées*. Elles peuvent résulter de *certaines parallélismes de comportement*. Sont sanctionnés des comportements non autonomes. Pour la preuve de la pratique, il est tenu compte du caractère inexplicable des comportements en cause, de l'échange d'informations entre entreprises.

Ensuite, l'entente doit porter atteinte à la concurrence. Elle doit avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. L'article 81 fournit quelques exemples non exhaustifs de comportements susceptibles d'avoir un tel effet.

Le texte n'est guère exigeant quant à la preuve du lien de causalité puisqu'il suffit que la pratique ait pour objet ou pour effet de fausser la concurrence entre les parties à l'égard des tiers.

L'accord a pour objet de restreindre la concurrence lorsqu'il est normalement prévisible qu'il puisse restreindre la concurrence.

À titre subsidiaire, il est tenu compte des effets de l'accord. L'appréciation se fait *in concreto*. Les ententes sanctionnables sont horizontales ou verticales. Les ententes verticales telles la concession ou la franchise ont en effet pour but d'exclure ceux qui n'appartiennent pas au réseau du droit de distribuer les produits concernés. Le plus souvent, l'appréciation se fait au cas par cas au regard de l'exigence de concurrence effective. Il est tenu compte de l'importance de la part de marché des entreprises membres de l'entente. Parfois, cependant, certains accords, en raison de leur effet bilantiel positif sont *a priori* considérés comme compatibles avec l'article 81, § 1. Il est alors fait application de la *règle de raison*.

L'appréciation de l'effet restrictif se fait par rapport à un *marché de référence donné*. Le marché se définit à partir d'un double critère : la localisation géographique et le secteur de marché en cause. Il est tenu compte de l'offre et surtout de la demande relatifs aux produits en cause. Le critère est celui de la *substituabilité* du produit concerné dans l'esprit de la clientèle réelle ou potentielle.

Une entente remplissant toutes ces conditions n'est cependant condamnable que si elle a des effets sensibles sur la concurrence. La Commission, dans sa dernière communication sur les accords d'importance mineure en date du 22 décembre 2001² précise les modalités d'application des principes énoncés. Un seuil de sensibilité est fixé pour apprécier l'affectation du commerce entre états membres et la restriction de la concurrence. S'agissant de cette dernière, une distinction est opérée entre les accords entre concurrents et ceux entre non concurrents. Dans le premier cas le seuil est de 10 % de parts de marché, dans le second cas le seuil est de 15 %. Les seuils sont relevés pour les accords pouvant avoir un effet cumulatif. La présence de clauses noires empêche de bénéficier de la règle de

1. Affaires *Bayer et Volkswagen*, *Contrats, conc. consom.* févr. 2004, n° 27, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *JCP*, éd. E, 2004, 691, note Ch. Vilmar.

2. *JCP*, éd. E, 2002, 1251, n° 13, obs. G. Parléani.

minimis. On peut citer les accords horizontaux qui ont pour objet la limitation de la production ou des ventes, ceux qui ont pour objet la répartition des marchés ou des clients. Il faut aussi tenir compte de l'*effet cumulatif des ententes* également désigné sous le nom de l'effet du réseau. Les effets cumulés d'accords d'importance mineure peuvent en effet avoir des effets sensibles sur la concurrence et dès lors être sanctionnables.

703. Limites à la prohibition. En premier lieu, en droit communautaire, un accord constitutif d'entente peut ne pas être sanctionné par application de la *règle de raison* qui permet d'éviter une interdiction trop rigide des comportements restrictifs de concurrence. L'appréciation des réseaux de distribution, principalement ceux de distribution sélective, se fait en tenant compte de cette règle.

En second lieu, l'entente peut faire l'objet d'exemptions individuelles ou collectives.

L'*exemption individuelle* suppose comme le précise l'article 81, § 3 du Traité CE que l'entente contribue à l'amélioration de la production ou de la distribution ou à la promotion du progrès économique en réservant une partie équitable du profit aux utilisateurs sans entraîner de restrictions de concurrence non indispensables, ni supprimer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Quatre conditions, deux positives et deux négatives doivent ainsi être remplies.

Aujourd'hui, l'exemption individuelle est en principe obtenue après une notification à la commission. Cependant, le règlement du 10 juin 1999 a augmenté le nombre d'accords dispensés d'une notification¹. Après examen, la commission est juge de l'opportunité des poursuites. Elle peut tout d'abord délivrer une attestation négative si les conditions d'application de l'article 81, § 1, ne sont pas réunies. Elle peut ensuite prononcer une décision de condamnation. Elle peut enfin accorder l'exemption individuelle si l'entente réunit les conditions pour être rachetées².

L'exemption collective est accordée par le Conseil par voie de règlement. Ce dernier a autorisé la commission à accordé des exemptions par catégories par des décisions de principe prises sous la forme de règlements. Un règlement d'exemption par catégorie confère de plein droit le bénéfice de l'exemption aux ententes qui tombent dans son champ d'application

Des règlements de la Commission sont ainsi intervenus pour préciser les conditions de l'exemption d'accords horizontaux et de restrictions verticales. Leur portée est précisée par des lignes directrices qui révèlent le primat donné à l'approche économique des questions de droit communautaire de la concurrence.

S'agissant des accords horizontaux, il existe des règlements relatifs aux accords de spécialisation et aux accords de recherche et développement en commun³.

S'agissant des accords verticaux, il existe des règlements concernant la distribution automobile, les accords de licence de brevet, les accords de licence de savoir-faire, les accords de transfert de technologie. Un important règlement en date du 22 décembre 1999 vise les restrictions verticales et a donc vocation à s'appliquer aux principaux contrats de distribution. Le règlement d'exemption a pour effet de valider une pratique qui serait normalement anticoncurrentielle. Il précise les clauses des accords qui sont valables, celles qui ne le sont pas et celles qui sont valables à certaines conditions. Le règlement du

1. JOCE L 148 du 15 juin 1999. Sont ainsi visés les principaux accords de distribution.

2. La commission peut aussi délivrer une lettre de classement qui ne lie alors nullement les juridictions nationales.

3. Règlements n^{os} 2658 et 2659/2000 du 29 nov. 2000. S. Poillot-Peruzzetto, « La réforme des accords horizontaux en droit communautaire de la concurrence », *Contrats, conc. consom.* avr. 2001. chron. 6.

31 juillet 2002 relatif à la distribution automobile est même un véritable contrat type, ce qui est une dérive dans la pratique des règlements d'exemption.

Ces règlements traduisent une évolution significative de la politique de la Commission. Celle-ci n'entend à l'avenir ne s'intéresser qu'aux cas les plus graves. Dès lors que les seuils de parts de marché fixés ne sont pas atteints, les autorités nationales demeurent compétentes. Comme le souligne S. Poillot-Peruzzetto, « cette nouvelle phase de l'histoire du droit communautaire de la concurrence, qui conduit à davantage d'autonomie de la volonté et davantage de décentralisation, redonnera un certain souffle au droit civil »¹.

Le nouveau règlement en date du 16 décembre 2002 modifie les règles applicables.

Les accords et pratiques qui ne rempliront pas les conditions de l'exemption seront interdits sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire. Inversement, ceux qui rempliront les conditions du § 3 ne seront pas interdits sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire.

Toutes les instances, tant communautaires que nationales auront la possibilité d'appliquer l'article 81 dans sa totalité. Elles pourront donc exempter une entente qui remplit les conditions du § 3. Il incombera à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, § 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies (Règl., art. 2).

§ 2. PROHIBITION DES ABUS DE POSITION DOMINANTE

704. Notion d'abus de position dominante. L'abus de position dominante est sanctionné par l'article 82 du Traité CE qui déclare « 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 ».

La Commission et la Cour de justice ont précisé les notions de position dominante et d'exploitation abusive. Pour la Commission, les entreprises sont en position dominante lorsqu'elles ont une possibilité de comportements indépendants qui les met en mesure d'agir sans tenir notablement compte des concurrents, des acheteurs ou des fournisseurs.

Pour la Cour de justice, la position dominante 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.

La détermination d'une position dominante doit être faite de façon concrète en fonction du marché en cause². La position dominante peut être le fait d'une entreprise ou de plusieurs entreprises³.

1. S. Poillot-Peruzzetto, « Accords verticaux, accords horizontaux : même consécration du marché, même retour au contrat », *Contrats, conc. consom.* août 2000, Repères.

2. Le marché des services des agents de voyage aérien n'est pas le même que celui du transport aérien, V. comm CE, Décis. 14 juill. 1999, *Virgin c/British Airways*, *Contrats, conc. consom.* mai 2000, comm. 83, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

3. Une position dominante collective consiste pour plusieurs entreprises à avoir, ensemble, notamment en raison des facteurs et de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leurs clientèle, et finalement des consommateurs ; v. TPICE 7 oct. 1999, *Irish Sugar*, *Contrats, conc. consom.* févr. 2000, comm. 28, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

La notion d'exploitation abusive de position dominante n'est pas définie mais l'article 82 fournit une liste non limitative d'abus.

Les pratiques peuvent notamment consister à :

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat, de vente ou d'autres conditions de transaction 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 et des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence. La Commission en a déduit un principe général suivant lequel « un fournisseur en position dominante peut octroyer des rabais en contrepartie de gains d'efficacité, par exemple des rabais pour les grosses commandes qui permettent au fournisseur de produire des lots de produits importants, mais ne peut consentir de remises ni d'incitations pour s'assurer de la fidélité de la clientèle, c'est-à-dire pour éviter que ses clients ne s'approvisionnent auprès d'un fournisseur concurrent »¹ ;

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, des prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Il peut ainsi y avoir des abus par remise de fidélité, par vente liée, par exercice abusif d'un droit de propriété intellectuelle².

La Commission et la Cour de justice distinguent deux formes d'abus.

Il y a *abus de comportement* lorsqu'une entreprise en position dominante a pu faire abstraction de la concurrence au détriment de ses partenaires. Il peut s'agir de la pratique de prix discriminatoires.

Il y a *abus de structure* lorsqu'une pratique modifie des conditions structurelles de la concurrence³. La pratique peut consister en des refus d'approvisionnements, en des prix *prédateurs* dans le dessein d'éliminer un concurrent⁴, en des ventes liées.

D'autres formes d'abus sont sanctionnées par la CJCE qui a développé des théories nouvelles.

Il faut en premier lieu citer la jurisprudence dite de « *l'abus automatique* » qui permet de sanctionner des entreprises disposant de droits exclusifs. Ces dernières ne doivent pas exploiter leur position dominante de manière abusive dans la mesure où le consommateur ou l'entreprise n'a pas la possibilité de faire appel à un concurrent.

La CJCE a en second lieu eu recours à la *théorie dite des facilités ou installations essentielles*. La théorie s'applique lorsqu'une entreprise en position dominante exploite ou

1. Pour une illustration, Com. 14 juill. 1999.

2. Pour des exemples, v. *RTD com.* 2002. 743, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

3. Le critère jurisprudentiel de l'abus de structure a été précisé dans les décisions *Continental Can* (CJCE 21 déc. 1973, aff. 6/72, *Rec.* 215) et *Hoffman-La Roche* (CJCE 13 déc. 1979, aff. 85/76, *Rec.* 46). L'abus de structure est défini comme « une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante, qui sont de nature à influencer la structure du marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou le développement de cette concurrence ».

4. Lorsqu'il s'agit de vérifier si une entreprise a pratiqué des prix prédateurs, il y a lieu de distinguer les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables qui doivent toujours être considérés comme abusifs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables qui ne doivent être considérés comme abusifs que lorsqu'un plan d'élimination des concurrents peut être démontré. CJCE 14 nov. 1996, *Tetra Park, Contrats, conc. consom.* 1996, n° 203, p. 16, obs. L. Vogel.

contrôle une installation qui ne peut être recrée par des moyens raisonnables et dont l'accès est indispensable à ses concurrents pour qu'ils puissent exercer leurs activités sur le marché concerné. L'entreprise ne peut alors ni refuser sans raison objective l'accès effectif aux dites installations, ni accorder cet accès à des conditions discriminatoires au regard de celles qu'elle s'applique à elle-même¹.

Les abus de domination, à la différence des ententes ne peuvent pas faire l'objet d'exemptions collectives ou individuelles.

Section 2

Contrôle des concentrations

705. Opérations concernées. En droit commercial, le contrôle direct des concentrations existe depuis 1989 sur le fondement d'un règlement en date du 21 décembre 1989 modifié par un règlement en date du 30 juin 1997² puis par le règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004³.

Le contrôle ne concerne que les opérations de concentration qui aboutissent à une modification durable de la structure des entreprises concernées.

Trois modes de concentration sont concernés : la concentration par *fusion* (de droit ou de fait), la concentration par *contrôle* (le critère étant celui de la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise) et la concentration par *création d'une entreprise commune* (l'entreprise commune doit accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome).

Le contrôle ne concerne que les opérations de concentration de dimension communautaire. Le règlement fixe des seuils de contrôle permettant de l'apprécier.

À certaines conditions, la Commission peut intervenir à l'égard d'opérations de concentration qui ne sont pas de dimension communautaire. Sous certaines conditions, il est en effet prévu le renvoi de l'appréciation d'une opération de dimension communautaire aux autorités des états membres.

706. Objet du contrôle. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau règlement, la concentration est interdite dès lors qu'elle entrave de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante. Un *bilan purement concurrentiel* doit être dressé. Il ne s'agit pas d'un bilan économique comme en droit français. Les gains d'efficacité résultant de la concentration peuvent ainsi contrebalancer ses effets anticoncurrentiels. Aucune possibilité d'exemption n'est prévue.

La commission intervient lorsque la concentration peut aboutir à un abus de position dominante collective.

1. Commission *Sea Containers/Stena Sealink*, 21 déc. 1993, L. 15/8, du 18 janv. 1994. L'abus est alors constitué du fait que l'entreprise, propriétaire et exploitante du seul port permettant la traversée entre la Grande-Bretagne et l'Irlande ne permet pas à ses concurrents d'avoir accès à ses installations ; CJCE 26 nov. 1998, *Oscar Bronner*, *Contrats, conc. consom.* mars 1999, n° 43.

2. L. Idot, « Le contrôle communautaire des concentrations », Version 1997, *JCP*, éd. E, 1997.I. 686.

3. L. et J. Vogel, « Contrôle des concentrations : ce qui va changer le 1^{er} mai 2004 », *JCP*, éd. E, 2004. 331. Le règlement est accompagné d'une communication sur l'appréciation des concentrations verticales et un Code de bonnes pratiques pour la conduite des enquêtes en matière de concentration.

707. Procédure de contrôle. Toute concentration de dimension communautaire doit faire l'objet d'une *notification préalable* à la commission. La notification doit intervenir dès lors que les entreprises concernées assurent la Commission de leur intention de conclure un accord en vue d'une concentration. La notification qui fait l'objet d'une publication contraint les entreprises concernées à suspendre pendant trois semaines la réalisation de la concentration.

La Commission a un délai de 25 jours pouvant être prorogé jusqu'à 35 jours pour examiner l'opération et rendre sa décision quant à la suite à donner à la procédure. C'est la phase 1. Elle peut décider d'engager une procédure d'enquête. C'est la phase 2. La décision finale de compatibilité ou d'incompatibilité doit être prise dans les 90 jours.

Le *système du guichet unique* facilite la procédure. Lorsque la concentration a une dimension communautaire, une notification à la Commission suffit. Depuis l'adoption du nouveau règlement, les entreprises parties à une opération qui n'est pas de dimension communautaire mais qui est susceptible d'être notifiée aux autorités nationales d'au moins trois États membres, peuvent demander à bénéficier du guichet unique de la Commission.

Cinquième partie

Les moyens de paiement et de crédit

708. Historique. De tout temps, il a existé des moyens de paiement et de crédit propres à la vie des affaires. Ils satisfont aux trois exigences de la pratique des affaires. Tout d'abord, les règlements doivent se faire rapidement ; ensuite, ils doivent être à l'abri de contestations ; enfin ils doivent pouvoir être effectués au comptant ou à crédit.

709. Distinction des instruments de paiement et de crédit. Les instruments de paiement et de crédit appartiennent à une catégorie plus vaste, celle des instruments de la monnaie scripturale (CMF, art. L. 131-1 et s.)¹. Un *instrument de paiement* est un mécanisme permettant l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent. La pratique a très tôt recherché des techniques permettant de remplacer le paiement en espèces, lourd et dangereux. Le *chèque* et le *virement* sont les principaux moyens de paiement.

Un *instrument de crédit* est un mécanisme permettant d'accorder un *délai de paiement*. C'est un titre créé à l'occasion d'une opération de crédit pour permettre la mobilisation de ce crédit, c'est-à-dire pour permettre au créancier de se procurer auprès d'un tiers des moyens de paiement immédiatement disponibles en échange de sa créance à terme. Un instrument de crédit peut toujours être un instrument de paiement, mais l'inverse n'est pas vrai. Les principaux instruments de crédit sont la lettre de change, le billet à ordre, les bordereaux de cession ou de nantissement des créances professionnelles, les cartes bancaires.

Des mécanismes réservent l'initiative du paiement au créancier : la lettre de change, l'avis de prélèvement. D'autres mécanismes, les plus nombreux, attribuent au débiteur l'initiative du paiement : le chèque, les cartes bancaires, le virement, le billet à ordre.

710. Les titres négociables. Les instruments de paiement et de crédit sont, pour la plupart d'entre eux, des titres négociables. Tel est le cas de la lettre de change, du chèque, du billet à ordre, du bordereau de cession de créances professionnelles.

Le *titre négociable se transmet par un mode simplifié*, qu'il s'agisse de la remise matérielle du titre, de la signature apposée sur le titre ou de l'inscription sur un registre. La transmission du titre négociable échappe donc au formalisme de la cession de créance.

La qualification de titre négociable s'applique à trois catégories de biens : les valeurs mobilières, les effets de commerce et les titres de créances négociables créés par une loi du 26 juillet 1991. Il s'agit de titres émis au gré de l'émetteur, négociables sur un marché

1. Chr. Gavalda et J. Stoufflet, *Instruments de paiement et de crédit*, Litec, 2006 ; M. Jeantin, P. Le Canu et Th. Granier, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Titrisation*, Dalloz, 2005.

réglementé, qui représentent chacun un droit de créance pour une durée déterminée (certificats de dépôt, billets de trésorerie).

À l'origine, le titre négociable était un titre papier. Aujourd'hui, les mentions qui figuraient sur des documents sont enregistrées et le support papier disparaît. Il y a *dématérialisation* ce qui n'est pas sans poser de nombreux problèmes juridiques¹.

Certains moyens de paiement ne sont cependant pas des titres négociables. Ils reposent en effet sur la technique du mandat : le virement et les cartes bancaires.

711. Les effets de commerce. Des instruments de paiement et de crédit sont aussi des effets de commerce. En l'absence de définition légale, l'effet se reconnaît à certains caractères. C'est un *titre négociable*. Il doit avoir un *objet monétaire* (le titre doit donc être l'équivalent de la monnaie). L'effet de commerce doit constater un *engagement de payer une somme d'argent* souscrite par l'émetteur. L'effet doit enfin représenter une *créance payable à court terme*. Si tel n'était pas le cas, en effet, le titre ne serait pas reçu en paiement. Par ce dernier caractère, l'effet de commerce s'oppose aux valeurs mobilières qui représentent des créances à long terme.

La créance constatée par l'effet s'incorpore à lui et se transmet avec lui. Le nouveau titulaire acquiert en principe la créance telle qu'elle résulte apparemment du titre, débarrassée de ses vices. Le porteur de l'effet bénéficie ainsi à certaines conditions du principe de l'*inopposabilité des exceptions*. La transmission d'un effet donne ainsi naissance à un *rapport cambiaire* qui se superpose au rapport originaire. L'engagement cambiaire est plus rigoureux que l'engagement originaire. Il est largement indépendant de ce dernier.

Les lettres de change et les billets à ordre sont des effets de commerce. La qualification est plus discutée pour le chèque (qui n'est pas librement négociable) et les warrants. Les bordereaux constatant les cessions ou les nantissements de créances professionnelles ne sont pas des effets de commerce. La codification consacre cette analyse puisque le régime de la lettre de change et du billet à ordre figure dans le livre cinquième du Code de commerce consacré aux effets de commerce et aux garanties. Le chèque, la carte de paiement et le virement figurent dans le Code monétaire et financier (art. L. 131-1 et s.) de même que le « Dailly » qui apparaît dans un chapitre consacré aux crédits (art. L. 313-23 et s.).

712. Évolution. Le droit des moyens de paiement et de crédit subit aujourd'hui une profonde mutation.

Tout d'abord, les *mécanismes traditionnels ont dû être adaptés*. Pour tenir compte de la *dématérialisation* des titres, la pratique bancaire a ainsi créé la lettre de change relevée, le billet à ordre relevé. Des dérivés du virement ont aussi été imaginés : l'avis de prélèvement, le titre universel ou interbancaire de paiement, le télépaiement.

Ensuite, des moyens de *paiement nouveaux se sont imposés* : les cartes bancaires et les cessions de créances à titre professionnel.

Enfin, le développement du *commerce électronique* impose des adaptations dans la mesure où le droit cambiaire est construit à partir de mentions manuscrites apposées sur des écrits. Tout d'abord, La réforme du droit de la preuve par la loi du 13 mars 2000 pourrait permettre la consécration des effets de commerce électroniques². Ensuite, le

1. Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres, CNCT, mai 1997.

2. F. G. Trébulle, « L'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire », *Rev. dr. bancaire* mars 2000, p. 114 ; C. Malecki, « Regards sur le formalisme cambiaire à l'heure de la signature électronique », *JCP*, éd. E, 2000. 2036 ; P. Leclercq, « Les titres dématérialisés de paiement et de crédit », *Études P. Catala*, Litec, p. 785.

commerce électronique devrait favoriser le développement de moyens de paiement sécurisés comme le télé-paiement. Un *paiement est qualifié de sécurisé* lorsqu'il revêt quatre caractères. Il doit assurer l'intégrité du message, l'authentification de l'émetteur et du récepteur de l'ordre de paiement, la confidentialité du paiement (par scellement des données) et l'archivage de l'ordre de paiement¹. Enfin, l'utilisateur d'un moyen de paiement émis électroniquement doit être protégé. Tel est l'objet de la recommandation de la Commission européenne du 30 juillet 1997².

Un marché unique des services de paiement est mis en place par une directive « SEPA ». Des prestataires de services de paiement pourront intervenir aux côtés des établissements de crédit. Les moyens de paiement concernés sont les virements et les cartes bancaires³.

La présentation des moyens de paiement et de crédit commencera par l'étude de la lettre de change (Chapitre 1). C'est l'instrument de paiement et de crédit par excellence. Le billet à ordre (Chapitre 2) est aussi un effet mais il réserve l'initiative du paiement au débiteur. La lettre de change et le billet à ordre sont très utilisés, principalement dans leur forme informatique. Cependant leur traitement coûte cher car chaque opération est envisagée isolément. Il faut un titre pour chaque créance. Le bordereau « Dailly » (Chapitre 3) a été créé en 1981 pour permettre une cession ou un nantissement groupé de créances professionnelles. Le chèque (Chapitre 4), les cartes de bancaires (Chapitre 5) et les virements (Chapitre 6) sont aujourd'hui les moyens de paiement les plus utilisés.

1. M. Espagnon, « Le paiement d'une somme d'argent sur Internet : évolution ou révolution du droit des moyens de paiement », *JCP* 1999. I. 131.

2. M. Espagnon, « L'ordre de paiement sur Internet », *Rev. dr. bancaire* janv. 1999.

3. « Le marché unique des services de paiement en Europe », par M. Vanden Bosch et N. Mathey *RD bancaire et fin* juill. août 2007, p. 59.

La lettre de change

713. Définition. La lettre de change (ou traite) est un écrit par lequel une personne – le *tireur* – donne l'ordre à l'un de ses débiteurs – le *tiré* – de payer une certaine somme à une certaine date, à une troisième personne, le bénéficiaire ou porteur.

La lettre de change est *émise* (ou *tirée*) par le tireur *sur* le tiré à qui l'ordre de payer est adressé ; elle l'est *au profit* du bénéficiaire ou porteur à qui elle est *remise*.

C'est parce que le tireur est créancier du tiré qu'il émet la traite sur lui ; cette créance qui sert de base à la traite s'appelle la provision. Et le tireur remet la traite au bénéficiaire parce que celui-ci a une créance contre lui, qu'on appelle la *valeur fournie*. Dans la pratique on parle de « valeur fournie en marchandises » lorsque le bénéficiaire est un fournisseur qui est créancier du prix de marchandises qu'il a livrées au tireur. Il peut aussi y avoir une « valeur fournie en compte », lorsque par exemple, le bénéficiaire est un banquier qui a fait un prêt ou un crédit au tireur, inscrit au compte de celui-ci.

On verra que le bénéficiaire peut transmettre à son tour la lettre de change à un nouveau porteur en l'*endossant*.

Le régime juridique de la lettre de change est énoncé dans le Code de commerce (C. com., art. L. 511-1 et s.). La première réglementation résulte d'une ordonnance de Colbert connue sous le nom de Code Savary. Les dispositions actuelles résultent d'un décret-loi du 30 octobre 1935 conforme à une convention de Genève de 1930. Cette convention a eu pour but d'unifier en partie les législations européennes. Mais des divergences subsistent notamment entre la France et l'Allemagne.

714. Fonction économique de la lettre de change. La lettre de change est apparue en Italie au Moyen âge ; elle a d'abord été employée comme *moyen de change* et de *paiement à distance*. Ainsi, lorsqu'un commerçant de Florence se rendait à la Foire de Lyon pour y faire des achats, il demandait à son banquier milanais, en échange de monnaies italiennes qu'il lui versait, une lettre adressée par le banquier à son correspondant lyonnais et donnant l'ordre à celui-ci de verser la somme en monnaie française au commerçant à son arrivée ; c'était le « change tiré » (d'où le nom de « traite »), par opposition au « change manuel » ordinaire ; il évitait un transport matériel de monnaie de Milan à Lyon et le banquier avait droit à une commission pour le service rendu, sans tomber sous le coup de la prohibition canonique de l'usure.

À partir du XVI^e siècle, la lettre de change devient transmissible par endossement, ce qui en permet la circulation et donne naissance à l'opération d'*escompte* : sans attendre l'échéance, le bénéficiaire peut *mobiliser* sa créance à terme représentée par la traite, en faisant escompter celle-ci par un tiers qui la lui achète et lui en paie le montant sous déduction d'un intérêt d'escompte, calculé sur le temps restant à courir avant l'échéance. À la

fin du XVIII^e siècle, les banquiers commencent à pratiquer cette opération en utilisant les fonds laissés en dépôt par leurs clients. À leur tour, ils revendent les traites à des personnes qui ont à faire des paiements dans une autre ville de France ou à l'étranger ; par exemple, un banquier parisien qui a escompté une traite payable à Londres, la revend à une personne qui doit faire un paiement à Londres et qui enverra cette traite à son créancier en la lui endossant. Un marché de lettres de change s'établit dans les grandes villes auquel participent les banquiers et les agents de change : la loi de l'offre et de la demande régularise les échanges et fixe les cours des devises étrangères : la lettre de change, au XIX^e siècle, est une véritable monnaie internationale.

De nos jours, la lettre de change a cessé d'être cet instrument de change et de paiement ; d'une part, les dévalorisations monétaires et le contrôle des changes ont fait échapper les devises au libre jeu de l'offre et de la demande ; d'autre part, d'autres moyens de paiement plus commodes sont apparus : chèques, virements, lettres de crédits bancaires, mandats-poste, etc. En revanche, la lettre de change est devenue un *moyen de crédit à court ou moyen terme* extrêmement important.

En effet, il est fréquent que le fournisseur de marchandises ou de matériel fasse à l'acheteur un crédit de quelques semaines ou de quelques mois ; si ce fournisseur a immédiatement besoin d'argent, il va tirer sur l'acheteur une traite représentant le prix de vente et payable à l'expiration du délai accordé ; et il fera *escompter* cette traite par son banquier qui en sera le plus souvent le premier bénéficiaire ; le banquier inscrira le montant de la traite au crédit du compte de son client, sous déduction de l'intérêt d'escompte et d'une commission (agio). Le banquier peut attendre l'échéance pour encaisser lui-même la traite chez le tiré ; mais il peut aussi la réescompter auprès d'une autre banque, notamment à la Banque de France.

715. Avenir de la lettre de change. Si la lettre de change a eu autant de longévité, c'est qu'elle présente beaucoup d'avantages pour les parties (rapidité et certitude du paiement principalement). La lettre de change est également le support de l'opération d'escompte qui permet à celui qui reçoit une traite en paiement de s'en faire avancer immédiatement le montant par un établissement de crédit.

Des inconvénients de la lettre de change sont cependant aujourd'hui soulignés. La lettre de change, en raison des manipulations nombreuses qu'elle implique, est très coûteuse pour les banques.

L'escompte qui favorise le *crédit-fournisseur* est également contesté. Pour l'économie et les entreprises le développement du paiement comptant serait semble-t-il plus satisfaisant. Mais cela suppose alors que l'acheteur obtienne du crédit pour payer son fournisseur.

C'est en réponse à ces critiques que la pratique bancaire a développé de nouveaux instruments de crédit. La lettre de change a été modernisée pour laisser progressivement la place à la lettre de change relevée (LCR). Il s'agit d'une lettre de change dont le règlement se fait par traitement automatisé. Les lettres de change relevé-magnétique réalisent une dématérialisation totale. Les informations figurent sur une bande magnétique et il n'y a plus de titre. Tout le traitement est alors automatisé.

C'est aussi pour diminuer le coût de la lettre de change mais également pour limiter le crédit fournisseur que le *bordereau « Dailly »* permettant la cession ou le nantissement de créances professionnelles a été créé en 1981.

Le Code de commerce régit minutieusement le régime de la lettre de change. Dans un souci de sécurité des relations, chaque mention apposée sur l'effet doit produire des effets indiscutables. Le droit des effets de commerce se caractérise en effet par son formalisme.

Des règles concernent ainsi la création de la lettre de change (Section 1). La création de la lettre doit être distinguée de son émission c'est-à-dire de sa mise en circulation. L'émission de la lettre produit des effets importants, principalement le transfert de la provision (Section 2), c'est-à-dire de la créance fondamentale du tireur sur le tiré.

La valeur de la lettre est renforcée si des signatures ou mentions sont apposées. Les garanties (Section 3) résultent ainsi de l'acceptation de la lettre ou de la présence de garants.

Comme tous les titres, la lettre de change a vocation à circuler par endossements. Toutes les transmissions n'ont pas les mêmes effets (Section 4). À l'échéance, la lettre de change doit être payée (Section 5).

Le régime de la lettre a été conçu à une époque où la lettre était un titre papier. La manipulation des titres étant devenue trop coûteuse, la pratique bancaire a créé la lettre de change relevée (LCR). Les mentions ne sont alors plus apposées sur un document. Elles sont transmises par voie informatique (Section 6).

Section 1

La création et la forme de la lettre de change

716. La création de la lettre de change est soumise à des conditions de forme (§ 1) et de fond (§ 2).

§ 1. CONDITIONS DE FORME

717. Mentions obligatoires. Ces mentions sont énumérées par l'article L. 511-1 du Code de commerce. Il s'agit de :

1° la dénomination « lettre de change » insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre, ce qui est un indice évident de formalisme ;

2° le mandat pur et simple de payer une somme déterminée. Le « mandat » c'est l'*ordre* de payer donné par le tireur au tiré. Il doit être *pur et simple* c'est-à-dire ne comporter aucune condition : mais une échéance peut être fixée. Le paiement doit porter sur une *somme d'argent* stipulée en monnaie nationale ou en devise étrangère selon les règles relatives au contrôle des changes ;

3° le nom de celui qui doit payer, c'est-à-dire du tiré : en pratique, on y ajoute son adresse. Ce nom peut être aussi le nom du tireur car la lettre peut être tirée sur soi-même par exemple entre deux succursales d'une même banque ;

4° l'indication de l'échéance, c'est-à-dire de la date à laquelle la lettre devra être payée. Quatre modalités, à l'exclusion de toute autre, sont prévues (C. com., art. L. 511-22) :

a) *lettre à vue* : elle est payable à tout moment, pendant un an à compter de sa création, sur simple présentation ;

b) *lettre à un certain délai de vue* (« à un mois de vue, veuillez payer... ») ; la lettre devra être présentée deux fois au tiré, une première fois pour faire courir le délai et une seconde fois pour obtenir le paiement ; la première se confond, en pratique, avec la présentation à l'acceptation ;

c) *lettre à certain délai de date* (« à trois mois de date... ») ; le point de départ est le jour de la création de la lettre ;

d) *lettre à jour fixe* (« au 30 du mois de mars... ») ; c'est le cas le plus général ; généralement, on indique le 15 ou le 30 pour faciliter les paiements par compensation entre banquiers (usances). Si aucune échéance n'est indiquée dans la traite, la loi présume que celle-ci est à vue ;

5° le lieu où le paiement doit s'effectuer. C'est en principe le domicile du tiré ; d'ailleurs si le lieu du paiement n'est pas indiqué, la loi décide que la traite sera payable à l'adresse figurant à côté du nom du tiré qui est présumée être celle de son domicile. Mais dans la pratique, les traites sont toujours *domiciliées* chez le banquier du tiré. L'article L. 511-2 énonce que la lettre peut être payable au domicile d'un tiers. Cette domiciliation évite au tiré de garder chez lui les fonds nécessaires au paiement ; elle permet au banquier de mieux surveiller la marche des affaires de son client, le tiré ; elle évite des frais de recouvrement, car la traite sera payée en chambre de compensation entre le banquier porteur et le banquier domiciliataire. Les grandes banques ne prennent à l'escompte ou à l'encaissement que les traites domiciliées. *Le domiciliataire n'est que le mandataire du tiré et ne paie que sur instruction de celui-ci* ; il n'a pas lui-même la qualité et les obligations cambiales d'un tiré ;

6° le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait, c'est-à-dire du *bénéficiaire*. La lettre ne peut pas être émise « au porteur » ; mais on verra qu'elle peut circuler au porteur après un endossement en blanc. La lettre est en principe « à ordre » même si aucune mention ne le dit, ce qui permet au bénéficiaire de la transmettre par endossement. Mais elle peut être « nominative » ou « à personne dénommée » à la condition de le dire expressément (par exemple, clause « non endossable » ou « non à ordre ») ; dans ce cas, elle ne peut pas circuler par endossement et ne peut être cédée que selon les formes et avec les effets de la cession civile de créance (C. civ., art. 1690) ;

7° l'indication de la date et du lieu de création de la lettre de change. La date peut être indiquée en chiffres ou en lettres ; elle a de nombreux intérêts ne serait-ce que de déterminer le moment de l'échéance pour les traites à vue ou à un certain délai de vue. L'indication du lieu de la création peut être suppléée par l'adresse indiquée à côté du nom du tireur ;

8° la signature de celui qui émet la lettre, c'est-à-dire du *tireur* ; ce peut être une signature manuscrite ou une simple griffe ou tampon ; la signature sur le timbre fiscal équivaut à la signature sur la lettre elle-même.

718. Sanctions. Si l'une des mentions exigées par la loi fait défaut, le titre ne vaut pas comme lettre de change et n'en produit pas les effets (C. com., art. L. 511-1, II). Par exemple, le tiré même acceptant peut refuser de payer une lettre de change présentée sans indication du nom d'un bénéficiaire¹. Cependant, cette nullité n'est pas encourue s'il s'agit d'une mention que la loi permet de suppléer, comme l'indication de l'échéance, du lieu du paiement ou du lieu de création de la lettre.

Pour déjouer la mauvaise foi, la jurisprudence applique parfois une théorie dite de « l'équivalence des formes » ; ainsi en l'absence du nom d'un bénéficiaire, on peut admettre que le tireur était ce bénéficiaire si c'est lui qui a endossé la lettre de change au profit d'un tiers porteur. Mais cette théorie a des limites et il a été jugé, par exemple, que

1. La nullité absolue peut ainsi être prononcée pour un défaut de signature du tireur ou une absence de date ; Com. 29 mars 1994, D. 1994. somm. 183, obs. M. Cabrillac.

l'absence du nom du tiré n'est pas suppléé par une signature apposée dans la case acceptation ; de même, en l'absence du nom et de la signature du tireur, la lettre n'est pas validée du seul fait que le bénéficiaire a inscrit son nom comme tireur.

Si certaines mentions avaient été laissées « en blanc » lors de l'émission (comme le nom du bénéficiaire ou le montant de la traite) et sont complétées ultérieurement par le tireur ou un porteur¹, l'irrégularité de la traite est couverte à l'égard de ceux qui l'ont signée ou reçue de bonne foi après que le blanc ait été rempli ; c'est une application du *principe de l'indépendance des signatures* (*infra*, n° 584 et 586) ; et ceux qui ont signé la lettre de change en blanc ne peuvent pas opposer la nullité à un porteur de bonne foi. La jurisprudence admet même que le porteur (par exemple une banque escompteur) qui a reçu la traite en blanc mais l'a correctement remplie (par exemple en mettant son nom comme bénéficiaire), garde son recours contre ceux qui l'avaient signée en blanc, notamment le tiré acceptant².

Enfin, l'absence d'une mention obligatoire n'empêche pas le papier de valoir, dans les conditions du droit commun, soit comme billet à ordre si les conditions en sont réunies, soit comme reconnaissance de dette du tireur envers le premier bénéficiaire, soit comme commencement de preuve par écrit d'une obligation. C'est la théorie de la *réduction par conversion* qui s'applique alors³.

719. Mentions facultatives. En dehors des mentions imposées par la loi, d'autres mentions facultatives peuvent être apposées sur la lettre. Il peut y avoir une stipulation d'intérêts, une domiciliation (*supra*, n° 579-5°), une clause non endossable (*supra*, n° 579-6°). La clause « non acceptable » (*infra*, n° 597) ou la clause de retour sans frais ou « sans protêts » (*infra*, n° 582) peuvent également figurer.

De même, le tireur peut mentionner sur la lettre la nature de la provision, c'est-à-dire de sa créance sur le tiré : provision en marchandise, en compte, etc. Il peut aussi mentionner la valeur fournie, c'est-à-dire la nature de la créance du bénéficiaire contre lui, qui justifie la remise de la lettre.

720. Adjonctions et altérations. Après sa création, la lettre de change peut recevoir des adjonctions. Ces adjonctions sont opposables à ceux dont les droits sont nés postérieurement ; mais les obligations des signataires antérieurs ne peuvent pas être modifiées à leur détriment par ces adjonctions : chaque signataire est obligé par les termes de la lettre au moment où il l'a signée.

Le même principe s'applique si la lettre de change subit des altérations ou falsifications, celles-ci constituant d'ailleurs le délit de faux en écriture de commerce (C. com., art. L. 511-77). Ainsi, lorsque la lettre contient une signature fausse, celui dont la signature a été imitée n'est naturellement pas obligé, même à l'égard d'un porteur de bonne foi, mais les autres signataires le sont. De même, si le montant de la lettre a été majoré ou l'échéance antidatée, les signataires antérieurs à l'altération ne sont obligés que pour le montant ou pour l'échéance primitive ; en revanche, les signataires postérieurs sont obligés selon les nouveaux termes de la lettre. Le caractère formaliste et unilatéral de chaque engagement est évident.

1. M. Crionnet, « De l'omission des mentions obligatoires de la lettre de change », *D.* 1989. chron. 129.

2. Com. 21 juin 1988, *RTD com.* 1988. 655, obs. M. Cabrillac. L'omission ne peut concerner la signature du tireur, son nom, ou celle du montant de l'effet.

3. Com. 2 nov. 1994, *RJDA* 12/24, n° 1339.

721. Pluralité d'exemplaires et copies. La lettre de change peut être créée en plusieurs originaux ce qui limite les dangers de perte ou de vol, notamment si la lettre doit être expédiée au loin pour une acceptation ou un aval. Mais, pour éviter les conflits entre porteurs d'exemplaires différents, la loi oblige le tireur à numérotter chaque exemplaire dans le corps du texte, sinon chacun vaut comme lettre de change distincte. Le tiré paie valablement l'exemplaire qui lui est présenté le premier à moins qu'il n'en ait accepté un autre.

Il est possible de faire une copie de la lettre de change qui circulera à la place de l'original ; celui-ci doit être arrêté pour qu'aucun nouvel endossement n'y soit porté ; le porteur de la copie peut toujours réclamer l'original (C. com., art. L. 511-75).

§ 2. CONDITIONS DE FOND

722. Généralités. La signature de la lettre de change par le tireur est un *acte juridique volontaire* qui est soumis aux conditions habituelles de fond des actes juridiques et des contrats : consentements, capacité, cause licite. Ces conditions sont d'ailleurs requises non seulement pour le tireur, mais pour tout signataire de la lettre de change : tiré accepteur, endosseur, donneur d'aval, etc. La nullité de l'engagement cambiaire pour non respect d'une condition de fond n'entraîne pas celui de la lettre de change. La validité de l'engagement de chaque signataire est en effet apprécié séparément en application du *principe d'indépendance des signatures* énoncé par l'article L. 511-5, alinéa 2, du Code de commerce.

723. Consentement et pouvoir. Le consentement du tireur est nécessaire et s'exprime par sa *signature*. Si sa signature a été imitée, il n'est pas obligé, mais les autres signataires sont tenus. Le consentement du tireur ne doit pas être vicié par une erreur, un dol ou une violence ; mais il ne *peut pas opposer la nullité qui en résulte à un porteur de bonne foi*.

La lettre de change peut être créée par un *représentant* du tireur ; s'il indique sa qualité sur la lettre (comme, par exemple, un gérant de société) et s'il n'excède pas ses pouvoirs, seul le représenté est obligé comme tireur ; cependant, si le représentant excède ses pouvoirs, c'est lui qui est personnellement tenu comme tireur¹. Si le représentant n'indique pas sa qualité, il y a *tirage pour compte* (C. com., art. L. 511-2) (le tireur pour compte peut être un cabinet de recouvrement des créances). Dans un tel cas, le tireur se présente comme le véritable créateur du titre qu'il a signé de son nom. Celui pour lequel la lettre est créée s'appelle le donneur d'ordre. Celui qui tire la lettre est le tireur pour compte. Les règles du mandat s'appliquent dans les rapports du donneur d'ordre et du tiré et dans ceux du donneur d'ordre et du tireur pour compte. Le tireur pour compte est engagé envers les tiers de la même façon que n'importe quel tireur. Le donneur d'ordre n'a pas de rapport avec les tiers.

724. Capacité. La signature d'une lettre de change est un acte de commerce pour toute personne ; elle ne peut donc être donnée que par une personne ayant la capacité de faire des actes de commerce ; mais il n'est pas nécessaire d'être commerçant. Depuis la loi du 5 juillet 1974, le mineur même émancipé ne pouvant pas être commerçant, ne peut pas non plus s'engager en signant une lettre de change (C. com., art. L. 511-5) ; sinon son engagement est nul, mais conformément au droit commun, il est tenu de son enrichissement et

1. Un usage bancaire constant dispense le banquier escompteur d'exiger la justification des pouvoirs de la personne qui a apposé la signature (Com. 13 déc. 1994, *RTD com.* 1995. 449, obs. M. Cabrillac).

il peut être responsable délictuellement si sa signature a été accompagnée d'une fraude, par exemple s'il a post-daté la lettre pour faire croire à sa majorité (C. civ., art. 1310 et 1312).

Si un incapable signe une lettre de change, il peut opposer la nullité de son engagement à tout porteur même de bonne foi ; mais les autres signataires demeureront obligés en vertu du principe de l'indépendance des signatures.

Pour assurer la protection des consommateurs, la loi du 10 janvier 1978 sur les opérations de vente et de prestations de service à crédit interdit de faire signer à l'acheteur-consommateur des lettres de change représentant le crédit, sous peine de la nullité protégeant les incapables.

725. Cause. En droit commun, l'obligation n'est valable que si elle a une cause et si cette cause est licite. Cette condition est écartée dans une large mesure par le droit des effets de commerce ; on verra plus loin qu'*en vertu du principe de l'inopposabilité des exceptions, le signataire de la lettre de change ne peut pas opposer à un porteur de bonne foi le défaut ou l'illicéité de la cause de son engagement* ; ainsi le tiré acceptant ne peut pas opposer le défaut de provision ou l'illicéité de la provision à un porteur de bonne foi ; de même le tireur ne peut pas opposer le défaut de valeur fournie ou le caractère illicite de la valeur fournie à un porteur de bonne foi. On dit que l'engagement des signataires est *abstrait* de sa cause.

Toutefois, cette règle ne joue pas dans les relations entre les parties qui étaient déjà liées par un rapport antérieur : ainsi le tiré peut opposer le défaut ou l'illicéité de la provision au tireur, et celui-ci peut opposer le défaut ou l'illicéité de la valeur fournie au premier bénéficiaire. D'autre part, la nullité des *traites de complaisance* se justifie par le caractère illicite de la cause de l'engagement des signataires (V. *infra*, n° 609).

Section 2

Les effets de la lettre de change

726. L'émission de la lettre de change et ses effets. Le plus souvent la lettre de change est créée par le tireur pour être *remise à un tiers bénéficiaire* qui est généralement le banquier escompteur. Dans cette hypothèse, la lettre de change est « émise » dès qu'elle est remise au tiers bénéficiaire et produit immédiatement certains effets, alors même que le tiré n'aurait pas encore été averti de cette émission et n'aurait pas signé la lettre de change pour l'accepter. Il faut retenir que la lettre de change est valable et produit certains effets en l'absence de toute notification au tiré et *avant toute acceptation de la part de celui-ci*. Ces effets, attachés à la seule émission de la lettre de change, sont les suivants :

a) le tireur s'oblige cambiairement à payer la lettre de change au porteur si le tiré ne la paie pas ;

b) la propriété de la provision est transférée aux porteurs successifs de la lettre ;

c) le tiré paie valablement la lettre en déférant à l'ordre du tireur, même s'il n'est pas débiteur d'une provision et même s'il n'a pas accepté la lettre, sauf son recours contre le tireur.

Cependant, dans la pratique, la lettre de change est le plus souvent acceptée par le tiré qui la signe ; cette *acceptation*, bien qu'elle ne soit pas une condition de validité de la lettre

de change, en est une garantie essentielle, à tel point que l'obligation cambiaire du tireur et le transfert de la propriété de la provision n'apparaissent que comme des accessoires. D'autres garanties peuvent d'ailleurs s'ajouter en faveur du porteur de la lettre, notamment l'*aval* donné par un tiers. On étudiera donc, dans ce chapitre, après les effets de l'émission, l'acceptation, l'aval et les autres garanties attachées à la lettre.

727. Lettre de change conservée par le tireur. Fréquemment dans la pratique, le tireur émet la lettre de change à son propre profit sans la faire immédiatement escompter. S'il a besoin d'argent liquide avant l'échéance, il pourra l'endosser au profit de son banquier qui l'escomptera ; sinon, il la fera encaisser lors de l'échéance. Il y trouve l'avantage d'avoir un titre formel qui représente sa créance et en renforce même la valeur ; d'une part, il établit le caractère commercial de la dette du tiré et permet de demander l'ouverture d'une procédure collective de celui-ci pour défaut de paiement ; d'autre part, il s'oppose à ce que le tiré puisse réclamer des délais de grâce.

Cependant, il ne suffit pas que le tireur crée matériellement la lettre pour que ces effets se produisent ; la lettre de change ne sera « émise » et n'aura d'effet à l'égard du tiré qu'à partir du moment où elle sera acceptée par celui-ci ou, sinon, à partir du moment où elle sera endossée au profit d'un tiers et mise en circulation.

En émettant, c'est-à-dire en mettant la lettre de change en circulation, le tireur s'engage cambiairement (§ 1). L'émission transfère la provision (c'est-à-dire la créance fondamentale du tireur sur le tiré) au bénéficiaire (§ 2).

§ 1. OBLIGATION CAMBIAIRE DU TIREUR

728. Valeur fournie et engagement cambiaire. La signature du tireur est la première qui soit apposée sur la lettre et ce peut être la seule si le tiré refuse d'accepter la lettre. Avant la création de la lettre, le tireur pouvait déjà être débiteur du bénéficiaire en vertu d'un engagement antérieur régi par le droit commun. Cette créance du bénéficiaire est la *valeur fournie* dont l'origine peut être variée : vente de marchandises, prêt, ouverture de crédit bancaire, etc. Elle peut aussi correspondre à une opération d'escompte, la valeur fournie représentant alors le montant de la traite moins l'escompte et l'agio, que le banquier escompteur inscrit au crédit du compte courant du tireur (valeur en compte). *La remise de la traite par le tireur au bénéficiaire a pour but d'éteindre la créance de valeur fournie* ; mais cette *extinction* ne se produit pas au moment de la remise, la lettre de change n'ayant pas d'effet novatoire ; elle *ne se produira qu'au moment où la lettre sera payée à l'échéance par le tiré*. En attendant, le bénéficiaire conservera contre le tireur la créance de valeur fournie qui reste soumise aux règles du droit commun.

Mais, en outre, en signant la lettre de change, le *tireur contracte une dette cambiaire* (c'est-à-dire soumise au droit de la lettre de change) à l'égard du bénéficiaire et à l'égard de tous les porteurs successifs auxquels la lettre pourra être transmise. *Le bénéficiaire aura donc ainsi deux recours* pour se faire payer par le tireur : le recours fondé sur la valeur fournie et soumis au droit commun des obligations civiles ou commerciales et le recours cambiaire fondé sur le droit du change ; en pratique, il utilise plutôt ce dernier qui est plus commode et plus rigoureux ; mais si, par hasard, celui-ci était éteint, notamment par prescription, il pourrait utiliser le premier.

729. Caractères de l'engagement cambiaire. L'engagement cambiaire du tireur présente six caractères particuliers que l'on retrouve d'ailleurs, d'une façon générale, pour

les engagements de tous les signataires de la lettre de change : tiré acceptant, endosseur, donneur d'aval, etc.

730. Caractère commercial. La signature de la lettre de change est un acte de commerce pour toute personne ; même si la dette de valeur fournie est civile, le tireur s'engage donc commercialement en signant la lettre. Il faut en déduire que le tribunal de commerce est compétent en cas de litige, que le défaut de paiement de la lettre justifie la mise en faillite, que la falsification de la lettre est un faux en écriture de commerce, que les intérêts moratoires courent au taux commercial, etc.

731. Caractère unilatéral. L'engagement du tireur est indépendant de celui des autres signataires ; il demeure valable même si celui d'un autre signataire est nul pour falsification, pour incapacité, pour vice du consentement, etc.

732. Caractère solidaire. Le tireur, comme tout autre signataire de la lettre de change garantit solidairement le paiement de la lettre de change, si le tiré ne la paie pas à l'échéance ou même s'il refuse de l'accepter ; le porteur a donc un recours contre lui pour obtenir le règlement de la lettre de change, sauf le recours du tireur, à son tour, contre le tiré.

733. Caractère abstrait. C'est le principe de l'opposabilité des exceptions. Le tireur ne peut pas opposer aux tiers porteurs de bonne foi une exception fondée sur l'absence de valeur fournie ou sur l'illicéité de la valeur fournie : son engagement cambiaire devient indépendant de la cause, c'est-à-dire de la raison pour laquelle il a remis la lettre au premier bénéficiaire. Cependant, ce dernier ne peut pas invoquer le caractère abstrait de l'engagement cambiaire du tireur ; les exceptions fondées sur un vice de la valeur fournie demeurent opposables par le tireur au premier bénéficiaire que celui-ci agisse par le recours cambiaire ou par le recours du droit commun.

734. Absence de délai de grâce. Le tireur, comme tout autre signataire de la lettre de change, doit payer cette lettre à l'échéance sans pouvoir obtenir de délais de grâce judiciaires.

735. Prescription abrégée. En contrepartie des cinq caractères précédents qui sont particulièrement rigoureux, l'obligation cambiaire s'éteint par un délai de prescription très bref (v. infra, n° 633) ; mais, cette prescription du recours cambiaire laisse subsister au profit du bénéficiaire le recours fondé sur la valeur fournie qui reste soumis aux délais de prescription plus longs du droit commun.

§ 2. TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ DE LA PROVISION

736. La provision. La provision est la créance de somme d'argent que le tireur a ou aura contre le tiré en vertu d'un contrat soumis au droit commun : vente de marchandises, prestation de service, prêt, etc. Cette provision sert de base à la création de la lettre de change et constitue ce qu'on appelle le « rapport fondamental ». C'est parce que le tiré est ou sera débiteur de la provision que le tireur créera la traite et que le tiré la paiera. Selon l'article L. 511-7 du Code de commerce, « il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change ».

Cependant *l'existence de la provision n'est pas une condition de validité de la lettre de change*. D'une part, il n'est pas nécessaire qu'elle existe lors de l'émission de la lettre, *il suffit qu'elle existe lors de l'échéance* ; par exemple un industriel à qui une machine a été commandée peut tirer tout de suite une traite sur l'acheteur bien que celui-ci ne devienne débiteur du prix qu'au moment de la livraison de la machine ; il suffira que cette livraison se soit produite avant l'échéance de la traite.

D'autre part, même si la provision n'existe pas au moment de l'échéance de la traite, celle-ci ne sera pas privée d'effet. Le tiré pourra la payer valablement sauf à exercer un recours contre le tireur ; et, s'il ne la paie pas, le bénéficiaire pourra exercer un recours cambiaire contre le tireur. Mais ce dernier aura commis une faute en ne constituant pas la provision avant l'échéance, ce qui l'empêchera de se prévaloir de la négligence du bénéficiaire.

737. Rôle de la provision. En droit français, l'émission de la lettre de change n'éteint pas la créance de provision et ne fait pas disparaître le rapport de base qui préexistait entre le tireur et le tiré :

a) dans les relations entre le tireur (resté ou redevenu porteur de la lettre) et le tiré même acceptant, l'existence ou l'absence d'une provision conserve toute son importance ; on verra que malgré son acceptation, le tiré conserve le droit d'opposer au tireur-porteur les exceptions provenant de l'absence ou de l'illicéité de la provision ; et, en définitive, la lettre de change devra être finalement réglée par le tiré ou par le tireur selon qu'il y aura eu ou non provision ;

b) le défaut de provision est un des éléments qui caractérisent les traites de complaisance (*infra*, n° 609) ;

c) enfin et surtout, *la créance de provision est transmise avec la lettre de change au bénéficiaire et aux porteurs ultérieurs successifs* ; c'est ce qu'on appelle la « transmission de la propriété de la provision ».

738. Transmission de la propriété de la provision. Le droit français à la différence de systèmes étrangers, décide que la propriété de la provision est transmise de plein droit aux porteurs successifs de la lettre de change et, spécialement, au premier bénéficiaire à qui le tireur remet la lettre. C'est une sorte de cession automatique de créance. Si la provision n'est que partielle, la transmission ne s'opère que dans la mesure où la provision existe ; si la provision n'est constituée qu'après la remise de la lettre, c'est seulement alors qu'elle est transmise automatiquement au porteur. Si la créance de provision est assortie de sûretés (privilèges, hypothèques ou nantissements), celles-ci sont transmises en même temps que la créance.

Le droit du porteur est donc assez fragile. Il l'est encore plus dans deux cas prévus par la loi. Le vendeur avec *réserve de propriété* exerçant son droit sur la créance du prix de revente de la marchandise et le sous-traitant exerçant son *action directe* envers le maître de l'ouvrage ont un droit sur la créance fondamentale du tireur sur le tiré et *l'emportent donc sur le porteur*. Pour protéger ses intérêts ce dernier peut faire apposer sur le titre une *clause d'affectation expresse de la provision*. Il peut aussi faire *défense au tiré de payer le tireur*. Il peut enfin faire accepter la lettre de change par le tiré.

La transmission de la provision est une sorte de garantie au profit du porteur. Ses effets sont importants :

a) si le tiré n'accepte pas la lettre de change, le porteur pourra le poursuivre comme débiteur de la provision ; mais ce recours sera fondé sur le droit commun et non sur le droit

cambiaire ; notamment le tiré pourra opposer au porteur le défaut de provision ou l'illicéité de la provision comme il aurait pu l'opposer au tireur lui-même ;

b) si le tiré a accepté mais que le recours cambiaire fondé sur cette acceptation est éteint par prescription, le porteur peut encore agir comme créancier de la provision, celle-ci demeurant soumise au droit commun de la prescription ;

c) puisque la provision est transmise au porteur, ce n'est plus le tireur qui en est créancier ; il en résulte que si le tireur est en liquidation judiciaire après la remise de la lettre et avant l'échéance de la traite, le porteur peut en toucher intégralement le montant sans avoir à subir le concours des autres créanciers du tireur ; la solution présente surtout de l'intérêt quand la traite n'est pas acceptée par le tiré ;

d) puisque le tireur cesse d'être créancier de la provision, on devrait en déduire qu'il ne peut plus en disposer à partir du moment où il a remis la lettre de change au porteur : il ne devrait plus pouvoir tirer une seconde traite sur la même provision, céder cette provision selon les modalités du droit civil, recevoir le paiement de la provision des mains du tiré. Cependant, c'est *seulement à l'échéance de la traite* qu'une *provision correspondante doit exister* et c'est seulement à ce moment qu'elle est transmise définitivement au porteur. Jusque-là, le tireur peut donc se faire valablement payer par le tiré les créances qu'il a sur celui-ci ou émettre d'autres lettres de change. On dit que malgré la transmission de la provision au porteur, le *tireur conserve la disposition de la provision* ; peu importe que le tiré connaisse l'existence de la traite en circulation. Il ne pourrait refuser de payer le tireur que si le porteur de la traite avait fait défense au tiré de payer par exemple au moyen d'une saisie attribution¹. Mais ces solutions ne valent naturellement que si le tiré n'avait pas accepté la traite.

Section 3

Les garanties de la lettre de change

739. La valeur de la traite est renforcée lorsqu'elle est garantie. Les garanties résultent de l'acceptation de la lettre par le tiré (§ 1) ou par un tiers intervenant (§ 2) ou de l'aval (§ 3).

§ 1. L'ACCEPTATION DU TIRÉ

740. Notion. La garantie essentielle que le porteur peut obtenir et qu'il obtient généralement est l'acceptation du tiré. L'acceptation de la lettre de change consiste dans l'apposition de la signature du tiré sur la lettre de change. Jusque-là, le tiré n'était obligé de payer la lettre que s'il y avait provision. À partir de l'acceptation, il se reconnaît débiteur et s'engage cambiairement à payer la traite entre les mains de tout porteur. Ce n'est pas une simple reconnaissance de dette, mais une modification des caractères juridiques de celle-ci qui aggrave la situation du tiré. Il convient d'examiner les formes de l'acceptation (A), ses effets (B) avant de présenter le régime des effets de complaisance (C).

1. Com. 10 janv. 1989, *RTD com.* 1989. 273, obs. M. Cabrillac.

A. Formes de l'acceptation

741. Présentation à l'acceptation. La traite peut être présentée à l'acceptation soit par le tireur, soit par n'importe lequel des porteurs successifs ; *ceux-ci n'y sont d'ailleurs pas obligés*, mais ils ont intérêt à ce que la traite soit acceptée (C. com., art. L. 511-15).

Ces règles peuvent être modifiées par des clauses apposées sur la lettre par le tireur ou un porteur ultérieur. Une clause peut d'abord *imposer au porteur la présentation* à l'acceptation et même fixer un délai pour cette présentation ; clause « contre acceptation » ou « à présenter à l'acceptation avant telle date ». Il en est ainsi lorsque le tireur a des doutes sur l'intention du tiré de payer et veut être fixé avant l'échéance.

En sens inverse, une clause peut *interdire la présentation* à l'acceptation ou l'interdire avant une certaine date : clause « non acceptable » ou « à ne pas présenter à l'acceptation avant telle date ». Tel est le cas si la provision n'existe pas encore ou si le tireur ne veut pas ennuyer un bon client qui refuse en général d'accepter les traites tirées sur lui. *Ces clauses d'interdiction* sont écartées par la loi dans deux cas :

a) s'il s'agit d'une lettre payable à un certain délai de vue, la présentation à l'acceptation devant faire courir ce délai ;

b) si la lettre est domiciliée chez le banquier du tiré, la présentation à l'acceptation devant avertir le tiré de donner à son banquier les instructions et les fonds nécessaires pour le paiement de la traite.

742. Caractère facultatif de l'acceptation. En principe, le tiré n'est pas obligé d'accepter la traite, même s'il est débiteur d'une provision actuelle ; en effet, l'acceptation l'oblige selon le droit cambiaire et aggrave donc sa situation. Cependant, ce refus d'acceptation peut être gênant pour le tireur qui aura des difficultés pour faire escompter la traite. *L'acceptation est obligatoire* pour le tiré lorsque les conditions suivantes sont remplies (C. com., art. L. 511-15) :

a) la traite doit représenter le prix de vente de marchandises ;

b) la vente doit avoir été conclue entre commerçants ;

c) le tireur-vendeur doit avoir satisfait à toutes ses obligations ; notamment les marchandises doivent avoir été livrées et un délai d'usage doit avoir été laissé au tiré-acheteur pour les vérifier.

Si ces conditions sont réunies et que le tiré refuse d'accepter, il encourt la déchéance du terme de la créance fondamentale et le tireur peut lui demander le paiement immédiat du prix des marchandises. L'échéance de la lettre demeure échangée.

Ces dispositions ne sont pas impératives et il peut être stipulé dans le contrat de vente que le prix sera payé par traite non acceptable.

L'acceptation est aussi obligatoire aux termes de l'article 189 *bis*, A, du Code de commerce L. 512-8, lorsqu'il est convenu que le débiteur doit remettre au créancier un billet à ordre. Le créancier qui n'a pas reçu le titre dans les trente jours de l'envoi de la facture peut émettre une lettre de change que le débiteur est tenu d'accepter. Ce texte qui avait pour but d'inciter les grandes surfaces à payer plus rapidement n'est cependant pas appliqué.

743. Forme de l'acceptation. La lettre de change doit être présentée pour l'acceptation au domicile du tiré et non chez le domiciliataire. Pour permettre au tiré de vérifier l'existence de la provision, la loi lui donne la faculté de demander une seconde présentation, le

lendemain. En fait, les traites à accepter sont le plus souvent envoyées au tiré par la poste et renvoyées de la même manière. Le renvoi, qu'il y ait acceptation ou refus, doit intervenir dans un délai bref sous peine d'engager la responsabilité du tiré¹. La faute du tiré doit cependant avoir causé un *préjudice* au porteur².

Si le tiré accepte, sa signature doit être apposée sur la lettre de change elle-même. L'acceptation par acte séparé n'est qu'une reconnaissance de dette ordinaire et *n'a pas d'effets cambiaux*. En général, le tiré appose au recto de la lettre la mention « accepté » suivie de sa signature manuscrite, l'emploi d'un procédé mécanique étant exclu ; mais la seule signature du tiré, apposée au recto de la lettre, suffit pour valoir acceptation. L'indication de la date n'est pas nécessaire sauf si elle doit faire courir un délai de vue pour le paiement ou si une clause a prescrit que l'acceptation devrait intervenir avant ou après une certaine date.

L'acceptation peut ne porter que sur une partie du montant de la lettre de change, par exemple, si le tiré n'est encore débiteur que d'une partie de la provision (« accepté pour mille francs »).

L'acceptation doit être pure, simple et ne comporter ni terme ni condition ; ainsi le tiré ne pourrait pas accepter sous condition que la marchandise achetée par lui soit livrée. Sinon, le porteur a une option : il peut considérer que cela équivaut à un défaut d'acceptation et recourir contre le tireur ; mais il peut aussi se contenter de l'acceptation conditionnelle et, si la condition prévue se réalise, le tiré sera obligé comme si l'acceptation avait été pure et simple. De même, si l'acceptation est consentie pour un terme plus lointain que l'échéance de la traite, le porteur peut s'en contenter et n'a même pas à en aviser le tireur.

L'acceptation est sans effet si elle a été biffée avant la restitution de la lettre ; la loi présume que le biffage est intervenu avant cette restitution. Sauf ce biffage, l'acceptation portée sur le titre est irrévocable ; ainsi elle subsiste même si le tiré a envoyé au porteur un fax pour l'informer qu'il revient sur son acceptation, alors même que le fax parvient au porteur avant la lettre de change ; il faut, en effet, que les tiers soient protégés en vertu de la règle « foi est due au titre ».

744. Refus d'acceptation. Si le tiré refuse d'accepter la lettre, le porteur a la *faculté* de faire dresser un *protêt faute d'acceptation* dans les formes indiquées plus loin pour le protêt faute de paiement (*infra*, n° 628). S'il ne fait pas dresser ce protêt, il n'encourt aucune déchéance envers les autres signataires de la traite et peut attendre l'échéance de celle-ci pour recourir contre eux ; il n'en est autrement que si une clause imposait le protêt faute d'acceptation. Si le porteur fait dresser protêt, il pourra immédiatement et sans attendre l'échéance de la traite, exercer un recours en paiement contre les endosseurs, le tireur et les autres signataires de la traite ; il doit notifier le protêt au dernier endosseur dans les quatre jours, sous peine de dommages-intérêts éventuels. L'endosseur ou le tireur qui paie peut déduire un escompte pour le temps restant à courir avant l'échéance.

Ce recours anticipé peut être gênant pour le tireur. La loi lui permet, exceptionnellement, de demander au juge des délais de grâce qui ne peuvent d'ailleurs pas dépasser la date d'échéance de la lettre. C'est pour éviter ce recours que le tireur appose parfois sur la lettre la clause « non acceptable » (*supra*, n° 597) ou la clause « pas de protêt faute

1. Com. 12 févr. 1974, *JCP* 1975. II. 17961, note M. Cabrillac.

2. Par exemple, lorsque le porteur a poursuivi des relations avec un tireur en difficultés ; Com. 13 oct. 1992, *RTD com.* 1993. 136.

d'acceptation ». Enfin, en prévision d'un refus d'acceptation, il peut indiquer sur la lettre le nom d'un tiré subsidiaire qui acceptera par intervention (*infra*, n° 610).

Même en l'absence d'un protêt faute d'acceptation, le porteur peut exercer un recours anticipé contre le tireur et les autres signataires si le tiré est mis en faillite ou est en état de cessation de paiement ou de déconfiture. D'ailleurs le tiré en état de faillite ne peut plus accepter.

B. Effets de l'acceptation

745. Portée de l'acceptation. La loi dit que « l'acceptation suppose la provision » (art. L. 511-7, al. 4). Mais elle est plus qu'une présomption de provision : c'est un *engagement cambiaire du tiré à l'égard des porteurs successifs de la lettre de change*. Selon l'article L. 511-19, « par l'acceptation, le tiré s'oblige à payer la lettre de change à l'échéance ». Les effets de l'acceptation varient cependant selon les diverses relations qui peuvent naître de la lettre de change.

746. Relations entre le tiré acceptant et le dernier porteur de la lettre. C'est dans ces relations que l'acceptation produit ses effets maxima et vaut engagement *cambiaire* du tiré. On retrouve donc les six caractères de tout engagement commercial :

- 1° le tiré s'engage *commerciallement* ; il doit d'ailleurs avoir la capacité commerciale ;
- 2° il s'engage *unilatéralement* et, conformément au principe d'indépendance des signatures, il est obligé même si le tireur était incapable ou si sa signature a été falsifiée ;
- 3° il s'engage *solidairement* ; c'est même lui qui est le débiteur principal de la traite et c'est à lui que le porteur devra s'adresser en premier lieu lors de l'échéance ;
- 4° il ne peut obtenir aucun *délai de grâce* à l'échéance ;
- 5° son obligation cambiaire se *prescrit* rapidement ;
- 6° enfin il s'oblige de façon *abstraite* sans pouvoir opposer à un porteur de bonne foi les exceptions qu'il aurait pu opposer au tireur, spécialement celles provenant du défaut ou de l'illicéité de la provision.

Nous allons examiner ce principe d'inopposabilité à propos du tiré acceptant bien qu'il joue aussi à l'encontre du tireur, des endosseurs et, en général, de tout signataire de la lettre.

747. Principe d'inopposabilité des exceptions. Avant l'acceptation, le tiré est seulement débiteur de la provision en vertu du contrat de droit commun qui a donné naissance à celle-ci, par exemple d'une vente de marchandises. Sans doute, la lettre de change transmet cette créance de provision à tous les porteurs successifs de la lettre de change ; mais cette transmission n'a que les effets d'une cession de créance et ne modifie donc pas la situation du tiré ; celui-ci peut opposer aux porteurs successifs les exceptions qu'il aurait pu opposer au tireur lui-même. Par exemple, il peut soutenir qu'il ne doit rien parce que le contrat de vente est nul ou doit être résolu, ou qu'il ne doit qu'une partie de la provision parce que les marchandises étaient avariées, ou qu'il a déjà payé le tireur au moyen par exemple d'une compensation. Au contraire, *à partir de l'acceptation, le tiré ne peut plus opposer au porteur* – à condition que celui-ci soit de bonne foi¹ – *ces exceptions*

1. Le tiré qui paie au porteur de mauvaise foi dispose d'une action en répétition de l'indu ; Com. 18 oct. 1994, *RTD com.* 1994. 163, obs. M. Cabrillac.

fondées sur ses rapports personnels avec le tireur (C. com., art. L. 511-12). L'engagement cambiaire du tiré devient indépendant de la dette qu'il pouvait avoir à l'égard du tireur. D'ailleurs, si la traite a été endossée plusieurs fois, l'obligation cambiaire du tiré envers le dernier porteur est également indépendante des relations personnelles qu'il pouvait avoir avec un porteur précédent ; chaque endossement purge l'obligation du tiré des exceptions que celui-ci pouvait opposer à l'endosseur (*infra*, n° 619).

Le dernier porteur bénéficie, de ce fait, d'une grande sécurité puisqu'il n'a pas besoin de s'inquiéter des relations antérieures qui ont pu exister entre le tiré acceptant et le tireur ou les endosseurs précédents ; quelles qu'aient été ces relations, le tiré acceptant devra le payer sans pouvoir opposer les exceptions qu'il aurait pu opposer au tireur ou aux endosseurs.

748. Bonne foi du porteur. La règle de l'*inopposabilité des exceptions ne profite qu'au porteur de bonne foi*. Dans un premier temps, la jurisprudence a considéré que pour être de mauvaise foi, le porteur devait avoir agi sciemment au détriment du débiteur¹. Il devait savoir que la lettre, en obligeant le tiré acceptant à le payer lui causerait un préjudice indu. Tel est le cas du banquier qui escompte une lettre de change acceptée par un acheteur, en sachant pertinemment que les marchandises achetées n'ont pas encore été livrées et que la provision fait donc encore défaut. Le banquier devait savoir que le vendeur qui lui avait remis la traite était dans l'impossibilité technique ou financière de livrer la marchandise avant l'échéance de la traite.

Mais la connaissance par le banquier escompteur de la situation irrémédiablement compromise ne suffisait pas à constituer la mauvaise foi.

Aujourd'hui, la mauvaise foi se déduit de la seule connaissance par le banquier de la situation désespérée du remettant et d'elle seule². Connaissant cette situation, le banquier devait savoir que la provision ne pouvait être fournie à l'échéance. La rigueur du droit cambiaire est ainsi atténuée par faveur pour les tirés acceptant.

749. Exceptions opposables. Malgré le principe indiqué ci-dessus, certaines exceptions demeurent toujours opposables au porteur sans distinguer selon qu'il est de bonne ou de mauvaise foi. Ce sont les exceptions suivantes :

a) nullité de la traite à raison d'un *vice de forme* résultant de l'absence d'une mention exigée à peine de nullité : omission des mots « lettre de change », lettre créée au porteur, etc. ;

b) falsification de la signature du tiré ; les autres signataires demeurent d'ailleurs obligés.

En revanche, le tiré acceptant ne pourra pas opposer à un porteur de bonne foi :

a) une erreur, un dol ou une violence viciant son acceptation ;

b) le défaut de provision à raison de la nullité du contrat qui lui a donné naissance, serait-ce même une nullité d'ordre public pour cause ou objet illicite ; de même l'exception de jeu est inopposable ;

1. Com. 26 juin 1956, *JCP* 1956. II. 9600, note Roblot ; Com. 9 avr. 1996, *RTD com.* 1996. 500.

2. Com. 21 mai 1996, *RTD com.* 1996. 500, obs. M. Cabrillac. La mauvaise foi du banquier est déduite de sa déclaration à la procédure collective du débiteur, d'une créance dont l'importance était révélatrice d'une situation très obérée et de son accès à des informations privilégiées le rendant en mesure, lors de l'escompte, d'apprécier la situation irrémédiablement compromise du remettant ; Com. 8 et 10 juin 1997, *Dalloz Affaires* 1997. 900 et 1120 ; *RTD com.* 1997. 485. La mauvaise foi est retenue alors que l'augmentation importante des retours d'impayés et la dégradation constante de la trésorerie du tireur ne pouvaient manquer d'alerter le banquier escompteur.

- c) le défaut de provision à raison de la résolution du contrat qui lui a donné naissance ;
- d) l'insuffisance de la provision parce que les marchandises dont elle représentait le prix n'ont été livrées que partiellement ou sont avariées ;
- e) la disparition de la provision à raison d'un paiement fait au tireur, d'une compensation, de la prescription extinctive, etc.

750. Relations du tiré avec les endosseurs. Il faut supposer qu'à l'échéance le porteur n'a pas pu obtenir le paiement de la traite par le tiré acceptant ; il s'est retourné contre un endosseur qui l'a payée. À son tour, cet endosseur agit en remboursement contre le tiré acceptant. Celui-ci est obligé cambiairement à l'égard de cet endosseur et, sauf mauvaise foi de celui-ci, il ne peut pas plus lui opposer d'exceptions fondées sur ses relations avec le tireur qu'il n'aurait pu les opposer au dernier porteur.

751. Relations du tiré avec le tireur. Il est possible que le tireur soit porteur de la lettre de change soit qu'il l'ait conservée sans la remettre à l'escompte, soit qu'il ait payé le porteur à l'échéance à la place du tiré défaillant. Dans l'un et l'autre cas, le tireur réclamera le paiement de la traite au tiré acceptant. Le rôle de l'acceptation est ici moins considérable ; elle *présume* seulement l'existence de la provision et le tiré pourra prouver à l'encontre du tireur que cette provision n'existe pas, en lui opposant les exceptions provenant de leurs relations antérieures¹. Ainsi, il pourra opposer l'exception de nullité ou de résolution du contrat ayant donné naissance à la provision, l'exception de jeu, l'exception de compensation ou de prescription, etc. Les relations personnelles entre le tireur et le tiré l'emportent donc ici sur le caractère cambiaire de l'engagement du tiré résultant de son acceptation ; le *principe de l'inaopposabilité des exceptions ne joue pas entre le tiré et le tireur*. Il n'est même pas nécessaire que le tiré fasse la preuve de la mauvaise foi du tireur porteur.

752. Relation du tireur et du porteur. On verra que le porteur négligent qui ne fait pas dresser protêt pour défaut de paiement par le tiré à l'échéance perd son recours en garantie contre le tireur si celui-ci avait régulièrement constitué la provision avant l'échéance. Pour prouver l'existence de cette provision, le tireur ne peut pas se contenter de faire état de l'acceptation par le tiré ; cette acceptation ne produit aucun effet dans les relations entre le tireur et le porteur, pas même une présomption de provision ; il appartient au tireur de prouver par tous autres moyens que cette provision existait.

C. Effets de complaisance

753. Nullité des effets de complaisance. Une traite de complaisance est une lettre de change qui est signée par une personne qui n'a pas l'intention de la payer mais qui agit par complaisance pour une autre personne afin de lui permettre de se procurer des fonds en faisant escompter cette traite fictive par un banquier naïf. *Le plus souvent, c'est le tiré qui est complaisant*. Bien qu'il ne doive rien au tireur, il accepte la lettre de change que celui-ci tire sur lui et pourra ainsi faire escompter. Le tiré complaisant n'a nullement l'intention de payer personnellement la traite, le tireur lui ayant d'ailleurs promis de lui verser, avant l'échéance, les fonds nécessaires au paiement. *Parfois, c'est le tireur qui est*

1. Il s'agit d'une *présomption simple*.

complaisant. Il tire alors une traite sur le complu et fait escompter cette traite par son propre banquier. Généralement, le bénéficiaire de la complaisance n'a pas les fonds pour payer la traite à l'échéance et demande au complaisant de renouveler l'opération : ce sont les traites « de cavalerie » qui se chevauchent ainsi les unes sur les autres. On parle de « papier croisé » lorsque deux personnes tirent mutuellement l'une sur l'autre des traites de complaisance.

Ce n'est pas tant le défaut de provision qui justifie la nullité des traites de complaisance que le *défaut d'intention de s'obliger de la part du signataire* complaisant et que le *but frauduleux* de procurer du crédit au moyen d'un *effet fictif*.

Sur le *plan pénal*, les traites de complaisance constituent le *délit d'escroquerie* et elles entraînent les peines de la banqueroute en cas de faillite du signataire¹.

En droit commercial, la nullité de la traite de complaisance n'empêche pas les signataires – tireur ou tiré – d'être obligés envers le porteur de bonne foi qui a ignoré la fictivité de l'effet. En revanche, *la nullité peut être opposée par un signataire à un porteur de mauvaise foi* ; elle peut aussi être opposée entre signataires ayant participé à la fraude, notamment par le tireur au tiré complaisant qui a dû payer la traite.

La jurisprudence distingue les mauvaises traites de complaisance, qui sont nulles, des *bonnes traites de complaisance*, qui sont valables bien qu'elles ne reposent pas sur une provision actuelle et réelle. Tel est le cas, notamment, des « *effets de garantie* » tirés sur une caution et acceptés par celle-ci bien que sa dette, en tant que caution, soit purement conditionnelle. Tel est aussi celui des « *acceptations de banque* », le banquier n'acceptant la traite qu'à la place de son client qui est le véritable débiteur et qui devra lui fournir les fonds pour payer à l'échéance. Enfin, les « *effets de renouvellement* » permettent en se succédant, par exemple, de trois mois en trois mois, de mobiliser une créance à un terme de plusieurs années. La jurisprudence admet aussi la validité de « *l'escompte fournisseur* » ou « *escompte indirect* » dans lequel c'est l'acheteur qui fait escompter par son propre banquier une traite qu'il a acceptée mais qui lui est endossée par le vendeur. L'escompte par le banquier de l'acheteur sert à provisionner le chèque que, par ailleurs, l'acheteur remet à son vendeur. Si, à l'échéance de la traite, celle-ci n'est pas payée par l'acheteur, le banquier a un recours contre le vendeur qui a joué le rôle du tireur, sans que celui-ci puisse opposer qu'il s'agit d'un tirage de complaisance et qu'il avait été payé par le chèque. En réalité, dans ces différentes hypothèses, *il n'y a pas de véritable traite fictive* et de complaisance car le signataire (tiré acceptant ou tireur) a l'intention de payer éventuellement, ce qui suffit pour que la traite soit valable et même pour qu'il y ait provision.

§ 2. L'ACCEPTATION PAR INTERVENTION

754. Acceptation par un tiers intervenant. On a vu que si le tiré refuse d'accepter et que le porteur fasse dresser protêt, ce porteur peut exercer immédiatement un recours contre le tireur et les endosseurs. Pour échapper à ce recours, le tireur ou un endosseur peut désigner un tiers pour accepter à la place du tiré ; ce sera généralement le banquier du tireur ou de l'endosseur.

Ce tiers peut être désigné par le tireur dès l'émission de la lettre de change : on l'appelle le « *recommandataire* » ou « *besoin* » : il acceptera et paiera la traite à la place du tiré ;

1. L. 25 janv. 1995, art. 189-2 et 197-1.

son acceptation par intervention prive le porteur de son recours immédiat contre le tireur. Un tiers intervenant peut aussi être proposé après le refus d'acceptation par le tiré ; le porteur peut refuser son intervention et préférer exercer le recours contre le tireur. L'acceptation par intervention doit être expresse : « Accepté par intervention pour le compte (du tireur ou de X endosseur) », suivi de la signature du tiers intervenant.

L'acceptant par intervention est obligé cambiairement au paiement de la traite, lors de l'échéance. Mais il n'est tenu que comme celui pour le compte duquel il est intervenu ; s'il a agi pour le compte d'un endosseur, il n'est pas obligé à l'égard des signataires antérieurs à cet endosseur, notamment à l'égard du tireur.

755. Acceptation par intervention par le tiré. Au lieu d'accepter purement et simplement, le tiré lui-même peut accepter par intervention. Par là, il s'engage bien à payer la traite au porteur à l'échéance ; mais, à l'égard du tireur, il ne reconnaît pas l'existence de la provision de sorte que si le tireur exerce un recours contre lui il ne pourra pas soutenir que l'acceptation par intervention vaut présomption de provision.

§ 3. L'AVAL

756. Définition. L'aval (C. com., art. L. 511-21) est un *cautionnement solidaire* d'un signataire de la lettre de change, par lequel le donneur d'aval (ou « avaliste » ou « avaliseur ») s'engage cambiairement à payer la lettre à la place de ce signataire. Le donneur d'aval est souvent un banquier, un parent, un conjoint, un gérant ou un associé pour le compte d'une société, une société mère pour une filiale ou inversement.

757. Forme. L'aval peut être donné par une signature apposée¹ sur la lettre de change elle-même. Il peut être exprès : « Bon pour aval pour le compte de X » suivi de la signature manuscrite. Mais la simple signature de toute personne autre que le tiré, apposée au recto de la lettre, vaut aval. L'aval peut être daté ; sinon il est présumé avoir été donné le jour de l'émission de l'effet.

L'aval peut aussi être donné par « acte séparé », par exemple par une lettre missive adressée au bénéficiaire. Il faut mentionner le lieu de passation de l'acte à peine de nullité (C. com., art. 130). Il faut aussi préciser les effets avalisés ou tout au moins leur montant global, ainsi que la durée de la garantie ou l'échéance du dernier effet avalisé, ce qui permet de donner cet aval avant même la création matérielle des effets. Mais un aval général ou pour une durée indéterminée ne produirait pas d'effets cambiaux et ne vaudrait actuellement que comme caution.

L'aval peut être donné pour le compte d'un signataire quelconque de la lettre : tireur, tiré acceptant, endosseur, etc. S'il ne précise par pour le compte de qui il est donné, la loi décide qu'il l'est pour le compte du tireur ; la Cour de cassation a estimé qu'il s'agit là d'une règle de forme et qu'il n'est donc pas possible de prouver que l'aval a été donné en réalité pour le compte d'une autre personne, par exemple du tiré. Mais rien ne s'oppose à ce que le porteur prouve, dans les conditions du droit commun, l'existence d'un contrat ordinaire de caution par lequel le donneur d'aval aurait entendu cautionner une autre personne que le tireur, et notamment le tiré ; mais cette preuve doit être faite par des

1. L'aval ne peut résulter de l'utilisation d'une clef informatique ; Com. 26 nov. 1996, *JCP*, éd. E, 1997. 906, note Th. Bonneau.

moyens extérieurs à la lettre et ne pas résulter de la seule signature sur celle-ci, alors même que cette signature émanerait de l'épouse du tiré ou du dirigeant de la société tirée.

L'aval peut être partiel.

758. Effets. Le donneur d'aval, comme tout signataire de la lettre de change, est tenu *cambiallement* de payer la lettre de change : son engagement est donc commercial, unilatéral, solidaire, abstrait, exclusif de tout délai de grâce et soumis à une courte prescription. Notamment, le donneur d'aval ne peut pas opposer au porteur de bonne foi, les exceptions provenant de ses rapports personnels avec celui pour le compte de qui il a donné son aval.

Mais, comme c'est une caution, il est tenu, en principe, de la même manière que le signataire pour le compte duquel il s'est engagé ; il pourra donc opposer au porteur les exceptions que ce signataire aurait pu lui-même opposer ; par exemple, s'il a donné son aval pour le compte du tiré, il pourra opposer le défaut de provision au tireur ; de même s'il a avalisé un endosseur, il pourra se prévaloir de la négligence du porteur pour écarter le recours de celui-ci ; de même l'avaliste profite de la transaction conclue entre celui dont il garantit la signature et le porteur.

Toutefois, il ne peut pas opposer à celui-ci les exceptions fondées sur la *nullité* de l'engagement du signataire, à raison par exemple d'une incapacité ou d'un vice du consentement ; il semble en revanche qu'il puisse, comme ce signataire, opposer les exceptions fondées sur une nullité pour objet ou cause illicite ou pour défaut de cause ; la solution a été donnée, par exemple, pour le donneur d'aval qui avait garanti un acheteur à crédit alors que la vente à crédit et le prêt correspondant étaient nuls pour défaut de versement au comptant du quart du prix.

L'avaliste ne peut pas opposer les exceptions purement personnelles au signataire garanti.

Comme toute caution, le donneur d'aval a le bénéfice de cession d'actions ; il peut refuser de payer si le porteur ne peut plus, par son fait, le subroger dans ses droits. Si le donneur d'aval paie la lettre il a un recours cambial en remboursement contre les signataires antérieurs de la lettre ; d'autre part, il peut toujours recourir, en vertu du contrat de cautionnement, contre celui pour le compte duquel il a donné son aval.

Section 4

La circulation de la lettre de change

759. Principes. La lettre de change est en principe un titre à ordre qui peut être transmis très simplement au moyen de la formalité de l'endossement (C. com., art. L. 511-8). Il existe trois sortes d'endossement : l'endossement *translatif* qui fait passer au nouveau porteur tous les droits attachés à la traite ; l'endossement *pignoratif* ou *de garantie* qui lui donne un droit de gage sur la traite ; l'endossement *de procuration* qui ne confère au nouveau porteur qu'un mandat d'encaissement.

La lettre de change ne peut jamais être créée au porteur ; mais après un endossement « en blanc », elle pourra circuler comme un titre au porteur par simple tradition de main en main.

La faculté d'endosser la lettre de change peut être exclue par une clause expresse : clause « non endossable » ou « non à ordre » ; cette clause peut être insérée dès la création

de la lettre par le tireur ou plus tard par un endosseur. La lettre est alors « à personne dénommée » ou « nominative » ; elle ne peut être cédée ou donnée en gage que dans les formes et avec les effets prévus, en droit civil, pour la cession de créance ou la constitution de gage sur créance (C. civ., art. 1690 et 2075) : il faut donc une signification par huissier au tiré et celui-ci peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.

§ 1. ENDOSSEMENT TRANSLATIF

760. Notion. Cet endossement a pour but de transmettre de l'endosseur à l'endossataire tous les droits attachés à la lettre de change. Il permettra notamment à l'endosseur de payer à l'endossataire une créance qu'il lui doit (valeur fournie) ; ou bien il permettra de faire escompter la traite par un banquier, ou de la faire réescompter par la Banque de France. *L'escompte*, très pratiqué, est l'opération de crédit par laquelle le porteur d'une lettre de change en transfère la propriété à un banquier, qui en avance immédiatement le montant, (diminué de sa rémunération) et sera remboursé à l'échéance grâce au paiement par le tiré.

Il convient d'examiner les conditions (A) et les effets (B) de l'endossement translatif.

A. Conditions de validité

761. Conditions de forme. Elles ont été simplifiées de plus en plus ; trois formes sont possibles.

a) Endossement nominatif avec désignation du nouveau bénéficiaire : « payez (ou « transmis » ou « veuillez payer ») à M. X ou à son ordre », suivi de la date et de la signature. La mention « ou à son ordre » n'est pas nécessaire et même en son absence le nouveau porteur ne pourra réendosser la lettre. Il ne serait privé de cette faculté que si l'endosseur ajoutait la clause « non à ordre » ou « non endossable ».

b) Endossement au porteur : « passé (ou « transmis ») au porteur », suivi de la date et de la signature. La lettre devient alors un titre au porteur qui peut être transmis par tradition, de la main à la main, sans nouvel endossement. Mais le porteur, s'il le préfère peut aussi la réendosser en la signant.

c) Endossement en blanc : il résulte de la seule signature de l'endosseur. La lettre de change devient un titre au porteur comme dans le cas précédent et peut être transmise de la main à la main, sans signature nouvelle. Mais le porteur peut aussi la réendosser « en blanc » en la signant ou la réendosser en indiquant le nom du nouveau porteur ; ces solutions sont préférables car la lettre se « charge » ainsi de signatures qui en augmentent la sécurité pour le porteur.

La signature de l'endosseur qui est *impérative* peut être manuscrite ou apposée par un timbre, un cachet ou tout autre procédé non manuscrit (signature « à la griffe » validée par L. 16 juin 1966).

Ces endossements sont apposés au dos de la lettre, d'où leur nom ; s'il n'y a plus de place sur la lettre on lui ajoute au besoin une « allonge ».

L'indication de la date de l'endossement n'est pas exigée à peine de nullité ; la loi présume, dans ce cas, que l'endossement est intervenu avant l'échéance.

L'endosseur peut ajouter des clauses facultatives sur la lettre¹ ; elles ne sont opposables qu'aux porteurs ultérieurs, conformément au *principe d'indépendance des signatures*.

762. Conditions de fond. Ce sont d'abord celles exigées pour l'émission de la lettre de change ; notamment l'endosseur doit avoir la capacité commerciale. En outre, la lettre de change ne doit pas être déclarée non endossable.

L'endosseur doit être le dernier *porteur régulier* de la traite. L'endossataire (c'est-à-dire le bénéficiaire de l'endossement) devra *vérifier la « chaîne des endossements »* pour s'assurer de la régularité des droits de l'endosseur et vérifier notamment que la lettre lui avait bien été transmise au moyen d'un endossement translatif. Il doit y avoir une *suite ininterrompue d'endossements réguliers*.

L'endossement ne peut pas être partiel, à la différence de l'acceptation ou de l'aval. Il doit être pur et simple : toute condition est réputée non écrite.

L'endossement peut intervenir jusqu'au protêt faute de paiement ou jusqu'à l'expiration des délais de protêt. Après cette date, l'endossement peut encore intervenir, mais il ne produit que les effets d'une cession civile de créance : l'endosseur n'est pas garant solidaire du paiement de la traite et l'endossataire peut se voir opposer toutes les exceptions opposables à l'endosseur. D'après la jurisprudence, cet endossement après échéance doit être fait au profit d'une personne désignée ; il ne résulterait pas d'une simple tradition au porteur.

B. Effets de l'endossement translatif

763. Droits du porteur. Le nouveau porteur devient *titulaire de tous les droits cambiaux* que l'endosseur pouvait avoir contre les signataires antérieurs de la lettre : droit de demander le paiement au tiré acceptant et, à défaut, recours contre le tireur, les endosseurs et les donneurs d'aval. Et si le nouveau porteur est de « bonne foi », aucun de ces signataires ne pourra lui opposer les exceptions qu'il aurait pu opposer au précédent porteur à raison des relations personnelles qu'il pouvait avoir avec celui-ci. Par exemple, si le précédent porteur était de mauvaise foi et que le tiré ait pu lui opposer le défaut de provision, cette exception sera inopposable au nouveau porteur s'il est de bonne foi ; de même, si le précédent porteur pouvait se voir opposer par le tireur une exception fondée sur l'absence de valeur fournie, cette exception ne pourra pas être opposée par le tireur de bonne foi. Celui-ci acquiert donc les droits de l'endosseur, mais purgés de leurs vices ; il a ainsi plus de droits que son endosseur.

La *propriété de la provision* est transmise au nouveau porteur, si du moins cette provision existe et dans la mesure où elle existe ; en revanche la créance de valeur fournie que l'endosseur pouvait avoir contre le tireur ou le précédent endosseur, n'est pas transmise au nouveau porteur.

L'endosseur, en signant la lettre de change, s'*engage cambiairement* à la payer à tout porteur à l'échéance, à la place du tiré défaillant. Comme tout engagement cambiaire, cette obligation est commerciale, unilatérale, solidaire, abstraite, exclusive de tout délai de grâce et soumise à une courte prescription. L'endosseur conserve le droit d'opposer à

1. Par la clause non endossable, l'endosseur n'est pas tenu à la garantie envers les personnes auxquelles la lettre est ultérieurement endossée (art. 119, al. 2). Par la clause de non garantie, l'endosseur s'exonère totalement ou partiellement de la garantie qu'il doit normalement à l'endossataire et aux porteurs postérieurs (art. 119, al. 1^{er}).

l'endossataire les exceptions fondées sur leurs relations antérieures, notamment l'absence de créance de valeur fournie de l'endossataire à l'encontre de l'endosseur ; mais ces exceptions deviendraient inopposables à un nouveau porteur de bonne foi à qui l'endossataire aurait à son tour transmis la lettre.

L'endossataire acquiert également la créance extracambiale de la provision. Il peut ainsi bénéficier des sûretés attachées à la créance fondamentale¹.

§ 2. ENDOSSEMENT PIGNORATIF OU DE GARANTIE

764. Assimilation à une mise en gage. Cet endossement permet de remettre l'effet en gage à un créancier dans des conditions plus simples que celles prévues, en droit civil, pour la remise de créance en gage ; ces formes du droit commun de la mise en gage sont d'ailleurs parfaitement valables et la jurisprudence admet qu'elles produisent les mêmes effets cambiaux.

En la forme, il doit être stipulé expressément et résulte, par exemple de la formule inscrite au dos de la lettre : « valeur en gage » ou « valeur en garantie » (C. com., art. L. 511-13). Il peut aussi résulter de la seule remise de la traite, sans endossement (C. com., art. 91, al. 1^{er}, C).

L'endossataire n'acquiert pas la propriété de la traite ; il ne peut pas valablement la réendosser à titre translatif ou à titre pignoratif et commettrait même un abus de confiance en le faisant ; mais il peut la réendosser à titre de procuration pour la faire encaisser.

L'endossataire a les droits d'un créancier gagiste ; si, à l'échéance, il n'est pas remboursé de sa créance par l'endosseur, il peut se faire payer la lettre par le tiré et se rembourser sur son montant. En tant que gagiste, il est porteur régulier de la traite et bénéficie du principe de l'*inopposabilité des exceptions* ; le tiré acceptant, le tireur et les autres signataires ne peuvent pas lui opposer les exceptions qu'ils auraient pu opposer à l'endosseur. D'autre part, celui-ci, comme tout signataire de la lettre de change, en garantit cambiairement le paiement.

En pratique, ces règles ne sont pas observées : la mise en gage (« en pension ») d'un effet de commerce se réalise au moyen d'un endossement en blanc, de sorte qu'à l'égard des tiers, le gagiste a tous les droits d'un endossataire à titre translatif ; mais, entre les parties, un acte séparé ou un échange de correspondances précise qu'il ne s'agit que d'un gage.

§ 3. ENDOSSEMENT PAR PROCURATION

765. Effets d'un mandat. Cet endossement donne à l'endossataire (généralement un banquier ou un centre de chèques postaux) le *mandat* d'encaisser l'effet à la place de son titulaire.

En la forme, il doit être stipulé expressément et résulte, par exemple, de la formule inscrite au dos de la lettre : « valeur en recouvrement » ou « pour encaissement » ou « par procuration » ou toute autre mention impliquant un simple mandat.

L'endossataire n'est en principe qu'un mandataire ; il ne devient pas titulaire de l'effet et ne peut pas le réendosser sauf à titre de procuration (par ex. la Banque de France qui se

1. Pour la réserve de propriété, Com. 11 juill. 1988, *RTD com.* 1988. 656.

charge des encaissements). Il peut se voir opposer par le tiré ou les autres signataires toutes les exceptions opposables à l'endosseur. Il est responsable de tout retard ou de toute négligence dans le recouvrement de l'effet et dans la conservation des recours ; mais il ne garantit naturellement pas que l'effet sera payé.

Ici encore, *ces formalités ne sont pas observées en pratique* : le porteur se borne à endosser la lettre « en blanc ». *À l'égard des tiers*, l'endossataire apparaîtra comme le titulaire de l'effet. En application des règles de la *simulation* ils pourront en conséquence démontrer que l'endossement recouvre un simple mandat. Entre les parties, la preuve du mandat peut être rapportée par tous moyens. Il est parfois délicat de dire si le banquier à qui une lettre de change a été ainsi endossée en blanc l'a reçue à l'escompte (endossement translatif) ou pour encaissement (endossement de procuration). On tiendra compte notamment de la date de l'endossement et de la remise au banquier par rapport à la date d'échéance de la traite, ou encore des habitudes des parties, de la façon dont le banquier a inscrit le montant de la traite au compte de son client remettant, etc.

Section 5

Le paiement de la lettre de change

766. *Sauf fraude ou faute lourde, le tiré est libéré par le paiement effectué entre les mains du porteur légitime.* Il convient d'examiner successivement les modalités du paiement de la lettre de change (§ 1), les conséquences de son défaut de paiement et la prescription des recours cambiaux (§ 2).

§ 1. MODALITÉS DE PAIEMENT DE LA LETTRE DE CHANGE

767. *Qui doit payer ?* *C'est le tiré* qui doit payer la traite s'il l'a acceptée ou même, à défaut, s'il y a provision suffisante. Même s'il n'y a ni acceptation ni provision, le tiré peut payer ; mais il le fait alors en l'acquit du tireur et a naturellement un recours contre lui.

D'autres personnes peuvent être tenues de payer à la place du tiré, notamment le « recommandataire » (ou « besoin ») désigné sur la lettre par le tireur, ou un accepteur par intervention.

Enfin, toute personne peut payer la lettre de change *par intervention* à la place du tiré aussi bien qu'à celle de toute autre signataire ; tireur, endosseur, etc. ; dans l'acquit, il faut dire pour le compte de qui le payeur intervient, sinon la loi présume que c'est pour le tireur comme en matière d'aval (C. com., art. 171, al. 1^{er}). L'intervenant doit offrir de payer au plus tard le lendemain du dernier jour utile pour faire protêt, et il doit offrir le montant total de la lettre. Si ces conditions sont réunies, le porteur ne peut pas refuser de recevoir ce paiement qui libère tous les signataires postérieurs à celui au profit de qui l'intervention a eu lieu ; l'intervenant est subrogé dans les droits du porteur contre le signataire garanti et contre les signataires antérieurs.

La clause de domiciliation a pour effet d'obliger le porteur à présenter l'effet au paiement chez le domiciliataire. Ce dernier n'est pas personnellement tenu de payer ; il n'agit que comme mandataire du tiré et sur les instructions de celui-ci. Il doit donc s'assurer de la volonté de payer du tiré., quand bien même la lettre de change aurait été acceptée. Un paiement effectué par le banquier sans instruction est inopposable au client-tiré. En effet,

la banque domiciliataire qui paie sans mandat ne se dessaisit pas valablement des fonds dont elle est le dépositaire. Le tiré a ainsi droit à restitution du montant de la traite¹.

dès lors qu'il est habilité à payer l'effet, le banquier engage sa responsabilité à l'égard du porteur s'il lui refuse le paiement alors que la position du compte ou l'existence d'un découvert autorisé lui aurait permis de l'effectuer².

768. Qui a droit au paiement ? C'est le dernier porteur régulier en vertu d'une chaîne continue d'endossements : le tiré doit vérifier que les noms des endosseurs successifs correspondent bien aux noms des bénéficiaires successifs ; mais il n'a pas à vérifier la capacité des signataires ni la validité des signatures.

Le droit du porteur au paiement ne peut être discuté ; le tiré n'a à vérifier ni la capacité, ni même l'identité du présentateur ; toutefois il commettrait une faute lourde exclusive d'un paiement libératoire s'il savait pertinemment que le présentateur est un incapable ou n'est pas la personne désignée comme bénéficiaire par la traite. En tout cas, le tiré n'a pas à demander au porteur de justifier de la valeur fournie par celui-ci au tireur ou au dernier endosseur.

D'autre part, la loi (C. com., art. L. 511-31) prévoit qu'*il peut être fait opposition au paiement de la lettre de change dans deux cas* :

a) si la lettre a été *perdue ou volée*. Si la lettre n'a été émise qu'en un seul exemplaire, le porteur dépossédé qui a fait opposition entre les mains du tiré, ne peut obtenir paiement de l'effet qu'avec l'autorisation du président du tribunal de commerce, sur justification de sa propriété de la lettre et du montant de celle-ci au moyen notamment de ses livres de commerce et après avoir fourni une caution qui demeure tenue pendant trois ans pour le cas où un porteur de bonne foi se présenterait. Si la lettre avait été émise en plusieurs exemplaires et qu'un soit perdu, on peut présenter un autre exemplaire au paiement ; toutefois si l'exemplaire perdu était celui accepté par le tiré, il faudrait une autorisation judiciaire ;

b) si le porteur est *en liquidation ou en redressement judiciaire*, l'administrateur ou le liquidateur peut faire opposition et demander que la traite lui soit payée.

Toute autre opposition est en principe irrecevable, notamment de la part du tireur ; mais comme le tiré n'a pas à se faire juge de la validité d'une opposition et ne paiera qu'en cas de mainlevée volontaire ou judiciaire de celle-ci, en pratique les oppositions sont fréquentes.

769. Date et lieu du paiement. Obligation de présentation. La date du paiement est celle de l'échéance indiquée sur la traite. *Avant cette date*, le porteur ne peut pas réclamer le paiement au tiré ; de son côté le tiré ne peut pas imposer un paiement anticipé au porteur à moins que la traite ne porte la « clause d'escompte » ; dans ce cas, le tiré pourra déduire l'intérêt au taux légal pour le temps restant à courir jusqu'à l'échéance.

Le porteur est tenu de présenter la traite au paiement, au domicile du tiré ; cependant *il doit la présenter chez le domiciliataire s'il en est indiqué un*. Toutes les banques sont présentatrices ou domiciliataires. Il existe un système bancaire de télécompensation qui règle les rapports interbancaires après la remise à l'encaissement.

Si la lettre est à échéance fixe, ou à un certain délai de date ou à un certain délai de vue, cette présentation doit être faite le jour de l'échéance ou l'un des deux jours ouvrables

1. Com. 30 nov. 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 10, obs. P. Bouteiller ; *RTD com.* 2000. 149, note M. Cabrillac.

2. Com. 23 nov. 1999, *RTD com.* 2000. 150, obs. M. Cabrillac.

suivants (C. com., art. L. 511-26) : le samedi, le dimanche, les jours de fête légale, les « ponts » ne sont pas des jours ouvrables. Une loi de 1940, toujours en vigueur, admet à titre provisoire que la traite peut être présentée dans les dix jours qui suivent l'échéance. Si la lettre est à vue, elle doit être présentée au paiement dans l'année qui suit sa création.

Si le porteur ne respectait pas ces délais de présentation, il serait « négligent » et perdrait ses recours contre les signataires ; le tiré pourrait aussi déposer le montant de la traite à la Caisse des dépôts et consignations.

Le tiré (ou son domiciliataire) doit payer la lettre au moment où elle est présentée. Il ne peut bénéficier d'aucun délai de grâce judiciaire et la jurisprudence en déduit que les tribunaux ne peuvent pas surseoir au paiement à raison, par exemple, d'une mise sous séquestre de la traite ou sous prétexte qu'une instance pénale est en cours (par exemple pour faux) ou qu'un compte est à faire ou qu'une expertise est utile. Mais rien ne s'oppose à ce que le porteur accorde au tiré des délais conventionnels de paiement ou une prorogation d'échéance, à la condition d'aviser les autres signataires ; ces délais ne sont pas opposables au tireur sans son consentement.

770. Objet et modalité de paiement. C'est le montant total de la traite qui doit être payé ; cependant si le tiré offre un *paiement partiel*, le porteur ne peut pas le refuser, sauf à faire dresser protêt pour le solde.

La lettre doit être payée dans la *monnaie ayant cours légal* au lieu du paiement ; si la traite est libellée en devises étrangères, elle n'est payable dans ces devises que dans la mesure permise par des règles sur le contrôle des changes ; la conversion en francs se fait au cours du jour de l'échéance à moins que le porteur ne préfère le cours du jour du paiement effectif.

La lettre peut être payée par *chèque* : ce mode de paiement est même obligatoire pour le tiré et le porteur s'ils sont tous deux commerçants et que le montant de la traite excède 5 000 F. Pour conserver ses recours éventuels contre les signataires de la lettre, en cas de chèque sans provision, le porteur doit présenter ce chèque au paiement dans le délai légal qui est de huit jours en principe ; si le chèque n'est pas payé, le porteur doit faire dresser protêt pour défaut de paiement du chèque ; il notifie ce protêt au tiré en lui demandant de nouveau le paiement de la traite ou, à défaut, la restitution de celle-ci. L'huissier dresse alors protêt pour défaut de paiement ou de restitution de la traite ; le défaut de restitution est puni des peines de l'abus de confiance.

Enfin, les lettres de change sont très généralement payées entre banquiers, par compensation *en chambre de compensation*. L'article L. 511-26 du Code de commerce énonce que la présentation d'une lettre de change à une chambre de compensation équivaut à une présentation au paiement. Le solde dû par un banquier à l'autre est réglé par un mandat de virement sur le compte du premier à la Banque de France ; en cas de défaut de provision du compte, une procédure analogue à celle du paiement par chèque sans provision est prévue. Le but de la « lettre de change relevée » mentionnée sur des bandes susceptibles d'être utilisées par l'ordinateur de la Banque de France, est notamment de faciliter cette compensation (V. *supra*, n° 637).

Le paiement doit être prouvé. Si le paiement est total, le tiré peut exiger que la lettre lui soit remise acquittée par le porteur. Une remise du titre sans l'acquit vaut également présomption irréfragable de paiement en application de l'article 1282 du Code civil¹.

1. Com. 6 mai 1991, *Bull. civ.* V, n° 158.

§ 2. DÉFAUT DE PAIEMENT DE LA LETTRE DE CHANGE

771. Principes. Le porteur impayé, doit, s'il veut conserver ses droits, faire dresser un protêt (A). Il dispose alors de recours contre les signataires de la lettre (B). Les délais de prescription des recours sont brefs (C).

A. Le protêt faute de paiement

772. Forme de protêt. Si le tiré (ou le domiciliataire) ne paie pas la lettre à présentation ou ne la paie que partiellement, le porteur doit faire dresser protêt faute de paiement, sinon il est « négligent » et perd une partie de ses recours contre les autres signataires.

Le protêt est un acte dressé par un huissier ou par un notaire qui constate officiellement que la traite a été présentée régulièrement au tiré à l'échéance et qu'elle n'a pas été payée. Il contient la copie intégrale de la lettre de change, une sommation de payer adressée au tiré, la constatation de la présence ou de l'absence de celui-ci et, éventuellement, des motifs de refus de paiement.

Le protêt doit être dressé dans les délais de présentation, c'est-à-dire dans les dix jours qui suivent l'échéance. En pratique, l'huissier laisse un avis au tiré lui disant que la traite pourra être retirée par lui à l'étude, moyennant paiement, jusqu'à telle date. Après cette date, l'huissier dresse protêt et en remet une copie sous enveloppe au tiré. Le protêt est inscrit sur un registre tenu par l'huissier. Il est enregistré en débet, c'est-à-dire sans paiement immédiat des droits : dans les quarante-huit heures, l'huissier en donne avis au tireur par lettre.

773. Caractère obligatoire. Le porteur est obligé de faire dresser le protêt faute de paiement, sinon il est considéré comme « négligent » et perd ses recours (*infra*, n° 631). Toutefois, la loi le dispense de le faire dans les cas suivants :

- s'il a fait dresser protêt faute d'acceptation ;
- lorsque le tiré est mis en redressement ou en liquidation judiciaire ;
- lorsque le tireur d'une lettre de change non acceptable est mis en redressement judiciaire.

La dispense de protêt résulte aussi très souvent d'une *clause « sans protêt »* ou « *sans frais* » apposée sur la traite soit par le tireur, soit par un endosseur ; dans ce dernier cas la dispense de protêt n'est pas opposable aux signataires antérieurs, notamment au tireur. La clause est fréquente lorsque la traite porte sur une faible somme ou est émise sur un tiré non commerçant ou un client qu'on veut ménager. Cette clause ne dispense que du protêt, mais non de la présentation de la traite au paiement ; cette présentation est d'ailleurs présumée. La clause n'empêche pas le porteur de faire dresser protêt, mais il en supporte les frais.

774. Publicité des protêts. Une loi du 2 août 1949 a organisé la publicité des protêts pour défaut de paiement de lettres de change acceptées, de billets à ordre et de chèques bancaires ou postaux afin de permettre aux tiers de se renseigner sur la situation financière des commerçants débiteurs. L'huissier qui dresse le protêt en envoie une copie au greffier du tribunal de commerce du domicile du tiré acceptant de la lettre ou du souscripteur du billet à ordre ou du chèque. Les protêts dressés depuis plus d'un mois sont inscrits sur un fichier au nom du débiteur ; ils sont rayés un an après le protêt. Tout intéressé peut obtenir

un extrait, mais la reproduction dans les journaux est interdite. Le débiteur peut obtenir la radiation sur présentation de l'effet dûment payé. Le greffier envoie une des copies du protêt au Parquet qui, s'il s'agit d'un chèque sans provision, poursuit le souscripteur. Cette publicité rend des services, notamment en matière de faillite, pour savoir si le débiteur est en état de cessation de paiements.

B. Le recours contre les signataires

775. Recours du porteur diligent. À défaut de paiement de la lettre par le tiré ou par un tiers intervenant, le porteur dispose de recours contre les autres signataires de la lettre à la condition qu'il ait présenté la lettre au paiement et qu'il ait, sauf dispense, fait dresser protêt dans les délais légaux. Il peut réclamer le paiement du montant de la traite, plus les intérêts au taux légal depuis le jour du protêt et les frais de protêt, à l'un quelconque des signataires de la traite puisque tous en sont garants solidaires : dernier endosseur, endosseurs précédents, tireur, donneurs d'aval, etc.

Dans les quatre jours du protêt, le porteur doit donner avis du protêt à son endosseur qui, à son tour, doit aviser l'endosseur précédent dans les quarante-huit heures et ainsi de suite jusqu'au tireur. Ces formalités ne sont pas exigées à peine de nullité ou de déchéance, mais seulement de dommages-intérêts éventuels :

a) le porteur peut assigner l'un quelconque des signataires ou plusieurs d'entre eux, à son choix, devant le tribunal de commerce ; il peut notamment utiliser la procédure accélérée de recouvrement des petites créances si la lettre de change est acceptée (procédure de l'injonction de payer) ;

b) il peut aussi tirer une traite en sens inverse sur son endosseur ou un autre des signataires (c'est le « rechange » ou « retraite ») ;

c) en pratique, il se borne à retourner la traite au dernier endosseur en lui demandant de fournir un autre moyen de paiement, ou, si c'est un banquier qui a pris à l'escompte la traite que lui a remise ou endossée un client, ou en *contre-passant* le montant au débit du compte courant de ce client.

Le signataire qui, à la demande du porteur, paie la traite à la place du tiré, dispose à son tour d'un recours en garantie contre l'un quelconque des signataires antérieurs. On remontera ainsi, de proche en proche, jusqu'au tireur qui disposera à son tour d'un recours contre le tiré à moins que celui-ci prouve qu'il n'y avait pas provision et qu'il ne devait donc rien au tireur.

Le porteur dispose également de *recours extra cambiaries*. Il dispose de l'*action de provision* c'est-à-dire d'une action fondée sur la créance fondamentale du tireur sur le tiré qui doit exister à l'échéance.

Chaque porteur a aussi une action issue du contrat qui lie le porteur à son endosseur.

776. Déchéance du porteur négligent. Le porteur est « négligent » lorsqu'il n'a pas fait dresser dans les délais légaux le protêt faute de paiement, ou bien lorsque étant dispensé de ce protêt, il n'a pas fait présenter la lettre au paiement dans ces délais. Il l'est aussi lorsqu'il n'a pas fait dresser le protêt faute d'acceptation si une clause de la lettre l'imposait ou lorsqu'il a refusé un paiement par intervention.

La sanction de cette négligence est la *perte de certains recours* :

a) le porteur conserve toujours le droit de demander le paiement au *tiré* soit en se fondant sur l'acceptation, soit, à défaut, en se fondant sur la provision ;

b) le porteur perd au contraire ses recours contre les *endosseurs successifs* : toutefois il conserve le recours de droit commun, fondé sur la créance de valeur fournie contre le dernier endosseur qui lui avait transmis la lettre pour régler cette créance ;

c) contre le *tireur*, une distinction doit être faite : s'il y avait provision à l'échéance, le tireur est libéré ; il reste au contraire tenu envers le porteur négligent s'il n'y avait pas provision. C'est au tireur à faire preuve de l'exigence de la provision, même si la traite avait été acceptée par le tiré ;

d) les avaliseurs sont libérés ou demeurent tenus comme les signataires pour le compte duquel ils avaient donné leur aval.

C. Prescription des recours cambiaires

777. Délais de prescription. En raison du caractère très rigoureux des engagements cambiaires, la loi les soumet à des délais de prescription extinctive très brefs. Ces délais sont :

a) de trois ans, à compter de l'échéance, pour le recours du porteur contre le tiré acceptant ;

b) d'un an à compter du protêt ou, en cas de dispense, à compter de l'échéance, pour le recours du porteur contre les endosseurs ou le tireur ;

c) de six mois à compter du paiement ou de l'assignation en paiement, pour le recours d'un signataire contre un autre signataire.

Le délai de prescription est interrompu selon le droit commun par une action en justice ou par une reconnaissance de dette à la suite desquelles un nouveau délai identique recommence à courir ; cependant ce sont les délais de droit commun de 30 ou 10 ans qui recommencent à courir après un jugement de condamnation ou après une reconnaissance valant novation. Ces courtes prescriptions ne sont que des présomptions de paiement qui peuvent être écartées par un aveu ou un serment établissant le défaut de paiement ; tel est le cas, par exemple, si en justice le tiré a d'abord invoqué une prorogation d'échéance par le porteur, avant d'opposer à celui-ci la prescription triennale.

778. Survie des actions de droit commun. L'extinction par prescription des recours cambiaires laisse subsister les recours fondés sur le droit commun et résultant des relations personnelles pouvant exister entre les parties. Ainsi le porteur conserve le droit d'invoquer la propriété de la provision à l'encontre du tiré, la créance de provision demeurant soumise au délai de prescription du droit commun qui lui est applicable. De même, le porteur peut invoquer sa créance de valeur fournie contre celui qui lui a remis ou endossé la lettre.

Section 6

La lettre de change relevé

779. Raison d'être. Le traitement d'une lettre de change classique suppose un nombre considérable de manipulations. La pratique bancaire a profité des possibilités offertes par l'informatisation pour diminuer les coûts de traitement de l'effet. La lettre de change relevé (LCR) répond à cet impératif. Il en existe deux variétés. La *lettre de change relevé*

papier se matérialise par un document. La *lettre de change relevé magnétique* fait disparaître tout support.

Ces deux LCR vont supplanter la lettre de change papier classique. Depuis le 3 mai 1994, le paiement par compensation entre banques exige que toutes les traites soient présentées à l'ordinateur. En raison de ces réformes, il existe un petit nombre de traites qui circulent. La circulation des titres est remplacée par celle des données.

§ 1. LA LCR PAPIER

780. Création du titre. La lettre de change relevé papier revêt la forme d'un titre. C'est une véritable lettre de change qui doit comporter toutes les mentions imposées par le formalisme cambiaire. Le recouvrement de l'effet est réalisé par un procédé informatique. Pour cette raison, la lettre comporte une clause de domiciliation.

La LCR n'a pas vocation à circuler. Les données de l'effet sont reportées sur une bande magnétique. Sont également enregistrées les coordonnées bancaires du tiré qui figurent sur son relevé d'identité bancaire (RIB).

Seul le support magnétique circule entre les banques.

La LCR n'a pas vocation à être endossée ou à être acceptée.

781. Paiement de la LCR. Le paiement se fait de banque à banque sans présentation matérielle du papier. Le déroulement de l'opération est le suivant :

- six jours avant l'échéance au plus tard, le banquier présentateur envoie à l'ordinateur de compensation la bande magnétique réalisée à partir des LCR papier adressées par ses clients (les tireurs) ou directement établies par eux. Le banquier conserve en sa possession les titres papier. Cet envoi équivaut à une présentation au paiement, il préserve donc les recours cambiaires ;

- les comptes des tireurs sont crédités à une date qui varie en fonction de la nature de l'opération : escompte ou remise à l'encaissement ;

- chaque banque domiciliataire reçoit de l'ordinateur une liste des lettres dues par ses clients ;

- cinq jours avant l'échéance, le banquier doit prévenir ses clients (les tirés). Il leur adresse un relevé de lettre de change composé de deux documents : une demande de bon à payer et un duplicata ;

- la veille de l'échéance, le tiré doit retourner au banquier domiciliataire le bon à payer avec ses instructions de payer ou de refuser le paiement.

Selon le cas, le banquier paie le montant de la LCR ou crée une bande des effets impayés qu'il adresse au banquier présentateur. Si ce retour n'est pas effectué dans les six jours, le banquier du tireur est fondé à considérer la LCR comme réglée. La preuve du paiement résulte du bon à payer détenu par le banquier et des écritures en débit qui figureront sur le compte du tiré.

Le défaut de règlement ouvre les recours cambiaires attachés à la traite conservée par le banquier du tireur.

§ 2. LA LCR MAGNÉTIQUE

782. Conséquences de la dématérialisation. La LCR magnétique ne comporte *plus de support papier*. La dématérialisation est donc totale. Ce n'est pas un effet de commerce. C'est le tireur, généralement une grande entreprise, qui inscrit sur un support magnétique toutes les données de la LCR. La facture ainsi émise sur bande magnétique est remise au banquier.

La LCR magnétique ne comporte pas de signature. Le banquier ne peut donc bénéficier des garanties du droit cambiaire. La LCR magnétique est un simple *instrument de recouvrement*. Cette lettre est soumise au droit commun du mandat et du virement ; elle est à rapprocher de l'avis de prélèvement puisque le banquier qui paie une telle lettre de change prélève son montant sur le compte de son client au vu de l'autorisation qui lui a été donnée par ce dernier.

Utilisée isolément, la LCR magnétique ne confère donc aucune garantie à l'établissement de crédit. Pour cette raison, la LCR magnétique accompagne souvent une cession de créances réalisée grâce au *bordereau « Daily »* (v. *infra*, n° 654 et s.).

La LCR magnétique, comme la LCR papier n'a pas vocation à circuler. Des accords interbancaires ont précisé le calendrier des opérations de traitement. Cette réglementation a été déclarée opposable au tireur et au tiré qui ne sont pourtant pas parties¹.

La *réforme du droit de la preuve* ne suffit pas à cet instrument doter de l'intégralité des vertus d'une lettre de change². En effet, la signature manuscrite est une condition de fond de l'engagement cambiaire. Il s'agit d'un formalisme substantiel incontournable³. Il existe cependant un projet de la lettre de change électronique.

1. Com. 28 nov. 1995, *JCP*, éd. E, 1996. II. 814, obs. Chr. Gavalda ; Com. 12 mars 1996, *RTD com.* 1996. 506, obs. M. Cabrillac.

2. F. G. Trébulle, « L'incidence de la réforme de la preuve sur le droit bancaire », *RD bancaire et fin.* mars 2000, p. 114 ; M. Szulman, « La LCR magnétique : enfin une véritable lettre de change », *Banque et droit* nov.-déc. 2000, p. 10 ; J. Djoudi, « Les garanties cambiaires à l'épreuve de la lettre de change magnétique », *D.* 2001. chron. 1858.

3. Réponse ministérielle, 30 nov. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 2026.

Le billet à ordre

783. Notion. Le billet à ordre est un écrit par lequel une personne, le souscripteur, s'engage à payer à une autre personne, le *bénéficiaire*, ou à son ordre, une somme d'argent à une date déterminée. *Le billet à ordre ne comprend donc que deux parties à l'origine*, à la différence de la lettre de change qui en comprend normalement trois : le souscripteur du billet joue le rôle à la fois du tireur et du tiré.

Le billet à ordre a été, pendant longtemps un moyen de dissimuler des opérations plus ou moins licites car il ne mentionne pas la valeur fournie, c'est-à-dire la cause de l'engagement. Actuellement, il est utilisé de la même façon que la lettre de change, comme moyen de crédit, pour représenter et permettre de mobiliser, au moyen de l'escompte, des créances à court terme. Notamment des « billets de fonds » sont souscrits par l'acheteur du fonds de commerce pour représenter le solde du prix de vente ; des billets sont aussi souscrits au profit des banques par les bénéficiaires de certains crédits ; de même, les « bons de caisse » souscrits par de grandes entreprises ou des banques représentent des emprunts à très court terme. Des applications nouvelles du billet à ordre sont aujourd'hui mises en œuvre. On peut citer les billets de trésorerie prévus par une loi du 26 juillet 1991. *Le billet de trésorerie* se définit comme un billet non causé établi au porteur, dématérialisable, à échéance fixe, portant intérêt, d'une durée de 10 jours à 7 ans et d'un montant minimum de 5 millions de francs. Ces billets sont émis par les entreprises. Les *certificats de dépôts négociables* constituent également une forme dérivée de billet à ordre. Il s'agit de titres négociables représentatifs de dépôts à terme effectués auprès d'établissements de crédit. Seuls les établissements de crédit peuvent les émettre.

Les *warrants* sont aussi une forme particulière de billet à ordre dont le paiement est garanti par un gage. Ils seront examinés après l'étude du billet à ordre de droit commun.

Section 1

Le billet à ordre de droit commun

784. Législation. La loi uniforme de Genève de 1930, introduite dans le Code de commerce en 1935, régit les billets à ordre. La loi se réfère le plus souvent aux règles de la lettre de change (C. com., art. L. 512-1). Une loi du 11 juillet 1985 est intervenue pour mettre fin à certains abus. Le débiteur ne peut plus imposer à son créancier le paiement par billet à ordre. Le règlement par billet à ordre n'est permis au débiteur que s'il a été expressément prévu par les parties et mentionné sur la facture. Même en ce cas, si le billet à ordre n'est pas parvenu au créancier dans les trente jours qui suivent l'envoi de la facture,

le créancier peut émettre une lettre de change que le débiteur est tenu d'accepter (C. com., art. 189 *bis*, A).

785. Caractère civil ou commercial. La signature d'un billet à ordre ne constitue pas en soi un acte de commerce et il n'est donc pas nécessaire d'avoir la capacité commerciale pour donner une telle signature. L'engagement sera civil ou commercial selon l'opération à propos de laquelle il est pris. Cependant, il suffit qu'un signataire soit commerçant pour que le tribunal de commerce soit compétent pour tous les litiges auxquels ce billet peut donner lieu ; et si même aucun signataire n'est commerçant, l'incompétence du tribunal de commerce n'est retenue que si elle est opposée par l'une des parties dès le début de l'instance.

786. Conditions de forme. Le billet à ordre est un titre formaliste pour la validité duquel la loi exige une série de mentions obligatoires voisines de celles exigées pour la lettre de change (C. com., art. L. 512-1) :

a) la dénomination « billet à ordre » ; elle n'est cependant pas indispensable et peut être remplacée par la « *clause à ordre* », c'est-à-dire l'indication que le titre est créé au profit du bénéficiaire ou « à son ordre » ;

b) la promesse pure et simple de payer une somme déterminée ;

c) l'indication de l'échéance ; sinon le billet est à vue ;

d) l'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer ; mais la loi y supplée en disant que le lieu de création est réputé être le lieu de paiement ;

e) l'indication de la date et du lieu de souscription ; l'adresse indiquée à côté du nom du souscripteur est présumée être à la fois celle du lieu de souscription et celle du lieu de paiement ;

f) la signature manuscrite du souscripteur.

L'omission d'une de ces mentions, sous réserve de celles qui sont suppléées par la loi, empêche que le papier puisse être considéré comme un billet à ordre et en produise les effets cambiaires ; mais ce papier pourra valoir comme reconnaissance de dette, du moins si le signataire est commerçant, la formalité « bon pour » n'étant pas exigée en matière commerciale ; il pourra aussi valoir comme commencement de preuve par écrit de la dette.

Toutes les clauses facultatives qui peuvent être apposées sur une lettre de change peuvent l'être sur le billet à ordre, notamment la domiciliation dans une banque ou un centre de chèques postaux, la clause retour sans frais, etc.

Lorsque le billet a vocation à être traité par informatique, en tant que *billet à ordre relevé*, il doit être établi selon un modèle normalisé.

787. Effets de la souscription. Les droits du porteur d'un billet à ordre sont en principe ceux d'un porteur de lettre de change. La loi se contentant d'étendre au billet à ordre les règles de la lettre de change. Notamment, l'engagement du signataire du billet à ordre présente tous les caractères de l'engagement cambiaire à l'exception du caractère commercial qui n'est pas automatique¹. *Le principe de l'inopposabilité des exceptions est applicable.*

1. C'est ainsi que le banquier porteur de bonne foi d'un billet à ordre signé au nom d'une société n'est tenu de vérifier ni la signature apposée sur l'effet, ni l'étendue des pouvoirs du signataire. La société est engagée par la signature de son mandataire apparent, sauf à elle à établir être étrangère dans la formation de cette apparence de mandat. Com. 9 mars 1999, *RD bancaire et bourse* 1999. 95.

Toutefois d'importantes différences doivent être signalées qui résultent de ce que le souscripteur joue à la fois le rôle du tireur et de tiré :

a) le billet à ordre n'a pas à être *accepté*, la signature du souscripteur produisant les effets d'une acceptation ;

b) la jurisprudence en déduit qu'*il n'y a pas de provision dans le billet à ordre* ni par suite de transmission de la propriété de la provision aux porteurs successifs ; la cause de la remise du billet par le souscripteur au premier bénéficiaire n'est pas une créance de provision, transmissible avec le billet, mais une créance de valeur fournie qui reste personnelle au premier bénéficiaire. Il en résulte que le porteur négligent du billet à ordre perd son recours contre le premier bénéficiaire sans que l'existence de la provision soit à prouver. Cependant, pour les billets de fonds de commerce, la jurisprudence dit que les porteurs successifs du billet acquièrent automatiquement le bénéfice du privilège du vendeur ; la solution est en contradiction avec l'absence de transmission de la propriété de la provision ;

c) la présomption irréfragable que l'*aval* est donné pour le compte du tireur ne joue pas pour le billet à ordre puisqu'il n'y a pas de « tireur ».

788. Circulation et paiement du billet à ordre. Le Code de commerce se contente de renvoyer aux règles applicables à la lettre de change (art. 185 et s.). On en fera de même ici.

789. Billet à ordre relevé. Comme la lettre de change, le billet à ordre est aujourd'hui traité de manière informatisée. Le banquier qui se voit remettre un billet en transfère toutes les mentions sur une bande magnétique. Le paiement du billet est réalisé grâce à l'intervention de l'ordinateur de compensation. La procédure de paiement est ainsi entièrement automatisée.

Section 2

Les warrants

790. Distinction. Le warrant est un billet à ordre qui permet de constituer et de transmettre un *gage* garantissant l'engagement du souscripteur. Il faut distinguer le warrant avec dépossession des magasins généraux (§ 1) des warrants sans dépossession (§ 2).

§ 1. WARRANTS AVEC DÉPOSSESSION

791. Warrants sur marchandises en magasins généraux. Les « magasins généraux » (ou « docks » ou « entrepôts ») sont des entreprises de stockage et de gardiennage de marchandises dans des bâtiments et des espaces clos (C. com., art. L. 522-1). On en trouve dans les ports et les grandes villes. Les commerçants y déposent les marchandises dont ils ne disposent pas tout de suite ce qui les dispense d'en assurer eux-mêmes la garde. *Les marchandises déposées sont représentées par un titre*, le récépissé-warrant, dont la remise équivaut à la remise de la marchandise ce qui simplifie la vente ou la constitution de gage. Par ailleurs, s'il y a lieu de procéder à la vente de marchandises, des salles de vente, annexées aux magasins généraux, facilitent la vente aux enchères publiques.

Les magasins généraux sont soumis à une surveillance publique (Ord. 6 août 1945). Ils ne peuvent se créer et être cédés qu'avec une autorisation préfectorale ; seuls ceux qui sont régulièrement autorisés peuvent s'intituler « magasins généraux » et émettre des récépissés-warrants. Ce sont des entreprises commerciales privées, mais il leur est interdit de faire aucune opération commerciale sur les marchandises qu'ils peuvent recevoir en dépôt, sauf des prêts sur warrants avec autorisation spéciale.

Les obligations des magasins généraux sont celles d'un dépositaire salarié. Le déposant doit déclarer la nature et la valeur des marchandises ou denrées. Le magasin général doit assurer la surveillance et il est responsable des pertes ou avaries pouvant survenir à moins qu'elles ne proviennent du vice propre de la marchandise ou d'un cas de force majeure. Un cautionnement doit être constitué par le magasin général pour garantir cette responsabilité ; en outre une assurance garantit obligatoirement contre l'incendie les marchandises warrantées. Chaque magasin général doit avoir un règlement intérieur, conforme à un règlement type qui précise ces différents points. Un règlement type spécial existe pour les entrepôts et magasins généraux frigorifiques. Les magasins généraux sont soumis à la surveillance de l'administration qui peut leur retirer l'agrément.

Les magasins généraux sont souvent spécialisés dans certaines catégories de marchandises, café, soie, céréales, etc. Les marchandises, matières premières, produits, denrées ne peuvent être déposées que par des commerçants, industriels, agriculteurs ou artisans dont la profession concerne les marchandises déposées ; on veut éviter que les magasins généraux soient utilisés par de simples spéculateurs.

792. Récépissé-warrant. Lors du dépôt, le magasin général remet au déposant un « récépissé-warrant » qui est un *titre représentatif de la marchandise* composé de deux volets, le récépissé et le warrant, extrait d'un registre à souches. Le *récépissé* est le reçu constatant que la marchandise est en dépôt. Il doit comporter des mentions légales concernant l'identité du déposant et l'identité, la qualité, et la quantité des marchandises. Le *warrant* est un bulletin de gage annexé au récépissé et reproduisant les indications de celui-ci ; il comporte l'engagement de payer au porteur une certaine somme – dont le montant est laissé en blanc à l'origine – garanti par la marchandise warrantée ; c'est un *effet de commerce, analogue à un billet à ordre*, mais gagé sur marchandises.

Lorsque le warrant et le récépissé sont attachés (ou réunis après avoir été détachés), ils représentent le droit de propriété sur les marchandises déposées. Ce sont des titres à ordre et leur endossement au profit d'un tiers (par ex. d'un acheteur en bourse) vaut transfert de la possession et de la propriété de la marchandise et en opère tradition fictive ; le magasin général détient dorénavant la marchandise pour le compte du nouveau porteur du récépissé-warrant ; celui-ci peut faire transcrire son nom sur les registres du magasin général, mais il n'y est pas obligé.

793. Warrant. Si le porteur du récépissé-warrant veut constituer un gage sur les marchandises, il détache le warrant du récépissé ; il le date, énonce le montant intégral de la créance qu'il s'engage à payer, la date de l'échéance, les nom, profession et domicile du créancier bénéficiaire ; la remise du warrant à celui-ci vaut constitution des marchandises en gage au profit de ce créancier, pour garantie de la créance inscrite sur le warrant. Cependant, le premier porteur doit immédiatement faire transcrire cette constitution de warrant sur les registres du magasin général et mention de cette transcription doit être portée sur le warrant, le tout à peine d'inopposabilité aux autres créanciers du porteur du récépissé. À son tour, le premier porteur peut endosser le warrant au profit d'un second porteur et ainsi de suite ; ces endossements successifs, à la différence du premier, n'ont

pas besoin d'être transcrits sur les registres du magasin général. Ces endossements sont généralement faits au profit de banques qui escomptent ou réescomptent les warrants permettant ainsi au propriétaire de la marchandise de « mobiliser » la marchandise en dépôt et d'obtenir des prêts ou du crédit gagé sur elle ; la Banque de France réescompte les warrants en exigeant une signature de moins que pour les effets ordinaires (deux signatures au lieu de trois, en principe).

Le titulaire du récépissé-warrant qui a détaché le warrant, peut encore endosser le récépissé à un tiers ; mais celui-ci ne reçoit de droits sur la marchandise que compte tenu du warrant qui grève déjà celle-ci. Le porteur du récépissé peut payer le porteur du warrant avant même l'échéance de celui-ci, si par exemple il veut disposer de la marchandise. Si le porteur du warrant est inconnu ou s'il refuse le paiement, le porteur du récépissé dépose la somme entre les mains du magasin général qui en est le dépositaire pour le compte du porteur warrant.

Si le warrant n'a pas été payé par anticipation, son porteur le présentera à l'échéance ; s'il n'est pas payé, il devra faire dresser protêt le lendemain ; on retrouve les mêmes solutions qu'en matière de lettre de change. Mais, en outre, le porteur du warrant a gage sur les marchandises. Comme tout gagiste, il peut exercer le droit de rétention ou faire vendre la marchandise pour se payer par préférence. Huit jours après le protêt et sans autre formalité, il fera vendre la marchandise aux enchères publiques dans la salle de ventes du magasin général ; s'agissant d'une vente publique portant sur des marchandises neuves, elle doit être faite par des courtiers assermentés ou, à défaut, par des commissaires-priseurs. Le porteur du warrant est payé sur le prix de vente par préférence à tous autres créanciers, même au Trésor, sauf pour les frais de magasinage et de vente et pour les droits de douane ou les contributions indirectes dus pour la marchandise ; le porteur jouit donc d'un droit de préférence plus avantageux que le gagiste ordinaire qui passe après le Trésor.

§ 2. WARRANTS SANS DÉPOSSESSION

Sur le modèle du warrant sur marchandises en magasin général, le législateur a créé différents warrants sans dépossession qui donnent lieu à des formalités de publicité variées.

794. *Warrant agricole.* Créé en 1898, il peut porter soit sur du matériel agricole, soit sur des récoltes de produits, y compris les animaux. Il est établi par le greffier du tribunal d'instance qui l'inscrit sur un registre. Si l'agriculteur n'est pas propriétaire de l'exploitation, le warrant doit être notifié au bailleur qui a un privilège sur tous les biens meubles garnissant les lieux loués ; il a huit jours pour s'y opposer, sinon son privilège est primé par le warrant. Le warrant est transmissible par endossement ; mais le nouveau porteur doit aviser le greffier. Plusieurs warrants successifs peuvent être constitués sur la même chose ; leur rang est celui de l'ordre des dates de constitution.

Le porteur du warrant a un gage sur les choses warrantées bien que celles-ci demeurent en la possession du débiteur. Celui-ci ne doit pas les vendre, sous peine de sanctions pénales. Le porteur est censé avoir les choses en sa possession et, s'il fait vendre ces choses, il passe avant tout autre créancier, même privilégié.

Le warrant agricole rend de grands services pour garantir les prêts consentis aux agriculteurs par les caisses de crédit agricole.

795. Warrant hôtelier. Il a été créé en 1913 pour garantir les prêts faits aux hôteliers, notamment par la Caisse de crédit hôtelier (C. com., art. L. 523-1). Il fait un peu double emploi avec le nantissement de fonds de commerce hôtelier ; mais d'une part son assiette est plus restreinte ; d'autre part, il est constaté par un titre transmissible par endossement et facilement réescomptable ; enfin, il donne un meilleur rang de préférence, notamment envers le privilège du bailleur.

Il ne peut être constitué qu'en garantie d'un prêt. Il porte sur tout ou partie du matériel et du mobilier hôtelier, même si ceux-ci ont le caractère d'immeubles par destination, à la différence du nantissement sur fonds de commerce. Le warrant est tiré d'un registre à souche tenu par le greffier du tribunal du commerce ; il est remis à l'emprunteur qui doit l'endosser au profit du prêteur ; cet endossement doit être transcrit au greffe dans les cinq jours. Si l'hôtel est en location, le warrant doit être notifié au bailleur qui peut y faire opposition ; sinon son privilège est réduit à douze mois de loyer.

Le porteur du warrant a les droits d'un créancier gageiste ; il est primé par les privilèges fiscaux.

796. Warrant pétrolier. Il a été créé en 1932 pour financer la constitution de stocks de produits pétroliers bénéficiant d'une autorisation spéciale (C. com., art. L. 524-1). Il est publié sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce. Il porte sur une quantité de pétrole qui peut être matériellement renouvelée. Sa réalisation ne donne pas nécessairement lieu à une vente publique, la quantité mise en gage pouvant être vendue à l'amiable si les parties sont d'accord.

797. Warrant industriel. Ce fut d'abord un warrant sur stocks détenu par les industriels pour les besoins de la défense nationale ; il fut organisé par un décret-loi de 1939 et ne joue plus. En revanche, une loi de 1940 toujours en vigueur permet à l'état de délivrer des « lettres d'agrément » à certains industriels pour leur garantir l'écoulement de « fabrications de démarrage » utiles à l'économie nationale. Ces lettres d'agrément permettent à leur titulaire de constituer des warrants sans dépossession sur les produits en cours de fabrication, ce qui facilite le financement avec l'aide notamment de la Caisse nationale des marchés.

Le bordereau « Dailly »

798. Généralités. Par une loi du 2 janvier 1981 modifiée en 1984 et en 2003, le législateur a créé *un nouvel instrument de crédit utilisable exclusivement dans les rapports entre professionnels et établissements de crédit*¹. Le bordereau est un titre qui permet une cession ou une mise en gage groupée de créances. Le titulaire de créances a ainsi la possibilité de s'en faire avancer le montant par sa banque. Le « Dailly » comme la traite permet ainsi de réaliser une opération d'*escompte*.

Le bordereau n'est pas un effet de commerce car il ne comporte pas nécessairement l'indication d'un montant et d'une échéance déterminés. Ce n'est pas non plus véritablement un instrument de paiement. À la différence des effets de commerce, il figure dans le Code monétaire et financier dans un chapitre consacré aux crédits (art. L. 313-23 et s.).

C'est fondamentalement un mode simplifié de cession de créance. L'établissement d'un document, le bordereau, remplace la signification exigée par le Code civil².

Le « Dailly » (du nom du sénateur qui a fait voter la loi) devait être source d'économies. Grâce à un document unique, il est en effet possible de céder ou de mettre en gage un grand nombre de créances. Le mécanisme était également conçu de manière à limiter au maximum les coûts de gestion pour les banques évitant les manipulations de papier.

Progressivement, ce procédé de transfert simplifié des créances a trouvé sa place dans notre système juridique. Il a même inspiré la réforme récente du nantissement de créance. C'est la technique de la cession de créance à titre de garantie qui a les faveurs des praticiens dans la mesure où l'opération est une véritable sûreté très protectrice des intérêts du créancier lorsque s'ouvre une procédure collective. Le « Dailly » peut aussi constituer un substitut à l'*escompte*³.

1. D. Schmidt et Ph. Gramling, « La loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises », *D.* 1981. 217 ; J. Stoufflet et Y. Chaput, « L'allégement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit », *JCP* 1981. II. 3044.

2. Com. 25 févr. 2003, *RD bancaire et fin.* 2003. 165.

3. J.-P. Dumas et M. Cohen-Brance, *Rép. com.* Dalloz ; D. Legeais, *Juris-Cl. com.* fasc. 357.

Section 1

Création du bordereau « Daily »**§ 1. CONDITIONS DE FOND**

799. Opérations concernées. L'opération met nécessairement en présence une personne morale ou une personne physique exerçant une activité professionnelle et un établissement de crédit.

Les créances qui sont cédées à l'établissement de crédit sont utilisées comme garanties pour des crédits consentis dans le cadre d'une activité professionnelle.

800. Créances transmises. Le bordereau permet la transmission de créances d'origine contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle. *Les créances doivent avoir un caractère déterminable.* Peuvent être cédées les créances liquides et exigibles, même à terme de même que les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés.

Les créances cédées doivent être détenues sur une personne morale ou sur une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle.

Pour favoriser le développement du « Daily », l'article L. 442-6 du Code de commerce prohibe désormais les clauses interdisant au contractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.

§ 2. CONDITIONS DE FORME

801. Mentions. Le bordereau de transmission doit comporter des mentions obligatoires (CMF, art. L. 313-23) :

- la dénomination « acte de cession de créances professionnelles » ou « acte de nantissement de créances professionnelles » ;
- la mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-24 du Code monétaire et financier ;
- le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire ;
- la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et s'il y a lieu de leur échéance ;
- le titre dans lequel l'une de ces mentions fait défaut ne vaut pas comme acte de cession de créances professionnelles. Le cessionnaire ne peut donc réclamer paiement au débiteur cédé¹ ;
- la date de transmission. Cette mention est essentielle puisque la cession prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau lors de la remise. La date est apposée par le cessionnaire. Faute de date, la cession ne peut produire effet entre parties² ;

1. Com. 11 juill. 2000, *D.* 2000, *Cah. Affaires*, p. 339.

2. Com. 14 juin 2000, *RTD com.* 2000. 992, obs. M. Cabrillac.

– la signature du cédant qui peut être apposée à la main ou par tout procédé non manuscrit, tel une griffe.

Les exigences relatives aux mentions sont assouplies lorsque le bordereau est transmis par un procédé informatique.

Section 2

Effets de la transmission

§ 1. ENTRE LES PARTIES

802. Qualification de l'opération. Le bordereau permet de réaliser de manière simplifiée des *cessions* ou des *nantissements de créances*. Il s'agit d'éviter les formalités de signification ou d'acceptation par acte authentique exigées par le droit civil.

Pratiquement, les créances sont toujours *cédées*. Dans un tel cas en effet, l'établissement de crédit cessionnaire n'a pas à craindre les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective au nom du cédant. L'établissement de crédit est titulaire des créances cédées et peut donc obtenir son paiement des débiteurs dont les noms sont mentionnés sur le bordereau. Il existe deux formes de cession. La cession-escompte et la cession de créance à titre de garantie. Dans ce dernier cas, le cessionnaire ne reçoit pas le paiement d'un prix. L'opération est une véritable sûreté, une forme de propriété utilisée à des fins de garantie¹. Cette garantie se révèle particulièrement efficace lorsque s'ouvre une procédure collective. En effet, il suffit qu'une convention-cadre prévoyant la cession ait été conclu hors période suspecte pour que la cession échappe aux nullités de la période suspecte prévues par les articles L. 621-107 et L. 621-108 du Code de commerce. Après avoir hésité la Cour de cassation a finalement décidé qu'en cas de cession de créance portant sur des créances nées de contrats à exécution successive, le cessionnaire était habilité à encaisser le montant de l'ensemble des créances. Le nouvel article L. 313-27 du Code monétaire et financier confirme cette solution sauf dans l'hypothèse de créances dont le montant n'est pas déterminé.

803. Droits et obligations de l'établissement de crédit. L'établissement de crédit devient titulaire des créances cédées avec leurs accessoires. Ces créances ne peuvent être retransmises qu'à un établissement de crédit dans le cadre d'une opération de refinancement.

804. Droits et obligations du remettant. En contrepartie de la cession, le remettant du bordereau, le cédant, a droit à un crédit de la part de l'établissement de crédit cessionnaire.

Le remettant s'engage à ne pas céder plusieurs fois les mêmes créances. Il est *garant solidaire* du paiement des créances transmises. L'établissement de crédit a donc un recours contre le signataire du bordereau si les débiteurs des créances transmises ne respectent pas leurs engagements. L'établissement de crédit peut agir contre le cédant dès lors que le non paiement des créances cédées à l'échéance est établi. Le cessionnaire n'a pas à exercer de poursuites contre le débiteur cédé. Une clause peut écarter la garantie du cédant.

1. Com. 22 nov. 2005, *RTD com.* 2006. 169, obs. D. L ; Com. 4 juill. 2006, *RD bancaire et fin.* 2006, act. 186, obs. F.C. et T.S.

§ 2. RAPPORTS ENTRE L'ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT ET LES DÉBITEURS DES CRÉANCES CÉDÉES

805. En l'absence de notification de la cession. L'établissement de crédit a la possibilité de ne pas informer les débiteurs dont les noms figurent sur le bordereau de la cession intervenue à son profit¹. Dans un tel cas, tout se passe comme si le cédant était resté titulaire des créances cédées. C'est donc lui qui va encaisser le montant des créances pour le compte du cessionnaire.

Cette formule est la moins coûteuse pour les établissements de crédit, mais c'est aussi la plus dangereuse car le risque est grand de voir des cédants peu scrupuleux détourner les sommes qu'ils doivent percevoir.

806. En cas de notification. L'établissement de crédit peut notifier aux débiteurs la cession dont il est bénéficiaire. Dans un tel cas, *le débiteur cédé doit impérativement se libérer entre les mains de l'établissement de crédit*. Sinon il s'expose à payer deux fois (art. L. 313-28).

Le débiteur peut cependant opposer à l'établissement de crédit toutes les exceptions qu'il pourrait faire valoir à l'encontre de son créancier initial. Il peut ainsi opposer l'exception d'inexécution et l'exception de compensation.

L'exception d'inexécution peut toujours être opposée.

S'agissant de l'exception de compensation, une distinction est opérée.

La *compensation légale* qui suppose que la créance que le cédé invoque contre le cédant soit certaine, liquide et exigible peut être invoquée si elle est intervenue avant la date de notification. La Cour de cassation retient en effet cette date et non celle de la cession².

La *compensation est judiciaire* lorsque les créances compensables ne sont pas liquides et exigibles. La compensation peut être prononcée si les créances sont *connexes*. L'exception de compensation est alors opposable par le cédé quelle que soit la date de la notification³.

Si l'existence de la créance cédée est contestée, c'est à celui qui l'invoque de la prouver. Dès lors que la contestation porte seulement sur le montant de la créance, c'est au débiteur d'apporter la preuve de l'exécution incomplète ou défectueuse de la contrepartie contractuellement prévue.

Le débiteur qui reçoit une notification fausse ou erronée ou qui ne doit rien au cédant n'est pas tenu d'en informer l'établissement de crédit⁴.

Ces solutions sont une grave source d'incertitudes pour les établissements de crédit. Elles compromettent pour partie le succès du « Dailly ».

Le cessionnaire qui est non payé peut exercer son recours contre le cédant tenu à garantie sauf clause contraire. La mise en jeu de la garantie n'est subordonnée ni à une poursuite judiciaire préalable du cédé, ni à sa mise en demeure⁵.

1. D. Legeais, « Les rapports de l'établissement de crédit cessionnaire de créances professionnelles et des débiteurs cédés », *RD bancaire et bourse* 1990. 148 ; A.-S. Hocquet, de Lajartre, « La protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly », *RTD com.* 1996. 211.

2. Com. 14 déc. 1993, *D.* 1994. J. 269, note Chr. Larroumet.

3. Com. 27 juin 1995, *RTD com.* 1995. 824.

4. Com. 24 mars 1992, *JCP* 1992. II. 2938, note D. Legeais. Le silence conservé peut être fautif à certaines conditions (Com. 13 févr. 1996, *Banque* 1996. 92, obs. J.-L. Guillot).

5. Com. 14 mars 2000, *RTD com.* 2000. 996, obs. M. Cabrillac.

807. En cas d'acceptation. Le bordereau « Dailly » peut produire les *effets d'une lettre de change acceptée*. Il faut pour cela que le débiteur s'engage par un écrit intitulé « acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle (CMF, art. L. 313-29) »¹. Dans ce cas, le débiteur ne peut plus opposer à l'établissement de crédit les exceptions qu'il serait en droit de faire valoir². L'acceptation ne peut cependant intervenir qu'à compter de la date figurant sur le bordereau³.

Cette utilisation du « Dailly » est peu fréquente.

§ 3. CONFLITS AVEC LES TIERS

808. Conséquences du caractère occulte de la cession. La transmission de la créance réalisée grâce au bordereau est opposable aux tiers à la date figurant sur ce dernier⁴. Il n'existe cependant aucune publicité véritable de l'opération. En pratique, *des créances sont cédées plusieurs fois*. Il arrive également que des créances soient encaissées par des établissements de crédit autres que les bénéficiaires de la cession. Enfin, des créances sont cédées par des créanciers qui n'en ont pas le droit. Par exemple, l'entrepreneur principal n'a pas le droit de céder la créance correspondant à une part de marché sous-traité.

Ces pratiques suscitent de nombreux conflits, ce qui constitue l'une des principales faiblesses du mécanisme mis en place en 1981. Pour le règlement de ces conflits, la loi pose un principe en apparence simple : la cession devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances (CMF, art. L. 313-7). En réalité, la règle ne permet pas de solutionner de manière satisfaisante les principaux conflits. Il est vrai qu'il n'est pas toujours facile de choisir entre les différents intérêts en présence.

809. Conflit entre deux cessionnaires de la même créance. Une personne indélicte ayant besoin de trésorerie peut très facilement transmettre les mêmes créances à plusieurs établissements de crédit. Dans cette hypothèse de double mobilisation de la même créance, deux établissements de crédit ont des droits concurrents sur une même créance.

L'article L. 313-27 du CMF règle le conflit entre deux cessionnaires de créances par bordereau « Dailly » : *l'établissement de crédit bénéficiant de la cession antérieure en date est préféré*. C'est donc le principe « *prior tempore, potior jure* » qui s'applique. Il permet de régler le conflit entre deux cessionnaires de la même créance.

Lorsque la même créance a été cédée à un établissement de crédit par la voie du bordereau et à un établissement d'affacturage par la technique de la subrogation, il faut aussi tenir compte des dates de transmission⁵. Si la créance a été cédée par la voie du « Dailly », elle ne peut plus être transmise à une société d'affacturage, car la créance est sortie du patrimoine de l'entreprise cédante par un acte légalement opposable aux tiers. La société d'affacturage ne peut plus être subrogée dans des droits déjà aliénés de manière définitive. En conséquence, la société d'affacturage qui a perçu le montant de la créance doit le

1. Par une décision importante qui annonçait les évolutions futures de notre droit, la Cour de cassation a admis que l'acceptation pouvait être prouvée par une télécopie ; Com. 2 déc. 1997, *JCP*, éd. E, 1998, 179, note Th. Bonneau.

2. Comme pour la lettre de change, il convient toutefois de réserver le cas de la mauvaise foi du cessionnaire ; v. Com. 2 déc. 1997, *JCP*, éd. E, 1998, 178, note Th. Bonneau.

3. Com. 8 févr. 2000, *RD bancaire et fin.* mars 2000, p. 75.

4. Pour cette raison est inopposable au cessionnaire la saisie-attribution intervenue entre la cession et la notification au débiteur cédé ; Com. 25 nov. 2005, *RTD com.* 2004, 138, obs. M. C.

5. Com. 3 janv. 1996, *JCP*, éd. E, 1996, II, 848, note J. Stoufflet.

restituer à l'établissement de crédit cessionnaire. La circonstance que la créance litigieuse ait donné lieu à la souscription de billet à l'ordre du factor est inopérante.

Si le débiteur cédé a reçu une notification, il ne peut payer que l'établissement de crédit qui en est l'auteur. Sinon il s'expose à payer deux fois. Cependant, dans l'hypothèse où un débiteur recevrait avant son paiement deux notifications émanant de deux cessionnaires, il doit préférer celui dont la cession est la première en date¹.

810. Conflit entre le banquier cessionnaire et le vendeur sous réserve de propriété.

Un conflit apparaît dans le cas suivant. L'acheteur d'un bien soumis à une réserve de propriété le revend. La créance de prix est transmise à un établissement de crédit par bordereau. Le vendeur, émetteur du bordereau est soumis à une procédure collective. Deux droits se trouvent alors en conflit : celui du vendeur avec réserve de propriété qui, en application de l'article L. 621-124 du Code de commerce, peut revendiquer le prix ou la partie du prix encore impayée ; celui de l'établissement de crédit cessionnaire de la créance.

Suite à une longue controverse, la *Cour de cassation* s'est prononcée en faveur du vendeur avec réserve de propriété².

Le prix de vente est en effet subrogé aux marchandises vendues. Cette subrogation suppose cependant que les marchandises n'aient pas été transformées. Le droit reconnu au vendeur initial de revendiquer la créance du prix est subordonné à l'ouverture d'une procédure collective du vendeur intermédiaire.

Pour éviter ce danger, les établissements de crédit peuvent utiliser deux techniques proposées par la doctrine :

- soit recueillir l'engagement cambiaire du sous-acquéreur ;
- soit payer le vendeur initial en se faisant subroger dans ses droits.

Pour se protéger, les établissements de crédit prêteront principalement leurs concours aux clients payant leurs fournisseurs à très court terme.

811. Conflit entre le banquier cessionnaire et un sous-traitant. En application de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, l'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement (il existe une exception si l'entrepreneur fournit un cautionnement). Si, en méconnaissance de ce texte, l'entrepreneur principal cède néanmoins sa créance, l'établissement de crédit se trouve en concurrence avec le sous-traitant exerçant l'action directe.

La *préférence* est donnée au sous-traitant, au motif que le cessionnaire ne peut avoir plus de droits que le cédant. Ce dernier ne pouvait pas céder sa créance. La cession est donc inopposable aux sous-traitants. Il n'est pas tenu compte de la bonne ou de la mauvaise foi de l'établissement de crédit. Peu importe également que le sous-traitant ait été ou non agréé. La solution s'applique également en cas de sous-traitance en chaîne. Il importe peu que le sous-traité soit antérieur ou postérieur à la cession³.

Pour éviter le jeu de l'action directe des sous-traitants, les établissements de crédit peuvent faire accepter des *lettres de change* par les maîtres de l'ouvrage. Dans ce cas, en

1. Com. 12 janv. 1999, *RD bancaire et bourse* 1999. 95, obs. F. Crédot.

2. Com. 20 juin 1989, *D.* 1989. 431, note F. Pérochon.

3. Com. 26 avr. 1994, *JCP*, éd. E, 1994. Pan. 825.

effet, le banquier l'emporte si l'action directe est exercée postérieurement à l'acceptation de la lettre de change. Ils peuvent également exiger du maître de l'ouvrage qu'il fournisse le *cautionnement* prévu à l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975.

812. *Conflit entre un banquier cessionnaire et un banquier réceptionnaire des fonds.*

En l'absence de notification, le débiteur cédé, souvent incité par son créancier, l'émetteur du bordereau, peut très bien payer un établissement de crédit autre que l'établissement de crédit cessionnaire. L'établissement bénéficiaire du « Dailly » peut-il réclamer à celui qui a reçu le paiement, le montant de la créance qui lui avait été cédée ? La question présente un intérêt pratique lorsque l'émetteur du bordereau est mis en redressement judiciaire.

La Cour de cassation s'est prononcée dans une affaire où le débiteur cédé, en l'absence de notification, s'était libéré par virement à un compte dont son créancier, l'émetteur du bordereau, était titulaire dans un établissement de crédit autre que le bénéficiaire du Dailly. La Cour considère que le cessionnaire ne peut obtenir la restitution des sommes virées au compte du réceptionnaire. Ce dernier est considéré comme un dépositaire tenu de restituer le dépôt au déposant ou à une personne habilitée¹.

1. Com. 4 juill. 1995, *D.* 1995. 488, note D. Martin et H. Synvet.

Le chèque, instrument de paiement

813. Définition. Le chèque est un écrit par lequel une personne, le tireur ou souscripteur, donne l'ordre à un établissement de crédit, le tiré, de payer à vue une somme déterminée à une troisième personne, le *bénéficiaire* ou *porteur*, ou à son ordre¹. Il est régi par les articles L. 131-1 et suivant du Code monétaire et financier.

Le chèque est un instrument normal de paiement. Il remplace la monnaie. La jurisprudence admet aussi la validité du *chèque de garantie* destiné à protéger le créancier en cas de défaillance de son cocontractant.

Le chèque présente de nombreux avantages. Aussi, le législateur a-t-il favorisé son développement :

Le titre est exempté du droit de timbre.

Les établissements de crédit sont tenus de payer les chèques d'un montant ne dépassant pas 15 euros.

L'utilisation du chèque est même parfois obligatoire (il s'agit de favoriser certains contrôles, d'éviter les fraudes fiscales). On peut citer l'obligation de l'utilisation du chèque pour les opérations suivantes :

- règlement des loyers, transactions, services, fournitures, travaux, acquisitions mobilières ou immobilières si ces règlements dépassent la somme de 750 euros ou ont trait au paiement par fractions d'une somme supérieure à ce montant ;

- règlement des traitements et salaires qui dépassent 1 500 euros. Ce devoir ne concerne pas les règlements effectués directement par les particuliers non commerçants à d'autres particuliers, à des commerçants et à des artisans.

Seuls les règlements supérieurs à 3 000 euros² effectués par les particuliers doivent être effectués par chèques.

Les adhérents de centres de gestion agréés doivent également recevoir leur paiement par chèque.

Même si le paiement par chèque est encouragé, il n'y a aucune obligation pour un créancier de recevoir son paiement par chèque.

Le développement considérable du chèque présente néanmoins quelques inconvénients ;

1. Outre les ouvrages généraux cités dans la bibliographie, on consultera la chronique de jurisprudence de M. Cabrillac au *Dalloz* et à la *RTD com.*

2. Depuis la loi de finances de 1999 (*JCP*, éd. E, 1999. 145).

Le coût de traitement du chèque est considérable. Pour cette raison, régulièrement les établissements de crédit cherchent à obtenir le droit de faire payer les formules de chèques.

Mais c'est la multiplication des chèques sans provision qui constitue la faiblesse majeure de ce moyen de paiement.

On comprend dès lors que le législateur favorise aujourd'hui d'autres moyens de paiement (virement, cartes de paiement).

814. Diversité des chèques. L'appellation « chèque » s'applique aujourd'hui à de nombreux titres. Cela peut être source de confusion.

Le *chèque postal* mérite cette appellation même s'il présente une certaine originalité par rapport au chèque bancaire. Il en va de même du *chèque-service* qui ne peut être utilisé que pour payer un salarié et pour une prestation de travail¹.

Le *chèque de voyage* se rapproche plus du chèque même si l'assimilation doit être refusée. Ce titre permet au client d'une banque de disposer des fonds quand il voyage et de bénéficier d'un service de change.

Les chèques cadeaux, les chèques d'accompagnement personnalisé, les chèques-vacances, les chèques-restaurants matérialisent le droit à des prestations de services. Ce ne sont pas de véritables chèques².

815. Comparaison du chèque et de la lettre de change. Comme la lettre de change, le chèque est un moyen de paiement et un titre négociable. En raison de ces caractères, le chèque est classé par une partie de la doctrine dans la catégorie des effets de commerce³.

Mettant en avant les différences, d'autres auteurs refusent de considérer le chèque comme un effet de commerce. Au soutien de cette analyse, ils font remarquer que le chèque n'est pas un instrument de crédit. Le chèque est nécessairement payable à vue dès son émission. Cette différence de nature explique d'autres différences existant entre le chèque et la lettre de change :

- la provision, qui consiste en un dépôt en banque doit exister dès le jour de l'émission du chèque ;
- le chèque peut être créé au porteur ;
- le chèque ne peut être tiré que sur un établissement de crédit ;
- le banquier tiré ne doit jamais accepter le chèque, sinon celui-ci deviendrait un billet de banque ; le banquier peut seulement certifier le chèque.

Le chèque n'est pas un acte de commerce par nature ; son caractère commercial ou civil dépend de celui de la créance à payer,

- le chèque est dispensé de timbre, si du moins il est barré ce qui est le principe.

816. Évolution législative. Le droit du chèque fait l'objet de réformes régulières. Le chèque a été introduit par une loi du 14 juin 1865. Une réforme essentielle est réalisée par un décret-loi du 30 octobre 1935. Par ce texte, il s'agit de tirer les conséquences de la ratification par la France des conventions internationales de Genève de 1931. La première de ces conventions a pour objet d'uniformiser le droit du chèque. Celle-ci n'est pas totale et

1. L. 20 déc. 1993, art. 5.

2. J. Stoufflet, « La notion de moyen de paiement dans la loi bancaire de 1984 », *RD bancaire et fin.* mars 2000, p. 111 ; M. Cabrillac, *RTD com.* 2000. 151.

3. Th. Bonneau, « À propos du refus de considérer le chèque comme un effet de commerce », in *Dialogues avec M. Jeantin*, p. 323.

une seconde convention donne les solutions des conflits de lois sur les points où l'uniformité n'a pu être réalisée.

Depuis 1935, les réformes ont eu pour but de tenter de solutionner les difficultés tenant à la multiplication des chèques sans provision. Tel a été l'objet des lois du 3 janvier 1972, du 3 janvier 1975, du 30 décembre 1991 et du 15 mai 2001 (v. *infra*, n° 697).

Il convient d'examiner successivement les règles gouvernant l'émission du chèque (Section 1) celles relatives à sa création (Section 2) et celles relatives à ses effets (Section 3).

Section 1

Émission du chèque

817. Seuls ceux qui remplissent certaines conditions (§ 1), peuvent émettre un chèque (§ 2). L'émission de ce chèque produit alors certains effets (§ 3).

§ 1. EXIGENCES PRÉALABLES

A. Droit d'émettre un chèque

818. Capacité pour tirer un chèque. L'émission d'un chèque suppose que le tireur soit capable. Cependant, les établissements de crédit acceptent de délivrer des chéquiers à des mineurs en exigeant une décharge de responsabilité du représentant légal.

Depuis la loi du 13 juillet 1965, la femme peut se faire ouvrir un compte et délivrer un chéquier sans l'autorisation de son mari. À l'égard du banquier, la femme est réputée avoir la libre disposition des fonds inscrits à ce compte et peut donc tirer des chèques en toute liberté (C. civ., art. 221).

819. Interdiction d'émettre des chèques. L'émetteur du chèque ne doit pas être interdit bancaire ou judiciaire. L'*interdiction bancaire* survient en cas d'émission de chèques sans provision (v. *infra*, n° 699).

L'*interdiction judiciaire* peut être prononcée en cas de retrait ou d'opposition injustifiée, en cas de violation d'une interdiction bancaire, en cas d'acceptation et d'endossement de chèques pénalement irréguliers, en cas de contrefaçon ou de falsification.

B. Obtention d'un chéquier

820. Délivrance d'un chéquier à un particulier. Pour pouvoir émettre un chèque, il faut disposer d'une formule de chèque délivrée par un établissement de crédit (en théorie cependant il est possible d'émettre des chèques sur papier libre). Or nul n'a un droit acquis à obtenir un chéquier. L'établissement de crédit qui a déjà le droit de refuser l'ouverture d'un compte à tout demandeur peut aussi refuser la délivrance d'une formule de chèques autres que de retrait ou certifiés. Toutefois, le refus doit être motivé (CMF, art. L. 131-71). Le client qui se voit refuser l'ouverture d'un compte a cependant la possibilité, après un

double refus, de saisir la Banque de France qui désigne alors une banque tenue d'ouvrir un compte assorti d'un service de caisse minimal.

Avant de délivrer une formule, la banque a l'obligation de procéder à un certain nombre de *vérifications* :

- vérification de l'identité et du domicile du postulant (généralement la banque envoie une lettre d'accueil à l'adresse indiquée sur le formulaire de demande et s'assure qu'elle n'est pas retournée) ;
- consultation du fichier des chèques impayés de la Banque de France (il s'agit d'une des mesures destinées à lutter contre les chèques sans provision ; v. *infra*, n° 697).

Le banquier peut engager sa responsabilité délictuelle à l'égard de tiers si par sa négligence dans sa délivrance de formules, il leur a causé un préjudice¹.

Malgré la demande des établissements de crédit, la fourniture de formules est gratuite.

821. Délivrance d'un chéquier au représentant d'une société. Lorsque c'est le représentant d'une société qui demande la délivrance d'un chéquier, la banque doit être encore plus prudente. Lorsque la *société est en formation* la remise de formules n'est pas fautive². Cependant, des juridictions condamnent les établissements de crédit qui ont délivré des formules qui ont permis à leur signataire d'émettre des chèques sans provision.

La banque doit cependant vérifier le sérieux du projet. Elle doit exercer envers chacun des fondateurs les mêmes vérifications que si elle leur avait ouvert un compte pour leurs besoins professionnels.

§ 2. CRÉATION DU CHÈQUE

822. Le chèque n'est valablement créé que s'il comporte des mentions (A). Des conditions de fond doivent aussi être respectées (B).

A. Mentions

823. Mentions obligatoires. Comme la lettre de change, le chèque doit comporter un certain nombre de mentions exigées à peine de nullité (CMF, art. L. 131-2) :

- la dénomination « chèque » ;
- le mandat pur et simple de payer une somme déterminée qui est généralement indiquée en chiffres en haut et à droite et en lettres dans le corps du texte³ ;
- le nom du tiré ; c'est généralement une succursale de banque ;
- le lieu où le paiement doit s'effectuer ;
- le nom et l'adresse du tireur et le numéro de son compte ;
- le lieu et la date du tirage. La date d'un chèque s'entend de l'indication de l'année, du mois et du jour où il est créé.
- la signature manuscrite du tireur.

1. Com. 19 juin 1990, *RTD com.* 1991. 74, obs. M. Cabrillac.

2. Com. 6 févr. 1990, *RTD com.* 1990. 231, obs. M. Cabrillac ; Com. 11 janv. 2000, *RD bancaire et fin.* mars 2000, p. 75, obs. F. Crédot.

3. La seule mention en chiffres suffit ; Com. 17 oct. 1995, *RTD com.* 1996. 92.

À défaut de l'une des mentions obligatoires, le titre n'est pas considéré en principe comme un chèque (CMF, art. L. 131-3). Cependant, le titre peut valoir commencement de preuve par écrit ou promesse de payer sous seing privé¹.

Aucune date d'échéance ne doit être mentionnée ; celle qui y figurerait serait réputée non écrite et le chèque serait immédiatement encaissable. *Le chèque doit être immédiatement payable à vue* et ne peut être un instrument de crédit.

824. Mentions facultatives. L'une des mentions facultatives est devenue quasiment imposée. Il s'agit de la formalité du *barrement du chèque*. Depuis une loi en date du 29 décembre 1978 les établissements de crédit doivent communiquer à l'administration des impôts sur sa demande, l'identité des clients qui refusent les chèques barrés. Les formules non barrées donnent lieu à perception d'un droit de timbre.

Il existe plusieurs motifs à ce caractère quasi obligatoire du chèque barré.

Celui-ci est tout d'abord un moyen de lutter contre les conséquences des vols des chèques. En effet, ce chèque ne peut être payé par le tiré qu'à un banquier, à un chef de bureau de chèques postaux ou à un client du tiré. Le banquier ne peut ainsi verser des espèces à une personne qu'il ne connaît pas. Le chèque barré est en second lieu un moyen de prévention de la fraude fiscale. Cela d'autant plus que la loi prévoit que le chèque barré contient une clause interdisant l'endossement à une personne autre qu'une banque, une caisse d'épargne ou un établissement assimilé. Nécessairement encaissé par un banquier, le chèque laissera donc une trace de la transaction réalisée.

La désignation du bénéficiaire du chèque est facultative (C. com., art. L. 131-6). Le chèque peut donc être créé à personne dénommée ou au porteur. Le tireur peut se déclarer bénéficiaire du chèque. C'est le cas du chèque de retrait. L'inscription du numéro d'un compte ouvert dans les livres de la banque, au verso d'un chèque émis à son ordre désigne, selon la volonté du tireur, le titulaire du compte comme bénéficiaire².

Une clause non à ordre est presque toujours apposée pour interdire au bénéficiaire d'un chèque à personne dénommée de l'endosser à une personne autre qu'à une banque³.

Des mentions peuvent renforcer la fiabilité des chèques : comme la lettre de change, le chèque peut être avalisé. L'avaliste (qui appose sa signature au recto du chèque à moins qu'il ne soit donné par acte séparé pour garantir une série de chèques) garantit le paiement du chèque.

Le chèque peut être *visé* par le banquier. Ce dernier atteste simplement la présence de la provision à l'instant du visa. Le banquier n'est pas obligé de bloquer la provision.

Le chèque peut être *certifié*. La provision reste alors bloquée sous la responsabilité du tiré, au profit du porteur jusqu'à l'expiration du délai de présentation qui est de huit jours. Le chèque certifié peut toujours être obtenu par le titulaire du compte qui en fait la demande et dispose des fonds, même s'il est interdit.

1. Civ. 10 mai 1995, *RTD com.* 1995, 627, obs. M. Cabrillac.

2. La Cour de cassation en déduit que la banque n'engage pas sa responsabilité, en l'absence d'indices particuliers, dès lors qu'elle paie le titulaire du compte dont le numéro est inscrit. Il importe alors peu que les formules aient été détournées : Com. 5 nov. 2002, *JCP*, éd. E, 2003, 37, note Th. Bonneau.

3. Cela n'interdit pas la tradition du chèque au porteur. La banque engage sa responsabilité si elle paie un chèque endossé à une personne n'ayant pas la qualité de banquier ; Com. 26 nov. 1996, *RTD com.* 1997, 112, obs. M. Cabrillac.

B. Conditions de fond

825. Principes. Une première condition est relative au tiré qui ne peut être qu'un établissement de crédit ou assimilé.

Le tireur qui réunit les conditions pour émettre un chèque (v. *supra*, n° 674) doit manifester son consentement par apposition de sa signature. En *cas de fausse signature* apposée sur un chèque perdu ou volé, la banque dépositaire des fonds de son client n'est pas libérée envers lui s'il s'est dessaisi, sur présentation d'un faux ordre de paiement. La banque peut cependant invoquer à sa décharge une faute du tireur qui n'a pas surveillé ses formules¹.

L'engagement du tireur doit avoir une cause. Celle-ci est constituée par la valeur fournie par le bénéficiaire au tireur. Cette exigence a pu faire douter de la validité des *chèques de casino*, émis au profit d'un établissement de jeu, car l'article 1965 du Code civil n'accorde aucune action pour le paiement des dettes de jeu. La jurisprudence a considéré que la cause n'était pas illicite car l'activité des casinos est autorisée. Mais les casinos ne doivent pas consentir des prêts pour permettre au client de continuer à jouer².

L'exception d'absence de cause ou de cause illicite est cependant inopposable au porteur de bonne foi.

§ 3. EFFETS DE L'ÉMISSION DU CHÈQUE

826. Le chèque produit ses effets dès sa remise (A). Le porteur a alors plusieurs droits (B).

A. Remise du chèque

827. Conséquences attachées à la remise. Une fois rempli par le tireur, le chèque est remis au bénéficiaire. Cette remise est essentielle même si elle ne vaut pas paiement. L'émission du chèque résulte en effet à la fois de sa *création* et de sa *mise en circulation*. Il en résulte certains effets.

D'une part, c'est à la *date de la remise que la provision doit exister*.

D'autre part, c'est la date de la remise qui est prise en considération dans bon nombre de cas : les pénalités de retard en matière fiscale ne sont pas dues si le chèque a été envoyé avant l'expiration du délai administratif de règlement. En matière de sécurité sociale, le débiteur n'est réputé avoir acquitté sa dette qu'à la date où le créancier a effectivement reçu le chèque ; la remise fait partir la garantie due par un assureur.

Lors de la remise du chèque, le bénéficiaire est bien fondé à demander au remettant de justifier de son identité au moyen d'un document officiel portant sa photographie. La négligence du bénéficiaire qui ne procéderait pas à ce contrôle peut être considérée comme fautive.

1. Com. 9 juill. 1996, *RTD com.* 1996. 696, obs. M. Cabrillac.

2. Crim. 15 nov. 1993, *D.* 1995. 302, note H. Nomalis ; CA Paris, 21 nov. 1995, *Dalloz Affaires* 1996. 151 ; Civ. 1^{re}, 11 mai 1999, *JCP*, éd. E, 1999. I. 269, *Contrats, conc. consom.* oct. 1999, comm. 138 ; l'existence du crédit peut être déduite du délai d'encaissement du chèque : Civ. 1^{re}, 25 févr. 2003, *RD bancaire et fin.* mars 2003, comm. 62, obs. F. Crédot et Y. Gérard.

828. Absence d'effet novatoire de la remise. Cette règle importante signifie que la créance du bénéficiaire du chèque sur le tireur subsiste tant que le chèque n'a pas été payé, ce qui suppose qu'il ait bien été provisionné. *C'est l'instant de l'encaissement qui marque la date du paiement.* Les sûretés qui assortissent la créance sous-jacente survivent également jusqu'à l'encaissement du chèque.

Cette absence d'effet novatoire est une garantie pour le bénéficiaire. Cependant, le plus souvent ce dernier a exécuté sa prestation ou remis la marchandise lors de la remise. Il ne lui reste plus alors qu'à utiliser les prérogatives offertes aux victimes de chèques sans provision (v. *infra*, n° 703).

B. Droits du porteur de chèque

1° Droits du porteur sur la provision

829. Définition de la provision. La provision est une créance de somme d'argent du tireur sur le tiré (l'établissement de crédit), disponible et suffisante pour couvrir l'ordre de payer de l'émetteur. La provision ne figure pas parmi les conditions de validité du chèque. Cependant, beaucoup de conséquences sont attachées à l'émission de chèques sans provision. *La provision doit exister lors de l'émission du chèque* consistant à la fois en sa création et en sa mise en circulation. *C'est une différence essentielle avec la lettre de change.* La provision doit alors exister seulement lors de l'échéance du titre.

La provision doit être certaine, liquide, exigible et disponible. Cela signifie que le banquier doit disposer des fonds pour payer le chèque. Cependant, il est admis que la provision puisse résulter de la remise d'effets ou de chèques à encaisser (il faut toutefois attendre l'encaissement par le banquier), d'une ouverture de crédit bancaire.

En cas de doute, c'est au tireur de rapporter la preuve de l'existence de la provision. Cette preuve est délicate à rapporter lorsque le tireur invoque des facilités de caisse consenties par sa banque. Il faut alors rechercher si le tiré bénéficiait ou non d'une vérifiable ouverture de crédit. Si tel était le cas, la banque a engagé sa responsabilité pour rupture abusive de crédit en refusant de payer le chèque.

La provision est irrévocable, c'est-à-dire que le tireur n'a pas le droit de la retirer ou de la bloquer en faisant opposition au paiement.

830. Transmission de la propriété de la provision. La remise du chèque au bénéficiaire transfère à celui-ci la propriété de la provision dans la mesure où elle existe, avec toutes les sûretés qui peuvent la garantir. *Le bénéficiaire devient immédiatement créancier* du banquier pour le montant du chèque. Autrement dit, la créance du porteur est sortie du patrimoine du tireur pour entrer dans celui du porteur. Il en résulte notamment que :

- si le tireur est mis en redressement judiciaire après la remise, les porteurs de chèque ne subissent pas les effets de la procédure collective¹ ;
- le tireur ne peut plus faire opposition au chèque en bloquant la provision ;
- les créanciers du tireur ne peuvent plus appréhender la créance. Toutefois, il convient de tenir compte de la réforme des voies d'exécution par la loi du 9 juillet 1991. Le porteur n'est protégé que s'il a remis le chèque à l'encaissement avant la saisie attribution ;

1. La provision doit exister avant l'ouverture de la procédure ; Com. 12 mars 1996, *RTD com.* 1996. 501, obs. M. Cabrillac.

– le tireur ne peut plus disposer de la provision, la retirer à son profit ou émettre un nouveau chèque dessus. Cependant, il faut tenir compte de la bonne foi du banquier ; si celui-ci ignorait le tirage du premier chèque et remet la provision au tireur ou paie un second chèque, il le fait valablement. En revanche, s'il avait été prévenu de l'émission du premier chèque, il doit conserver la provision pour payer ce chèque.

2° Engagement du tireur

831. Portée de l'engagement. En signant le chèque, le tireur s'engage envers le bénéficiaire et, éventuellement, envers tout porteur ultérieur à payer le chèque si le banquier tiré ne le paie pas. Les caractères de cet engagement sont à peu près les mêmes que ceux de l'engagement cambiaire du tireur d'une lettre de change ; il est unilatéral, solidaire, abstrait et soumis à une prescription rapide (*infra*, n° 695). Mais il n'est pas nécessairement commercial, le chèque n'étant pas en soi un acte de commerce. D'autre part, *le principe de l'inopposabilité des exceptions ne joue pas dans les relations entre le tireur et le premier bénéficiaire* ; le tireur peut notamment opposer la nullité ou l'extinction de la créance de valeur fournie que la remise du chèque avait pour but de régler. En revanche, ce principe joue dans les relations entre le tireur et les porteurs subséquents de bonne foi ; par exemple, il ne pourrait pas leur opposer l'exception de jeu qui aurait été opposable au premier bénéficiaire.

Le bénéficiaire conserve en outre, contre le tireur, sa créance de valeur fournie avec les sûretés qui y étaient éventuellement attachées puisque la remise du chèque n'a pas d'effet novatoire et n'éteint pas immédiatement cette créance (*supra*, n° 684).

Section 2

Circulation du chèque

832. Principes. Les règles sont calquées sur celles de la circulation de la lettre de change et il suffit d'y renvoyer, sous réserve des précisions suivantes (C. com., art. L. 131-16). La plupart des chèques ne sont pas librement endossables puisque l'endossataire doit être un établissement de crédit (v. n° 680).

833. Endossement translatif. Si le chèque contient le nom d'un bénéficiaire, celui-ci peut le transmettre par endossement, même si la clause à ordre ne figure pas sur le titre. Mais si la clause « non à ordre » ou « non endossable » ou toute autre analogue a été apposée sur le chèque, celui-ci ne peut être cédé que dans les formes et avec les effets de la cession civile de créance.

Les formes de l'endossement translatif sont les mêmes que pour la lettre de change ; cet endossement peut notamment être « en blanc » et résulter de la seule signature manuscrite ou « à la griffe » du bénéficiaire ; le chèque circule alors comme un chèque au porteur et peut être transmis par tradition.

Le chèque peut d'ailleurs être créé au porteur dès l'origine ; le tireur peut aussi laisser le nom du bénéficiaire en blanc, ce qui revient au même ; le chèque peut alors être transmis par tradition de la main à la main.

L'endossement translatif du chèque produit les mêmes effets que celui de la lettre change :

a) le nouveau porteur acquiert la propriété de la provision et, si le chèque était certifié, le bénéfice du blocage de la provision ;

b) il acquiert un droit direct, personnel et purgé des exceptions opposables au précédent porteur, contre le tireur et, éventuellement, les endosseurs antérieurs ;

c) l'endosseur s'oblige envers le nouveau porteur et tous les porteurs ultérieurs à garantir le paiement du chèque.

En pratique, l'endossement d'un chèque est rare ; les banques escomptent peu souvent les chèques¹. En revanche, elles se chargent de leur encaissement au moyen d'un endossement de procuration.

834. Endossement de procuration. Comme pour la lettre de change, cet endossement doit être en principe exprès ; « pour recouvrement », « pour encaissement » ; en pratique, cependant, il se réalise au moyen d'un *endossement en blanc* ; il est généralement donné à un banquier qui se charge de l'encaissement et inscrit ensuite le montant du chèque au crédit du compte de son client. Le banquier est responsable, comme mandataire, des fautes qu'il pourrait commettre par exemple du retard à présenter le chèque au paiement ou du retard à avertir le bénéficiaire du défaut de paiement.

835. Endossement pignoratif. Il est possible et soumis aux mêmes règles que pour la lettre de change ; mais il est pratiquement inconnu car la vie du chèque est brève.

Section 3

Paiement du chèque

836. Le paiement du chèque (§ 1) obéit à certaines conditions mais c'est l'absence de paiement qui pose le plus de difficultés. Il existe tout un dispositif de lutte contre les chèques sans provision (§ 2).

§ 1. MODALITÉS DE PAIEMENT

837. Obligation de présenter le chèque au paiement. Le chèque, comme la lettre de change doit être présenté au paiement, par le bénéficiaire ou le banquier qu'il a chargé de l'encaissement, au domicile du tiré mentionné sur le titre ; la présentation à une chambre de compensation vaut présentation au paiement (C. com., art. L. 131-34).

Le chèque étant à vue, le porteur peut le présenter au paiement dès qu'il lui est remis, même s'il comporte une postdate. Le chèque est en effet un titre payable sur première présentation. Mais il doit le faire, en principe, dans des délais assez brefs : huit jours pour les chèques tirés et payables en France, vingt jours pour ceux tirés dans des pays d'Europe ou méditerranéens, soixante-dix jours pour ceux tirés dans d'autres pays. Le jour d'émission ne compte pas : les jours fériés inclus dans le délai comptent ; mais si le délai expire un jour non ouvrable, son expiration est reportée au jour ouvrable suivant.

1. Com. 30 janv. 1996, D. 1996. 321, note J.-L. Rives-Lange.

Le porteur d'un chèque a cependant un recours fondé sur le droit du chèque contre le tireur devant garantir la provision jusqu'à l'expiration du délai de prescription et ce même si le titre n'a pas été présenté au paiement dans le délai énoncé à l'article 29¹.

La jurisprudence admet la validité du *chèque de garantie*, création de la pratique. Il est caractérisé par le fait que le bénéficiaire comme le tireur est le plus souvent informé de l'absence ou de l'insuffisance de la provision au moment de son émission. Il est assorti de délai ou d'interdiction d'encaissement sous réserve de la survenance d'un événement. Cependant la Cour de cassation a considéré que le bénéficiaire peut faire encaisser ce chèque sauf à à lui à restituer le montant si le paiement reçu était indu².

838. Obligation de payer du banquier tiré. À l'exception des chèques sans provision de moins de 15 euros, le banquier n'est obligé de payer que s'il y a provision ; mais il y est alors obligé. Sinon, il engagerait sa responsabilité civile à la fois à l'égard du tireur pour atteinte à son crédit et à l'égard du porteur. Il engage même sa responsabilité pénale s'il refuse de payer en indiquant sciemment une provision inférieure à la provision réelle.

Le banquier doit vérifier :

- a) la régularité formelle du chèque. Ce contrôle existe même en présence d'un traitement automatisé³.
- b) la régularité de la chaîne des endossements et l'identité du porteur, mais non l'exactitude de la signature des endosseurs ni la capacité de ceux-ci ou du porteur ;
- c) la régularité de la signature du tireur en la comparant au modèle de signature que celui-ci lui a remis.

Le banquier engagerait sa responsabilité civile envers le tireur s'il payait un chèque portant une signature apparemment contrefaite ou comportant une autre falsification décelable avec un peu d'attention. Dans son appréciation de la faute du banquier, la jurisprudence semble retenir la distinction suivante. Si le chèque est faux dès l'origine, le banquier est en principe responsable. Le document qui lui a été présenté n'a en effet jamais eu de valeur légale⁴. Si le chèque a été falsifié par la suite, le banquier s'est valablement dessaisi des fonds. Le tireur peut alors engager sa responsabilité à la condition de prouver sa faute⁵.

La banque qui reçoit un chèque à l'encaissement doit signaler au tireur et à la banque tirée les anomalies qu'elle a pu constater sur le titre⁶.

La banque est également tenue à des obligations de vérification qui s'inscrivent dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de l'argent. L'établissement de crédit doit ainsi examiner tous les chèques reçus d'un établissement situé dans un des états ou territoires

1. Com. 7 janv. 1997, *JCP*, éd. E, 1997, Pan. 173.

2. Com. 17 nov. 1998, *JCP*, éd. E, 2000, 228, note Gibirila ; *RTD com.* 1999, 165, obs. M. Cabrillac ; Com. 24 oct. 2000, *JCP*, éd. E, 2000, 1391 et 2001, 1096, note D. Cholet ; Com. 18 févr. 2003, *RD bancaire et fin.* mars 2003, comm. 61, obs. F. Crédot et Y. Gérard.

3. Une banque est ainsi responsable lorsque le gérant d'une SCI après avoir fait émettre des chèques de banque, falsifie le nom du bénéficiaire et encaisse les chèques sur un compte de société ouvert à son nom : Com. 9 juill. 2002, *RTD com.* 2002, 710, note M.C.

4. Pour un exemple, Com. 5 nov. 2002, *JCP*, éd. E, 2003, 37, note T. Bonneau. En l'espèce, le titulaire d'un compte bancaire âgé et en mauvaise santé a été victime de détournements consentis par son employée de maison qui lui avait dérobé des formules et imité sa signature. La banque est reconnue responsable pour les premiers mois. Mais la responsabilité de la victime est aussi retenue pour ne pas s'être inquiétée du fonctionnement du compte dont elle ne recevait plus les relevés.

5. Com. 9 févr. 1993, *D.* 1993, somm. 316, obs. M. Cabrillac ; *JCP*, éd. E, 1993, II, 439, note J. Stoufflet.

6. Com. 15 nov. 1994, *RD bancaire* 1995, 13, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; M. Gandji, « De l'opposition au paiement par chèque », *Banque et droit* juill. 1996, p. 20 ; A.-M. Romani, « L'opposition du tireur au paiement d'un chèque », *D.* 1985, chron. 35.

inscrits sur la liste noire du GAFI et ayant fait l'objet d'un endos au bénéfice d'un tiers qu'autre qu'un établissement financier. L'établissement de crédit doit aussi procéder à la vérification d'au moins 25 % des chèques provenant de la centaine de pays situés dans la zone grise¹.

839. Prescription. Comme en matière de lettre de change, les délais de prescription des recours sont brefs :

a) pour le recours du porteur contre le banquier tiré, un an à compter de l'expiration du délai de présentation (L. 11 juill. 1985, art. 25) ;

b) pour le recours du porteur contre le tireur ou les endosseurs, six mois à compter de la même date ;

c) pour les recours entre coobligés, six mois à compter du paiement fait par chacun d'eux ou de la demande en justice formée contre lui.

Cette prescription n'a que la valeur d'une présomption de paiement et peut être écartée par la preuve contraire résultant notamment de l'aveu du débiteur.

Le chèque prescrit ne peut avoir que la valeur d'un commencement de preuve par écrit, même s'il renferme les mentions requises d'une promesse de payer, écrites de la main du tireur.

Le porteur qui laisse passer le délai de prescription est considéré comme négligent. Cependant, l'action cambiaire subsiste, en cas de déchéance ou de prescription, contre le tireur qui n'a pas fait provision, ainsi que contre les autres coobligés qui se seraient enrichis injustement.

La créance fondamentale du bénéficiaire subsiste avec ses garanties éventuelles puisque la remise du chèque n'empêche pas novation.

840. Opposition au paiement. La loi ne permet de faire opposition au paiement que dans quelques cas limitatifs (CMF, art. L. 131-35) :

- en cas de perte ou de vol de chèque ;
- en cas de redressement judiciaire ou de liquidation du porteur ;
- en cas d'utilisation frauduleuse du chèque.

En dehors de ces cas, l'opposition n'est pas permise et peut même constituer de la part du tireur le délit de blocage de la provision. L'opposition est par exemple illicite si la marchandise achetée n'a pas été livrée.

L'opposition doit être confirmée par écrit².

Bien des tireurs ignorent ces principes. Pour cette raison, le législateur impose aux banques d'informer par écrit les titulaires de compte des sanctions encourues en cas d'opposition fondée sur une autre cause que celles prévues.

Le tiré qui refuserait le paiement d'un chèque en raison d'une opposition sans avoir respecté cette obligation est passible d'une amende.

Le banquier n'a pas le pouvoir d'apprécier le bien fondé de l'opposition. Cependant, le banquier qui reçoit une opposition illicite doit indiquer au client la raison pour laquelle cette opposition ne peut être admise³. Le porteur qui considère que l'opposition est illicite

1. Règlement CRB 18 avr. 2002, *Dalloz Affaires* 2002. AJ. 1647.

2. Le banquier n'a pas à contrôler la réalité des motifs de l'opposition : Com. 8 oct. 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 195, note D. Cholet.

3. Com. 16 juin 1992, *RTD com.* 1992. 648, obs. M. Cabrillac.

doit saisir le juge des référés. Celui-ci est tenu d'ordonner la main levée de l'opposition si celle-ci ne remplit pas les conditions légales.

§ 2. LUTTE CONTRE LES CHÈQUES SANS PROVISION

841. Historique de la lutte contre le chèque sans provision. Le développement du chèque comme instrument de paiement va de pair avec la multiplication du nombre de chèques sans provision.

Depuis 1917, date d'une loi instituant un délit spécial pour le chèque sans provision, le législateur a multiplié les techniques pour tenter d'enrayer le phénomène. Certains textes ont créé des infractions pénales. Tel a été le cas du décret-loi de 1935. D'autres textes ont tiré les conséquences de l'impossibilité pour les tribunaux de sanctionner les émetteurs de chèques sans provision. Ainsi un rôle de prévention et même de police fut-il confié aux banques. Tel est le résultat d'une loi en date du 3 janvier 1972 et d'une loi du 3 janvier 1975. Parallèlement des mesures de prévention et de protection des victimes de chèques impayés étaient prises.

Malgré ces mesures, il y a eu en 1990 près de neuf millions de chèques rejetés par les banques faute de provision.

Le législateur a une nouvelle fois tiré les conséquences de l'échec des mesures précédentes. C'est une loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement complétée par un décret en date du 22 mai 1992 qui fixe les nouvelles règles¹. Des aménagements ont été apportés par la loi NRE du 15 mai 2001 et la loi MURCEF en date du 11 décembre 2001. Dans ces dernières dispositions, le législateur recherche un objectif nouveau : la lutte contre l'exclusion du tireur de chèque sans provision.

842. Principes gouvernant la lutte contre les chèques sans provision. La loi du 30 décembre 1991 innove en *dépénalisant* pour une large part l'émission de chèques sans provision². L'échec de la répression lié à l'engorgement des juridictions est pris en compte. Ce sont donc les banques qui sont la clef de voûte du dispositif mis en place. La loi du 1991 renforce ce rôle des banques en améliorant des mécanismes introduits par des textes antérieurs. La loi améliore le régime de l'*interdiction bancaire* d'émettre des chèques. Les facilités de régularisation offertes aux émetteurs imprudents sont accrues. Dans le même temps, le texte renforce les mesures de prévention en améliorant la fiabilité des registres recensant les interdits de chéquiers. Enfin, poursuivant l'effort entrepris, le législateur améliore le sort de la victime du chèque sans provision. Il convient d'examiner successivement les conséquences de l'émission d'un chèque sans provision (A) avant de préciser quels sont les droits de la victime du non-paiement (B).

A. Conséquences de l'émission d'un chèque sans provision

843. Obligations du banquier tiré. Il y a *incident de paiement* lorsque le tireur ne dispose pas de fonds suffisants pour payer le montant du chèque. En cas d'insuffisance ou de défaut de provision, le banquier, sauf s'il consent une ouverture de crédit.

1. Y. Chaput, « La loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement », *D.* 1992. chron. 102 ; Chr. Gavalda et J. Stoufflet, *RD bancaire* 1992. 228.

2. W. Jeandidier, « Les vicissitudes du droit pénal positif du chèque », *Mélanges Larguier*, 1993, p. 177.

La banque peut alors, après avoir informé par tout moyen approprié mis à disposition par lui le titulaire du compte des conséquences du défaut de provision, refuser le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante (CMF, art. L. 131-73). Le banquier doit enjoindre au titulaire du compte de restituer à tous les banquiers dont il est le client les formules en sa possession et en celle de ses mandataires. Il doit lui enjoindre de ne plus émettre des chèques autres que ceux qui permettent exclusivement le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés. L'interdiction d'émettre des chèques peut persister pendant cinq ans à moins que les conditions de sa levée ne soient réunies (C. com., art. L. 131-78).

Dans le même temps, *la banque doit avertir de l'incident et de l'interdiction la Banque de France et le mandataire du titulaire interdit*. Le service du fichier central des chèques impayés de la Banque de France centralise les informations relatives aux incidents de paiement et les tient à la disposition des établissements de crédit.

Le tiré a tout intérêt à respecter les obligations légales. Le tiré est tout d'abord tenu de payer le chèque émis en violation de l'interdiction s'il a délivré des formules à un interdit ou s'il a omis de demander la restitution des formules. Le tiré peut ensuite être sanctionné pénalement.

844. Régularisation. Le tireur dispose d'une *faculté de régularisation* (CMF, art. L. 131-78). Le paiement du chèque au porteur se fait alors par remise directe des fonds ou par règlement sur nouvelle présentation. Cette faculté est ouverte à tout moment. Si le paiement du chèque intervient dans les deux mois de l'injonction, le tireur recouvre son droit d'émettre des chèques sans paiement de pénalité¹.

Si, dans l'année précédente, un autre incident était déjà intervenu, le tireur doit s'acquitter d'une *pénalité* (art. L. 131-75). Celle-ci est payée au moyen d'un timbre-amende ou de versement d'espèces. La pénalité forfaitaire est de 22 euros par tranche de 150 euros ou fraction de tranche non provisionnée. La pénalité est ramenée à 5 euros lorsque la fraction non provisionnée du chèque est inférieure à 50 euros. L'amende peut être doublée si les personnes en infraction ont déjà obtenu trois régularisations dans l'année précédant l'incident.

La régularisation a pour effet de permettre au tireur de recouvrer le droit d'émettre des chèques. La loi prévoit des cas de régularisation de plein droit dans le cadre des procédures de surendettement et des procédures collectives. Il y a régularisation en cas d'extinction de la créance du porteur du chèque qui ne l'a pas déclarée dans la procédure collective du tireur et qui n'a pas obtenu un relevé de forclusion. La régularisation est également acquise en cas d'effacement d'une créance octroyée dans le cadre d'une procédure de surendettement (C. consom., art. L. 132-4).

Il existe des *cas de suspension possible de l'interdiction*. Lorsque le tireur interdit bancaire est déclaré en redressement judiciaire, le tribunal peut prononcer la suspension de la mesure d'interdiction jusqu'à l'expiration des délais retenus par le plan de continuation. La clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif suspend également la mesure d'interdiction.

845. Sanctions encourues par le tireur. L'émission de chèque sans provision n'est plus un délit depuis la loi de 1991.

1. M. Cabrillac, « Les délits de retrait et de blocage de la provision après 1991 », in *Mélanges Larguier*, 1993, p. 57.

Seules *quatre incriminations pénales subsistent* : le retrait ou le blocage par quelque moyen que ce soit, de tout ou partie de la provision¹ ; le fait d'accepter ou d'endosser un chèque émis en vue de retirer la provision ; l'émission de chèques au mépris d'une injonction d'avoir à restituer les chéquiers à la suite d'un incident de paiement ; l'émission de chèques par un mandataire alors que son mandant est sous le coup d'une interdiction bancaire et que le banquier teneur de compte l'a informé de cette interdiction.

846. *Publicité de l'incident.* Une bonne prévention contre les chèques sans provision suppose une information des banques. *C'est la Banque de France qui assure la centralisation des informations.*

Tout tiré qui a refusé le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante ou qui a clôturé un compte sur lequel des formules de chèque ont été délivrées ou qui a enregistré une opposition pour perte ou vol de chèques ou de formules de chèque doit en aviser la Banque de France.

La Banque de France informe les établissements et les personnes sur lesquelles peuvent être tirés des chèques ainsi que, sur sa demande, le procureur de la République, des incidents de paiement, des interdictions et des levées d'interdiction d'émettre des chèques.

Pour faciliter l'information des banques, la Banque de France reçoit de l'administration des impôts les informations qui permettent d'identifier l'ensemble des comptes ouverts par les personnes physiques ou morales. La banque peut également informer toute personne qui souhaite vérifier la régularité d'un chèque.

Une publicité concerne également les protêts et les certificats de non-paiement. Font ainsi l'objet d'une publicité au greffe du tribunal de commerce les certificats concernant des chèques émis par des personnes tenues de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers et dépassant un montant minimal aujourd'hui fixé à 10 000 F.

847. *Obligations des banques autres que le tiré.* Tout banquier autre que celui qui a relevé l'incident est désormais informé soit par la Banque de France, soit par la banque tirée. Il ne doit plus continuer à délivrer de formules. Il doit en outre signaler les violations d'interdictions. Le banquier qui ne respecte pas la règle doit payer le chèque émis, nonobstant l'absence, l'insuffisance ou l'indisponibilité de la provision.

B. Droits de la victime d'un chèque sans provision

848. *Recours du porteur impayé.* La loi de 1991 ne remet pas en cause le dispositif antérieur. Tout au plus constate-t-on un nouvel allègement des formalités permettant un éventuel paiement.

Le porteur du chèque est averti du non-paiement par l'attestation de rejet établie par le tiré.

Le porteur peut faire constater par huissier le défaut de paiement. C'est la formalité du *protêt* (C. com., art. L. 131-61). Cette formalité lourde est rarement accomplie d'autant

1. L'intention de porter atteinte aux droits d'autrui, distincte de la mauvaise foi doit être établie.

plus que, pour un porteur de chèque, le fait d'être considéré comme négligent au regard du droit cambiaire n'emporte pas de conséquences graves¹.

Dans la majorité des cas, en application de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, un *certificat de non-paiement* est délivré gratuitement par le tiré au porteur qui en fait la demande. Ce certificat peut être obtenu dans le délai de trente jours à compter de sa première présentation ou de la constitution de la provision dans ce délai. La délivrance du certificat est automatique au terme d'un délai d'un mois à dater de la première présentation du chèque et après nouvelle présentation.

Il est prévu que tout versement effectué par le tireur sur le compte duquel a été émis le chèque impayé est affecté en priorité à la constitution d'une provision pour le paiement intégral de celui-ci² (CMF, art. L. 131-74). Cette affectation constitue une amélioration à la situation de la victime de l'émission sans provision.

La notification effective ou, à défaut, la signification du certificat de non-paiement au tireur par ministère d'huissier vaut commandement de payer. L'huissier qui n'a pas reçu justification du paiement du montant du chèque et des frais dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la signification ou de la notification délivre un titre exécutoire. Ce titre permet au porteur de mettre en œuvre une voie d'exécution pour se faire payer.

En cas de non-paiement, le porteur diligent d'un chèque impayé dispose de recours cambiaux dirigés contre l'un quelconque des signataires du titre.

Dans l'hypothèse où une instance pénale est engagée à l'encontre du tireur, le porteur dispose de plusieurs actions lui permettant d'obtenir soit le remboursement du chèque, soit des dommages et intérêts compensant le préjudice subi.

Les victimes de chèque sans provision peuvent toujours se porter partie civile devant les juridictions répressives mais l'abrogation du délit de chèque sans provision diminue la portée de la règle.

1. Le porteur négligent perd ses recours cambiaux. Cependant, le porteur même négligent, conserve son recours contre le tireur s'il démontre que la provision n'existait pas lors de l'émission du chèque. Il dispose également d'une action contre les autres personnes obligées en vertu du titre si ces dernières se sont enrichies injustement.

2. T. Samin, « L'article 137 de la loi contre les exclusions », *Banque et droit* janv. 1999, p. 3.

Les cartes de paiement et de crédit

849. Typologie. Introduites en 1954 par le *Diners Club*, les cartes de paiement et de crédit ne cessent de se développer depuis. Deux articles du Code monétaire et financier leur sont consacrés (art. L. 132-1 et L. 132-2) :

- les *cartes de paiement* sont celles émises par un établissement de crédit ou une institution ou service autorisé qui permettent à leur titulaire de retirer ou de transférer des fonds ;

- la *carte de retrait* est toute carte émise par un établissement, une institution ou un service autorisé permettant exclusivement à son titulaire de retirer des fonds. La carte peut comporter l'ouverture par l'émetteur d'un *crédit* au titulaire de la carte. Dans un tel cas, la loi MURCEF, modifiant l'article L. 311-9 du Code de commerce impose l'apposition de la mention « carte de crédit » sur les cartes délivrées aux bénéficiaires d'un crédit à la consommation. Il s'agit de faire prendre conscience aux utilisateurs de la véritable nature de l'instrument qui leur est confié et de ses dangers potentiels.

Il existe plusieurs catégories d'émetteurs :

- les entreprises commerciales délivrent des cartes de crédit dont l'utilisation est limitée aux succursales et agences de la firme émettrice (exemple des cartes délivrées par les grands magasins) ;

- les établissements spécialisés tels que *Diners Club* ou *American Express* délivrent des cartes de paiement et de crédit à des clients sélectionnés en fonction de leurs revenus ;

- les banques qui ont constitué un groupement économique « carte bancaire » délivrent soit des cartes de retrait de fonds dans un établissement, soit des cartes de retrait inter-bancaires, soit des cartes nationales de paiement soit enfin des cartes internationales de paiement.

850. Principes. Les cartes de paiement mettent en présence trois personnes : l'*émetteur*, le *porteur de la carte*, et le *fournisseur*. Une convention unit l'émetteur et son client (Section 1), une seconde l'émetteur et le fournisseur (Section 2).

La carte bancaire est devenue un moyen usuel de paiement. Elle ne remplace pas encore totalement le chèque. Contrairement à ce qu'avaient espéré ses promoteurs, le système mis en place est très coûteux. La fraude est considérable et les moyens pour la prévenir sont onéreux. Il faut donc sanctionner les utilisations frauduleuses de la carte et protéger celui qui s'est fait voler sa carte (Section 3).

Section 1

Rapports entre l'émetteur et le porteur de la carte

851. Droits et obligations des parties. Un contrat est passé entre l'émetteur et l'adhérent. Il est désigné sous le nom de *contrat porteur*. Le client d'une banque n'a pas un droit acquis à l'obtention d'une carte. La carte est délivrée une fois que l'adhérent a signé le formulaire préétabli. Ce contrat est à durée déterminée renouvelable tacitement.

Une recommandation de la Commission CE en date du 30 juillet 1997 impose la rédaction d'un écrit et la présence de clauses claires et aisément compréhensibles par le consommateur.

L'adhérent se voit offrir la possibilité de retirer des sommes à concurrence d'un plafond. Son dépassement est une faute contractuelle.

L'adhérent peut régler ses achats au moyen de la carte. L'émetteur s'engage en effet à assurer le paiement auprès des fournisseurs agréés. Il leur garantit même le paiement à certaines conditions et à concurrence d'un certain plafond. Le titulaire de la carte qui règle des achats par carte alors qu'il n'a pas les disponibilités suffisantes ne commet pas de délit pénal. La faute commise justifie la résiliation du contrat.

L'ordre de payer peut être donné par la composition du numéro de code. Il s'agit d'une *signature informatique*. Les parties sont libres de considérer que cette signature manifeste l'accord du client pour que son compte soit débité.

L'ordre de paiement donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte ou de vol de la carte, de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire (CMF, art. L. 132-2).

Le contrat se renouvelle par tacite reconduction. L'émetteur se réserve le droit d'exiger la restitution de la carte à tout moment.

L'ancien porteur qui continue à utiliser la carte alors qu'il n'en a plus le droit peut être poursuivi pour escroquerie au préjudice du commerçant ou pour abus de confiance à l'égard de l'émetteur.

La pratique de la carte bancaire peut donner lieu à des difficultés de mise en œuvre.

Un conflit peut ainsi apparaître lorsque le numéro de la carte est communiqué téléphoniquement, par exemple pour une réservation hôtelière. La difficulté apparaît lorsque le contrat pour l'exécution duquel le numéro de code est donné n'est pas exécuté ou est annulé. Il est tenu compte de la volonté des parties pour déterminer si la communication du numéro vaut ou non autorisation de prélèvement valant ordre de paiement pour le banquier¹.

La jurisprudence protège les intérêts du porteur de carte. Deux décisions sont significatives. Par la première, la Cour de cassation a énoncé « qu'en cas de perte ou de vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire d'en rapporter la preuve et que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute »². Dans une seconde décision, la chambre commerciale a

1. V. pour le cas classique de réservation de chambre d'hôtel, Civ. 1^{re}, 19 oct. 1999, *RTD com.* 2000. 159, obs. M. Cabrillac, *JCP*, éd. E., 1999. 1845, obs. P. Bouteiller ; le client peut demander la restitution du paiement si celui-ci n'était pas dû ; il s'agit d'un litige de droit commun.

2. Com. 2 oct. 2007, *RTD com.* 2007. 813, obs. D. L. ; *JCP*, éd. E., 2007. 2376, obs. P. Bouteiller.

énoncé qu'en application de l'article L. 132-3 du Code monétaire et financier, en cas de perte ou de vol, le titulaire d'une carte de paiement qui a effectué la mise en opposition dans les meilleurs délais, compte tenu de ses méthodes d'utilisation de cette carte, ne supporte intégralement la perte subie que s'il a agi avec négligence, constituant une faute lourde ; il appartient à l'émetteur de rapporter cette preuve ; la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel n'est à elle seule pas susceptible de constituer la preuve d'une telle faute »¹.

Le contrat porteur impose des obligations aux deux parties. L'émetteur s'engage à payer, au nom et pour le compte du porteur, le prix des achats ou prestations de services obtenus au moyen de la carte, au vu des factures qui lui seront directement transmises par les fournisseurs ou par leurs banquiers.

Le porteur s'engage à apposer sa signature sur la carte dès qu'elle lui est remise. L'ordre de paiement donné par le porteur est irrévocable sauf opposition justifiée par le vol, la perte ou le redressement ou la liquidation judiciaire.

Le porteur s'oblige irrévocablement à rembourser à l'émetteur, à la date et selon les modalités convenues, le montant des factures payées.

Il s'interdit et c'est une obligation de résultat, de divulguer son code ou de le conserver à proximité de la carte.

Section 2

Relations entre émetteur et fournisseurs

852. Obligations des parties. Un contrat « le contrat fournisseur » lie l'émetteur aux fournisseurs qui satisfont aux conditions imposées.

Le fournisseur doit s'engager à honorer les cartes présentées, à procéder à certaines vérifications (identité et signature du client par exemple)². Il s'engage en outre à verser une commission qui est fixée à un pourcentage du montant du paiement.

Le fournisseur doit présenter dans les sept jours la facture au paiement.

Le non respect des obligations est sanctionné par la perte de la garantie.

Par le contrat, l'émetteur prend un certain nombre d'engagements :

– celui de régler le fournisseur jusqu'à concurrence du montant garanti à la condition que le commerçant ait vérifié la régularité du titre et se soit assuré de la conformité de la signature apposée sur la facture avec celle figurant sur la carte ;

– celui de payer le montant des autres achats sous réserve de bonne fin d'encaissement auprès du porteur de la carte.

1. Com. 28 mars 2008, *JCP*, éd. E, 2008. 1735, note P. Bouteiller ; *RTD com.* 2008. 607, obs. D. L.

2. Les terminaux électroniques de paiement reliés au centre d'autorisation comportent un dispositif de contrôle du code du client.

Section 3

Lutte contre l'utilisation frauduleuse des cartes

853. Conséquences pénales. Le respect par les fournisseurs des obligations mises à leur charge ne suffit pas à prévenir les paiements effectués au moyen de cartes volées ou perdues.

En raison du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, les juridictions répressives avaient des difficultés à sanctionner les utilisations frauduleuses de cartes.

La loi du 30 décembre 1991 comble les lacunes de notre législation. Peuvent être condamnés ceux qui auront contrefait ou falsifié une carte de paiement ou de retrait ; ceux qui, en connaissance de cause, auront fait usage ou tenté de faire usage d'une carte de paiement ou de retrait contrefaite ou falsifiée ; ceux qui en connaissance de cause, auront accepté de recevoir un paiement au moyen d'une carte contrefaite ou falsifiée (CMF, art. L. 163-4)¹. Le développement d'Internet renforce le besoin de sécurité des utilisateurs². La loi relative à la sécurité quotidienne tente de renforcer la fraude sur les cartes bancaires. Un nouvel article L. 163-4-1 du Code monétaire et financier incrimine le fait de fabriquer, d'acquérir, de détenir, de céder, d'offrir ou de mettre à disposition des équipements, instruments, programmes informatiques ou données conçus ou spécialement adaptés pour commettre les infractions de contrefaçon et de falsification.

854. Conséquences civiles. L'utilisation frauduleuse des cartes peut avoir des conséquences pour le titulaire de la carte. Il faut distinguer :

Le porteur de la carte peut faire opposition à l'utilisation de celle-ci lorsque les éléments nécessaires au paiement ont été dérobés et utilisés frauduleusement.

En cas de perte de vol, de procédure collective ouverte au nom du bénéficiaire du paiement et en cas d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation le titulaire a l'obligation de *former opposition*. L'opposition est formulée dans le plus bref délai soit au centre du Groupement carte bancaire, soit auprès de l'agence émettrice les jours ouvrables. L'opposition faite par téléphone doit être confirmée par écrit. *À partir de l'opposition, la responsabilité du porteur est dégagée pour les opérations postérieures.*

Avant l'opposition, le titulaire supporte les conséquences de l'utilisation frauduleuse. On considère que la carte a pu être utilisée en raison d'une négligence du porteur qui a pu laisser son numéro de code à proximité de sa carte ou qui a tardé à déclarer la perte ou le vol³. Une clause du contrat carte bleue introduit dans cette hypothèse une *présomption conventionnelle de négligence*. La jurisprudence paraît lui donner effet⁴.

Pour éviter toutes difficultés, une *assurance* a été mise en place par les émetteurs. Le porteur ne supporte alors qu'une franchise. L'assurance ne joue pas dans certains cas, par exemple pour les opérations qui nécessitent la frappe du code confidentiel.

Pour limiter les conséquences de l'utilisation frauduleuse des cartes pour leurs porteurs la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne a introduit un nouvel article L. 132-3 du Code monétaire et financier fixant à 400 euros le plafond de la perte que peut

1. V. pour une condamnation pour abus de confiance : Crim. 14 nov. 2000, *JCP*, éd. E, 2001. 106.

2. Cl. Lucas de Leyssac, « Les paiements en ligne », *JCP*, éd. E, 2001. 506.

3. Com. 8 oct. 1991, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 403 ; D. 1991. 581, note M. Vasseur ; *JCP*, éd. E, 1992. I, n° 158, note Chr. Gavalda et J. Stoufflet.

4. Com. 1^{er} mars 1994, D. 1995. 167, note F. Ehloho ; *JCP* 1994. II. 22286, note Chr. Gavalda ; Com. 27 janv. 1998, *Rev. dr. banc.* 1998. 57, obs. F. Crédot et Y. Gérard. Com. 13 mars 2001, D. 2001. AJ. 1535.

supporter le porteur en cas d'utilisation de la carte avant opposition. Le plafond n'est pas appliqué en cas de négligence du porteur constituant une faute lourde ou, si après la perte ou le vol de la carte, il n'a pas fait opposition dans les meilleurs délais, compte tenu de ses habitudes d'utilisation de la carte. Le contrat porteur peut fixer un délai d'opposition au-delà duquel le plafond ne joue plus. Ce délai ne saurait être inférieur à deux jours à compter de la perte ou du vol de la carte. À compter du 1^{er} janvier 2003, le plafond est porté à 150.

La meilleure répartition des risques entre le porteur et l'émetteur est également le résultat de l'introduction du nouvel article L. 132-4 qui concerne les paiements à distance. La responsabilité du titulaire d'une carte n'est pas engagée si le paiement contesté est effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa carte. De même, sa responsabilité n'est pas engagée en cas de contrefaçon de sa carte et si, au moment de l'opération contestée, il était en possession physique de sa carte.

Dans ces deux cas, si le titulaire de la carte conteste par écrit avoir effectué un paiement ou un retrait, les sommes contestées lui sont recreditées sur son compte par l'émetteur de la carte ou restituées, sans frais, au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la contestation.

En cas d'utilisation frauduleuse d'une carte, l'émetteur de la carte rembourse à son titulaire la totalité des frais bancaires qu'il a supportés.

Enfin, l'article L. 132-6, nouveau, énonce que le délai légal pendant lequel le titulaire d'une carte de paiement ou de retrait a la possibilité de déposer une réclamation est fixé à soixante-dix jours à compter de la date de l'opération contestée. Il peut être contractuellement prolongé, sans pouvoir dépasser cent vingt jours à compter de l'opération contestée.

D'autres mesures ont été ajoutées par la loi du 15 novembre pour renforcer la prévention de la fraude. En application de l'article L. 141-4 du Code monétaire et financier, la Banque de France est chargée de veiller à la sécurité des moyens de paiement autres que la monnaie fiduciaire. Si elle estime que des moyens de paiement n'offrent pas des garanties de sécurité suffisante, elle peut recommander à l'émetteur de ces moyens de paiement d'y remédier. Si ces recommandations ne sont pas suivies d'effet, elle a la faculté, après avoir recueilli les observations de l'émetteur, d'émettre un avis négatif publié au *Journal officiel*. Un observatoire de la sécurité des cartes est créé.

Le virement et ses dérivés

Section 1 Virement

855. Définition. Le virement est l'opération qui consiste à débiter le compte d'une personne d'une certaine somme pour créditer de la même somme un autre compte¹.

L'objet du virement est une somme figurant sur un compte, c'est-à-dire de la *monnaie scripturale*.

Simple écriture comptable, le virement est une opération beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît.

Lorsque le virement est un *procédé de paiement*, l'opération met en présence le créancier, le débiteur et leurs banques. Il est admis que *les banques sont les mandataires de leurs clients* pour réaliser l'opération. Le titulaire du compte à débiter va ainsi donner un ordre de virement à son banquier. Celui-ci est donc mandaté pour transférer un montant donné sur un autre compte. Parallèlement, la banque du créancier est investie d'un mandat d'encaissement des sommes revenant à son client.

Le droit du *mandat* éclaire le régime applicable à l'ordre de virement. Ce dernier est susceptible de révocation tant que le compte du donneur d'ordre n'a pas été débité. Le décès rend le mandat caduc.

Le bénéficiaire d'un virement n'acquiert aucun droit direct à l'encontre du banquier donneur d'ordre.

Le virement permet en second lieu de réaliser un *transfert de fonds*. Cette seconde face de l'opération s'analyse en un procédé de transfert de la monnaie scripturale. Le virement a alors la même fonction que la remise de billets de banque.

856. Formalisme. Le virement est une opération formaliste. La double passation en compte doit conférer la même sécurité qu'un paiement en espèces. La somme inscrite au crédit de l'accipiens doit être à l'abri de toutes les vicissitudes qui peuvent entacher les rapports de droit antérieurs entre le solvens et son banquier et entre les banquiers. Cela conduit à faire jouer au profit du bénéficiaire la *règle de l'inopposabilité des exceptions*. Une erreur commise dans les rapports entre le donneur d'ordre et son banquier est inopposable au bénéficiaire. Le virement peut toutefois être remis en cause s'il n'a pas été fait

1. D. Martin, « Aspects juridiques du virement », *RD bancaire* 1989. 149.

au bon destinataire ou s'il n'a pas porté sur la somme convenue. Celui qui est à l'origine de la faute est alors en droit d'exercer une action en répétition de l'indu contre le bénéficiaire qui a reçu des sommes auxquelles il ne pouvait prétendre.

Chaque écriture emporte des conséquences juridiques précises. L'écriture au débit du compte du donneur d'ordre fait sortir les fonds du patrimoine du donneur d'ordre. Le bénéficiaire du virement en devient immédiatement propriétaire.

L'inscription de la somme au crédit du compte du bénéficiaire vaut paiement car le destinataire des sommes versées en a alors la libre disposition.

857. Obligations des intervenants. Les banquiers intervenants dans l'opération de virement sont tenus de diverses obligations.

Le banquier chargé du virement est tenu de trois obligations :

- il doit vérifier l'ordre de virement qui lui est adressé. Le banquier engage ainsi sa *responsabilité* lorsqu'il exécute un ordre de virement faux dès l'origine. Pour l'appréciation de ses obligations, le banquier est plus considéré comme un *dépositaire* que comme un mandataire. Le banquier est alors tenu d'une *obligation de restitution* des sommes remises en dépôt qui est une obligation de résultat. Il n'est pas libéré de cette obligation envers le titulaire du compte lorsqu'il exécute un faux ordre de virement revêtu dès l'origine d'une fausse signature et qui n'a jamais eu la qualité légale d'ordre de virement¹.

- il doit exécuter le virement dans les plus brefs délais et conformément aux instructions reçues ;

- il doit rendre compte de sa mission.

Le banquier du bénéficiaire du virement est, en sa qualité de mandataire de son client, chargé de créditer le compte de ce dernier. Il peut engager sa responsabilité. Par un arrêt de principe, la Cour de cassation a énoncé que la banque réceptrice d'un ordre de virement, même électronique, ne peut se borner, avant d'en affecter le montant au profit d'un de ses clients, à un traitement automatique sur son seul numéro de compte, sans aucune vérification sur le nom du bénéficiaire, dès lors qu'il est inclus dans les enregistrements reçus du donneur d'ordre et qu'il n'a pas été exclu de tout contrôle avec l'assentiment de ce dernier².

Le banquier du bénéficiaire est également considéré comme le mandataire substitué du banquier du donneur d'ordre. Il doit par exemple s'assurer du respect des conditions auxquelles le virement a pu être subordonné.

Section 2

Dérivés du virement

858. Créations de la pratique. La pratique bancaire profite pleinement des possibilités offertes par l'informatique et par les technologies modernes pour imaginer de nouvelles formes de paiement toujours plus simples et plus rapides. Ces moyens de paiement devraient constituer des substituts aux chèques pour les règlements à distance.

1. CA Paris, 19 nov. 1997, *RTD com.* 1998, 185, obs. M. Cabrillac.

2. Com. 29 janv. 2002, *D.* 2002, 1336, note Y. Téchoutourian ; *RTD com.* 2002, 354, obs. M. Cabrillac.

859. Avis de prélèvement. L'avis de prélèvement est un *moyen de paiement déclenché par le créancier lui-même*. Un débiteur autorise ainsi un créancier à demander directement le paiement à son banquier, aux dates d'échéances. Le débiteur autorise son propre banquier à effectuer ce paiement par prélèvement sur son compte à l'initiative du créancier.

L'avis de prélèvement se décompose en *deux opérations*. La *demande de prélèvement* est un accord conclu entre le débiteur et son créancier qui est analysée en convention de domiciliation. L'*autorisation de prélèvement* donnée par le débiteur à son banquier est un mandat. C'est un ordre de virement permanent donné par le débiteur à son banquier.

860. Titre interbancaire de paiement. Le titre interbancaire de paiement qui a succédé au titre universel de paiement laisse l'*initiative du paiement au débiteur*. C'est une forme particulière d'ordre de paiement. Le débiteur date et signe un document que lui a fait parvenir son créancier. Le TIP comporte des mentions établies par le créancier. Le montant et les références du règlement peuvent être indiqués. Le TIP peut être à échéance. Les débiteurs disposent dans ce cas de l'assurance qu'ils ne régleront pas, en cas de débit du compte, avant la date fixée par contrat.

Le TIP est adressé à un centre de paiement. Le paiement des titres est assuré par l'ordinateur de compensation de la Banque de France.

861. Le télépaiement. Le télépaiement peut être défini comme *une opération de règlement ordonnée par le débiteur à l'aide de terminaux*. Un ordre de paiement d'un fournisseur est adressé à la banque par différents procédés.

Les procédés utilisés doivent assurer la fiabilité et la confidentialité des informations transmises.

Pour faciliter les paiements internationaux, il existe un système d'échange de données informatisées (EDI).

Le télépaiement va devenir une technique de paiement ouverte au grand public. Plusieurs procédés de paiement existent d'ores et déjà.

Le paiement peut se faire par carte bancaire. Le système repose alors sur l'association du minitel et d'un lecteur de carte à mémoire. L'ordre de paiement est donné par un minitel avec la vérification du code confidentiel de la carte.

Par le *télévirement*, le client donne, par minitel, l'ordre à son banquier de virer une somme au compte d'un tiers. Il le valide en frappant un numéro de code confidentiel.

Le télépaiement va devenir l'un des moyens de paiement privilégiés sur Internet. Il peut en effet être sécurisé¹.

Il existe enfin l'*avis de prélèvement automatique*. Le créancier adresse alors par minitel la demande de prélèvement et le débiteur donne l'autorisation par le même moyen. Le compte est ensuite débité, à la date prévue, de façon automatique avec composition d'un code confidentiel.

1. M. Espagnon, « Le paiement d'une somme d'argent sur Internet. Évolution ou révolution du droit des moyens de paiement », *JCP* 1999. I. 121.

Sixième partie

Les contrats conclus par les commerçants

862. Évolution. Dans la tradition juridique française, les contrats conclus par les commerçants dans le cadre de leur activité, les *contrats commerciaux*, ont toujours constitué une catégorie particulière. Le régime de certains d'entre eux, tels le courtage et la commission, est énoncé dans le Code de commerce. Dans d'autres cas, le caractère commercial de la convention justifie des dérogations au droit commun des contrats.

Des contrats ont toujours un caractère commercial. Tel est le cas du courtage, du contrat de commission. La majorité des conventions peuvent avoir un caractère civil ou commercial. Le plus souvent, la qualification de contrat commercial est attachée à la qualité de commerçants des contractants. Tel est le cas de la vente ou du gage. Parfois la convention a un caractère commercial alors même que les parties ne sont pas commerçantes. Tel est le cas du cautionnement commercial.

Il existe cependant des facteurs d'évolution importants.

En premier lieu, il apparaît que le *particularisme des contrats commerciaux tend à disparaître*. La qualité de commerçant de celui qui conclue le contrat est de moins en moins prise en compte. Elle l'est d'autant moins que certains commerçants, en situation de dépendance vis-à-vis d'autres, ont besoin d'une protection particulière (les franchisés par exemple). Des commerçants vont ainsi se voir appliquer des principes ordinairement appliqués à des contractants en situation de faiblesse.

Ensuite, le commerçant est également un professionnel. Or cette qualification commande aujourd'hui un grand nombre de règles. Des principes s'appliquent en effet aux conventions conclues entre professionnels exerçant dans le cadre de leur activité.

Cela démontre qu'une unification des contrats civils et commerciaux est possible et même souhaitable. Il serait en effet plus judicieux de s'en tenir à la distinction des professionnels et des consommateurs. Cependant, l'absence de suppression des tribunaux de commerce et la codification du Code de commerce à droit constant risquent de retarder cette unification.

Enfin, les contrats conclus par les commerçants doivent être *confrontés au droit de la concurrence et au droit de la consommation*. Le droit de la concurrence limite la liberté contractuelle et sanctionne bon nombre de clauses figurant dans les contrats de distribution¹. Le droit de la consommation limite quant à lui la liberté du commerçant dès lors qu'il se trouve en rapport avec un consommateur.

1. B. Fages et J. Mestre, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD com.* 1998. 71.

863. Principes. Le particularisme des contrats conclus par les commerçants est lié aux exigences de rapidité et de sécurité de la vie des affaires. Les parties ont toujours eu le droit d'assouplir les règles juridiques. La nécessaire adaptation du droit aux exigences de la pratique a aussi favorisé la création de nouveaux contrats comme la franchise. La liberté traditionnelle en la matière reçoit cependant aujourd'hui de nombreuses limites. Tout d'abord, il existe un ordre public important¹. De plus en plus de lois sont impératives. La loi Doubin qui impose une information des franchisés en est un bon exemple.

Les professionnels doivent ensuite tenir compte des contraintes du droit français et communautaire de la concurrence. Les clauses des contrats doivent être appréciées au regard de ces exigences.

Enfin, le respect de conventions internationales est un facteur d'uniformisation. Beaucoup de ventes internationales sont ainsi soumises à la Convention de Vienne².

Même affaibli, le particularisme des contrats passés par les commerçants dans l'exercice de leur activité subsiste pourtant. D'une part, il existe des principes communs à l'ensemble de ces contrats (Chapitre 1). D'autre part, le droit de la vente (Chapitre 2) et celui de la distribution (Chapitre 3) illustrent bien cette spécificité des contrats d'affaires.

1. J. Mestre, *L'ordre public en droit des affaires*, in Travaux de l'Association H. Capitant, 1998.

2. « La vente de marchandises à l'étranger », *Cah. dr. entr.* 6/1997.

Les principes gouvernant les contrats conclus par les commerçants

864. Sources des règles applicables aux contrats. En principe, les règles applicables aux contrats conclus par les commerçants sont celles du droit commun des contrats, contenues dans le Code civil¹. Cependant, un certain nombre de règles spéciales aux contrats commerciaux ou à certains d'entre eux sont contenues dans le Code de commerce ou dans des lois spéciales et dérogent à ce droit commun.

Cette dérogation aux règles de droit commun se fonde, d'une part, sur le souci de faciliter et de simplifier la conclusion des contrats commerciaux et, d'autre part, d'en assurer une exécution plus rigoureuse ; elle se justifie par l'idée que le crédit et, par suite, la confiance sont la base des relations commerciales.

Les *usages commerciaux* jouent en matière contractuelle un rôle très important, car la plupart des règles du Code civil n'ont qu'un caractère supplétif et peuvent être écartées aussi bien par une clause du contrat que par des usages. On sait même que certains usages commerciaux peuvent déroger à des règles impératives du droit civil et ils concernent presque tous les contrats commerciaux.

Le droit des contrats commerciaux est *de moins en moins un droit de liberté*². La plupart des contrats, même créés par la pratique font l'objet de dispositions légales, qu'elles soient d'origine française ou communautaire. On peut citer les dispositions relatives aux baux commerciaux, la loi réformant le statut des agents commerciaux. Certaines conventions internationales limitent également la liberté des parties. On peut citer la Convention de Vienne sur la vente des marchandises. Cette intervention du législateur est de nature à atténuer le particularisme des contrats commerciaux. Cependant, la pratique crée chaque jour de nouvelles conventions³. Des contrats complexes sont ainsi nécessaires pour la réalisation et le financement de grands projets.

Ce droit est également *de moins en moins prévisible* en raison du pouvoir que se reconnaît le juge de modeler le contenu du contrat sous couvert d'interprétation ou par référence

1. « La négociation commerciale », *RTD com.* 1998. 475.

2. G. Virassamy, « Les relations entre professionnels en droit français », in *La protection de la partie faible des rapports contractuels*, LGDJ, 1996 ; *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998.

3. J.-M. Leloup, « La création de contrats par la pratique commerciale », in *Journées Savatier*, 1985, PUF, p. 167 ; B. Berlioz-Houin et G. Berlioz, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Études Houin*, 1985, p. 3.

à la bonne foi¹. Les *principes d'Unidroit* et de la *Commission Lando* ont également une influence et incitent les juges à restaurer l'équilibre des contrats².

Les contrats entre professionnels ne bénéficient pas de la protection contre les clauses abusives. Les clauses limitatives de responsabilité et de non responsabilité sont admissibles entre professionnels de la même spécialité en l'absence de faute lourde alors qu'elles ne le sont pas dans les autres contrats³. Cela ne signifie pas pour autant que toute protection du professionnel est exclue⁴. Il peut ainsi être fait appel à la notion de loyauté contractuelle ou à celle d'abus⁵. La référence à l'*obligation essentielle* a également pu justifier la condamnation de certaines clauses de non responsabilité particulièrement rigoureuses⁶. Le recours à la notion de *cause* est ainsi un instrument privilégié de la protection du professionnel. Comme l'écrit J. Mestre⁷, « le défaut de cause paraît bien devenu aujourd'hui pour la Cour de cassation le bon moyen pour écarter dans les contrats entre professionnels des clauses qui déséquilibrent manifestement les obligations des parties, des clauses qui font que les obligations souscrites par l'une ne trouvent pas une raisonnable contrepartie dans celles assumées par l'autre ». C'est ainsi en se référant à la cause que la jurisprudence admet que l'anéantissement d'un contrat provoque celui du contrat avec lequel il est uni par un lien d'indivisibilité. Par exemple, dans la convention de crédit-bail, il y a indivisibilité entre le contrat et le contrat de prestation de service de publicité proposé sur le matériel financé.

Le recours à la notion d'*économie du contrat* permet enfin de restaurer l'équilibre contractuel. Cette notion désigne la cohérence interne du contrat, mais également la finalité d'une opération contractuelle. La jurisprudence se réfère à l'économie du contrat pour maintenir en vie certains contrats ou des clauses apparemment disproportionnées, parce qu'au regard de l'économie générale du contrat, ils se révèlent finalement équilibrés. La notion permet de neutraliser une clause qui jure avec la cohérence interne du groupe de contrats. Comme il a été écrit, « la notion d'économie du contrat participe comme la bonne foi, la proportionnalité, la cause du développement naturel des instruments correctifs du contrat fondé sur l'équité »⁸.

L'*application du droit de la concurrence* permet également d'assurer une certaine protection du professionnel contractant. C'est lui qui a permis de condamner les clauses de restitution de cuve en nature figurant dans des contrats d'approvisionnement exclusif, certaines clauses de prix imposés, des clauses d'approvisionnement minimum. C'est également lui qui impose l'exigence de proportionnalité pour apprécier la validité de la clause de non-concurrence.

1. *Le juge et l'exécution du contrat*, PUF, Aix, 1993 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité ; la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges F. Terré*, p. 603.

2. D. Mazeaud, « À propos du droit virtuel des contrats ; réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando », *Mélanges M. Cabrillac*, p. 205 ; A. Chamboredon, « La « texture ouverte » d'un Code européen du droit des contrats », *JDI* 2001. 5.

3. Ph. Delebecque, « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? », *Dalloz Affaires* 1997. 135. Pour une illustration, Com. 23 nov. 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 463, note Ph. Néau-Leduc. Constatant que le contrat avait été conclu entre deux commerçants dans le cadre de relations professionnelles habituelles, la Cour de cassation écarte le jeu du droit de la consommation et valide la clause exonératoire de responsabilité figurant dans le contrat.

4. V. *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998.

5. « L'abus dans le droit des contrats », *Cah. dr. entr.* 6/99.

6. V. le célèbre arrêt *Chronopost*, Com. 22 oct. 1996, *D.* 1997. 121, note A. Sériaux, *JCP* 1997. II. 22881, note D. Cohen ; Com. 9 juill. 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1731, note G. Loiseau et M. Billiau.

7. « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », *Mélanges Terré*, p. 677.

8. Note sous Com. 15 févr. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 2069. Cet arrêt essentiel est également commenté par J. Mestre et B. Pages, *RTD civ.* 2000. 325, par D. Mazeaud, *Defrénois* 2000. 1118. Sur la notion d'économie du contrat, J. Moury, « Une embarrassante notion, l'économie du contrat », *D.* 2000. chron. 382 ; A. Zelcevic-Duhamel, « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP* 2001. 423.

Le contrat conclu entre deux commerçants demeure soumis un particularisme qui se manifeste aussi bien au stade de sa formation (Section 1) qu'à celui de son exécution (Section 2).

Section 1

Règles relatives à la formation des contrats

§ 1. CONDITIONS DE FOND

865. Principes. Les conditions de fond requises pour la validité des contrats commerciaux sont en principe celles du droit civil ; réunion de consentements non viciés par une erreur, un dol ou une violence, capacité des parties, objet possible et licite, cause réelle et licite. Le commerçant étant en même temps un professionnel, le contrat qu'il conclue avec un autre commerçant ou un autre professionnel dans l'exercice de son activité est soumis aux principes gouvernant les contrats entre professionnels.

866. Processus de formation du contrat. Il est rare que les contrats entre professionnels se concluent instantanément. La conclusion du contrat est précédée de pourparlers, voire de la signature d'accords de principe ou de lettres d'intention. Un tel déroulement est à l'origine de plusieurs séries de difficultés. Tout d'abord, il n'est pas toujours facile de déterminer à partir de quel moment un accord même partiel a été conclu. Il faut distinguer l'*accord de principe* de l'*avant-contrat*. L'accord de principe est l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont le contenu n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé¹. Les parties ne s'engagent cependant pas à conclure le contrat envisagé. L'avant-contrat est un contrat parfait. Tous les éléments du contrat principal sont déjà arrêtés avec précision. C'est une pièce du contrat définitif.

Ensuite, l'exigence de confidentialité doit être respectée. Des clauses sont souvent stipulées à cette fin.

Enfin, la rupture des pourparlers peut causer un préjudice à celui qui négocie. Pour cette raison, la jurisprudence n'hésite plus à sanctionner les ruptures brutales de pourparlers. Elle le fait tout particulièrement lorsque les négociations ont duré et que l'une des parties était en droit de penser qu'un accord serait conclu. La théorie de l'apparence fonde ainsi la solution².

En droit civil, la personne qui fait à une autre une offre de contracter, n'est pas obligée par son offre et peut la rétracter tant que le destinataire ne l'a pas acceptée. Mais, dans les relations commerciales, les usages imposent généralement à l'offrant de maintenir son offre pendant un temps suffisamment long pour que le destinataire de l'offre puisse

1. Com. 2 juill. 2002, *RTD civ.* 2003. 76, obs. J. Mestre et B. Fages.

2. Civ. 1^{re}, 6 janv. 1998 : *JCP* 1998, II. 1006, note B. Pages ; Com. 7 avr. 1998, *RJDA* 1998. 693 ; *JCP*, éd. E, 1999. 579, note J. Schmidt-Szalewski ; CA Paris, 16 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999. 470, note A. Laude ; CA Paris, 5 nov. 1999, *RTD civ.* 2000. 104, obs. J. Mestre et B. Pages. L'intention de nuire n'est pas une condition de la responsabilité délictuelle pour rupture abusive, Com. 11 juill. 2000, *Petites Affiches* 21 mars 2001, p. 19 ; P. Mousseron, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998. 243 ; A. Couret, A. Laude, Ph. Peyramaure, « Les accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux », *Dr. sociétés*, Actes pratiques n° 41/1998.

l'étudier et y répondre ; la jurisprudence en déduit que si l'offrant rétracte son offre avant l'expiration de ce délai, il commet une faute et doit réparer le préjudice subi par le destinataire, notamment les frais d'études engagés par celui-ci¹.

En droit civil, l'offre de contracter suppose que son auteur ait eu la volonté de se considérer engagé du seul fait de l'acceptation du destinataire ; sinon il n'y a que de simples propositions engendrant des pourparlers². Dans les usages commerciaux, on admet qu'une véritable offre résulte de la mise en vitrine de marchandises, de l'envoi de prospectus, catalogues ou tarifs, de la visite de représentants de commerce. La seule acceptation du client oblige le commerçant à exécuter le contrat dans la mesure de ses disponibilités.

867. Acceptation par le silence. En droit civil, l'acceptation de l'offre peut être expresse ou tacite ; mais le seul silence gardé par le destinataire de l'offre ne vaut pas acceptation. Les usages commerciaux écartent parfois cette dernière règle. Ainsi, lorsque les parties se sont mises d'accord sur le principe du contrat, les conditions ou modalités proposées ensuite par l'une des parties dans une lettre de confirmation ou dans une facture pourront être considérées comme acceptées à raison du *silence* gardé par l'autre partie ; tel est le cas, par exemple, pour les modalités de livraison ou de paiement du prix, pour une limitation de responsabilité, pour une attribution de compétence à un tribunal, etc. De même, si les parties étaient déjà en relations d'affaires, l'offre de renouvellement d'un contrat pourra être considérée comme acceptée par le seul silence de l'autre partie.

§ 2. CONDITIONS DE FORME ET DE PREUVE

868. Principe de liberté. La conclusion des contrats commerciaux n'est, en principe subordonnée à aucune solennité³ : l'intervention d'un officier ministériel, notamment d'un notaire, n'est pratiquement jamais requise. Pour des raisons de rapidité et de simplicité, il faut que les contrats commerciaux puissent se conclure verbalement, par téléphone.

C'est aussi la raison pour laquelle les règles du droit civil relatives à la preuve des obligations contractuelles ne s'appliquent pas, en principe, aux contrats commerciaux ; ceux-ci peuvent être *prouvés par tous moyens* (C. com., art. L. 110-3). Il en résulte que :

- même si l'objet du contrat dépasse la valeur de 800 euros, il n'est pas nécessaire de le prouver au moyen d'un titre écrit notarié ou sous seing privé ; il peut être prouvé notamment au moyen des livres de commerce de l'une ou l'autre des parties (*supra*, n° 99), au moyen de la correspondance échangée ou même au moyen de témoignages ou présomptions, ces preuves n'étant pas subordonnées à la production d'un commencement de preuve par écrit. Si le contrat est « mixte », ces modes de preuve sont opposables à la partie qui est commerçante mais ils ne le sont pas au non-commerçant ;

- si le contrat commercial a été constaté par un acte sous seing privé, il n'est pas nécessaire qu'il soit rédigé en autant d'exemplaires que de parties, un seul exemplaire étant suffisant ; enfin, la date portée sur le titre est opposable aux tiers sans qu'elle ait besoin d'être rendue « certaine », notamment au moyen d'un enregistrement ;

1. D. Mazeaud, « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Dr. et patrimoine* juill. 1996, p. 44.

2. V. Com. 7 avr. 1998, *JCP*, éd. E, 1999, 579, note J. Schmidt-Szalewski.

3. « L'échange des consentements », *RJC* 1995, n° spéc. nov. 1995.

– si le contrat commercial est prouvé par un acte écrit, tous moyens de preuves peuvent être utilisés pour prouver « outre ou contre » le contenu de cet écrit, alors qu'en droit civil il faut une preuve écrite.

Une photocopie faisant une reproduction fidèle et durable d'un acte fait pleinement preuve de l'existence du contrat¹. La télécopie est aussi admise². La loi sur la preuve du 3 mars 2000 ouvre d'autres possibilités.

869. Limites. Cependant cette liberté des formes et des preuves subit des limitations de plus en plus nombreuses. La preuve par écrit est exigée pour les contrats maritimes, pour les actes sur fonds de commerce, pour les sociétés commerciales. Parfois même l'écrit est exigé à peine de nullité et doit contenir certaines mentions ; on l'a vu pour la vente de fonds de commerce pour les statuts de certaines sociétés, pour les bulletins de souscription d'actions, pour les valeurs mobilières, pour les effets de commerce. D'autre part, la législation sur les prix et la législation fiscale imposent la rédaction de factures, de bons de commande ou de bons de remise pour les transports. Dans la pratique, les paiements sont constatés par des chèques ou des virements ; les contrats de transport donnent lieu à la délivrance de billets, de récépissés imposés par la réglementation administrative ou de connaissements maritimes ; les opérations importantes sont constatées par des formules de contrats types que les contractants se bornent à remplir.

On assiste à une *renaissance du formalisme commercial* dans l'intérêt de la sécurité, sans compter les formalités de publicité très souvent exigées. Cependant, c'est un formalisme simple qui ne gêne pas les transactions.

Section 2

Règles relatives à l'exécution des contrats

870. Dérogations au droit commun. Ces règles tendent à assurer une exécution rigoureuse des obligations commerciales afin de protéger le crédit fait par un créancier à son débiteur ; c'est la contrepartie de la simplicité de la conclusion des contrats. Les principales de ces règles sont les suivantes.

a) La *mise en demeure* du débiteur par son créancier, qui fait courir les intérêts au taux légal, interrompt la prescription et transfère les risques de perte de la chose même en cas de force majeure, peut être faite non seulement par acte d'huissier (sommation) comme en droit civil, mais aussi par lettre, par télégramme ou même verbalement (en présence de témoins ; c'est un usage commercial qui déroge ainsi à une règle du droit civil (C. civ., art. 1139). Depuis la loi du 11 juillet 1975 le taux de l'intérêt moratoire légal est le même pour les dettes civiles et commerciales.

b) En droit civil, la *solidarité passive* ne se présume pas et elle n'existe que si elle est prévue par un texte de loi ou par une clause d'un contrat ; à défaut, si une même dette est due par deux personnes, elle se divise entre elles. Au contraire, un ancien usage commercial veut que la solidarité se présume ; chacun des débiteurs devra donc la totalité de la dette envers le créancier ; tel est le cas pour les associés en nom collectif, pour les signataires d'une lettre de change ou d'un chèque. La solution contraire a cependant été donnée

1. Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, *Banque* 1997. 90.

2. Com. 2 déc. 1997, *JCP*, éd. E, 1998. 178, note Th. Bonneau.

pour la responsabilité d'un transporteur et d'un commissionnaire de transport. D'ailleurs, cette solidarité ne s'impose pas et peut être écartée par le contrat.

c) Si une personne qui a plusieurs dettes à l'égard d'une autre fait un paiement partiel à celle-ci, on décide en droit civil qu'à défaut d'intention contraire du débiteur, ce *paiement* s'impute sur la dette que celui-ci avait le plus d'avantage à éteindre, par exemple en raison du taux d'intérêt ou des sûretés dont elle était assortie. En droit commercial, ces règles ne jouent pas et le juge recherche librement quelle a pu être l'intention des parties en tenant compte aussi bien de l'intérêt du créancier que de celui du débiteur.

d) En droit civil, si un des contractants exécute mal son obligation ou ne l'exécute que partiellement, l'autre partie ne peut que demander soit l'exécution correcte, soit la résolution du contrat, sous réserve de dommages-intérêts dans l'un et l'autre cas. En droit commercial, les usages permettent en outre à l'autre partie – notamment à un acheteur – de se borner à demander une « *réfaction* », c'est-à-dire une réduction du prix convenu. En cas d'inexécution totale ou partielle, les usages commerciaux permettent aussi parfois à l'acheteur de « se remplacer », c'est-à-dire de se procurer ailleurs les marchandises non livrées en faisant payer au vendeur la différence de prix.

e) Les obligations, à la condition qu'elles soient nées à la charge des commerçants et à raison de leur commerce, sont soumises à une *prescription extinctive de dix ans* (art. L. 110-4).

f) Les litiges concernant les contrats commerciaux sont de la compétence des *tribunaux de commerce* ; ils peuvent aussi être portés devant des arbitres en vertu d'une *clause compromissoire*, contenue dans le contrat, par laquelle les parties s'obligent à saisir des arbitres en cas de litige. La clause d'élection de domicile qui déroge aux règles de compétence territoriale, ne peut être stipulée que dans les contrats entre commerçants (nouv. C. proc. civ., art. 48).

La vente commerciale

871. Définition. Traditionnellement, comme le mandat, le gage ou le cautionnement, la vente peut avoir un caractère civil ou commercial. Dans la conception classique du droit commercial, la vente a un caractère commercial dès lors que le vendeur est commerçant. La vente commerciale est alors soumise au régime de la vente de droit commun sous réserve de quelques particularismes.

L'évolution contemporaine impose une modification de l'analyse. En premier lieu, dès lors que l'acteur est un consommateur, c'est le droit de la consommation qui impose ces règles. Beaucoup de formes spécifiques de ventes sont dès lors régies par le code de la consommation : les ventes à domicile par exemple.

En second lieu, la majorité des ventes entre professionnels sont soumis aux impératifs du droit de la concurrence et de la distribution. Ce sont alors les règles relatives à la rédaction du contrat, à la facturation qui s'appliquent. Le contenu du contrat s'enrichit dès lors que des services sont souvent liés à la vente.

Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que la lecture du code de commerce ne soit guère enrichissante. Un livre troisième est consacré à certaines formes de ventes telles les ventes en soldes ou au déballage et aux clauses d'exclusivité.

872. Multiplication des régimes spéciaux. Le régime de la vente commerciale est pour une large part emprunté à celui du droit commun énoncé dans le Code civil. La jurisprudence et les usages ont simplement introduit des tempéraments. Plus généralement, il existe un droit de la vente entre professionnels qui s'oppose au droit de la vente entre professionnels et consommateurs. Seul le droit commun de la vente va être présenté. Il existe en effet de nombreux régimes spéciaux, applicables par exemple à la vente sur les marchés à terme réglementés, aux ventes maritimes, aux ventes internationales régies par la Convention de Vienne. La vente consentie par un professionnel à un consommateur obéit aussi à un régime spécifique. Il convient d'analyser la formation du contrat (Section 1), son principal effet, à savoir le transfert de propriété (Section 2), les obligations du vendeur (Section 3) et celles de l'acheteur (Section 4).

Section 1

Formation du contrat de vente

873. Conditions de validité. Ces conditions sont celles qui doivent être réunies pour les contrats en général et pour les ventes en particulier. Le vendeur et l'acheteur doivent avoir la capacité de faire des actes juridiques ; leur consentement ne doit pas être vicié par une erreur substantielle, un dol ou une violence. Mais la lésion, c'est-à-dire la disproportion entre le prix et la valeur de la chose n'est pas une cause de nullité.

874. Accord des parties. La vente est conclue dès que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix. Comme les autres ventes, la vente entre professionnels peut être précédée de promesses, qu'il s'agisse de promesses d'achat ou de vente ou de promesses synallagmatique. Dans ce dernier cas, il y a engagement de vendre et engagement d'acheter. Les deux parties étant d'accord sur les principaux éléments du contrat, la promesse vaut alors vente.

Le caractère commercial de la vente peut lui conférer des particularités :

- dans les ventes commerciales, les *conditions générales de vente et d'achat* ont un rôle essentiel. Il s'agit de clauses ou formulaires types qui sont imposés par la partie au contrat en position de force ;

- Entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si celle-ci indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

- le silence du destinataire de l'offre vaut souvent acceptation de cette dernière ;

- certaines formes de ventes sont plus fréquentes en matière commerciale qu'en matière civile. C'est le cas des *ventes avec faculté d'expérimentation*. Il en existe de plusieurs types. Dans la *vente à l'essai*, l'acheteur est autorisé à utiliser le bien dont il envisage l'acquisition pendant un certain temps afin d'en éprouver les qualités. L'appréciation de l'acquéreur n'est pas toujours libre lorsque l'essai démontre que l'appareil atteint bien les performances annoncées. La *vente en disponible* est une variété de *vente à l'agrée*. Les biens achetés ne sont pas présentés à l'acheteur au jour de la vente. Celui-ci peut donc agréer ou refuser la marchandise.

Dans tous les cas, la vente n'est pas ferme mais soumise à une condition.

875. Prix. Dès la conclusion du contrat, le prix doit être déterminé ou déterminable ou susceptible de l'être. Cette exigence était source d'un contentieux considérable jusqu'à ce que la Cour de cassation considère que dans les contrats cadre de fourniture l'article 1129 du Code civil n'avait pas à s'appliquer (v. *infra*, n° 761).

Le prix peut être déterminé par référence à la rentabilité du bien. Il peut avoir été stipulé une clause de révision du prix. L'indexation doit être conforme aux principes énoncés par l'ordonnance du 30 septembre 1958.

876. Objet. Conformément au droit commun, l'objet du contrat doit remplir un certain nombre de conditions :

- il doit être possible ;

- il doit être licite. La vente ne peut pas porter sur des choses qui sont « hors du commerce », par exemple sur des choses inaliénables (biens du domaine public) ou sur des choses dont la vente est interdite pour des raisons de santé ou de police, ou sur des choses faisant l'objet d'un monopole public ou privé ;

– il doit être déterminé ou du moins déterminable lors de l'époque fixée pour la livraison. À cet égard, la vente peut porter sur un corps certain, c'est-à-dire sur un objet précis et dès maintenant identifié, comme une machine ; mais elle peut aussi porter sur des choses de genre, c'est-à-dire sur des choses fongibles qui ne sont déterminées dans le contrat que par leur type et leur quantité (par ex. tant de tonnes de riz de telle qualité). La vente peut porter sur des marchandises existant entre les mains du vendeur (vente en disponible) ou sur des choses que le vendeur ne possède pas et qu'il s'engage soit à se procurer, soit à fabriquer.

S'agissant des choses de genre, l'individualisation de la chose vendue s'opère lors de l'exécution du contrat. C'est cette individualisation qui marque la date du transfert de propriété et des risques.

877. *Forme et preuve du contrat.* La vente commerciale n'est soumise en principe à aucune condition de forme et elle peut être prouvée par tous moyens, y compris les témoignages et les présomptions (C. com., art. L. 110-3).

Section 2

Transfert de la propriété

878. *Intérêts.* La date à laquelle la propriété de la chose vendue est transférée à l'acheteur présente de nombreux intérêts :

a) c'est à partir de cette date que la chose passe aux *risques de l'acheteur* ; il en résulte que si, après cette date, la chose est détruite ou avariée par suite d'un cas de force majeure indépendant de toute faute du vendeur, l'acheteur ne peut plus demander la résolution du contrat ni, *a fortiori*, des dommages-intérêts à l'acheteur et il doit verser le prix à celui-ci ;

b) une clause du contrat peut prévoir que le *prix* sera fixé d'après le cours du jour de la date du transfert de propriété ;

c) si le vendeur est mis en liquidation ou en redressement judiciaire après que la propriété a été transférée et alors même que le vendeur serait encore en possession de la chose, l'acheteur peut la revendiquer ce qui lui permet d'échapper aux conséquences de la faillite. En revanche, dans l'hypothèse inverse où c'est l'acheteur qui tombe en faillite avant d'avoir payé le prix, le vendeur qui a déjà livré la marchandise perd le droit de le revendiquer alors même qu'il en aurait conservé la propriété ; inversement, s'il ne l'a pas livrée, il peut la retenir alors même qu'il n'en serait plus propriétaire ; ce qui compte ici, c'est la livraison effective de la marchandise et non le transfert de la propriété.

879. *Date du transfert de la propriété.* Il existe des exceptions légales. Le transfert de propriété est retardé pour les ventes de choses de genre jusqu'à leur individualisation. Il en est de même pour les choses futures.

Le transfert est le plus souvent retardé conventionnellement jusqu'au complet paiement du prix par l'acheteur. Tel est l'objet des *clauses de réserve de propriété*. Ces clauses présentent un grand intérêt pour le vendeur en cas d'ouverture d'une procédure collective ; il va pouvoir revendiquer le bien. Il ne va donc pas subir les conséquences de l'insolvabilité de l'acheteur (L. 25 janv. 1985, art. L. 621-115 et L. 621-122).

La clause doit être convenue entre les parties dans un écrit établi au plus tard au moment de la livraison. La loi lui fait produire effet à la clause qui figure dans un écrit régissant

un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties. La revendication des biens vendus n'est possible que si les marchandises se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure collective¹.

La loi du 10 juin 1994 a assoupli les conditions de la revendication puisque l'article L. 621-122, dispose que la revendication peut s'exercer sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés. Les biens fongibles peuvent également être revendiqués lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité.

La revendication doit être exercée dans les trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure collective. Si la marchandise a été revendue, la revendication peut porter sur le prix.

Section 3

Obligations du vendeur

880. Généralités. Pour les rédacteurs du Code civil, le vendeur a deux obligations essentielles : celle de délivrance et celle de garantie. Dans son souci de protéger les acquéreurs, le juge a ajouté une obligation d'information et de conseil.

§ 1. OBLIGATION D'INFORMATION ET DE CONSEIL

881. Régime de l'obligation. La jurisprudence a mis à la charge des vendeurs professionnels une obligation d'information et de conseil. Contractuellement, le vendeur est ainsi tenu d'indiquer les modalités et les risques d'utilisation de la chose. Il doit fournir des conseils d'achat et d'utilisation. La jurisprudence a dû préciser les contours de cette nouvelle obligation qui concerne en réalité aussi bien la formation que l'exécution du contrat².

L'obligation est d'intensité variable en ce sens qu'elle incombe principalement au vendeur professionnel lorsqu'il contracte avec une personne profane en la matière. Il est aussi tenu compte des compétences de l'acheteur.

L'obligation existe principalement pour les choses dangereuses ou complexes.

L'acheteur aujourd'hui tenu d'un véritable devoir de collaboration doit préciser ses besoins au vendeur afin de mieux permettre à ce dernier de satisfaire à son obligation.

L'obligation de renseignement et de conseil est une *obligation de moyen*. C'est donc à l'acheteur de démontrer la faute du vendeur. Toutefois l'existence d'un dommage ou le fait que l'installation ne donne pas satisfaction (en matière informatique) fait présumer la faute du vendeur.

Le non respect de l'obligation peut être une cause de nullité de la vente. Elle peut aussi justifier une condamnation du vendeur à des dommages et intérêts.

1. V. *Cah. dr. entr.* 1995/5, « Faut-il retarder le transfert de la propriété ? » ; F. Pérochon, « La revendication favorisée », *D.* 1994. chron. 251.

2. Civ. 1^{re}, 20 juin 1995, *Dalloz Affaires* 1995. 18 ; *JCP*, éd. E, 1996. I. 523, n° 12 ; v. F. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992.

§ 2. OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

882. *Forme de délivrance.* Quelle que soit la date à laquelle la propriété est transférée, le vendeur est obligé de délivrer la chose à l'acheteur. Cette délivrance consiste, en principe, dans la remise matérielle de la chose au lieu, date et conditions déterminées par le contrat ou les usages. Cependant, la possession des marchandises est parfois représentée par un titre comme le connaissement remis par le capitaine d'un navire au moment du chargement ou le récépissé-warrant remis par le magasin général dans lequel des marchandises sont déposées : la remise de ce titre vaut délivrance de la marchandise. La livraison peut aussi être symbolique et résulter par exemple du marquage de bois vendus ou de la remise des clés du local où sont les marchandises.

La livraison permet d'opposer le transfert de propriété aux tiers ; elle fait perdre au vendeur son droit de résolution et de revendication en cas de faillite de l'acheteur.

883. *Objet de la délivrance.* Les marchandises livrées doivent être conformes en qualité et en quantité aux stipulations du contrat.

Si les parties n'ont pas précisé la *qualité*, celle-ci doit être « loyale et marchande » et moyenne : le vendeur n'est pas tenu de livrer la meilleure mais ne peut obliger l'acheteur à recevoir la pire (C. civ., art. 1246). Dans les ventes de choses de genre « sur échantillon », la marchandise livrée doit être conforme à l'échantillon agréé lors de la conclusion du contrat. Dans les ventes conditionnelles « à l'essai » ou « à l'agrée » ou « à la dégustation », l'acheteur se réserve de vérifier si la chose vendue a les qualités qu'il en attend.

La livraison doit porter sur la *quantité* prévue au contrat. Les usages rédigés en vertu de la loi du 13 juin 1866 définissent le poids brut ou net selon qu'il inclut ou non le poids du contenant ou de l'emballage ; la tare représente, à la vente, le poids présumé de l'emballage. Les clauses contractuelles ou les usages admettent souvent, au profit du vendeur, une « tolérance » du poids (3 % par ex.), pour tenir compte des déchets de route, de la dessiccation ou de l'humidification de la marchandise ; mais généralement, le prix est fixé d'après le poids réel à la livraison.

Le contrat ou les usages réservent un bref délai à l'acheteur pour vérifier la qualité et la quantité de la marchandise lors de la livraison.

884. *Lieu de la délivrance.* À défaut de précision dans le contrat ou d'usage, la chose vendue est livrable en principe dans les magasins du vendeur. Mais il est souvent précisé que la livraison sera faite en gare départ, ou en gare domicile, ou au domicile de l'acheteur, etc. La livraison peut aussi se faire chez un mandataire du vendeur ou de l'acheteur : commissionnaire, transitaire, agent général, etc.

885. *Date de délivrance.* Elle est généralement fixée par les parties ; sinon les usages conduisent à la distinction suivante :

a) dans les *ventes en disponible* la délivrance est en principe immédiate sous réserve du bref délai laissé à l'acheteur pour vérifier la qualité ou la quantité ;

b) dans les *ventes à livrer*, la délivrance s'opère lorsque le vendeur s'est procuré ou a fabriqué la chose commandée.

886. Sanctions. Le défaut de livraison, la livraison partielle, la livraison de marchandises non conformes ou avariées, le retard dans la livraison entraînent d'abord les sanctions de droit commun des contrats.

a) L'acheteur peut *refuser de payer le prix* tant que la livraison n'est pas faite régulièrement, à moins qu'il ne se soit engagé à payer le prix d'avance ; c'est l'exception d'inexécution dans les contrats synallagmatiques. En cas de non-conformité, l'acheteur peut refuser la marchandise ou la restituer au vendeur. C'est la pratique du *laissé pour compte*.

b) L'acheteur peut demander au juge de *contraindre le vendeur à livrer*, au besoin sous peine d'une astreinte.

c) En cas d'inexécution grave, l'acheteur peut demander au juge de prononcer la *résolution du contrat de vente* ; ce contrat peut d'ailleurs contenir des clauses de résolution de plein droit ou sur simple mise en demeure, dans les cas qu'il précise.

d) L'acheteur peut, soit à défaut, soit en plus des sanctions précédentes, réclamer des *dommages-intérêts* au vendeur si celui-ci a commis une faute ; mais si le préjudice vient du retard, il faut que l'acheteur ait au préalable mis le vendeur en demeure de livrer, sauf clause du contrat fixant un délai de rigueur.

Par ailleurs, les usages commerciaux ajoutent deux autres sanctions :

a) si la quantité ou la qualité des choses livrées est inférieure à celle qui avait été convenue, l'acheteur peut réclamer une « *réfaction* » c'est-à-dire une réduction du prix qui à défaut d'accord, est fixée par le juge ;

b) dans les ventes d'approvisionnements faites à des détaillants, si les choses vendues ne sont pas livrées à la date fixée, l'acheteur a la faculté, après une mise en demeure adressée au vendeur, de « se remplacer », c'est-à-dire de se procurer ces choses auprès d'un autre vendeur et de réclamer au vendeur primitif le paiement de la différence éventuelle de prix¹. Ce pouvoir est de plus en plus utilisé ce qui illustre bien le rôle croissant du juge dans l'exécution du contrat².

Les clauses exonératoires de responsabilité et de garantie sont valables entre professionnels.

§ 3. OBLIGATION DE GARANTIE

887. Choix d'actions offert à l'acheteur déçu. L'acheteur déçu dispose d'une pluralité d'actions contre son vendeur. La difficulté est de distinguer leurs domaines et leurs régimes respectifs. La jurisprudence dans son souci de protéger l'acheteur permet à ce dernier d'exercer à son choix l'une ou l'autre de ces actions. Les chevauchements peuvent donc être nombreux.

L'acheteur, s'il se place au moment de la formation du contrat, a la possibilité d'engager une action en nullité pour erreur ou dol³. L'acheteur doit avoir vu que la chose présentait une qualité substantielle, qui en réalité n'existe pas.

1. CA Paris, 17 mars 1987, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, p. 343 ; B. Plantamp, « Le particularisme du remplacement », *Dalloz Affaires* 2000. chron. 243.

2. *Le rôle du juge dans l'exécution du contrat*, PUF, Aix, 1995.

3. La Cour de cassation admet que l'acquéreur exerce à son choix une action en annulation fondée sur l'erreur ou le dol ou une action en garantie des vices cachés : Civ. 1^{re}, 4 janv. 2002, *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 38, obs. L. Leveneur.

Si la chose livrée ne correspond pas à celle commandée il y a non-conformité, c'est-à-dire manquement à l'obligation de délivrance (v. *supra*, n° 735). Lorsque la chose livrée est conforme à ce qui a été convenu, mais qu'elle est entachée d'un défaut qui la rend inapte à l'usage envisagé il y a vice caché.

888. La garantie d'éviction. La garantie d'éviction consiste dans l'obligation, pour le vendeur, de ne pas troubler lui-même l'acheteur dans la possession des choses vendues et de le défendre contre les tiers qui se prétendraient propriétaires de ces choses. Cette garantie est rarement mise en œuvre dans les ventes commerciales car celles-ci portent sur des meubles corporels et la règle « en fait de meuble, possession vaut titre » suffit à protéger l'acheteur à qui la chose a été livrée.

889. La garantie des vices cachés. La garantie des vices cachés est énoncée à l'article 1641 du Code civil. Cependant la jurisprudence a joué un rôle fondamental dans la détermination des conditions de mise en jeu de l'action, interprétant le texte et ajoutant même certaines distinctions.

La garantie ne peut être mise en œuvre que si l'acheteur rapporte la preuve d'un vice de la chose c'est-à-dire d'un défaut rendant la chose impropre à sa destination normale.

Le vice doit exister lors du transfert des risques à l'acheteur c'est-à-dire pour les ventes commerciales au moment de la livraison de la chose.

Le vice doit être caché et ne pas être apparent. Est caché le défaut que l'acheteur ne pouvait pas déceler, compte tenu de la nature de la chose vendue, et dont il n'a pas connaissance au moment de la vente. Dans son appréciation, la jurisprudence tient compte, des connaissances de l'acheteur. Ainsi les juges admettront plus difficilement l'existence d'un vice caché lorsque l'acheteur est un professionnel de même spécialité que le vendeur. On considère alors qu'il avait les moyens de déceler les vices de la chose. Il est également tenu compte de la bonne foi de l'acheteur. Ce dernier ne doit pas avoir eu connaissance de l'existence du vice.

L'acheteur doit exercer l'action dans un délai de deux ans qui court à compter de la découverte de l'existence du vice. Cette condition explique que beaucoup d'acheteurs invoquent la nullité du contrat pour erreur (le délai est alors de cinq ans) ou exercent une action en responsabilité en cas de non conformité de la chose (le délai pour agir est alors de trente ans). En raison de la nouvelle jurisprudence de la cour de cassation, le choix de l'acheteur n'est plus libre (v. *supra*, n° 740).

S'il le peut, l'acheteur a donc intérêt à exercer l'action en garantie des vices cachés. Dans ce cas, il dispose d'une option.

Il peut conserver la chose en se faisant restituer une partie du prix payé. C'est l'action *estimatoire*.

L'acheteur peut aussi choisir de rendre la chose. C'est l'*action rédhibitoire* forme d'action en résolution de la vente. Dans certains cas la jurisprudence admet que l'acheteur puisse obtenir la réparation ou le remplacement de la chose.

L'acheteur peut également obtenir des dommages et intérêts lorsque son vendeur est de mauvaise foi. Pour la jurisprudence, un vendeur professionnel est présumé être de mauvaise foi. Cette présomption de connaissance des vices pèse sur tout vendeur professionnel, même lorsque la chose a été vendue à un autre professionnel.

Les vendeurs ont le droit d'introduire dans les contrats des clauses par lesquelles ils limitent leur garantie. La jurisprudence, a restreint cette possibilité. En effet le vendeur ne peut jamais éluder la garantie des vices dont il connaissait l'existence lors de la

vente. Or un *vendeur professionnel* est toujours considéré comme étant de mauvaise foi. Est même expressément considérée comme abusive la clause qui a pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement du professionnel à l'une quelconque de ses obligations. La clause limitative introduite dans un contrat conclu par un vendeur professionnel ne peut donc jouer que si l'acheteur est un professionnel de même spécialité que le vendeur.

Les clauses extensives de responsabilité sont toujours valables.

890. Obligation de sécurité. C'est la jurisprudence qui la première a imposé une véritable obligation de sécurité aux vendeurs et aux fabricants leur imposant de réparer les dommages susceptibles de se rattacher à un tel manquement. Le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes et les biens¹. L'obligation peut être invoquée par un utilisateur non contractant. Celui qui invoque la faute n'a pas l'obligation d'agir dans un bref délai. Il n'a droit qu'à des dommages et intérêts.

Le contenu de l'obligation de sécurité tend à être défini par la loi. L'article L. 212-1 du Code de la consommation énonce ainsi que dès la première mise sur le marché les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions et à la protection des consommateurs.

La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux précise le régime de cette obligation de sécurité (C. civ., art 1386-7)².

Les responsables seront les producteurs, les importateurs et subsidiairement les fournisseurs et revendeurs s'ils ne peuvent pas révéler l'identité des producteurs importateurs. Les bénéficiaires de l'obligation de sécurité seront les victimes quelles qu'elles soient.

La victime devra apporter la preuve du préjudice qu'elle subit et du lien de causalité entre le préjudice et le caractère défectueux du produit.

Section 4

Obligations de l'acheteur

§ 1. PAIEMENT DU PRIX

891. Éléments du prix. Le paiement du prix est la principale obligation de l'acheteur. Celui-ci doit verser au vendeur, non seulement le prix principal, mais aussi les frais accessoires selon les dispositions prévues au contrat. Par exemple, il doit payer les frais de transport, à moins d'une clause prévoyant une livraison *franco*. Il doit aussi payer les taxes et impôts, notamment les taxes sur le chiffre d'affaires ; pour les droits de douane, le Code des douanes contient des dispositions supplétives qui présument, sauf clause contraire, que les parties ont entendu faire supporter ces droits soit au vendeur soit à l'acheteur selon

1. Civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *D.* 1995. 350, note P. Jourdain ; *JCP* 1995. I. 3853, n° 9, obs. G. Viney ; Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, *JCP*, éd. E., 1998. 1102, note J. Revel.

2. B. Gross, « Propos dubitatifs sur l'obligation de sécurité pesant sur le vendeur professionnel du fait des produits vendus », *Dalloz Affaires*, n° 22/96, *JCP*, éd. E., 1998. 821, comm. P. Jourdain.

que les marchandises sont livrables au domicile de l'acheteur, en entrepôt ou dans les magasins du vendeur ; de toute façon, vendeur et acheteur sont solidairement débiteurs de ces droits envers l'Administration.

892. Emballages. Si la vente est faite avec *emballages perdus*, la valeur de ceux-ci est généralement incluse dans le prix, à moins qu'une facturation séparée soit faite pour des raisons fiscales. Si les emballages sont « consignés », on y voit parfois un prêt à usage garanti par la valeur de consignation : l'acheteur obtient le remboursement de cette valeur en restituant les emballages. Mais d'autres décisions considèrent qu'il s'agit plutôt d'une vente d'emballages avec faculté de rachat à la demande de l'acheteur ou même du vendeur qui aurait le droit d'exiger la restitution de ses emballages.

893. Époque du paiement. Dans les ventes « au comptant » le paiement doit être fait au moment de la livraison. Le contrat peut prévoir un *escompte*, c'est-à-dire une réduction de prix au profit de l'acheteur qui paie comptant.

Dès avant la livraison, l'acheteur peut avoir à verser des *arrhes* qui constituent un acompte sur le prix ; la chose est fréquente dans les ventes à livrer portant sur du matériel. Ces arrhes sont conservées par le vendeur à titre de *dédit* si l'acheteur refuse la chose vendue (C. civ., art. 1990) ; mais une clause contraire peut figurer dans le contrat, le vendeur devant restituer les arrhes mais pouvant faire condamner l'acheteur à des dommages-intérêts d'un montant plus ou moins élevé.

894. Garanties du vendeur. Le droit civil confère un certain nombre de garanties au vendeur qui n'est pas payé.

a) Il peut refuser de livrer la chose et exercer sur elle un *droit de rétention* tant qu'il n'est pas payé. Cependant, ce droit est exclu s'il a consenti des délais de paiement à l'acheteur, à moins que celui-ci ne soit en déconfiture ou en état de cessation de paiement.

b) Si la chose est déjà livrée, le vendeur peut exercer, dans un bref délai, un droit de revendication sur la chose pour en reprendre possession et recouvrer son droit de rétention. Il peut aussi demander la résolution de la vente ou invoquer la clause résolutoire contenue dans le contrat. Enfin, il dispose d'un *privilège* sur le prix de revente de la chose.

Mais, en droit commercial, si l'acheteur tombe en *faillite* après qu'il ait reçu livraison de la chose, le vendeur perd toutes ses garanties et ne peut plus que produire dans la faillite, pour le prix qui lui reste dû, comme un créancier ordinaire ; il n'en serait autrement que s'il avait introduit l'action en résolution avant le jugement ouvrant la procédure. Pour échapper à ces règles rigoureuses, les vendeurs à crédit avaient essayé d'insérer des clauses de réserve de propriété jusqu'à complet paiement du prix ou à dissimuler les ventes à crédit sous le couvert de locations-ventes qui ne se transforment en vente qu'au moment du dernier versement ; mais la jurisprudence a décidé que ces clauses ou contrats étaient inopposables à la faillite. Il a fallu que le législateur intervienne pour accorder au profit de certains vendeurs à crédit, des garanties telles que le gage sur automobile ou le nantissement sur outillage et matériel d'équipement. La loi du 12 mai 1980 a permis au vendeur d'opposer à la faillite de son acheteur la *clause de réserve de propriété* si la chose existe encore en nature et si l'action en revendication est intentée dans un délai de trois mois. Mais la clause résolutoire demeure inopposable à la faillite.

§ 2. OBLIGATION DE RETIREMENT

895. Contenu de l'obligation. Lorsque la marchandise est livrable ailleurs qu'au domicile de l'acheteur, celui-ci doit la retirer dans les délais fixés par le contrat ou, à défaut, par les usages. Ces délais sont, en principe, de rigueur et leur inobservation entraîne de plein droit la résolution de la vente (C. civ., art. 1657). Le vendeur peut d'ailleurs préférer ne pas se prévaloir de cette résolution et mettre l'acheteur en demeure, au besoin par simple lettre, de prendre livraison ; après cette mise en demeure, la chose passe aux risques de l'acheteur qui doit en payer le prix même en cas de perte ou détérioration par force majeure.

La distribution

896. Spécificité du droit de la distribution. La distribution est l'étape économique située entre la production et la consommation. C'est l'ensemble des opérations par lesquelles un bien, après le stade de sa production, ou une prestation de service après le stade de sa conception, est vendu ou fourni à l'acquéreur ou à l'utilisateur final.

Notre droit a dû tenir compte de la profonde évolution des modes de distribution liée à l'apparition des grandes surfaces et à celle des réseaux de distribution due à l'importance prise par les marques. Un corps de règles a ainsi progressivement acquis son autonomie : le droit de la distribution¹. Ce droit est consacré à l'étude d'une *variété de* contrats de situation, ceux qui permettent d'assurer la distribution des produits. Ces contrats sont souvent déséquilibrés ce qui justifie leur qualification de *contrat de dépendance*. En recourant au devoir de bonne foi et de loyauté contractuelle, en sanctionnant certains abus, la jurisprudence tend cependant à rétablir l'équilibre entre les parties². La mise en œuvre des clauses de résiliation de plein droit demeure cependant une source de difficultés³.

Les circuits de distribution sont variés. Pour distribuer ses produits, une entreprise peut faire appel à plusieurs catégories de professionnels, indépendants ou intégrés. Elle peut choisir des circuits courts ou des circuits longs. Dans certains cas, il est fait appel à des professionnels de la distribution (Section 1). Dans d'autres cas, c'est un véritable réseau de distribution qui est mis en place (Section 2).

Section 1

Les professionnels de la distribution

897. Les professionnels du commerce. Il a toujours existé des intermédiaires du commerce. Ils vendent des produits au nom et pour le compte du fabricant. Ils ont pour mission d'obtenir pour le compte d'un opérateur du circuit, des décisions d'achat émanant du réseau de distribution.

1. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy, *Traité de droit de la distribution*, LGDJ, *Traité de droit des contrats*, sous la direction de J. Ghestin, 1998 ; D. Ferrier, *Le droit de la distribution*, Litec, 2006 ; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, Armand Colin 2006 ; J. Beauchard, *Droit de la consommation et de la distribution*, PUF, 1996. M. Malaurie-Vignal et D. Mainguy, « Lexique de droit de la distribution et de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 1998/5 et s.

2. D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *Mélanges M. Cabrillac*, p. 165.

3. V. les observations de J.-P. Chazal sous CA Paris, 11 févr., 4 et 26 mars 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 320.

Ces intermédiaires peuvent être des non commerçants (§ 1) Le plus souvent, ce sont des commerçants (§ 2).

§ 1. LES INTERMÉDIAIRES NON COMMERÇANTS

A. Les gérants succursalistes

898. Statut du gérant de succursale. La vente par succursales multiples est apparue au début du siècle. Une même entreprise possède alors plusieurs magasins commercialisant des produits sous une enseigne unique. Cette forme de distribution s'imposa dans le commerce alimentaire (Coop, Félix Potin). Les magasins sont alors tenus par des gérants exerçant le plus souvent en couple.

Deux statuts coexistent.

Des gérants ont un statut de *salarié*. Ils sont liés à leur entreprise par un contrat de travail et le droit du travail s'applique.

D'autres gérants sont des *mandataires* liés par un contrat de gérance-mandat. Le gérant commercialise alors des marchandises qu'il a en dépôt. Le gérant mandataire tient sa comptabilité, rend compte de sa gestion. Il est rémunéré par des commissions proportionnelles au chiffre d'affaire réalisé. De par la loi (C. trav., art. 782-1 à 782-7), ces mandataires sont soumis à certaines dispositions protectrices du Code du travail.

L'apparition des grandes surfaces a considérablement limité l'importance de cette forme de distribution.

La loi pour les petites et moyennes entreprises devrait tenir compte de l'évolution des modes de distribution. Il est créé le statut de *gérant-mandataire* précisé par les articles L. 146-1 et suivant du Code de commerce¹. Le statut est offert aux personnes physiques et morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires. Immatriculé au registre du commerce, il exploite un établissement commercial ou artisanal au nom et pour le compte d'un mandant qui reste propriétaire du fonds et supporte les risques liés à son exploitation. Le mandant fixe une mission aux gérants mandataires en leur laissant toute latitude, dans le cadre tracé de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité.

La rémunération consiste dans le versement de commissions. Un accord-cadre conclu entre le mandant et les gérants-mandataires auxquels il est lié par un contrat fixe le montant de la commission minimale garantie. Elle tient compte de l'importance de l'établissement et des modalités de son exploitation. À défaut d'accord, le ministre chargé des petites et moyennes entreprises fixe cette commission minimale.

Une protection contractuelle est aménagée. Il doit être remis au mandataire un document donnant des informations sincères qui lui permettent de l'éclairer sur sa mission et de s'engager en connaissance de cause (Décr. 3 mars 2006). Le contrat peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties. Toutefois, en cas de résiliation du contrat par le mandant, sauf faute grave du gérant mandataire, le mandant lui verse une indemnité égale, sauf conditions plus favorables fixées par les parties, au montant des

1. RTD com. 2005. 705, obs. B. Saintourens.

commissions acquises, ou à la commission minimale garantie pendant les six mois précédant la résiliation du contrat si celle-ci a été inférieure à six mois.

Le contrat mentionné au registre du commerce et le cas échéant au répertoire des métiers doit être publié dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Il est précisé qu'une fois le contrat conclu avec son mandant, le gérant-mandataire jouit de toute l'indépendance requise pour l'exercice de sa mission. Il détermine ses conditions de travail, peut embaucher du personnel et se substituer des tiers dans son activité.

Dans l'esprit des promoteurs du texte, ce statut devrait bénéficier en priorité à ceux qui assument la responsabilité d'une unité de production pour le compte du titulaire d'une franchise dans le secteur de la distribution ou des services.

B. Les VRP

899. Statut de salarié du VRP. Les VRP sont des intermédiaires permanents qui sont *salariés* des entreprises qui font appel à eux. Ils sont chargés de prospecter la clientèle pour passer des commandes. Ils peuvent agir pour le compte d'un ou plusieurs employeurs. Ils ne doivent pas agir pour leur propre compte.

Les VRP bénéficient d'un statut particulier très protecteur de leurs intérêts (C. trav., art. L. 751 et s.).

Les bénéficiaires du statut ont droit à une *indemnité de clientèle* lorsque la rupture du contrat ne leur est pas imputable (le VRP n'a pas droit à la commission en cas de faute grave de sa part). L'indemnité est en général fixée à un montant correspondant à deux années de commission.

C. L'agent commercial

900. Le statut. L'agent commercial est un *mandataire* qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et éventuellement de conclure des contrats de vente, achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux (C. com., art. L. 134-1).

Cette définition fait apparaître les caractères essentiels de la profession d'agent commercial¹. Celui-ci est un *mandataire*. Il est lié avec son mandant par un *contrat d'intérêt commun*. L'agent exerce de manière permanente. C'est une personne physique ou morale. À la différence du VRP, *il exerce son activité de manière indépendante*. Il exerce une *activité civile*, *n'a pas de clientèle propre*² et n'est donc pas commerçant. L'agent qui remplit ces conditions bénéficie du statut spécial prévu par la loi.

Certains professionnels ne relèvent pas du statut. Tel est le cas des agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques qui font l'objet, en ce qui concerne cette mission de dispositions législatives particulières. Tel est le cas des agences de voyages, des agents d'assurances. La Cour de cassation a ajouté à la liste

1. J.-M. Leloup, *L'agent commercial*, Delmas.

2. Com. 10 juill. 2007, *RTD com.* 2008. 45, obs. B. Saintourens.

les intermédiaires en opérations de banque¹ et les négociateurs des agents immobiliers². Mais les distributeurs d'abonnements de téléphonie ne relèvent pas du statut dans la mesure où ils n'ont aucun pouvoir pour négocier les contrats³.

L'agent commercial doit être *immatriculé* sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. Le respect de cette exigence n'est cependant pas une condition d'application du statut⁴. La rédaction d'un écrit n'est pas non plus exigée. Le contrat est soumis au droit commun de la preuve⁵.

Le statut déduit les conséquences de la qualification de *contrat d'intérêt commun* retenue pour caractériser les relations entre l'entreprise et son agent. Tous les deux cherchent à développer une clientèle.

901. Obligations des parties. Mandataire indépendant, l'agent commercial organise son travail comme il l'entend dans le secteur déterminé par le contrat. Il doit *négocier et conclure* les opérations qui lui ont été confiées par son mandant. Il doit simplement *rendre compte* régulièrement de son activité à son mandant. Il doit exercer son activité en bon *professionnel*. L'agent et son mandant sont tenus à des obligations *récioproques d'information et de loyauté*⁶. Cette dernière obligation interdit à l'agent de représenter une entreprise concurrente de celle du mandant sans l'autorisation de ce dernier. L'agent peut souscrire un engagement d'exclusivité au profit de son mandant. Ce dernier doit tout faire pour faciliter les missions de l'agent. Il doit par exemple lui fournir les échantillons nécessaires à l'exercice de sa mission. Il doit respecter l'exclusivité accordée.

Lorsqu'il se porte ducroire, l'agent commercial garantit le défaut de paiement à l'échéance de la commande passée.

L'agent commercial est rémunéré par une *commission* qui correspond à un pourcentage des affaires traitées. Le contrat peut prendre fin à l'arrivée du terme stipulé si le contrat est à durée déterminée. Si le contrat continue à être exécuté après son terme, il est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée.

Si le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, il peut être rompu à tout moment sous réserve d'un préavis. Les parties sont dispensées de préavis en cas de faute grave ou de force majeure. La faute grave est le manquement caractérisé de l'agent à certaines de ses obligations contractuelles. C'est celle qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel⁷. La non-réalisation du quota n'est pas une faute grave⁸.

La protection de l'agent résulte principalement du *droit sur la clientèle* qui lui est reconnu par la loi. Celle-ci consacre la *valeur patrimoniale du contrat d'agence*. L'agent commercial peut céder sa clientèle. Lorsque son contrat prend fin l'agent a droit à une

1. Com. 18 févr. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 32.

2. Com. 7 juill. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 147.

3. Com. 15 janv. 2008, *RTD com.* 2008. 495, obs. B. Saintourens.

4. Com. 7 juill. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 146 ; S. Rouquié, « Requalification d'un contrat de promotion en contrat d'agent commercial : la fraude à la loi sanctionnée », *JCP*, éd. E, 2005. 850. L'immatriculation au registre a pour effet que l'intermédiaire est présumé ne pas être lié avec le donneur d'ouvrage par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation (C. trav., art. L. 120-3).

5. Com. 25 juin 2002, *Dalloz Affaires* 2002. 2529, obs. E. Chevrier.

6. V. tout particulièrement Com. 24 nov. 1998, *JCP*, éd. E, 1998. 1946 ; *RTD civ.* 1999. 98, obs. J. Mestre et 1242, obs. Jamin ; *Contrats, conc. consom.* avr. 1999, comm. 56, obs. M. Malaurie-Vignal. Se fondant sur l'obligation de loyauté, l'arrêt impose au mandant de contrôler son réseau et de s'assurer que ses mandataires pratiquent des prix concurrentiels.

7. Com. 15 oct. 2002.

8. Com. 28 mai 2002, *D.* 2002. somm. 3004, obs. D. Ferrier ; *JCP*, éd. E, 2002. 1842, note V. Perruchet-Triboulet.

indemnité compensant la perte de la clientèle. Celle-ci est généralement fixée à *deux années de commissions*¹. L'agent est privé de l'indemnité de clientèle en cas de faute grave de sa part², en cas de démission, sauf lorsqu'elle est justifiée par des circonstances imputables au mandant, ou par l'âge, la maladie ou l'infirmité de l'agent et en cas de cession du contrat d'agence à un tiers avec l'accord du mandant.

La cessation du contrat, même à durée déterminée donne droit à réparation du préjudice résultant de la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle commune, tandis que le caractère anticipé de cette cessation donne droit à réparation du préjudice résultant de la perte de commissions jusqu'à la date conventionnellement prévue³.

Le contrat peut imposer à l'agent une clause de non-concurrence, qui est soumise au droit commun de cette clause⁴.

Le contrat étant conclu *intuitu personae*, sa transmission nécessite l'accord du cessionnaire et de l'agent⁵.

§ 2. LES INTERMÉDIAIRES COMMERÇANTS

902. Le courtier. Le courtage est le fait de *mettre en rapport*, dans un but lucratif, deux ou plusieurs personnes pour leur permettre de réaliser l'opération qu'elles ont en vue. Les courtiers rapprochent donc vendeurs et acheteurs sans s'obliger eux-mêmes. Ils ne sont pas mandataires. Simples entremetteurs, ils *ne sont pas parties au contrat* qu'ils négocient pour le compte de leurs clients acheteurs et vendeurs. Le courtage est présent dans de nombreux secteurs d'activités. Il existe des courtiers pour la vente de produits agricoles (vins, graines). Mais le négoce n'est pas le seul domaine concerné. Les impresarios, les cabinets de recrutement, les agences matrimoniales sont des courtiers. Le contrat de courtage ne fait l'objet d'aucune disposition légale particulière. En cas de difficultés, il est donc largement tenu compte des usages.

Les courtiers sont tenus de *devoirs d'information* à l'égard de leurs clients. Ils doivent présenter les offres et les tenir au courant de l'avancement puis de la conclusion des contrats. Ils sont rémunérés par une *commission*, le droit de courtage, qui n'est due que lorsqu'une convention est conclue. La rémunération est généralement due par chacun des contractants.

Le Code de commerce fixe les règles applicables à certains courtiers spécialisés (C. com., art. L. 131-1).

903. Le commissionnaire. Comme le courtage, le contrat de commission est l'un des plus vieux contrats commerciaux⁶. C'est le type même du contrat d'affaires. Le commissionnaire est un *commerçant qui agit en son propre nom pour le compte d'un commettant*. À la différence du courtier, il ne met pas deux personnes en présence, il *agit lui-même* par

1. Il n'est pas possible de cumuler des indemnités pour perte de clientèle et pour rupture de contrat : Com. 25 juin 2002, *D.* 2002. 2467, obs. E. Chevrier.

2. La non-satisfaction des objectifs de vente ne constitue pas en soi une faute grave : Versailles, 15 sept. 2000, *Cah. dr. entr.* 2/2001, p. 33, obs. Ph. Grignon.

3. Com. 23 avr. 2003, *D.* 2003. 2883, note D. Ferrier.

4. Com. 4 juin 2002, *Daloz Affaires* 2003. 904, obs. Y. Picod.

5. Com. 29 juin 2002, *Contrats, conc. consom.* mars 2003, comm. 36, obs. L. Leveneur.

6. M. P. Dumont, *L'opération de commission*, Litec, 2000.

exemple en achetant au vendeur pour le compte du commettant. L'intérêt du contrat est de permettre au commettant de rester anonyme ce qui peut faciliter certaines transactions.

Le contrat de commission est régi par l'article L. 132-1 du Code de commerce.

Dans ses rapports avec le commettant, le commissionnaire est un *mandataire*. Il doit exécuter la mission qui lui a été confiée en respectant les instructions données et il doit rendre compte. Le commissionnaire n'a pas en principe le droit de se porter lui-même acquéreur, c'est-à-dire de se porter contrepartiste.

Le commettant doit faciliter l'exécution du contrat et il doit rémunérer le commissionnaire par une commission. Pour en garantir le paiement, le commissionnaire dispose d'un *privilège spécial* et d'un *droit de rétention* sur les marchandises ou leur prix de vente.

Lorsqu'il contracte, le commissionnaire agit en son nom personnel. Il supporte donc toutes les obligations de l'opération conclue.

Le tiers contractant n'est pas lié avec le commettant. Ce dernier ne peut donc agir contre lui sur un fondement contractuel. Il peut simplement exercer l'action oblique, l'action *de in rem verso* ou l'action en revendication si les conditions en sont réunies.

Des commissionnaires habilités à intervenir sur certains marchés sont soumis à un statut spécial.

904. Les centrales et groupements d'achat. Les centrales et groupements d'achat sont chargés de procéder à des achats pour le compte de leurs adhérents qui sont généralement des grandes surfaces. L'importance et le volume des commandes passées permettent d'obtenir de meilleures conditions de la part des fournisseurs.

Le *groupement d'achat* est généralement constitué par les distributeurs eux-mêmes. La structure choisie est le plus souvent celui d'une coopérative soumise à une loi du 2 août 1949. Dans la centrale d'achat, les distributeurs ne sont pas associés. Ils sont seulement *affiliés*.

La centrale et le groupement agissent soit comme mandataire, soit comme commissionnaire, soit comme courtier. Cette dernière formule est la plus pratiquée. Elle est désignée sous le nom de *référencement*¹. Celui-ci donne naissance à trois relations contractuelles.

Par la première, le référenceur s'oblige vis-à-vis des distributeurs affiliés à négocier et collecter des offres auprès des fournisseurs et à les leur communiquer par l'élaboration d'un catalogue.

Par la seconde, le fournisseur s'engage vis-à-vis du référenceur à maintenir, au profit des affiliés et durant toute la durée du référencement, l'offre négociée avec le référenceur.

Une *convention d'achat-vente* est enfin conclue directement entre le fournisseur et l'affilié lorsque ce dernier accepte l'offre qui lui a été transmise par l'intermédiaire de la centrale.

Les distributeurs sont liés à la centrale de référencement par un contrat d'affiliation. La dépendance et l'intégration du distributeur à la centrale peuvent être plus ou moins importantes. Le contrat de référencement est analysé par la jurisprudence en un contrat de courtage.

Les centrales d'achat ont un tel poids économique que le législateur a dû intervenir pour sanctionner les atteintes excessives à la concurrence qui peut en résulter, principalement celles liées au référencement.

1. S. Retterer, « Le contrat de référencement : du droit des obligations au droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 99/2, p. 1.

Section 2

La constitution de réseaux de distribution

905. Définition du réseau. Les *réseaux de distribution* regroupent des distributeurs intégrés qui achètent pour revendre des marchandises livrées par un fournisseur. Les distributeurs ont pour mission de vendre, généralement en détail, dans une zone définie, les produits qui leur sont fournis par un opérateur du circuit.

Tous les réseaux sont soumis à des principes communs (§ 1). Après leur examen seront présentés les principaux contrats de distribution (§ 2).

§ 1. PRINCIPES COMMUNS À L'ENSEMBLE DES RÉSEAUX**A. Caractéristiques communes des contrats de distribution**

906. Qualification. Les contrats de distribution conclus pour constituer le réseau ont des caractéristiques communes. Ce sont des *créations de la pratique contractuelle*. Ils sont soumis au seul droit commun des conventions à l'exception de quelques dispositions particulières. La principale limite à la liberté contractuelle est constituée par le *droit de la concurrence*. Les contrats de distribution sont en effet des contrats de réseau. Or tout réseau constitue une entente verticale susceptible de porter atteinte au droit de la concurrence.

Ces contrats mettent le distributeur sous une *dépendance* plus ou moins accentuée par rapport au titulaire du réseau. Cette dépendance est purement économique car le *distributeur reste indépendant juridiquement*. L'existence de cette dépendance est la cause d'une des principales difficultés suscitées par ces contrats¹. La jurisprudence tente en effet d'en limiter les conséquences en appliquant au distributeur des principes dégagés pour protéger les parties en situation de faiblesse (information précontractuelle, sanction des abus). Dans le même souci, la jurisprudence n'hésite pas à déduire des conséquences du principe de bonne foi² et de loyauté contractuelle et du devoir de coopération entre les parties.

Les contrats de distribution sont fortement marqués d'*intuitu personae*, même si la jurisprudence récente tend à en limiter la portée pour faciliter leur transmission³.

Les contrats de distribution sont le plus souvent des *contrats cadres*⁴. Le contrat-cadre est une création de la pratique contractuelle conçu comme un instrument de simplification des rapports entre parties. Il vise à instaurer une collaboration durable entre elles en posant certaines règles appelées à régir leurs rapports. Le contrat-cadre se caractérise comme un contrat dont les objectifs sont généralement définis, mais sans que les termes essentiels de l'échange et spécialement l'objet et/ou le prix, soient encore déterminés, ou

1. B. Fages, « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.* 3/99, p 11.

2. Pour la Cour de cassation, le fournisseur qui prive un distributeur agréé des moyens de pratiquer des prix concurrentiels n'exécute pas son contrat de bonne foi (Com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; il s'agit de l'arrêt *Huard*).

3. M. Malaurie-Vignal, « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *JCP*, éd. E, 1998. 260. Pour la Cour de cassation, le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti (Civ. 1^{re}, 6 juin 200, *D.* 2001. 1345).

4. « Le contrat-cadre de distribution, Enjeux et perspectives », *Cah. dr. entr.* 3/4, 1997.

même déterminables par simple référence à ses stipulations. Le contrat-cadre implique généralement l'obligation de conclure des contrats d'application (des contrats d'achat par le distributeur des marchandises fournies par exemple).

B. Conditions de validité du réseau

907. Respect du droit français et communautaire de la concurrence. La validité des réseaux est reconnue en raison de leur utilité économique. Cependant, *un réseau constitue* une restriction verticale de la concurrence. Il ne peut donc être valable que s'il respecte les exigences du droit français et du droit communautaire de la concurrence¹. Il doit tout particulièrement être apprécié au regard de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et des articles 81 et 82 du Traité CE. C'est donc principalement à partir des contrats de distribution qu'il est permis de mesurer l'influence du droit de la concurrence sur le droit des contrats².

La situation des contrats de distribution au regard du *droit communautaire* de la concurrence vient d'être simplifiée. Jusqu'au premier juin 2000, il existait plusieurs règlements d'exemption spécifiques à certains contrats. Le règlement communautaire en date du 22 décembre relative aux restrictions verticales de concurrence³ s'applique désormais à l'ensemble des contrats de distribution y compris le contrat de distribution sélective qui jusqu'alors ne faisait l'objet d'aucun règlement⁴. La portée de ce règlement est précisée par des lignes directrices qui sont destinées à aider les entreprises concernées à effectuer leur propre évaluation au regard des règles de concurrence communautaires⁵.

Un accord entrant dans le champ du règlement peut être *exempté à deux conditions*. En premier lieu, la part de marché du fournisseur doit être inférieure à 30 % du marché sur lequel il vend les biens ou services. Dans le cas d'un accord comportant une obligation d'approvisionnement exclusif, c'est la part de marché de l'acheteur qui doit être inférieure à 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou les services contractuels. *Le règlement privilégie ainsi l'approche économique des contrats de distribution et de leurs clauses*. La part de marché devient ainsi la condition première et essentielle à l'exemption automatique. Il est tenu compte du marché du produit et du marché géographique.

Au-delà du seuil des 30 % de parts de marché, les accords verticaux ne sont pas nécessairement considérés comme illégaux. Ils doivent faire l'objet d'un examen au regard de l'article 81 du Traité qui précise les conditions dans lesquelles certains accords entre entreprises peuvent être exemptés des règles de concurrence communautaires.

1. S. Peruzzetto, « La validité des réseaux de distribution au regard du droit français et communautaire », in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien, 1996 ; L. Idot, « La régulation communautaire des réseaux de distribution », *Petites Affiches*, mars 1996.

2. F. Dreifuss-Netter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990. 369 ; M. Malaurie-Vignal, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.* 1995. chron. 51 ; « Droit de la concurrence et droit privé », *Cah. dr. entr.* 3/2000.

3. Règlement de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées *JOCE* 29 déc. 1999 ; pour des commentaires, S. Poillot-Peruzzetto, *RTD com.* 2000. 507, et *Contrats, conc. consom.* mars 2000, comm. 48 ; Cl. Halimi-Dechelette, *Contrats, conc. consom.* avr. 2000. chron. 6.

4. La concession automobile reste cependant soumise au règlement d'exemption spécifique applicable jusqu'en 2002.

5. Communication de Bruxelles du 24 mai 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 913. Le règlement s'applique si quatre conditions sont réunies ; il doit s'agir d'accord verticaux entre deux ou plusieurs entreprises. Les accords doivent concerner les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services. L'accord doit enfin entraîner une restriction de concurrence.

En second lieu, certaines clauses, les *clauses noires*, ne doivent pas figurer dans le contrat. Elles sont au nombre de quatre : la clause de restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente ; la clause d'exclusivité territoriale ou de clientèle ; les clauses restreignant les ventes actives ou passives aux utilisateurs finals ou les livraisons croisées par les membres d'un réseau de distribution sélective ; la clause entre un fournisseur de composants et l'acheteur qui incorpore ces composants, qui restreint le droit du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées.

D'autres clauses ne peuvent être exemptées mais elles ne s'opposent pas à l'exemption générale de l'accord. Il s'agit des clauses de non-concurrence et des clauses interdisant le multimarquisme aux distributeurs sélectifs.

Autre simplification importante, *les accords de distribution n'ont plus à être notifiés systématiquement à la Commission*. Ce sont les entreprises qui sont invitées à procéder elles-mêmes à l'analyse de leur situation au regard du règlement.

L'exemption dont bénéficie un accord peut être retirée par la Commission mais elle peut aussi l'être par les autorités nationales à condition que les effets concurrentiels soient localisés sur le territoire d'un état membre ou sur une partie de ce territoire qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct. Il doit être tenu compte de l'effet cumulatif des réseaux parallèles.

908. La clause de prix d'achat des marchandises. Les contrats-cadres précisent généralement les modalités de fixation des prix des marchandises achetées par les distributeurs. Une clause est usuelle. Il est fait référence au *tarif du fournisseur*. Une telle clause comporte le risque de voir le distributeur être à la merci du fournisseur qui pourrait ainsi fixer le prix à sa guise. Dans son souci de protection des distributeurs, la jurisprudence en se fondant sur l'article 1129 du Code civil, a jusqu'à une date récente annulé les contrats comportant cette clause au motif que le prix n'était pas déterminable. Cette jurisprudence était unanimement critiquée. Un revirement est intervenu. Par diverses décisions en date du 1^{er} décembre 1995¹, l'Assemblée plénière affirme que l'article 1129 du Code civil n'a pas à s'appliquer à ce type de contrat. Elle énonce également que « 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 ». La portée de ces décisions est considérable. Désormais le juge ne peut intervenir qu'*a posteriori* pour contrôler l'exécution du contrat et sanctionner les seuls abus². L'abus se révèle par la comparaison. L'abus n'est pas établi si le fournisseur n'impose pas des prix arbitraires non conformes aux conditions du marché ou si la différence de prix s'explique pour la différence de volume des commandes et par le mode d'approvisionnement³.

909. La clause de prix de revente des marchandises. Le distributeur doit être libre de fixer le prix de revente des marchandises. Le droit français et le droit communautaire sanctionnent ainsi les clauses tendant à imposer un prix de revente au distributeur. En droit

1. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995 (quatre arrêts), *D.* 1996. 17, note L. Aynès ; *JCP* 1996. II. 0000, note J. Ghestin, et éd. E, II. 776, note L. Leveneur ; *RTD com.* 1996. 153, obs. J. Mestre ; A. Laude, « La détermination du prix dans les contrats de distribution : le changement de cap », *Dalloz Affaires* 1996. 3. Les exigences en matière de prix : *Cah. dr. entr.* 5/1997, « La détermination du prix : Nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'assemblée plénière », *RTD com.* 1997. 1 et s. ; D. Mainguy, « Bref retour sur l'indétermination du prix », *Cah. dr. entr.* 2/1998, p. 24.

2. Chr. Jamin, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996. I. 3959.

3. Com. 28 mars 2000 et Com. 6 juin 2000 : *Cah. dr. entr.* 2/2001, p. 28, obs. J.-L. Respaud et D. Mainguy.

français, les articles L. 420-1 et L. 442-5 du Code de commerce servent de fondement à l'interdiction¹. En droit communautaire, il s'agit de l'article 81, § 1, du Traité CE. L'article 4 du règlement d'exemption relatif aux restrictions verticales qualifie de clause noire prohibant l'exemption « la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente ».

La pratique des *prix conseillés* reste valable. La jurisprudence veille cependant à ce que cette pratique ne dissimule pas des prix imposés. Le règlement communautaire admet également l'imposition d'un prix maximal ou la recommandation d'un prix, pour autant qu'il s'agisse d'une véritable recommandation et non d'un prix maximum déguisé.

910. La clause d'approvisionnement exclusif. À l'origine, la clause est apparue dans les contrats de bière par lesquels un brasseur se lie à un débitant en contrepartie de certains avantages, celui-ci s'engageant à ne s'approvisionner qu'auprès de ce brasseur.

La clause est de nature à porter atteinte à l'indépendance du distributeur qui perd sa liberté de faire jouer la concurrence. Une loi du 14 octobre 1943 devenue l'article L. 330-1 du Code de commerce limite pour cette raison à *dix ans* la durée maximum de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur. Le non-respect de la règle est sanctionné par la nullité absolue².

911. La clause d'exclusivité territoriale. La clause d'exclusivité territoriale figure dans de nombreux contrats de distribution. Elle est présente dans tout *contrat de concession*. Elle est fréquente dans les contrats de franchise. Elle se définit comme un partage de zones de responsabilité dans lesquelles chaque revendeur ne doit pas être troublé par un concessionnaire voisin, à peine de se rendre coupable de concurrence déloyale à l'égard de celui qui bénéficie de ce monopole de revente. L'octroi d'un territoire exclut toute possibilité d'accès aux tiers ce qui est contraire aux exigences du droit de la concurrence. Deux règles doivent donc être respectées.

D'une part, l'exclusivité territoriale doit être indispensable au fonctionnement du système. D'autre part, la concurrence doit subsister. En droit communautaire, le règlement relatif aux restrictions verticales ne permet pas l'exemption des accords ou pratiques concertées ayant pour objet de restreindre le territoire dans lequel, ou la clientèle auprès de laquelle l'acheteur peut revendre les biens ou services contractuels. Des exceptions sont cependant prévues.

La présence de ces clauses doit être considérée avec le développement d'Internet. Dans les lignes directrices sur les restrictions verticales il est précisé qu'Internet est un moyen raisonnable d'atteindre le client. Il semble dès lors difficile pour le titulaire d'un réseau d'interdire les ventes passives réalisées sur le site³. L'interdiction de vendre sur internet n'est admissible que si elle est objectivement justifiée⁴.

1. Com. 7 oct. 1997, *RTD, civ.* 1998. 900. L'abus dans la fixation des prix peut aussi être sanctionné sur le fondement de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique (Com. 16 déc. 1997).

2. Pour un exemple dans une affaire opposant la société Pepsi Cola à la société Perrier, Com. 7 avr. 1992 ; *JCP*, éd. E, 1992. II. 33, note M.- D. Schodermeier.

3. R. Favre, « Les contrats de distribution et internet à la lumière du nouveau règlement communautaire », *D.* 2001. chron. 437 ; X. Linant de Bellefonds, « Clientèle et nouvelles technologies de l'information », in *Clientèle et commerce*, Litec, 2000 ; A Lecourt, « Franchise et internet : des rapports contractuels délicats », *Dalloz Affaires* 2004. chron. 623.

4. Cons. conc. 3 févr. 2006, *RTD com.* 2006. 575, obs. E. Claudel.

C. Rapports entre les parties

912. Information du distributeur. Bien des distributeurs intègrent un réseau sans être véritablement informés, attirés par les promesses de gain qui leur sont faites par les titulaires de marques. La théorie des vices du consentement n'est pas toujours suffisante pour assurer la protection des distributeurs. Aussi le législateur est-il intervenu par une loi du 31 décembre 1989 devenu l'article L. 330-3 du Code de commerce pour imposer au fournisseur de délivrer une information préalable à la conclusion du contrat.

L'obligation d'information existe lorsqu'une personne met à la disposition d'une autre 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.

Plusieurs informations doivent être délivrées : elles concernent l'identification du fournisseur, l'expérience de l'entreprise fournisseur, la présentation du réseau, la description du contenu du contrat, la présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché¹.

Le non-respect de l'obligation est sanctionné pénalement. Même si la loi ne l'énonce pas expressément, *le contrat conclu n'ait frappé de nullité que s'il a vicié le consentement du distributeur*². Ce retour au droit commun démontre en réalité l'inutilité du mécanisme mis en place par la loi Doubin.

913. Rupture du contrat. Le distributeur doit pouvoir compter sur une certaine durée de ses relations avec le fournisseur. Elle lui est nécessaire pour développer sa clientèle. Cependant, le fournisseur de son côté entend conserver une certaine liberté.

Un conflit oppose ainsi souvent les distributeurs aux fournisseurs en cas de non renouvellement d'un contrat à durée déterminée et en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminée.

Le principe reste celui du droit discrétionnaire du fournisseur de mettre fin à ses relations. Même si un courant de la doctrine y est favorable, la jurisprudence refuse de considérer que les distributeurs sont liés aux fournisseurs par un contrat d'intérêt commun³. En recourant à d'autres principes, *la jurisprudence réussit cependant progressivement à protéger le distributeur évincé*. Tel est le cas lorsque la jurisprudence sanctionne les abus⁴ ou les comportements de mauvaise foi du titulaire du réseau⁵. Tel est également le cas lorsque des décisions imposent au titulaire du réseau de ne pas diminuer les chances de reconversion du distributeur dont il entendait se séparer⁶. La protection véritable du distributeur supposerait cependant que la jurisprudence mette à la charge du titulaire du réseau une véritable obligation de motivation de sa rupture, ce qui permettrait au juge d'en assurer le contrôle. Cependant la question dépasse largement le seul droit de la distribution⁷.

1. Complétée par un décret du 4 avril 1991.

2. Com. 10 févr. 1998, *Dalloz Affaires* 1998. 375 ; Ph. Néau-Leduc, « La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin », *Cah. dr. entr.* 2/98, p. 27 et s. Il incombe au débiteur de l'information de démontrer que son consentement a été vicié : Com. 7 juill. 2004, *Cah. dr. entr.* 6/2004, p. 10, obs. D. Mainguy.

3. Ph. Grignon, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », *Mélanges M. Cabrillac*, p. 127.

4. B. Fages, « L'abus dans les contrats de distribution », *Cah. dr. entr.* 6/98, p. 11 ; D. Mainguy, « L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* 6/98, p. 23.

5. Ph. Laurent, « La bonne foi et l'abus de droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *Petites Affiches* 8 mars 2000, p. 6.

6. CA Paris, 11 févr., 4 et 26 mars 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 320, note J.-P. Chazal ; Ph. Grignon, *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, Litec, 2000.

7. Obligation de motivation en droit des contrats, *RDC* 2004. 555.

La rupture du contrat pose enfin le problème de la reprise des stocks. En l'absence de clause, le titulaire du réseau n'est en principe pas tenu de les reprendre¹. Cependant, si le concédant est fautif, la réparation peut consister en une reprise du stock restant².

914. Procédure collective du distributeur. L'ouverture d'une procédure collective au nom du distributeur suscite deux séries de difficultés.

En premier lieu, le contrat de distribution peut être continué nonobstant la présence d'une clause de résiliation de plein droit. Le caractère d'*intuitu personae* du contrat peut être un obstacle à sa cession sur le fondement de l'article L. 621-88 du Code de commerce³.

En second lieu, on se demande si le titulaire du réseau ne peut pas subir les conséquences de l'ouverture de la procédure collective. En principe, il n'est pas tenu compte des dettes du distributeur. Il en va autrement s'il peut être considéré comme *dirigeant de fait*. Il doit alors s'être immiscé fortement dans les affaires de son distributeur. La jurisprudence ne l'admet pas facilement. Un contrat conférant à l'une des parties un pouvoir de contrôle, même étroit et actif, n'est pas en principe de nature à faire craindre une direction de fait⁴.

D. Protection du réseau

915. Principes. Le titulaire d'un réseau est tenu d'*obligations envers ses membres*. D'une part, il doit permettre à ses distributeurs de pratiquer des *prix compétitifs*⁵. D'autre part, il doit assurer l'étanchéité du réseau. Par définition, un réseau réserve la distribution des produits d'un fournisseur à ses membres. Mais les tiers tentent de commercialiser les produits, développant ainsi souvent des *réseaux de distribution parallèle*.

Dans l'appréciation de ces réseaux, deux principes sont en conflit. D'une part, le droit communautaire a pour ambition de lutter contre les cloisonnements nationaux. D'autre part, comme tout contrat, un réseau est opposable aux tiers. La théorie générale des obligations doit donc permettre d'assurer la protection d'un réseau licite.

Des solutions de compromis ont été trouvées⁶.

Le droit communautaire interdit les clauses restreignant les importations parallèles entre distributeurs du réseau car cela aboutirait à une protection territoriale absolue des distributeurs. Cette condamnation des interdictions d'exporter à l'intérieur du réseau concerne toutes les formes de distribution.

En droit français, l'article L. 442-6 du Code de commerce permet une certaine protection. La violation directe ou indirecte de l'interdiction de vente hors réseau est constitutive d'une pratique restrictive de concurrence.

1. Com. 23 mars 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 313, obs. D. Mainguy.

2. Com. 23 mai 2000, *RDJA* 2000. 772 ; *RTD civ.* 2001. 137 ; J. Raynard, *Les restitutions dans les contrats de distribution*, in « La cessation des relations contractuelles d'affaires », PU Aix-Marseille 1997, p. 186.

3. CA Orléans, 14 sept. 2000. *D.* 2001. 1017, note Y. Marot.

4. Com. 26 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000. 149, obs. P. Le Cannu.

5. Com. 24 nov. 1998, *Contrats, conc. consom.* avr. 1999, comm. n° 56.

6. M. Béhar-Touchais, « La protection du réseau de distribution », in *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Montchrestien, 1996.

§ 2. PRINCIPAUX CONTRATS DE DISTRIBUTION

A. Les contrats d'approvisionnement exclusif

916. Éléments essentiels. Le contrat d'approvisionnement exclusif est celui par lequel un distributeur s'engage à ne se fournir qu'auprès d'un fournisseur déterminé. Cette exclusivité d'approvisionnement peut être souscrite sans contrepartie de la part du fournisseur. Le plus souvent cependant, le fournisseur s'engage à assister le distributeur. Il s'agit alors d'un *contrat de fourniture*. De nombreux contrats de ce type sont ainsi conclus entre des brasseurs et des brasseries (contrats de bière) ou entre des pétroliers et des pompistes.

Ces contrats sont à l'origine de plusieurs difficultés.

Tout d'abord, ces contrats sont principalement concernés par les règles relatives à la détermination du prix des marchandises achetées. Les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ont mis récemment fin aux controverses doctrinales et jurisprudentielles à ce sujet (v. *supra*, n° 761).

Ensuite, il est incontestable que ces conventions portent atteinte au libre jeu de la concurrence. Elles doivent donc être compatibles avec le droit français et communautaire de la concurrence. En droit interne, la durée de l'exclusivité d'achat consentie est limitée à dix ans par la loi du 14 octobre 1943. La convention doit également être appréciée au regard des articles 7 et 8 de l'ordonnance de 1986.

Enfin, l'équilibre entre fournisseur et distributeur est délicat à réaliser.

La loi du 31 décembre 1989 (C. com., art. L. 330-3) renforçant la protection du distributeur s'applique lorsque ce dernier se voit reconnaître la possibilité d'utiliser, généralement à titre d'enseigne, les signes distinctifs et principalement la marque du fournisseur.

Le fournisseur assume le plus souvent une *obligation d'assistance* qui se traduit par la fourniture d'éléments de l'exploitation commerciale à des conditions financières avantageuses, par le cautionnement des prêts consentis au distributeur et par la fourniture du matériel nécessaire à l'exploitation du fonds¹.

Le distributeur doit quant à lui utiliser les éléments prêtés par le fournisseur et respecter son engagement d'achat exclusif. Lorsque le contrat prend fin, les éléments prêtés doivent être restitués. Les pompistes se sont cependant opposés aux pétroliers en faisant valoir que la restitution en nature des cuves était pour eux source d'un préjudice important. Ils obtinrent satisfaction au motif que la clause de restitution en nature n'était nullement essentielle à l'équilibre du contrat et qu'elle pouvait avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché des produits pétroliers². Il faut cependant réserver le cas d'une rupture imputable au pompiste.

B. Le contrat de concession

917. Définition. Le contrat de concession est la convention par laquelle un commerçant appelé *concessionnaire* met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé *concédant* pour assurer exclusivement, sur un territoire déterminé,

1. T. Lambert, « L'obligation d'assistance dans le contrat de bière », *D.* 2005. 1085.

2. Com. 18 févr. 1992, *JCP*, éd. E, 1992. I. 344, note M. Béhar-Touchais ; Com. 26 mai 1992, *D.* 1993. 57, note Ch. Hannoun.

pendant une période limitée et sous surveillance du concédant, la distribution de produits dont le monopole de revente lui est concédé¹.

L'*exclusivité territoriale* consentie au concessionnaire est donc l'*élément essentiel* du contrat.

Le contrat de concession est une création de la pratique contractuelle. Aucune disposition particulière ne règle le régime juridique de l'opération en droit interne.

En *droit communautaire* il n'en va pas de même. Deux *règlements d'exemption* intéressent ce contrat. Le premier, en date du 27 décembre 1999 est applicable à tous les contrats de distribution. Le second, en date du 31 juillet 2002, est spécifique au contrat de *concession automobile*.

Le contrat de concession est ainsi soumis au droit commun des contrats et à celui de la concurrence.

918. Régime du contrat. Pour sa formation et son exécution, le contrat de concession est soumis au droit commun des conventions. Le concédant est simplement tenu à une obligation légale d'information si les conditions d'application de la loi du 31 décembre 1989 sont réunies. Cette soumission au droit commun n'est pas toujours satisfaisante car le contrat est profondément déséquilibré. *Le concessionnaire est dans un état de dépendance vis-à-vis du concédant*. La protection du concessionnaire, souvent nécessaire s'avère dès lors délicate à réaliser.

Le contrat de concession peut être conclu pour une durée déterminée ou une durée indéterminée. Traditionnellement, le concédant était libre de son choix de ses concessionnaires. Cette solution vient d'être remise en cause. Le choix des concessionnaires doit désormais reposer sur des critères quantitatifs et qualitatifs de sélection définis et objectifs².

Le concédant est tenu à plusieurs obligations. Il doit respecter son obligation de fourniture des produits au concessionnaire. Il doit respecter l'*exclusivité* reconnue au concessionnaire. Il est également tenu d'un *devoir d'assistance technique et commerciale* du concessionnaire. Il ne devrait pas non plus abuser de son droit de fixer unilatéralement des conditions de vente pour ne pas mettre en péril son concessionnaire. Cependant la portée de cette décision qui peut se rattacher au courant jurisprudentiel du solidarisme contractuel est controversée³. Les arrêts récents de la Cour de cassation paraissent moins favorables.

Le concessionnaire quant à lui s'oblige en premier lieu à acheter les produits qu'il doit distribuer. Il doit le plus souvent respecter des clauses de *quota* ou de *rendement*.

Le concessionnaire doit en second lieu payer les marchandises acquises.

Lorsque le contrat est à durée déterminée, le contrat prend fin au terme prévu. Le concessionnaire n'a alors aucun droit au renouvellement de son contrat. La sévérité de cette solution est cependant tempérée par la sanction de l'*abus* de droit du concédant.

Lorsque le contrat est à durée indéterminée, le concédant comme le concessionnaire dispose d'un *droit de rupture unilatérale*. Le concédant peut ainsi résilier le contrat sans avoir à donner de motifs⁴. La solution est sévère pour le concessionnaire qui n'a pas la certitude de pouvoir rentabiliser ses investissements. La jurisprudence a cependant refusé

1. Cl. Champaud, « La concession commerciale », *RTD com.* 1963. 451 ; Ph. le Tourneau, *La concession commerciale*, Economica, poche, 1995.

2. Com. 25 janv. 2000, *Contrats, conc. consom.* avr. 2000, comm. 64, obs. M. Malaurie-Vignal.

3. Com. 15 janv. 2002, *Dalloz Affaires* 2002. 1974, note Ph. Stoffel-Munck ; *JCP*, éd. E, 2002. 1641, note Chr. Jamin.

4. Com. 7 oct. 1997.

de qualifier le contrat de concession de contrat d'intérêt commun¹. La protection du concessionnaire réside donc dans la mise en œuvre de deux autres principes.

Le concessionnaire a en premier lieu droit à un *préavis*. Celui-ci est fixé dans le contrat. Si tel n'est pas le cas, il doit être *raisonnable*.

La jurisprudence sanctionne en second lieu le concédant qui n'est pas de *bonne foi* lorsqu'il met fin au contrat ou qui *abuse* de son droit de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée. Tel est par exemple le cas du concédant qui met fin au contrat après avoir incité le concessionnaire à faire d'importants investissements et sans avoir informé ce dernier de ses intentions². Des décisions récentes avaient admis le principe selon lequel le concédant ne doit pas diminuer les chances de reconversion du concessionnaire dont il entend se séparer³. La Cour de cassation a mis un terme à cette évolution. D'une part, le concédant est seulement tenu de respecter le délai de préavis contractuellement prévu⁴. D'autre part, le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion⁵.

Lorsque le contrat prend fin, le concédant doit reprendre les stocks s'il s'y est engagé. À défaut de clause dans le contrat, le concédant n'est pas tenu. La jurisprudence s'efforce cependant d'atténuer la sévérité de cette solution. Le concessionnaire est généralement tenu d'une *obligation de non-concurrence*.

Il n'a droit à aucune indemnité de clientèle à l'expiration de son contrat.

En cas de cession, le nouveau concessionnaire doit le plus souvent être agréé par le concédant. Le refus d'agrément ne doit pas être abusif⁶. Cependant tout dépend de la rédaction de la clause.

919. La concession automobile. Le contrat de concession automobile a un particularisme tenant principalement au fait que les réseaux sont peu nombreux, mondiaux et que la protection du client impose par exemple la garantie du constructeur.

C'est pour tenir compte de ce particularisme que le contrat de concession automobile est soumis à un *règlement d'exemption particulier*. Un règlement en date du 31 juillet 2002⁷ remplace le précédent en date du 29 juin 1995.

Le nouveau texte a été difficile à rédiger car il était devenu nécessaire de prendre en considération les nouvelles techniques de vente des automobiles. Des professionnels sont apparus pour concurrencer les concessionnaires traditionnels. Il existe ainsi de plus en plus de distributeurs hors réseau. Il faut aussi tenir compte de l'ouverture du marché

1. Com. 7 oct. 1997.

2. Com. 5 avr. 1994 ; D. 1995, somm. 69, obs. D. Ferrier ; D. 1995. 355, note G. Virassamy ; Com. 7 oct. 1997, JCP, éd. E, 1998. 618 ; v. également Com. 23 mai 2000, RTD, civ. 2001. 137 qui sanctionne un concédant sur le fondement de l'apparence pour avoir laissé croire au possible renouvellement.

3. CA Paris, 11 févr., 4 et 26 mars 1999, JCP, éd. E, 2000. 320, note J.-P. Chazal.

4. Com. 5 oct. 2004, Cah. dr. entr. 6/2004, p. 11, obs. J.-L. Respaud ; JCP, éd. E, 2005. 622, note M. Chagny ; Contrats, conc. consom. janv. 2005, p. 14, obs. L. Leveneur, Lamy droit civil, janv. 2005, note D. Mainguy et J.-L. Respaud ; Com. 7 avr. 2004, Cah. dr. entr. 3/2004, p. 31, obs. J.-L. Respaud.

5. Com. 6 mai 2002, JCP, éd. E, 2003. 66, note A. Sonet ; Dalloz Affaires 2002. 3008, obs. D. Ferrier.

6. Com. 2 juill. 2002, JCP, éd. E, 2002. 1357, et 2003. 543, obs. J.-L. Respaud ; D. 2003. 93, note D. Mazeaud ; JCP 2003. II. 10023, note D. Mainguy. Le refus d'agrément devait en l'espèce être justifié par des impératifs tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux légitimes. Pour éviter l'arbitraire une motivation devait être exigée ; Com. 5 oct. 2004, JCP, éd. E, 2004. 622, note M. Chagny : le refus d'agrément peut être fondé sur des motifs autres que ceux tenant à la personne du candidat.

7. S. Poillot-Peruzzetto, RTD com. 2002. 751 ; L. Idot, « Le nouveau règlement d'exemption relatif à la distribution automobile », JCP, éd. E, 2002. 1801 ; Ph. Thieffry, « La distribution automobile sur Internet », Contrats, conc. consom. janv. 2003, p. 3 ; Cah. dr. entr. 5/2002, p. 7 et s., p. 31 ; F. Moredau et P. Sergant, Dalloz Affaires 2002. 2725.

européen et des opportunités offertes par Internet. Des contraintes anciennes sont supprimées pour libéraliser le marché. Dans le même temps, le règlement veille à ce que la protection des consommateurs, résultant notamment de la garantie après-vente soit maintenue.

Le règlement a un domaine d'application large. Il vise tous les accords verticaux qui concernent trois marchés : celui des véhicules neufs, celui des pièces de rechange et celui du service de réparation et d'entretien.

Le nouveau règlement offre aux constructeurs le choix de leur système de distribution. Ils peuvent choisir un système de distribution exclusive ou sélective. Dans le premier cas, les concessionnaires se voient affecter des territoires. Dans le second cas, le constructeur sélectionne le distributeur à partir de données quantitatives ou qualitatives,

Une exemption est accordée aux accords qui répondent à certaines conditions.

La première est relative au seuil de part de marché. La part de marché ne doit pas dépasser 30 % pour la distribution exclusive ; 40 % pour la distribution sélective quantitative.

Des conditions sont communes à tous les accords.

Les contrats doivent obliger le fournisseur d'accepter la cession à un distributeur ou un réparateur. Le contrat doit être fixé à une durée minimum de 5 ans. S'il est à durée indéterminée, le délai de préavis minimum est de cinq ans.

Le contrat conclu ne doit pas contenir de clauses emportant des restrictions caractérisées à la concurrence : il s'agit des clauses de prix imposé. Les clauses de limitations de clientèle sont aussi visées avec toutefois des distinctions. Dans le cadre de la distribution exclusive, l'interdiction de vente active en dehors du territoire peut être exemptée. Ainsi, ce distributeur peut faire de la concurrence passive, c'est-à-dire vendre à des grandes surfaces, à des intermédiaires ou à des distributeurs par Internet. Dans le cas de la distribution sélective, l'interdiction de vente à des revendeurs hors réseau peut être exemptée.

Quel que soit le système choisi, les intermédiaires doivent pouvoir se fournir sans limitation auprès des distributeurs.

Sur le seul marché de la distribution de véhicules, deux clauses s'opposent à l'exemption de l'accord : la restriction sur la gamme et l'obligation pour le distributeur d'assurer le service après-vente.

Il existe enfin des conditions spécifiques s'opposant à l'exemption de la seule restriction.

– L'obligation de non-concurrence définie comme l'obligation de ne pas fabriquer, acheter ou revendre des biens ou services concurrents ou comme l'obligation pour l'acheteur d'acquérir plus de 30 % de ses achats auprès du fournisseur ou d'une entreprise désignée par lui. Le règlement favorise ainsi le multi-marquisme.

– L'interdiction faite aux membres du réseau de vendre des véhicules ou des pièces de rechange de fournisseurs concurrents ou de fournir des services de réparation sur des véhicules de fournisseurs concurrents.

– L'obligation du réparateur agréé de ne pas fournir des services sur des véhicules concurrents.

– L'obligation de non-concurrence post-contractuelle

D'autres conditions sont particulières comme l'interdiction faite au distributeur de faire du crédit-bail.

L'exemption est automatique dès lors que l'accord entre dans le champ du règlement et que les conditions de l'exemption sont vérifiées. Aucune notification n'est nécessaire. Si l'accord n'entre pas dans le champ du règlement ou si les conditions ne sont pas vérifiées, le recours à l'exemption individuelle reste possible par le biais d'une notification.

C. Le contrat de franchise

920. Définition. La franchise est le contrat par lequel deux personnes juridiquement indépendantes, s'engagent à collaborer, l'une (le franchiseur) mettant à disposition de l'autre (le franchisé) ses signes distinctifs et un savoir faire original, éprouvé et constamment perfectionné, moyennant une rémunération et l'engagement du franchisé de les utiliser selon une technique commerciale uniforme avec l'assistance du franchiseur et sous son contrôle¹. La mise à disposition des signes de ralliement de la clientèle, la transmission du savoir faire et l'assistance technique permanente du franchiseur sont donc les éléments essentiels du contrat de franchise.

La franchise est donc la *réitération d'une réussite commerciale* préalablement expérimentée par le franchiseur. Ce mode de distribution ne cesse de se développer depuis son apparition en France dans les années 1970. Il existe des franchises de distribution, de services et de production.

Le contrat de franchise doit être distingué de celui de commission-affiliation. Dans un tel cas, le distributeur a les marchandises en dépôt. Le distributeur n'est pas qualifié d'agent commercial mais il est mandataire.

Le contrat de franchise est une création de la pratique contractuelle. Seule la loi Doubin s'applique impérativement. La conformité du contrat s'apprécie donc au regard du droit des obligations et au regard du droit de la concurrence.

921. Conformité au droit français et communautaire de la concurrence. Les principales clauses du contrat de franchise doivent s'apprécier au regard du droit français et communautaire de la concurrence.

S'agissant du droit français, le contrat est en premier lieu apprécié au regard de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Les restrictions imposées par le franchiseur au franchisé sont soumises à un *contrôle de proportionnalité* et ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire à la protection d'identité du réseau². Plus exceptionnellement, le franchiseur peut être sanctionné sur le fondement de l'article 8 de l'ordonnance relative à l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique³.

S'agissant du droit communautaire, il existait un *règlement d'exemption* en date du 30 novembre 1988. Depuis le 1^{er} juin 2000, c'est le règlement en date du 22 décembre 1999 relatif aux restrictions verticales qui s'applique.

922. Régime. Lors de la formation du contrat, notre droit s'efforce de protéger le franchisé. Le franchiseur doit communiquer à ce dernier toutes les informations imposées par la loi Doubin. Le non-respect de cette loi n'est pas sanctionné par la nullité. Le *contrat* peut être annulé s'il est démontré que le défaut d'information a eu pour effet de *vicier le*

1. J.-M. Leloup, *La franchise*, Delmas, 2000.

2. Cons. conc. 18 juin 1997, *Contrat, conc. consom.* oct. 1997, p. 152, obs. L. Leveneur.

3. Com. 16 déc. 1997, *JCP*, éd. E, 1998. 248 ; *D.* 1998. somm. 338, obs. D. Ferrier.

consentement des franchisés¹. Le franchisé peut également invoquer la théorie des vices du consentement ou un manquement du franchiseur à son *obligation de conseil*. La situation la plus fréquente est celle dans laquelle le franchisé reproche au franchiseur de lui avoir communiqué des études prévisionnelles trop optimistes. S'il existe un décalage significatif entre les résultats annoncés par le franchiseur et le chiffre d'affaires réalisé par le franchisé, les juridictions n'hésitent pas à sanctionner le franchiseur². Si le *savoir-faire fait défaut*, les juridictions peuvent annuler le contrat pour défaut de cause de l'engagement du franchisé.

Pour éviter des risques d'annulation, le franchiseur a tout intérêt à créer une franchise pilote qui sert de modèle et d'exemple pour les futurs franchisés.

Le franchiseur est débiteur de plusieurs obligations essentielles.

Il doit tout d'abord mettre à disposition du franchisé des *signes de ralliement* de la clientèle, au premier rang desquels figure la *marque*. Ensuite, il doit transmettre au franchisé son *savoir-faire*. Le savoir-faire est défini par le règlement relatif aux restrictions verticales (art. 1, f). « Le savoir-faire signifie un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci » ; dans ce contexte, « secret » signifie que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; « substantiel » signifie que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ; « identifié » signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

Enfin, le franchiseur est tenu à l'égard du franchisé d'un *devoir d'assistance technique et de collaboration*. Le franchiseur doit aider le franchisé au moment du lancement de son activité et tout au long du contrat.

Le franchiseur peut conférer au franchisé une exclusivité territoriale mais ce n'est pas un élément essentiel du contrat à la différence du contrat de concession.

Le franchisé a l'obligation de se fournir auprès du franchiseur ou des fournisseurs référencés par ce dernier dans les conditions prévues au contrat. La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation en matière de prix autorise désormais les franchiseurs à introduire dans les contrats des clauses de prix catalogue sans craindre la nullité du contrat. Seul *l'abus dans la fixation des prix* peut aujourd'hui justifier une résiliation du contrat ou une indemnisation du franchisé.

Le franchisé doit revendre les produits dans les conditions fixées par le franchiseur. Ce dernier ne peut cependant imposer des prix de revente. *Seuls les prix conseillés sont tolérés*.

Le franchisé a l'obligation de respecter les normes imposées par le franchiseur. Ce dernier doit être en mesure de vérifier si la *bible*, c'est-à-dire le cahier des charges imposé au franchisé, est bien respectée.

Le franchisé est un *commerçant indépendant*. Il assume seul les risques de son entreprise. Il a en principe une clientèle propre et bénéficie donc de la propriété commerciale³.

1. Com. 10 févr. 1998, *Dalloz Affaires* 1998. 375.

2. Com. 24 févr. 1998, *D.* 1998. somm. 337, obs. D. Ferrier.

3. Solution énoncée par Civ. 3^e, 27 mars 2002, *JCP* 2002. II. 100112, note F. Auzan ; *D.* 2002. 400, note H. Kenfack ; M.-P. Dumont-Ferrand, « Bail commercial et droit de la distribution », *RTD com.* 2003. 47 ; R. Fabre, « L'autonomie du fonds de commerce du franchisé », *Cah. dr. entr.* 5/2002.

Le franchisé doit rémunérer le franchiseur. Outre le versement du droit d'entrée souvent exigé, le franchisé doit une redevance calculée sur le chiffre d'affaires réalisé.

Les règles applicables à la rupture du contrat sont similaires à celles analysées pour la concession.

D. Le contrat de distribution sélective

923. Définition. Le contrat de distribution sélective¹ est ainsi défini par le règlement relatif aux restrictions verticales de concurrence (art. 1). C'est « un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés ».

Le contrat de distribution sélective concerne principalement les produits de luxe et ceux de haute technicité. Le fournisseur entend alors que ses produits soient vendus par un personnel compétent et dans un environnement commercial adapté.

Le contrat de distribution sélective pose essentiellement des difficultés au regard du *droit de la concurrence*. En effet, le fournisseur refuse la vente de ses produits à tous les distributeurs non agréés. À supposer le contrat valable, il importe au distributeur de veiller à la protection de son réseau.

924. Validité au regard du droit de la concurrence. Le droit français de la concurrence reconnaît la validité du contrat au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce dès lors que la sélection s'opère selon des *critères objectifs* uniformément appliqués. Les réseaux doivent préserver l'existence d'une concurrence sur le marché et ils ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet d'exclure certaines formes déterminées de distribution². La Cour de cassation se montre sévère dans son appréciation, car elle veut éviter que soient maintenus des monopoles injustifiés, par exemple au profit des pharmacies pour des produits cosmétiques. Ce mode de distribution doit être adapté à la commercialisation des produits concernés.

Le réseau n'est valable qu'aux conditions suivantes :

- il doit préserver l'existence d'une concurrence effective sur le marché ;
- il doit reposer sur des critères de sélection objectifs qui ne doivent pas être appliqués de manière discriminatoire³ ;
- il ne doit pas avoir pour objet ou pour effet d'exclure certaines formes déterminées de la distribution.

Alors qu'il n'était concerné par aucun règlement d'exemption, le contrat de distribution sélective est aujourd'hui soumis au règlement en date du 22 décembre 1999 commun à l'ensemble des contrats de distribution.

1. J.-P. Viennois, *La distribution sélective*, Litec, 1999, préface D. Ferrier ; B. Schaming, « La distribution sélective : une voie de plus en plus étroite », *Dalloz Affaires* 2000. chron. 173.

2. Com. 21 oct. 1997 ; P. Leclercq, « Distribution sélective et grande distribution, condamnation des discriminations », *RJDA* 12/1997. 995 ; *D.* 1998. somm. 340, obs. D. Ferrier.

3. Les éléments de sélection peuvent porter sur des critères d'ordre spatial tenant à l'agencement du magasin et à l'environnement du point de vente ; CA Paris, 11 oct. 2000 et 24 nov. 2000. *Cah. dr. entr.* 2/2001, p. 32, obs. D. Mainguy.

Selon les autorités communautaires, la distribution sélective est conforme à l'article 81, § 1, à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, et que ces conditions soient fixées de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire. Ces critères doivent être nécessaires pour garantir la vente des produits dans de bonnes conditions. Tous les produits ne peuvent donc faire l'objet de ce type de distribution.

Les autorités communautaires ont ainsi dû préciser les clauses qui étaient acceptables et celles qui ne l'étaient pas. Dans une décision importante, le tribunal de première instance des Communautés européennes a considéré qu'il était légitime de recourir à la distribution sélective pour la parfumerie de luxe. Il a validé la *clause d'enseigne* qui permet de refuser la vente des produits distribués aux grandes surfaces¹.

Le règlement du 22 décembre 1999 interdit l'exemption du contrat de distribution sélective dans lequel figurent certaines restrictions de concurrence. Aucune restriction ne peut être imposée aux distributeurs sélectionnés sur les destinataires des ventes². Les membres doivent ainsi rester libres de leur approvisionnement, et en particulier l'approvisionnement exclusif ne peut être imposé. Dans le réseau agréé, les grossistes doivent pouvoir revendre à tout détaillant agréé.

925. La protection du réseau de distribution sélective. Un réseau n'a d'intérêt que si son titulaire est en mesure d'interdire aux non-membres du réseau la distribution de ses produits. La protection des intérêts du titulaire du réseau n'est cependant pas absolue. En effet, pour la Cour de cassation, le fait de vendre des produits sélectifs n'est pas en soi constitutif d'une faute.

Le titulaire du réseau peut agir en contrefaçon si le revendeur distribue des produits marqués sans droits. L'article L. 716-3 du CPI réprime en effet le délit d'usage de marque sans l'autorisation de son titulaire. Cependant, la *théorie de l'épuisement des droits sur la marque* paralyse le plus souvent cette action. La CJCE a en effet énoncé que le titulaire d'un droit sur la marque ou d'un droit d'auteur ne peut s'opposer à ce qu'un revendeur qui commercialise habituellement des articles de même nature, mais pas nécessairement de même qualité que les produits protégés, emploie les droits protégés en vue d'annoncer leur commercialisation ultérieure sauf, compte tenu des circonstances d'espèce, si cette utilisation porte une atteinte sérieuse à la renommée des produits marqués³.

Une *action en concurrence déloyale* peut être envisagée dès lors que le titulaire du réseau est en mesure de rapporter la preuve de sa licéité. Le distributeur non agréé peut alors être condamné s'il ne distribue pas les produits dans des conditions normales⁴. Il peut également être condamné pour concurrence déloyale s'il dissimule ses sources d'approvisionnement (ce qui fait présumer une origine irrégulière des produits commercialisés).

1. Ch. Vilmar et J. M. Mousseron, « La distribution sélective confortée » ; TPI CE 12 déc. 1996, *Cah. dr. entr.* 5/1997.

2. Cette règle semble interdire la clause prohibant l'ouverture d'un site Internet par le distributeur. la prohibition ne peut se justifier que par la volonté de maintenir une présentation réelle des produits. La jurisprudence française est hésitante. V. Trib. com. Pontoise, 15 avr. 1999, *Dalloz Affaires* 1999. 725, note C. Manara ; CA Versailles, 2 déc. 1999, *Contrats, conc. consom.* mars 2000, comm. 43, obs. M. Malaurie-Vignal ; *JCP* 2000. II. 10282, note M. Vivant.

3. CJCE 4 nov. 1997, *D.* 1998. 587, note M. C. Bergerès ; CJCE 20 nov. 2001, *JCP*, éd. E, 2002. 853, note Ch. Vilmar.

4. Com. 18 oct. 1994, *D.* 1997. somm. 61, obs. D. Ferrier.

Enfin, le revendeur peut engager sa responsabilité pénale pour *publicité trompeuse* s'il commercialise des produits portant la mention qu'ils ne pouvaient être vendus que par des distributeurs agréés, sans signaler qu'il n'a pas cette qualité¹.

Le développement d'Internet est une nouvelle source d'atteinte au réseau. Le risque est en effet de voir un distributeur agréé vendre sur son site des produits alors qu'il n'y est pas autorisé. Le risque le plus grand tient à l'ouverture de sites par des distributeurs non agréés. Quelques décisions ont condamné des distributeurs non agréés, le contraignant même à publier la décision sur la page d'accueil du site web².

1. Com. 9 avr. 1996, *D.* 1997. somm. 61, obs. D. Ferrier.

2. Trib. com. Nanterre, 4 oct. 2000, *D.* 2001. 1317, obs. C. Manara ; v. ég. CA Versailles, 2 déc. 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 1230, note M. Vivant ; *Cah. dr. entr.* 2/2001, p. 27, obs. D. Mainguy.

Septième partie

L'entreprise en difficulté

926. Nécessité d'un droit des entreprises en difficulté. Lorsqu'une personne physique ou une personne morale n'est plus en mesure d'exécuter ses obligations, ses créanciers peuvent espérer se payer sur ses biens. Cependant notre droit a toujours prévu s'agissant des entreprises, une procédure collective permettant un règlement ordonné des créanciers¹. Il s'agit d'éviter que le paiement soit le prix de la course. Il doit au contraire exister une *égalité* des créanciers² et un respect des causes de préférence dont peuvent être titulaires certains d'entre eux. Le droit des procédures collectives regroupe ainsi les règles ayant vocation à s'appliquer lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés³ (Livre sixième du Code de commerce consacré aux difficultés des entreprises). Le champ d'application de ce droit ne cesse de s'étendre. D'une part, les personnes concernées, juridiquement et économiquement, sont de plus en plus nombreuses. D'autre part, des règles particulières existent aujourd'hui dès qu'apparaissent les premiers indices des difficultés rencontrées. Il existe en effet des règles concernant la prévention et le règlement amiable des difficultés de l'entreprise. L'histoire du droit des procédures collectives révèle ainsi une modification profonde de ses finalités⁴.

927. Historique du droit des entreprises en difficulté. Au XIX^e siècle, le commerçant ou la société qui ne paye pas ses dettes est en *faillite*. Sous l'empire du Code de commerce, « le failli » peut être mis en prison. Il est donc mis au ban de la société. S'il en était ainsi, c'est que le commerçant en difficulté était considéré comme fautif. Les lois du 28 mai 1838 et 4 mars 1889 s'inspirent de cette philosophie, même si elles prévoient des assouplissements. Ainsi, lorsqu'il était de bonne foi, le débiteur pouvait tenter d'obtenir un concordat. Un accord était alors conclu avec les créanciers pour préciser les conditions de leur désintéressement. Une liquidation et non plus une faillite était alors prononcée.

1. C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficultés*, Montchrestien, 5^e éd., 2006 ; F. Perochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement*, 7^e éd., LGDJ, 2006 ; Jeantin et P. Le Cannu, *Entreprises en difficultés*, Dalloz, 7^e éd., 2007 ; M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 2006 ; Ph. Petel, *Procédures collectives*, Dalloz 5^e éd., 2006 ; P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Pratique, 2006 ; A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficultés*, 6^e éd., Litec, 2009 ; D. Vidal, *Droit des procédures collectives*, Gualino, 2006 ; D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficultés*, LGDJ, 2007 ; F.-X. Lucas et H. Lécuyer, « La loi article par article », LGDJ 2006 ; J. Vallansan, *Difficultés des entreprises*, Litec, 2006.

Outre la bibliographie, il est utile de lire un certain nombre de revues ou chroniques pour suivre l'évolution de la matière. Il faut citer la *Revue des procédures collectives*, l'*Actualité des procédures collectives*, la *Gazette des procédures collectives*, la chronique de F. Xavier-Lucas et P.-M. Le Corre au *Dalloz*, celle de M. Cabrillac et Ph. Pétel au *JCP*, éd. E, celle de A. Martin-Serf, C. Mascala, C. Saint-Alary-Houin et J.-L. Vallens, à la *RTD com*. Le lecteur se reportera aussi au Code des entreprises en difficultés, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Litec, 2007.

2. Fr. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP* 1999. I. 138.

3. F. Aubert, « Les finalités des procédures collectives », *Dialogues avec M. Jeantin*, p. 367.

4. J.-L. Vallens, « Bicentenaire du Code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D.* 2007. 669.

Il faut attendre l'importante réforme réalisée par la loi du 13 juillet 1967 pour que le droit des procédures collectives évolue dans ses finalités. Il ne s'agissait alors plus de sanctionner systématiquement le débiteur. En premier lieu, le juge avait le droit de prononcer soit un règlement judiciaire, soit une liquidation. Dans le premier cas, l'entreprise avait une chance de surmonter ses difficultés. Un *concordat* était alors signé avec les créanciers regroupés dans une *masse*. Dans le second cas, les actifs de l'entreprise étaient vendus pour désintéresser les créanciers. En second lieu, le juge ne prononçait des sanctions pénales qu'à l'encontre des débiteurs fautifs. La loi distinguait donc le sort de l'entreprise et celui de son dirigeant. Les lois suivantes allaient accentuer cette évolution.

Par une loi du 1^{er} mars 1984, le législateur allait mettre en place des procédures applicables dès que l'entreprise connaît ses premières difficultés. En effet, plus le dirigeant se manifeste rapidement auprès des juges pour faire part de ses difficultés, plus les chances de survie de son entreprise sont grandes.

L'importante loi du 25 janvier 1985 devait elle aussi se donner pour *priorité la survie des entreprises*. Deux procédures sont instituées : le *redressement judiciaire* et la *liquidation judiciaire*. L'objectif de sauvegarde des entreprises est complété par l'objectif de maintien de l'activité et de l'emploi et par celui de l'apurement du passif¹.

Dans le premier cas, il est clairement énoncé² que la procédure est destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. Cette procédure a les faveurs du législateur puisque tout dépôt de bilan y conduit alors nécessairement.

S'il apparaît après examen que l'entreprise n'est pas viable, alors est ouverte la procédure de liquidation judiciaire, destinée à la vente aux meilleures conditions des actifs de l'entreprise.

Cette loi a été un échec. Elle n'a pas permis de surmonter les conséquences de la crise économique qu'a connue notre pays. Le respect de la loi a conduit à imposer aux créanciers des sacrifices considérables qui se sont révélés largement inutiles. Enfin, le postulat selon lequel toute entreprise pouvait être redressée s'est révélé faux. Seule une minorité peut l'être.

La loi du 10 juin 1994 est intervenue pour reconstruire notre droit sur des bases plus réalistes. Elle s'est donnée pour ambition de renforcer la prévention, de simplifier la procédure, d'améliorer le sort des créanciers et de moraliser les cessions d'entreprises en difficulté. Cette ambition s'est traduite par plusieurs règles.

En premier lieu, il est aujourd'hui possible d'*ouvrir directement une procédure de liquidation judiciaire*. Seules les entreprises viables bénéficient de la procédure de redressement judiciaire. Les sacrifices importants imposés aux créanciers concernent principalement ce second cas.

En second lieu, la loi du 10 juin 1994 a tenté de *moraliser les procédures*. En imposant une plus grande *transparence*, le législateur a voulu que les cessions d'entreprises et la vente de leurs actifs soient réalisées au meilleur prix.

Dans la loi de 1994, comme dans celle de 1985, les *sanctions sont réservées aux seuls dirigeants fautifs*. Aujourd'hui, déposer son bilan n'a donc plus rien d'infamant. Pour certains, cela constitue même une technique d'ingénierie patrimoniale, une technique pour effacer ses dettes et repartir à zéro. Il y a alors détournement de l'institution.

1. F. Aubert, *op. cit.*

2. Article premier de la loi.

928. Loi sur la sauvegarde des entreprises. La loi du 10 juin 1994 a constitué un progrès. Cependant, pas plus que les précédentes, cette loi n'a permis de prévenir les difficultés des entreprises. Les procédures souvent lourdes n'ont pas non plus permis de sauver beaucoup d'entreprises en redressement judiciaire. Le législateur a donc décidé d'intervenir une nouvelle fois par la loi du 26 juillet 2005¹. Comme l'indique son titre, « loi sur la sauvegarde des entreprises » le texte nouveau a pour ambition de favoriser la survie des entreprises en difficultés². Les procédures de prévention sont améliorées. Cependant, c'est l'*instauration d'une nouvelle procédure de sauvegarde qui constitue l'innovation majeure de la loi*. Le législateur a aussi eu le souci de simplifier les procédures. Dans cet esprit, les procédures de liquidation judiciaire sont allégées.

929. L'ordonnance en date du 18 décembre 2008. Comme les précédentes réformes, celle-ci n'a pas eu le succès escompté. Le législateur a donc repris son ouvrage et une nouvelle réforme résulte de l'ordonnance en date du 18 décembre 2008³. Le but du texte est de faciliter l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de limiter l'efficacité de certaines sûretés dont la mise en œuvre est de nature à compromettre le redressement de l'entreprise et de remédier à quelques imperfections de la réforme précédente. L'esprit qui anime la réforme est toujours le même. Il s'agit de favoriser les techniques de prévention. Cependant l'expérience montre que le droit est impuissant à résoudre les difficultés économiques. La crise actuelle en est une nouvelle illustration avec ses dépôts de bilan en séries. Pourtant, notre droit des procédures collectives avait été modernisé...

930. Distinction entre les procédures. Avec la dernière réforme, l'éventail du choix des procédures s'est élargi. Des distinctions importantes doivent être opérées. Il existe de nombreuses procédures et chacune contient certaines variantes pour tenir compte de la taille des entreprises. Le législateur fait ainsi preuve de pragmatisme.

Il faut distinguer les procédures non judiciaires et les procédures judiciaires. Des procédures ont un caractère non judiciaire dans la mesure où un accord est passé entre le débiteur et ses créanciers. Il s'agit de la faculté de désigner un mandataire ad hoc ou de la procédure de conciliation. Les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire ont un caractère judiciaire.

Il faut distinguer les procédures de prévention et les procédures de règlement des difficultés. Certaines procédures ont un caractère préventif dans la mesure où elles sont ouvertes dès que les premières difficultés apparaissent. Il s'agit de la procédure de conciliation et de la procédure de sauvegarde. Il faut remarquer que la procédure de conciliation peut être ouverte alors que l'entreprise est en cessation de paiements. La procédure de sauvegarde implique au contraire que l'entreprise ne soit pas en état de cessation de paiements.

Des procédures ne sont ouvertes qu'en cas de cessation des paiements. Il s'agit de la procédure de redressement judiciaire et de la procédure de liquidation judiciaire. Alors que la première de ces deux procédures doit être ouverte lorsqu'une possibilité de sauvetage existe, la seconde a pour seule fonction d'organiser sa disparition soit par cession, soit par vente de ses actifs pour permettre un règlement de créanciers.

1. « La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises », *JCP*, éd. E, 2005, n° 42.

2. C. Saint-Alary-Houin, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière », *Droit et patrimoine* janv. 2005, p. 24.

3. Ph. Petel, « Le nouveau droit des entreprises en difficultés : acte II », *JCP*, éd. E, 2009, 1049 ; v. les n° spéciaux de la revue des *procédures collectives* janv.-févr. 2009, du *Dalloz* 2009, 638, de la *Gazette des procédures collectives* 7 et 8 mars 2009.

Il faut distinguer les procédures nationales et la procédure internationale. Il existe en effet un règlement européen sur les procédures d'insolvabilité en date du 29 mai 2000.

Le droit français en cas de procédure d'insolvabilité transnationale consacre un principe d'universalité de la faillite. Il en résulte que le redressement ou la liquidation judiciaire prononcé en France produisent leurs effets partout où le débiteur a des biens. Le règlement quant à lui prévoit une articulation entre procédure principale à effet extraterritorial et procédure secondaire à effet territorial¹.

931. Acteurs de la procédure. Le succès de toute procédure impose la recherche d'un équilibre entre les différents intérêts en présence : ceux de l'entreprise, de son dirigeant, des créanciers et des salariés. Le ministère public, le juge-commissaire et le tribunal de commerce sont chargés de faire respecter les règles du jeu et de s'assurer du respect de la moralité des procédures. Plusieurs catégories d'organes doivent être distinguées.

932. Les organes judiciaires jouent un rôle prépondérant dans toute procédure. Le tribunal de commerce a un rôle essentiel. Pour toutes les procédures judiciaires, qu'il s'agisse de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation judiciaire, il intervient à différents stades de la procédure.

C'est lui qui ouvre la procédure, désigne les organes de la procédure, autorise les actes graves, statue en appel sur les ordonnances du juge-commissaire. Il arrête le plan de redressement ou prononce la liquidation judiciaire.

Au sein du tribunal, le président joue un rôle particulier, principalement dans le cadre des procédures de prévention.

Il existe aussi des chambres de prévention créées au sein de certains tribunaux pour favoriser la prévention des difficultés.

Le juge-commissaire est un juge du tribunal de commerce. C'est un personnage clef pour toutes les procédures judiciaires. C'est lui qui va autoriser l'accomplissement d'actes graves pendant la procédure. Il a aussi pour mission de surveiller la gestion de l'administrateur. En procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, il règle les principales contestations. Pour l'assister, il peut désigner des contrôleurs parmi les créanciers.

Ses décisions sont soumises à publicité et ont un caractère juridictionnel. Il peut être fait appel de ses décisions dans les dix jours de leur notification devant le tribunal, à moins que le juge ait statué en dernier ressort. Exceptionnellement, d'autres voies de recours sont offertes. C'est le cas par exemple pour les décisions d'admission des créances ou les relevés de forclusion.

Le ministère public est présent dans toutes les procédures amiables ou judiciaires. Son rôle est accru depuis les dernières réformes. Il est le garant de la moralité des procédures. Il peut mettre en œuvre beaucoup d'actions. Il peut solliciter l'ouverture d'une procédure, solliciter le remplacement d'organes, agir contre les dirigeants, demander l'annulation de certains actes. Il peut exercer des recours contre les décisions.

933. Auxiliaires de justice. Les auxiliaires de justice interviennent à la demande du tribunal. Le *conciliateur* est le personnage clef de la procédure de conciliation. Il permet de trouver un accord entre le débiteur et ses créanciers. Son accord peut être homologué par le juge

1. R. Dammann et M. Ollivier, « Réflexions sur l'aménagement du principe d'universalité de la faillite », *JCP*, éd. E, 2006. 2628.

Les mandataires de justice ont un rôle essentiel. Il en existe deux catégories, les mandataires judiciaires et les administrateurs judiciaires.

Les *mandataires judiciaires* ont pour mission de représenter les créanciers de la procédure et de procéder à la liquidation de l'actif des entreprises. Ils sont qualifiés soit de représentant des créanciers, soit de liquidateur. Ils sont nommés par le tribunal. Ils peuvent être nommés commissaire à l'exécution du plan. Le commissaire à l'exécution du plan est chargé par le tribunal de veiller au respect de l'exclusion du plan lorsqu'un plan de sauvegarde ou de redressement est établi dans les procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

En leur qualité de représentant des créanciers, ils enregistrent les créances, les vérifient et en dressent un état. Ils exercent aussi les actions en justice dans l'intérêt collectif des créanciers.

En leur qualité de liquidateur, ils assurent les fonctions de représentation du débiteur et des créanciers dans le cadre des liquidations judiciaires.

L'administrateur judiciaire est un professionnel inscrit sur une liste et soumis à un statut particulier.

L'*administrateur judiciaire* est un organe de la procédure désigné par le tribunal de commerce lorsque la procédure concerne une entreprise importante. Son rôle varie en fonction de la procédure. Il peut simplement assister le débiteur mais il peut aussi gérer l'entreprise pendant la période d'observation. Il prépare le plan de sauvegarde ou de redressement. Il peut être nommé commissaire à l'exécution du plan.

Des *experts* peuvent être nommés par le tribunal pour éclairer le juge sur la situation de l'entreprise et les mesures à prendre. Il s'agit des experts en diagnostic d'entreprise. Inscrits sur une liste, ces experts, lorsqu'ils sont désignés par le tribunal ont pour rôle d'établir un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise en cas de procédure de conciliation ou de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou concourir à l'élaboration d'un tel rapport en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

934. Le dirigeant. Le dirigeant est le personnage clef de la procédure. Aujourd'hui, dans la majorité des cas, il n'est plus considéré comme le responsable des difficultés de l'entreprise. Pour cette raison, les procédures sont dépénalisées.

Son rôle diffère selon les procédures. Il conserve ses prérogatives dans la procédure de sauvegarde. Il perd une partie de ses prérogatives en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Le dirigeant est souvent en même temps caution des dettes de son entreprise. Pour favoriser l'ouverture des procédures de prévention, les nouvelles dispositions limitent le droit des créanciers de le poursuivre en sa qualité de caution.

Lorsqu'il est établi que les difficultés de l'entreprise ont pour origine une faute du dirigeant, celui-ci peut être remplacé. Il peut aussi engager sa responsabilité civile ou pénale. Une interdiction d'exercer peut être prononcée.

L'évolution du droit des procédures collectives conduit cependant à distinguer le sort du dirigeant de celui de l'entreprise. Les sanctions patrimoniales et professionnelles ne sont encourues que par les dirigeants fautifs¹.

1. C. Mascala, « L'amélioration de la situation du chef d'entreprise », *Rev. proc. coll.* déc. 2005, p. 370.

935. L'entreprise. L'entreprise est au cœur de la réforme. Les intérêts de l'entreprise peuvent être distincts de ceux du dirigeant dans la mesure où il faut alors prendre en compte d'autres intérêts tels ceux des salariés. L'intérêt de l'entreprise peut par exemple résider dans sa cession ce qui n'est pas nécessairement le souhait du dirigeant.

936. Les créanciers. Du sort réservé aux créanciers dépend l'issue de toute procédure¹.

Dans les procédures de règlement amiable, ils doivent donner leur accord pour octroyer des délais et des remises.

Dans les autres procédures, le sacrifice leur est le plus souvent imposé. Seule la procédure de liquidation judiciaire leur est favorable.

Des distinctions sont opérées parmi les créanciers. Des distinctions sont souvent opérées entre les créanciers en tenant compte de la date de naissance de leurs créances. Le législateur cherche à favoriser les créanciers qui continuent à avoir des relations avec l'entreprise en difficultés².

Ceux titulaires de sûretés sont plus protégés que les autres. Parmi eux, ceux bénéficiaires d'un droit de rétention n'ont pas à craindre les conséquences de l'ouverture de la procédure, tout du moins lorsqu'il s'agit d'un droit reposant sur une dépossession. Il en va de même de ceux pouvant se prévaloir d'un droit de propriété, comme les vendeurs bénéficiant d'une réserve de propriété ou d'une fiducie sûreté³.

Des créanciers ont un rôle prépondérant compte tenu de l'importance de leurs créances. Il s'agit des créanciers publics comme le Trésor ou la Sécurité Sociale. Longtemps soumis à des règles dérogatoires, ces organismes ont aujourd'hui un statut qui les rapproche des créanciers ordinaires. Ils peuvent ainsi consentir des remises.

Compte tenu des sacrifices qui leur sont demandés, les créanciers doivent être associés à la procédure. Ils peuvent rarement agir individuellement.

Un représentant des créanciers, mandataire de justice est chargé de défendre leurs intérêts.

Les créanciers peuvent aussi être désignés comme contrôleurs. Les contrôleurs peuvent être désignés par le juge-commissaire (C. com., art. L. 621-10) Le juge-commissaire en désigne un à cinq parmi les créanciers qui en font la demande. Ils assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions. Ils surveillent la gestion de l'administrateur pendant la période d'observation. Ils ont des pouvoirs importants lors de toutes les phases de la procédure. En cas d'inaction du mandataire, ils peuvent saisir le tribunal pour exercer les actions en responsabilité.

Les créanciers peuvent être réunis dans un comité des créanciers.

937. Salariés. Les salariés constituent l'un des enjeux majeurs de toute procédure. Aujourd'hui en effet, les procédures se donnent pour ambition de préserver l'emploi.

1. F. Macorig-Vénier et C. Saint-Alary-Houin, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *RD bancaire et fin.* janv.-févr. 2006, p. 60 ; P.-M. Le Corre, « Les créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* déc. 2006, p. 336 ; C. Regnaut-Moutier, « Les dirigeants de société », *Rev. proc. coll.* juin 2006, p. 159.

2. J.-C. Boulay et Ph. Petel, « Les sujets de l'entreprise en difficultés », *Rev. proc. coll.* juin 2006, p. 134.

3. F. Macorig-Vénier et C. Saint-Alary-Houin, « Les créanciers dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* janv. 2009, p. 65 ; P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.* janv. 2009, p. 75.

Les salariés sont de plus en plus associés aux procédures par l'intermédiaire du comité d'entreprise ou des représentants du personnel. Ces organes de représentation ont des prérogatives propres.

Le représentant des salariés est quant à lui désigné à la demande du tribunal par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel ou à défaut par les salariés. Il doit procéder à la vérification des créances salariales.

Des représentants du personnel sont désignés à la demande du tribunal pour faire connaître l'opinion des salariés et exercer les voies de recours.

L'AGS intervient pour assurer le paiement des salaires et des indemnités de licenciement. Il est subrogé dans les droits des salariés. Il exerce donc le privilège qui leur est reconnu.

938. Plan. Il convient d'analyser successivement les mesures de prévention des difficultés (Titre I), la procédure de sauvegarde (Titre II), la procédure de redressement judiciaire (Titre III) et la procédure de liquidation judiciaire (Titre IV).

Des sanctions et responsabilités concernent les dirigeants (Titre V).

Titre I

La prévention des difficultés de l'entreprise

939. *Principes.* La prévention des difficultés d'une entreprise n'est pas aisée. Il faut en effet surmonter l'obstacle psychologique, qui consiste pour le chef d'entreprise à devoir faire part à un tiers de ses difficultés. Pourtant, avec un certain succès, notre droit s'est engagé dans deux directions. D'une part, le législateur a imposé des règles comptables et donné des missions aux professionnels de la comptabilité. La détection des difficultés est ainsi facilitée (Chapitre 1). D'autre part, le législateur a institué des procédures spécifiques qui, bien utilisées, peuvent donner de bons résultats (Chapitre 2).

La détection des difficultés

940. Pour favoriser la détection des difficultés des entreprises, la loi impose des règles relatives à la tenue de la comptabilité (Section 1) et organise une procédure d'alerte (Section 2). Il existe un pouvoir de convocation conféré au président du tribunal de commerce (Section 3).

Section 1

Règles comptables

941. Renforcement des exigences comptables. La tenue d'une comptabilité respectant les normes comptables constitue l'une des techniques de prévention les plus efficaces.

L'obligation pour les commerçants trouve sa source dans les articles L. 123-12 à L. 123-28 du Code de commerce

La loi de sauvegarde renforce le mécanisme mis en place. C'est ainsi que lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte. Si l'injonction n'est pas suivie d'effets, le tribunal statue sur la liquidation de l'astreinte. Lorsque le dirigeant ne s'est pas exécuté, le président du tribunal peut obtenir communication par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyances sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

Les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique doivent tenir une comptabilité dès lors qu'elles dépassent deux des trois seuils suivants : cinquante salariés, 3 100 000 euros de chiffre d'affaires hors taxe, 1 550 000 euros d'actif net au bilan. Ces personnes doivent obligatoirement désigner *un commissaire aux comptes* (C. com., art. L. 612-1). Les commissaires aux comptes sont en effet au cœur du dispositif de prévention mis en place en 1984.

Les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économique et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique doivent tenir une comptabilité prévisionnelle dès lors qu'elles dépassent au moins l'un des deux seuils suivants : trois cents salariés, 18 000 000 euros de chiffre d'affaires hors taxes (C. com.,

art. L. 612-2). Elles sont tenues d'établir une situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible, un compte de résultat prévisionnel, un tableau de financement et un plan de financement.

Section 2

Procédure d'alerte

942. Principe. Le chef d'entreprise peut hésiter à signaler lui-même les difficultés rencontrées par son entreprise. Pour que l'entreprise n'ait pas à subir les conséquences de cette résistance, la loi impose ou permet à tous ceux qui la connaissent bien de mettre en œuvre une procédure d'alerte destinée à obliger le chef d'entreprise à dialoguer et à prendre des mesures. Il s'agit d'une obligation pour le commissaire aux comptes, d'une faculté pour d'autres personnes.

943. L'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes. Le commissaire aux comptes est l'un de ceux qui connaît le mieux l'entreprise. Il est en outre investi d'une mission légale puisqu'il doit certifier les comptes de l'entreprise¹.

Le commissaire aux comptes doit informer les dirigeants de la personne morale lorsqu'il relève, à l'occasion de sa mission, *des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* de cette dernière (C. com., art. L. 612-3). La continuité d'exploitation est une notion économique. Il s'agit d'une poursuite de l'activité dans des conditions normales. Le commissaire doit donc déclencher la procédure dès lors qu'il découvre par exemple une rupture dans les flux financiers, une situation pouvant conduire à une cessation des paiements.

Le commissaire aux comptes doit informer l'organe de direction. À défaut de réponse dans un délai fixé par décret ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, il doit inviter par écrit dont la copie est transmise au président du tribunal, les dirigeants à faire délibérer l'organe collégial de la personne morale sur les faits relevés. S'agissant d'une société anonyme, le conseil d'administration ou de surveillance doit être saisi. La délibération est communiquée au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, et au président du tribunal de grande instance.

En cas d'inobservation de ces dispositions, ou s'il constate qu'en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale doit être convoquée. Le commissaire aux comptes établit un *rapport spécial* qui est présenté à cette assemblée. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise, ou, à défaut, aux délégués du personnel.

Enfin, dernière étape, si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal et lui en communique les résultats (C. com., art. L. 612-3).

Le commissaire aux comptes engage sa responsabilité s'il n'engage pas la procédure d'alerte qui constitue l'un des mécanismes clefs de la prévention.

1. J.-F. Barbiéri, « L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des commissaires aux comptes », *Petites Affiches*, n° spécial, 14 sept. 1994, p. 40.

944. Autres personnes investies d'un devoir d'alerte. Un pouvoir d'alerte est reconnu aux associés des SARL et aux actionnaires en présence de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Dans la SARL, tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes (C. com., art. L. 223-26).

Dans les SA, la même prérogative est reconnue à un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social ou à une association d'actionnaires (C. com., art. L. 225-232).

Le comité d'entreprise dispose aussi du devoir d'alerte (C. trav., art. L. 432-5) lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise. La procédure commence par une demande d'explication à la direction. Elle peut se poursuivre par la rédaction d'un rapport d'alerte pour lequel le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert-comptable rémunéré par l'entreprise. La dernière étape est la communication de ce rapport à l'organe collégial d'administration ou de surveillance ou à défaut aux associés.

Un droit d'alerte est reconnu aux groupements de prévention agréés lorsque le groupement relève des indices de difficultés (C. com., art. L. 611-3)

Section 3

Droit de convocation du président du tribunal de commerce

945. Procédure. Le président du tribunal de commerce peut convoquer les dirigeants d'une entreprise en difficulté pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation (C. com., art. L. 611-2 et L. 611-5).

Le pouvoir de convocation intervient dans deux hypothèses. Le droit est reconnu lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure que l'entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il l'est aussi en cas de non-dépôt des comptes sociaux (C. com., art. L. 611-2-II)

Les dirigeants peuvent être convoqués pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

À l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à la convocation, le président du tribunal peut obtenir de tout professionnel ou administration les renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

Il existe des clignotants pouvant justifier l'intervention du président du tribunal. L'inscription des privilèges des organismes sociaux et fiscaux sur le registre tenu au greffe peut être un indice des premières difficultés rencontrées. Le président peut aussi être alerté par les services fiscaux, les experts comptables. Enfin, il faut tenir compte des injonctions de payer, de l'absence de dépôt des comptes des sociétés au greffe, de la situation nette négative des comptes déposés. L'entretien avec le chef d'entreprise permet souvent une prise de conscience de ce dernier.

Les procédures spécifiques

946. Principes. Plusieurs solutions peuvent être envisagées lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés. Il est par exemple possible de *solliciter des aides publiques*. Certaines institutions ont été créées à cette fin. Le CODEFI (comité départemental d'examen des problèmes de financement des entreprises) est un comité administratif départemental qui peut être saisi par les dirigeants d'entreprises. Il a trois missions. Il informe les entreprises ; il assure la détection des difficultés des entreprises ; il accomplit une mission d'expertise et de traitement des difficultés de l'entreprise. Le comité va établir un plan de redressement. Il peut obtenir des prêts préférentiels pour l'entreprise. Au plan national, le CIRI (comité interministériel de restructuration industrielle) est compétent pour les entreprises de plus de quatre cents salariés.

Une commission des chefs de services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale pour l'examen de la situation des débiteurs retardataires est instituée dans chaque département. Elle a la possibilité d'accorder des remises de dettes.

L'intervention de ces organismes a cependant des limites. D'une part, il peut y avoir atteinte au libre jeu de la concurrence. D'autre part, *ces organismes peuvent engager leur responsabilité* au même titre qu'un organisme de crédit accordant des prêts à une entreprise en difficulté. La loi privilégie donc d'autres solutions.

Lorsque les difficultés sont décelées assez rapidement et que le président du tribunal de commerce en est informé, il est souvent possible de trouver des solutions permettant à l'entreprise de surmonter ses difficultés. Les techniques les plus efficaces sont celles qui sont les plus rapides, les plus confidentielles et les moins formalistes. Les tribunaux de commerce jouent un rôle essentiel dans la prévention des difficultés. La loi du 1^{er} mars 1984 fournit un cadre légal à leur intervention. Cependant, l'expérience a montré certaines limites des procédures. Pour cette raison, la *nouvelle loi de sauvegarde des entreprises refond totalement le dispositif mis en place*.

La désignation d'un mandataire *ad hoc* peut être suffisante (Section 1). Si tel n'est pas le cas, une procédure dite de conciliation peut être mise en place (Section 2). Une procédure est spécifique aux exploitations agricoles (Section 3).

Section 1

Désignation d'un mandataire ad hoc

947. La désignation d'un mandataire ad hoc. À l'origine, la désignation d'un mandataire ad hoc était une pratique de certains tribunaux de commerce. La pratique a été consacrée par la loi du 10 juin 1994. Le président du tribunal, peut à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission (C. com., art L. 611-3). Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc.

Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale, le tribunal de grande instance dans les autres cas.

Le mandataire peut se voir reconnaître une grande liberté de manœuvre. Sa mission doit être brève. Sa mission réussit généralement dès lors que les créanciers acceptent de ne pas exiger immédiatement le paiement de leurs créances pourtant exigibles. Grâce au mandataire, des accords peuvent être passés avec les principaux créanciers. Un protocole d'accord peut alors être signé en présence du mandataire. Pendant la mission, le dirigeant conserve l'intégralité de ses prérogatives.

La désignation du mandataire peut être insuffisante. Souvent cette tentative d'accord précède une procédure de conciliation, de sauvegarde ou de redressement judiciaire en cas de cessation des paiements.

Section 2

La procédure de conciliation

948. Finalité. La loi du 1^{er} mars 1984 avait mis en place une procédure de règlement amiable. Le législateur s'en est inspiré pour créer la procédure de conciliation destinée à la remplacer¹. La procédure est confidentielle en l'absence d'homologation de la décision. Il s'agit de faciliter le sauvetage d'une entreprise en difficulté en dehors de toute décision de justice

La procédure est intéressante pour le dirigeant qui conserve l'intégralité de ses prérogatives et qui peut négocier avec ses créanciers. Elle n'entraîne pas une poursuite des cautions.

Les créanciers peuvent avoir un intérêt à cette procédure. Si une procédure de conciliation débouche sur la conclusion d'un accord amiable, et si cet accord amiable est ensuite homologué, il est alors impossible de faire remonter la date de cessation des paiements antérieurement à la décision d'homologation. Les créanciers ne risquent alors plus l'annulation des actes passés en période suspecte. La solution est d'autant plus importante que la procédure de conciliation peut être ouverte alors même que l'entreprise est en cessation des paiements.

949. Domaine. La procédure de conciliation, création de la loi de sauvegarde des entreprises, est applicable aux personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale. Pour ces professionnels, le tribunal de commerce est compétent.

1. C. Saint-Alary-Houin, « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* juin 2006, p. 169 ; F. Macorig-Venier, « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* déc. 2005, p. 352 ; T. Monterau, « La réforme de la prévention des difficultés », *D.* 2009. 639.

Une procédure similaire est prévue devant le tribunal de grande instance pour les personnes morales de droit privé et pour les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale, à l'exception des agriculteurs (art. L. 611-5).

950. Conditions d'ouverture. Par rapport au règlement amiable, les conditions sont facilitées. La personne qui demande l'ouverture de la procédure doit éprouver une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible (C. com., art. L. 611-4).

L'entreprise ne doit pas être en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. La cessation des paiements est avérée lorsque l'entreprise ne peut pas faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

951. Procédure. Le président du tribunal est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation financière, économique et sociale, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face. Le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur. Le débiteur a donc l'initiative et la maîtrise de la procédure. À l'appui de sa demande, le chef d'entreprise doit produire des documents renseignant sur la situation économique de l'entreprise.

Le ministère public est informé de la demande, ce qui est une atteinte à la règle de la confidentialité. Même si le Code commerce ne le prévoit pas, il est difficile de ne pas informer le comité d'entreprise. Le commissaire aux comptes est aussi informé. Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la décision est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève. La décision est susceptible d'appel de la part du ministère public.

Le tribunal dispose alors d'un pouvoir d'enquête. Le secret professionnel ne peut lui être opposé par les établissements bancaires et financiers. Le tribunal peut se faire assister d'experts.

Le président du tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour choisir la procédure la plus adaptée.

Un *conciliateur* est nommé par le président du tribunal pour une durée de quatre mois, prolongeable d'une durée d'un mois à la demande du conciliateur. La décision est communiquée au ministère public. Le débiteur peut proposer un conciliateur ou refuser celui choisi. Le conciliateur est tenu à la confidentialité.

952. Négociation de l'accord. La mission du conciliateur est précisée par l'article L. 611-7 nouveau du Code de commerce : le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers, ainsi que, le cas échéant, ses contractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.

Pour l'exercice de sa mission, le conciliateur se fait communiquer tous renseignements par le débiteur ou le président du tribunal.

Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale et les institutions gérant le régime de l'assurance chômage peuvent consentir des remises de dettes.

La recherche d'un accord est facilitée par plusieurs règles. Les créanciers publics peuvent consentir des remises de dettes. Le juge peut accorder des délais de paiement au débiteur. Le juge n'a pas la possibilité de prononcer la suspension des poursuites.

La responsabilité des créanciers qui accepteraient d'accorder un concours à l'entreprise est limitée (C. com., art. L. 650-1). Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.

953. Issues de la procédure. Plusieurs issues sont envisagées. Il peut y avoir échec de la mission de conciliation. Le président met alors fin à la conciliation. Si le conciliateur constate la cessation des paiements, le tribunal peut se saisir d'office pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire. L'accord s'il est obtenu peut être non homologué ou homologué. Il ne peut exister une nouvelle conciliation moins de trois mois après l'échec d'une première.

954. Accord non homologué. Les parties peuvent s'être mises d'accord. L'accord peut simplement réunir les principaux créanciers. Dans un tel cas, l'accord produit effet entre les signataires et eux seuls en raison du principe de l'effet relatif des conventions. L'accord ne produit aucun effet à l'égard des tiers qui peuvent par exemple déclencher une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les cautions doivent pouvoir se prévaloir des remises et délais consentis au débiteur. Le dirigeant conserve quant à lui l'intégralité de ses prérogatives.

Saisi par requête conjointe, le tribunal peut *constater l'accord et donner à celui-ci force exécutoire*. Le tribunal statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la signature de l'accord, ou que cette signature y met fin. Dans un tel cas, la décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation (art. L. 611-8). L'avantage de cette option est qu'elle maintient la confidentialité de la procédure.

955. Homologation de l'accord. Une troisième possibilité consiste en une *homologation de l'accord*. Elle se fait à la demande du débiteur si plusieurs conditions sont réunies (C. com., art. L. 611-8). Le débiteur ne doit pas être en cessation de paiement ou l'accord doit y mettre fin. Les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise. L'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires.

L'homologation ne peut intervenir qu'après l'audition d'un certain nombre de personnes : le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants des salariés, le conciliateur et le ministère public. Éventuellement doit être entendu le représentant de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente dont relève le débiteur.

L'homologation met fin à la procédure de conciliation. Il fait l'objet de communications et de publicités. L'accord est ainsi transmis au commissaire aux comptes de l'entreprise. Le jugement est susceptible d'appel de la part du ministère public et, en cas de contestation relative au privilège reconnu aux créanciers, de la part des parties à l'accord. Il peut également être frappé de tierce opposition. Le jugement rejetant l'homologation ne fait pas l'objet d'une publication. Il est susceptible d'appel. La réforme du 18 décembre 2008 supprime ainsi la publicité de l'accord homologué qui constituait un frein à cette procédure.

Si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier, il peut solliciter les délais de paiement en application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

L'homologation présente de nombreux avantages pour tous les intéressés.

L'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice, et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il interrompt pour la même durée les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées dans l'accord.

Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué.

L'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques, conformément à l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

Le tribunal peut être saisi par l'une des parties à l'accord constaté afin de prononcer la résolution de l'accord homologué s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord. Le tribunal peut aussi prononcer la résolution de l'accord homologué.

En cas de résolution de l'accord, le président ou le tribunal peuvent prononcer la déchéance de tout délai de paiement en application de l'article L. 611-7.

956. Privilège des créanciers. Les créanciers qui facilitent la poursuite de l'activité bénéficient d'un privilège de paiement désigné sous le nom de privilège de « new money ». Les créanciers concernés sont ceux qui consentent un nouvel apport de trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité. Il s'agit également des personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité.

Ces créanciers sont payés pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13.

Ce privilège est extrêmement intéressant pour les créanciers qui en bénéficient. En effet, en cas de survenance d'une sauvegarde, de redressement judiciaire, ces créanciers sont payés après le super-privilège des salariés et, en cas de liquidation judiciaire, après les frais de justice. Ils vont ainsi primer les créanciers de la période d'observation.

Pour bénéficier de ce privilège, l'accord de conciliation doit être homologué.

957. Inexécution de l'accord. Si l'accord n'est pas exécuté, le tribunal peut être saisi par l'une des parties. Il constate alors l'inexécution des engagements résultant de cet accord. Il prononce alors la résolution de l'accord ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé (C. com., art. L. 611-10).

La résolution n'entraîne pas l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin à l'accord homologué. Les créanciers recouvrent alors l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues sans préjudice de l'application du nouveau privilège de new money (art. L. 611-12).

Section 3

Procédures applicables aux exploitations agricoles

958. Les procédures. Le traitement préventif des difficultés rencontrées par les exploitations agricoles s'opère selon deux procédures.

959. La procédure de règlement amiable. En application de l'article L. 351-1 du Code rural, le règlement amiable est destiné à prévenir et à régler les difficultés financières des exploitations agricoles, dès qu'elles sont prévisibles ou dès leur apparition, notamment par la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers.

Le président du tribunal de grande instance est saisi à l'initiative du débiteur ou des créanciers. La demande de désignation d'un conciliateur est obligatoire pour un créancier qui entend solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Au vu des documents qui lui sont remis, le président peut désigner un conciliateur.

960. Procédure de suspension des poursuites. Le président du tribunal qui nomme un conciliateur peut également prononcer la suspension provisoire des poursuites pour un délai n'excédant pas deux mois. La décision suspend alors ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à cette décision et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent. Il y a également arrêt des voies d'exécution.

En contrepartie de ces avantages, l'agriculteur subit une restriction de ses prérogatives.

Titre II

La continuation de l'entreprise

961. Évolution du droit. Depuis la réforme de 1985, le droit des procédures collectives se donne pour première ambition de sauver les entreprises qui peuvent l'être. La loi de 1985 avait créé à cette fin une procédure de redressement judiciaire destinée aux entreprises se trouvant en cessation des paiements. La procédure commence par une période d'observation destinée à faciliter la recherche et la mise en place d'un redressement. Pendant cette période, les droits des créanciers sont sacrifiés. Cette procédure n'a pas donné tous les résultats attendus. Il est apparu que la procédure était souvent mise en place trop tardivement. Tenant compte de ce constat, la loi de sauvegarde des entreprises innove en créant une *nouvelle procédure de sauvegarde* qui peut être mise en œuvre alors même que l'entreprise n'est pas encore en état de cessation des paiements. Cette procédure s'inspire largement dans sa structure de l'ancienne procédure de redressement judiciaire. Cette dernière est maintenue.

962. Critères de choix de la procédure de sauvegarde. Le législateur a fondé de grands espoirs dans cette procédure puisque c'est désormais elle qui fait figure de modèle. Elle est pourtant plus spécialement adaptée à certains cas de figure¹. La procédure suppose que l'entreprise ne soit pas en cessation des paiements. Par rapport à la procédure conciliation, la procédure est plus intéressante pour l'entreprise dans la mesure où il s'agit d'une procédure judiciaire qui met l'entreprise à l'abri des poursuites des créanciers. Pour les dirigeants, elle peut s'avérer moins attractive dans la mesure où ils subissent des restrictions de pouvoirs et qu'il peut y avoir des atteintes à leurs biens. Cependant, même pour le dirigeant, la procédure est attractive. Il reste à la direction de son entreprise. En sa qualité de garant, il ne risque pas d'être poursuivi immédiatement par les créanciers. La procédure offre en outre un cadre de discussion idéal avec les créanciers réunis dans un comité.

La nouvelle procédure a rencontré un certain succès². D'une part, des procédures ont été ouvertes pour sauver des entreprises importantes comme Eurotunnel³. D'autre part, des procédures ont été ouvertes pour des PME à l'initiative de chefs d'entreprises entendant pleinement profiter du caractère préventif de la procédure qui les laisse à la direction de leur entreprise. La pratique avait cependant relevé des insuffisances et seules 500 procédures environ avaient été ouvertes. Tenant compte des observations des praticiens, l'ordonnance du 18 décembre 2008 se donne pour ambition de renforcer l'attractivité de la procédure. Elle le fait en augmentant les pouvoirs du dirigeant. Ce dernier ne risque pas non plus d'être privé de son pouvoir de direction ou de ses parts ou actions dans l'entreprise.

1. C. Saint-Alary-Houin, « La loi de sauvegarde des entreprises : de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies » ; Ph. Roussel Galle, « L'ouverture des procédures », *D.* 2009. chron. 638.

2. 501 pendant la première année.

3. *D.* 2006. 2329, obs. R. Dammann.

La procédure est ouverte à certaines conditions (Chapitre 1). Elle commence par une période d'observation mise à profit pour rechercher une solution (Chapitre 2). Elle doit conduire à l'élaboration d'un plan de sauvegarde (Chapitre 3).

L'ouverture de la procédure de sauvegarde

963. Pour qu'une procédure de sauvegarde soit ouverte, certaines conditions de fond doivent être réunies (Section 1). Une procédure doit alors être respectée (Section 2). Elle conduit à un jugement qui prononce l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Section 1

Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde

964. Entreprises concernées. La procédure de sauvegarde est ouverte à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, 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, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé (C. com., art. L. 620-2). Les procédures collectives ne sont donc plus comme par le passé réservées aux seuls commerçants¹. Une procédure collective est donc applicable aux GIE, aux associations, aux comités d'entreprises.

965. Extension de la procédure. Exceptionnellement, une procédure ouverte au nom d'une personne morale peut être étendue à une ou plusieurs autres. Il y a alors unité de la procédure malgré la pluralité de personnes affectées. Dans l'intérêt des créanciers, tous les éléments patrimoniaux des personnes affectées par la procédure vont être réunis dans une masse unique. Ainsi l'actif des personnes qui ne sont pas en cessation de paiements permettra de désintéresser les créanciers de l'entreprise en cessation de paiements.

Deux théories sont alors utilisées. L'extension peut en premier lieu être fondée sur la *confusion des patrimoines* existant entre deux sociétés². Les patrimoines doivent être imbriqués et il doit être établi que des flux financiers anormaux ou des relations

1. Il s'agit là d'une nouvelle illustration de l'atténuation du particularisme du droit commercial.

2. Ph. Delebecque, « Groupe de sociétés et procédures collectives : confusion des patrimoines et responsabilité des membres du groupe », *Rev. proc. coll.* 1998-2, p. 129 ; C. Saint-Alary-Houin, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire », *Dialogues avec M. Jeantin*, p. 453 ; D. Tricot, *La confusion des patrimoines et les procédures collectives*, rapport de la Cour de cassation 1997, p. 165 ; J.-M. Deleneville, « L'extension de procédure pour confusion, fictivité ou fiction », *Rev. proc. coll.* juin 1999, p. 63.

financières anormales¹ existaient entre les sociétés. L'absence de comptabilité séparée entre les sociétés est un indice important de la confusion. Le respect de la personnalité morale de chaque société du groupe implique cependant une interprétation stricte des exceptions à ce principe. Pour cette raison, la Cour de cassation admet la parfaite validité de principe de la construction juridique formée par une société civile immobilière propriétaire de l'immeuble dans lequel une société exerce une activité commerciale².

L'extension peut en second lieu intervenir lorsqu'est établie la *fictivité* d'une société³. Il doit alors être établi la volonté des associés de ne pas donner à la société une existence véritable.

Dans ces deux cas, une procédure unique est ouverte à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire du ministère public ou d'office (art. L. 621-2).

Lorsque la procédure concerne un commerçant, il est possible d'étendre la procédure en se prévalant de la théorie de l'*exploitation en commun*. Il y a coexploitation lorsque deux personnes physiques exercent ensemble une activité commerciale, artisanale ou agricole dans des conditions telles que chacun des partenaires remplit les conditions permettant de lui attribuer la qualité de commerçant, d'agriculteur ou d'artisan. La preuve de l'existence d'une *société créée de fait* peut aussi être rapportée.

966. L'existence de difficultés insurmontables. La spécificité de la procédure de sauvegarde tient à ce qu'elle ne suppose pas que l'entreprise soit en cessation des paiements. C'est pour cette raison qu'elle est considérée comme une procédure de prévention des difficultés de l'entreprise.

En application de l'article L. 620-1, la procédure est ouverte à la demande du débiteur qui justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Il n'est plus exigé que la difficulté soit de nature à le conduire à la cessation des paiements. Cet assouplissement devrait favoriser l'ouverture de ce type de procédure. La procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

La loi ne définit pas les difficultés justifiant l'ouverture de la procédure. Elles peuvent être d'origine diverses, financières, sociales judiciaires. Le débiteur doit les mentionner

1. Elles peuvent se déduire du fait que la SCI non payée de ses loyers continue de laisser le bien loué à disposition : Com. 7 janv. 2003, *Dalloz Affaires* 2003. 347. L'existence de relations financières anormales n'a pas été admise dans l'importante affaire *Métaleurop*. Pour la Cour de cassation, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère ne sont pas en elles-mêmes révélatrices de relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société-mère avec celui de sa filiale. : Com. 19 avr. 2005 ; *Bull. Joly* 2005. 690, note C. Saint-Alary-Houin ; *JCP* 2005. 1241, note O. Bouru et J. Menjuq.

2. V. « Les décisions citées », *JCP*, éd. E, 1997. I. 623, n° 1 et 681, n° 2, obs. M. Cabrillac ; Ch. Cutajan, « Le montage SCI/société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », *Bull. Joly* 1999. 1057 ; Com. 6 juill. 1999, *JCP*, éd. E, 2000. 515, note M. Diaz-Bidault ; Com. 10 déc. 2003, *AJ* 348.

3. Com. 3 févr. 1998, *JCP*, éd. E, 1998. 652, obs. P. P. Le critère de la fictivité réside dans l'absence de l'un des éléments essentiels du contrat de société. Il y a utilisation de la personnalité juridique comme écran destiné à cacher pour des motifs frauduleux la maîtrise réelle d'une activité d'une entreprise et l'unicité d'un patrimoine. La seule dépendance financière d'une société à l'égard d'une autre personne ne suffit pas à établir cette fictivité. V. M. Cozian, « Société civile immobilière, Société d'exploitation, est-ce vraiment un couple infernal ? », *JCP*, éd. E, 1997. I. 634 ; CA Paris, 6 avr. 1999, *Bull. Joly* 1999. 1168, note B. Saintourens ; Com. 19 févr. 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1510, note J.-P. Legros.

dans sa demande. Il doit aussi préciser pourquoi elles sont insurmontables. Les juridictions doivent éviter deux écueils dans leur appréciation. D'une part, elles doivent éviter que la procédure devienne un mode de gestion déguisé et qu'elle soit ouverte au détriment des créanciers. D'autre part, l'appréciation doit être compréhensive pour que la procédure joue véritablement son rôle de prévention des difficultés. L'impossibilité pour le débiteur de surmonter ses difficultés doit s'apprécier en fonction de ses propres capacités financières. La jurisprudence refuse de prendre en considération l'appartenance de la société à un groupe prospère ce qui conduit à faire supporter le coût des restructurations aux créanciers plus qu'aux actionnaires¹.

Section 2 **Procédure**

967. Règles de compétence et droit applicable. Les tribunaux de commerce sont seuls compétents pour connaître des procédures intéressant les commerçants et les artisans. Les tribunaux de grande instance sont compétents pour les agriculteurs et les personnes morales de droit privé non commerçantes.

Le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise ou à défaut de siège en territoire français, le centre principal de ses intérêts en France (Décr. 28 déc. 2005, art. 1^{er}). Le tribunal initialement saisi reste compétent pour connaître de l'extension de la procédure ouverte à une ou plusieurs autres personnes.

S'agissant des faillites internationales, une distinction s'impose. En l'absence d'application de textes internationaux, le principe de l'universalité de la faillite s'applique. Le jugement d'une juridiction française ouvrant une procédure collective produit un effet extraterritorial à l'égard des biens du débiteur. Le jugement produit donc ses effets partout où le débiteur a des biens².

Il existe un règlement communautaire relatif aux faillites internationales en date du 29 mai 2000³. Le tribunal compétent est alors celui dans lequel l'entreprise a ses intérêts principaux. En principe, il s'agit du lieu de son siège statutaire. Est compétente la loi d'ouverture de la procédure. Le principe d'universalité est également consacré. Une possibilité est cependant reconnue d'ouvrir des procédures secondaires dans les états où le débiteur a un établissement.

968. L'examen de la demande. Le tribunal doit s'assurer que les conditions d'ouverture de la procédure sont bien réunies. Dans ce but, il doit obligatoirement entendre en chambre du conseil les débiteurs et les représentants du personnel (C. com., art. L. 621-1). Le tribunal peut également entendre toute personne dont l'audition lui paraîtrait utile.

Si le débiteur exerce une profession libérale ou une profession dont le titre est protégé, le tribunal doit consulter l'ordre ou l'autorité compétente dont relève le débiteur.

Un juge peut également être chargé de recueillir des renseignements complémentaires. Son rapport est communiqué au procureur et aux personnes intéressées.

1. Versailles 15 juin 2006, *JCP*, éd. E, 2007. 1004, obs. Ph. Petel ; Com. 26 juin 2007, *JCP*, éd. E, 2007. act. 341.

2. Civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, *D.* 2002. 3341 ; *JCP*, éd. E, 2003. 760, obs. P.-P.

3. Règlement européen en date du 29 mai 2000 ; pour un commentaire, L. Idot, *JCP*, éd. E, 2000. 1648.

969. Procédure applicable. *Seul le débiteur peut mettre en œuvre la procédure.* Il ne peut donc y être contraint par des créanciers ou le ministère public. C'est donc le chef d'entreprise qui doit prendre l'initiative de l'ouverture de cette procédure. Le débiteur saisit le tribunal. Le tribunal doit, avant de se prononcer, consulter certaines personnes. Il a l'obligation d'entendre en chambre du conseil le débiteur, les représentants du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel. L'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont dépend le débiteur doit aussi être consulté.

Le tribunal peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Le tribunal a la possibilité de recueillir tous renseignements utiles relatifs à l'entreprise. Il s'agit d'apprécier la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. Le tribunal peut se faire assister d'experts. Il peut obtenir tous renseignements sans pouvoir se voir opposer le secret professionnel par les administrations et les établissements de crédit.

Le tribunal dispose d'options. Il peut ouvrir la procédure. Il peut aussi l'étendre à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale (art. L. 621-2).

970. Organes de la procédure. Dans son jugement d'ouverture, le tribunal désigne un juge-commissaire et, en cas de nécessité, plusieurs.

Le juge-commissaire va lui-même désigner un à cinq *contrôleurs* parmi les créanciers qui lui en font la demande. S'il désigne plusieurs contrôleurs, le juge veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires. Des incompatibilités existent afin d'assurer l'indépendance des contrôleurs (art. L. 621-10).

Les contrôleurs assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Ils peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire. Ils sont tenus à la confidentialité. Leurs fonctions sont gratuites.

Un représentant des salariés doit être désigné par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel.

Le tribunal désigne deux mandataires de justice qui sont le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire. La désignation de l'administrateur judiciaire est facultative pour les entreprises dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires sont prévus par décret (3 millions d'euros de chiffre d'affaires et 20 salariés).

Le débiteur peut proposer un administrateur à la désignation du tribunal. Il en est de même pour le ministère public qui peut également soumettre le nom d'un mandataire judiciaire. Le rejet de la proposition du ministère public doit être spécialement motivé.

Lorsque la procédure est ouverte à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent, le ministère public peut s'opposer à ce que le mandataire ad hoc ou le conciliateur soit désigné en qualité d'administrateur ou de mandataire judiciaire.

Le tribunal a la possibilité de désigner un ou plusieurs experts.

Le tribunal désigne enfin un professionnel chargé de réaliser l'inventaire des biens. La procédure prévue par le nouvel article L 622-6-1 est applicable à moins que le débiteur use de la faculté offerte par l'article L. 621-4.A sa demande, le tribunal désigne, en considération de leurs attributions respectives, un commissaire priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté aux fins de réaliser l'inventaire.

Le tribunal peut procéder au remplacement de l'administrateur, de l'expert ou du mandataire judiciaire ou encore adjoindre un ou plusieurs administrateurs ou mandataires judiciaires à ceux déjà nommés.

Le débiteur peut demander au juge commissaire de saisir le tribunal.

Parallèlement à ces organes, le juge-commissaire et le ministère public jouent un grand rôle pendant tout le déroulement de la procédure. L'accroissement du rôle du ministère public est significatif. Présent tout au long de la procédure, il devient le garant de la moralité des opérations.

971. Procédure simplifiée. Une procédure simplifiée est prévue lorsqu'aucun administrateur judiciaire n'a été désigné (C. com., art. L. 627-1 et s.). C'est alors le débiteur qui exerce, après avis conforme du mandataire judiciaire, la faculté ouverte à l'administrateur de poursuivre les contrats en cours. En cas de désaccord, le juge-commissaire est saisi par tout intéressé. Pendant la période d'observation, le débiteur établit *un projet de plan* avec l'assistance éventuelle d'un expert désigné par le tribunal. C'est le débiteur qui communique au mandataire judiciaire et au juge-commissaire les propositions de règlement de passif.

C'est le juge-commissaire qui fixe le montant de l'augmentation de capital proposée à l'assemblée pour reconstituer les capitaux propres.

972. Portée du jugement d'ouverture. Le jugement prend effet à compter de sa date. Il est en principe immédiatement exécutoire. L'arrêt de l'exécution provisoire peut être demandé au Premier président de la cour d'appel statuant en référé. Les moyens invoqués à l'appui de l'appel doivent être sérieux.

Le jugement peut être frappé d'appel (C. com., art. L. 661-1). Des conditions restrictives par rapport au droit commun sont posées.

L'appel doit être interjeté dans un délai de dix jours à dater de la notification du jugement aux parties ou de la réception de l'avis au procureur de la République. Le délai est porté à quinze jours si l'appel est formé par le procureur général.

Seul le débiteur et le ministère public peuvent interjeter appel. Les créanciers sont privés de cette prérogative.

Le débiteur et le ministère public peuvent aussi former un pourvoi en cassation.

La procédure de tierce opposition peut être mise en œuvre par toute personne qui y a intérêt et qui n'est ni partie ni représentée au jugement de première instance.

L'entreprise au cours de la période d'observation

973. Finalité. La procédure de sauvegarde s'ouvre par une période d'observation d'une durée de six mois renouvelable une fois. Celle-ci doit permettre l'établissement d'un bilan économique, social et environnemental et de propositions tendant à permettre à l'entreprise de poursuivre son activité (art. L. 621-3, nouv.). Toutefois, s'il apparaît après l'ouverture de la procédure, que le débiteur était déjà en cessation des paiements au moment du prononcé du jugement, le tribunal la constate et convertit alors la procédure de sauvegarde en procédure de redressement judiciaire. De même, à tout moment, le tribunal peut convertir la procédure en redressement ou en liquidation judiciaire (art. L. 622-10).

La période d'observation est une période d'attente. L'activité doit pouvoir être maintenue comme par le passé pour que les chances de redressement ne soient pas compromises. L'entreprise est ainsi artificiellement maintenue en activité (Section 1) L'espoir de redressement n'est rendu possible que si les droits de beaucoup de créanciers sont temporairement sacrifiés (Section 2).

La période d'observation est mise à profit pour l'élaboration d'un bilan économique et social (Section 3) et pour la détermination du patrimoine du débiteur (Section 4).

Section 1

Sort de l'entreprise

974. L'entreprise placée en sauvegarde est fragile. Sa protection résulte de plusieurs règles. L'administration de l'entreprise doit se faire dans son intérêt (§ 1). La poursuite de son activité est facilitée (§ 2) de même que la reconstitution de son actif dans l'intérêt des créanciers (§ 3).

§ 1. ADMINISTRATION DE L'ENTREPRISE

975. Pouvoirs du dirigeant. Pour un chef d'entreprise, la procédure de sauvegarde se veut plus incitative que le redressement judiciaire. En effet, il n'est plus dessaisi. L'article L. 622-1 énonce que *l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant*.

L'ordonnance conforte les pouvoirs du dirigeant en distinguant bien les cas dans lesquels l'administrateur a un pouvoir de surveillance et d'assistance.

Le dirigeant conserve sa rémunération. En outre, les mesures du plan lui profitent en sa qualité de caution ou de coobligé. Depuis la réforme du 18 décembre 2008, il dispose de pouvoirs propres. Pendant la période d'observation, la cessation d'activité ne peut plus être demandée que par le débiteur. Il peut être autorisé par le juge commissaire à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir un gage ou une hypothèque.

976. Pouvoirs de l'administrateur. Lorsqu'un ou plusieurs administrateurs ont été désignés, ils sont chargés ensemble ou séparément de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux.

L'administrateur peut ainsi avoir seulement une *fonction de surveillance*. Il peut aussi avoir une *mission d'assistance*. Les actes visés dans la mission doivent alors être accomplis par le dirigeant avec l'accord de l'administrateur. Dans le cas contraire, ils sont inopposables à la procédure.

Alors même qu'un administrateur est nommé, *le débiteur conserve toujours des pouvoirs propres*. Il peut accomplir les actes conservatoires. Il peut toujours accomplir les actes de la vie courante et les actes non compris dans la mission de l'administrateur.

Dans sa mission d'assistance, l'administrateur est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise.

L'administrateur n'a aucun pouvoir de représentation ce qui montre bien la volonté du législateur de laisser au dirigeant le plus de pouvoirs possibles.

977. Rôle du juge-commissaire. Le juge-commissaire doit intervenir pour autoriser les actes les plus graves.

Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger (C. com., art. L. 622-7 al. 2).

L'acte de disposition est celui qui altère gravement et durablement le patrimoine de l'entreprise. En période d'observation, aucune cession de l'entreprise ne peut intervenir, même avec l'accord du juge.

Le juge commissaire peut aussi autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Ce paiement peut en outre être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité et que le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat.

Tout acte, ou tout paiement effectué sans respecter ce principe est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou du paiement de la créance. Lorsque l'acte est soumis à publicité, le délai court à compter de celle-ci (art. L. 622-7).

Le juge intervient en cas de vente d'un bien grevé d'une sûreté (C. com., art. L. 622-8). Dans un tel cas, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par les sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Les fonds sont indisponibles pendant la période d'observation.

Après l'adoption du plan, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix suivant l'ordre de préférence existant entre eux conformément à l'article L. 621-80 lorsqu'ils sont soumis aux délais du plan.

Le juge-commissaire peut ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien. Ce paiement est subordonné à la présentation par son bénéficiaire d'une garantie émanant d'un établissement de crédit. Il est fait exception à la règle en cas de décision du juge-commissaire ou lorsque le paiement intervient au bénéfice du Trésor ou des organismes sociaux ou organismes assimilés.

Le débiteur peut proposer aux créanciers la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. En l'absence d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution (C. com., art. L. 622-8)

Le juge-commissaire peut autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité (C. com., art. L. 622-7, al. 3).

Cette disposition traduit la force du droit de rétention lorsque s'ouvre une procédure collective. C'est bien la meilleure des garanties.

En l'absence d'autorisation du juge, l'acte passé est nul. Une sanction pénale est également prévue (art. L. 654-8).

978. Détermination du patrimoine de l'entreprise. Plusieurs dispositions visent à renforcer une meilleure connaissance du patrimoine de l'entreprise et de ses créanciers.

Dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un *inventaire* du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent. Cet inventaire est complété par le débiteur par la mention des biens qu'il détient susceptibles d'être revendiqués par un tiers.

Le débiteur doit remettre à l'administrateur et au mandataire judiciaire la liste de ses créanciers, du montant de ses dettes et des principaux contrats en cours. Il les informe des instances en cours auxquelles il est partie.

L'administrateur ou le mandataire judiciaire peuvent obtenir toutes informations sans que puisse leur être opposé le secret professionnel (art. L. 622-6).

L'inventaire peut être établi par le débiteur et certifié par un commissaire aux comptes ou attesté par un expert-comptable. Si le débiteur n'y procède pas dans les huit jours, le juge commissaire désigne pour y procéder ou les achever un professionnel compétent.

§ 2. POURSUITE DE L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE

979. Options offertes. L'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation (C. com., art. L. 622-9). La règle reçoit des *exceptions*.

À tout moment, le tribunal à la demande du débiteur peut ordonner la *cessation partielle de l'activité*. La procédure peut aussi être convertie en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à la demande du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office.

À la demande du débiteur, le tribunal décide la conversion en redressement judiciaire si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements (art. L. 622-10).

Si les difficultés qui ont justifié l'ouverture de la procédure ont disparu, il peut être mis fin à la procédure à la demande du débiteur.

La poursuite de l'activité est rendue possible en raison des principes qui ont pour conséquence le maintien des contrats en cours utiles pour l'entreprise. En contrepartie, les créanciers disposent d'un privilège leur permettant d'être payés prioritairement.

A. Sort des contrats en cours

980. Contrats en cours. L'administrateur a la faculté d'exiger le maintien des contrats en cours. L'ordonnance en date du 18 décembre 2008 modifie les règles applicables¹. *Celles-ci ne s'appliquent pas au contrat de travail.* Elles ne concernent pas non plus la *fiducie*, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire.

L'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut entraîner la résiliation ou résolution d'un contrat en cours. Il ne peut être dérogé à la règle (C. com., art. L. 622-13).

Le cocontractant doit dès lors remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif.

L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur.

Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant. Mais l'administrateur peut obtenir l'acceptation par le cocontractant du débiteur de délais de paiement.

L'administrateur doit s'assurer au vu des documents prévisionnels dont il dispose, qu'au moment où il demande l'exécution, il disposera des fonds nécessaires.

Si le contrat est à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur doit y mettre fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant.

981. Résiliation du contrat. Le contrat en cours est résilié de plein droit dans deux cas.

Il l'est en premier lieu après une *mise en demeure de prendre parti* sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée *plus d'un mois sans réponse*. Cependant, avant l'expiration de ce délai, le juge commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation qui ne peut excéder deux mois pour se prononcer.

Le contrat est en second lieu résilié à *défaut de paiement* dans les conditions définies et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. Dans un tel cas, le ministère public l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation.

La résiliation est prononcée par le juge commissaire à la demande de l'administrateur si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant (C. com., art. L. 622-17).

Dans tous les cas dans lesquels le contrat prend fin, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant dont le montant doit être déclaré au passif. Le cocontractant peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts.

1. Le Corre-Broly, « Les modifications apportées au droit commun des contrats en cours », D. 2009. 663.

En l'absence d'administrateur, c'est le débiteur qui exerce cette faculté, après avis conforme du mandataire judiciaire. En cas de désaccord, le juge commissaire est saisi par tout intéressé (art. L. 627-2).

Les contrats continués sont ceux qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise et que la trésorerie de cette dernière permet de supporter.

L'article L. 622 13 du Code de commerce ne fait pas de distinctions. La poursuite de tous les contrats peut donc être demandée. Il importe dès lors peu que les contrats aient été conclus *intuitu personae*. L'article L. 621-228 a ainsi pu être appliqué aux conventions de compte courant et aux ouvertures de crédit¹. L'établissement de crédit peut cependant mettre fin à son concours si les conditions fixées par l'article L. 313-12 du CMF (ex. art. 60, al. 1 ou 2, L. 24 janv. 1994) sont réalisées².

Seuls les *contrats en cours au jour du jugement d'ouverture* sont concernés. Cela concerne deux types de contrats. D'une part, des contrats à *exécution successive* qui n'ont pas été complètement exécutés au jour du jugement d'ouverture (par exemple un bail). D'autre part, des contrats à *exécution instantanée* tels la vente ou le prêt dès lors qu'ils n'ont pas produit tous leurs effets essentiels avant le jugement d'ouverture³.

Les contrats dont la résiliation ou la résolution a été acquise avant le jugement ne sauraient être poursuivis⁴. Il en va de même des contrats pour lesquels les manquements commis avant le jugement ne sont pas d'ordre financier mais consistent en des violations d'obligations contractuelles.

Pour que le principe de continuation puisse jouer, les clauses fondées sur l'ouverture d'une procédure judiciaire ou sur la cessation des paiements sont prohibées. L'article L. 622-13 du Code de commerce énonce en effet que « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, *aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde* ».

982. Régimes spéciaux. Certains contrats sont poursuivis de plein droit. Il s'agit des contrats de travail et des contrats d'édition maintenus par faveur pour les salariés et les auteurs. Le contrat d'assurance peut quant à lui être résilié dans les trois mois du jugement d'ouverture.

983. Sort du bail. L'usage des locaux étant nécessaire à la poursuite de l'activité, les droits du bailleur d'immeuble sont particulièrement sacrifiés (C. com., art. L. 622-14)⁵.

La résiliation n'intervient que dans des cas *exceptionnels*. Nonobstant toute clause contraire, le défaut d'exploitation pendant la période d'observation dans un ou plusieurs immeubles loués par l'entreprise n'entraîne pas la résiliation du bail.

La résiliation du bail intervient au jour où le *bailleur est informé de la décision de l'administrateur de ne pas continuer le bail*. Dans ce cas, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif. Le cocontractant peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les

1. Com. 8 déc. 1987, D. 1988. 52, note F. Derrida.

2. Com. 2 mars 1993, RD bancaire 1993. 229.

3. Transfert de propriété pour la vente, remise des fonds s'agissant du prêt.

4. La clause résolutoire doit donc avoir été mise en œuvre en temps utile : Com. 17 mai 1994, JCP, éd. E, 1994. I. 394, n° 4, obs. P. P.

5. F. Auque, « Le cas particulier du bailleur », Rev. proc. coll. déc. 2006, p. 341.

dommages et intérêts. Elle est aussi prononcée lorsque le bailleur demande la résiliation ou fait constater la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture. Cependant, le bailleur ne peut agir qu'au terme d'un délai de trois mois à compter dudit jugement. Si le paiement des sommes dues intervient avant l'expiration du délai, il n'y a pas lieu à résiliation.

Le bailleur n'a privilège que pour les deux dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure. Si le bail est résilié, le bailleur a en outre privilège pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages et intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux.

Si le bail n'est pas résilié, le bailleur ne peut exiger le paiement des loyers à échoir lorsque les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou lorsque celles qui ont été fournies depuis le jugement d'ouverture sont jugées suffisantes.

En cas de cession de bail, toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est réputée non écrite (art. L. 622-15).

Lorsqu'il n'est pas désigné d'administrateur, c'est le débiteur qui peut demander la résiliation du bail en application des articles L. 622-1 à L. 622-14.

B. Privilège reconnu aux créanciers de la période d'observation

984. *Privilège des créanciers de la période d'observation.* Le crédit consenti à l'entreprise pendant la période d'observation doit être favorisé. Il est important que les créanciers soient payés par priorité à d'autres créanciers qu'ils soient antérieurs à la période d'observation ou qu'ils lui soient postérieurs. Avant la réforme de 2005 un privilège était déjà consenti aux créanciers dits de la période d'observation. Cependant, la rédaction du texte avait permis un gonflement du passif ainsi privilégié. La nouvelle loi a ainsi maintenu le principe d'un privilège consenti à certains créanciers. Mais elle a ajouté des conditions qui doivent être remplies pour que les créanciers puissent bénéficier de la faveur légale.

Si les créanciers remplissent les conditions, ils sont payés par priorité dans des conditions précisées par la loi. Le nouvel article L. 622-17 est ainsi rédigé : « Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pendant cette période, sont payées à leur échéance ».

La première condition est ainsi relative à la régularité de la créance. La créance doit être née d'un contrat passé en respectant les principes régissant la répartition des pouvoirs de gestion entre les différents organes de la procédure. Les dettes délictuelles ne sont pas nécessairement exclues dès lors qu'elles respectent l'exigence de finalité.

La seconde condition est relative à la date de naissance de la créance. *La créance doit être née après le jugement d'ouverture.* La détermination de la date de naissance d'une créance est souvent délicate pour certaines catégories de créances.

En présence d'un contrat à exécution successive, il est admis que la créance naît au jour de l'exécution de la prestation et non au jour de la conclusion du contrat.

La date de naissance de créances extra-contractuelles est aussi discutée.

Pour la détermination de la date de naissance des cotisations de sécurité sociale il est ainsi tenu compte du travail effectué. S'agissant de l'indemnité de licenciement, il est tenu compte de la date du licenciement.

S'agissant de créances fiscales, il est tenu compte de l'événement nécessaire à l'exigibilité de l'impôt.

Le nouvel article L. 622-17 exige, ce qui est nouveau, que la *créance soit née pour les besoins du déroulement de la procédure*, pour les besoins du déroulement de la période d'observation ou en raison d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle après le jugement. Un *critère lié à la finalité de la créance* a donc été introduit pour limiter le nombre de créanciers pouvant se prévaloir du privilège.

985. Exercice du privilège. Les créanciers de la période d'observation sont *préférés aux créanciers antérieurs*. Cependant, l'ordre n'est pas le même selon que l'entreprise est soumise à une procédure de sauvegarde, de redressement ou à une procédure de liquidation judiciaire.

Dans les deux premiers cas, lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent Code. Il s'agit dans ce dernier cas, du privilège reconnu aux créanciers ayant consenti un apport dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à un accord homologué.

L'ordre des paiements est ainsi fixé par l'article L. 622-17 :

- les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé
- les prêts consentis, ainsi que les créances résultant de la poursuite d'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 623-13 et dont le contractant accepte de recevoir un paiement différé
- les autres créances selon leur rang.

Les créances impayées perdent le privilège que leur confère le II du présent article si elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur et, à défaut du mandataire judiciaire, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation.

En cas de procédure de liquidation judiciaire l'article L. 641-3 fixe de nouvelles règles qui conduisent à une rétrogradation des créanciers. Ces derniers passent alors après les créanciers titulaires de sûretés immobilières, de sûretés mobilières spéciales dans la mesure où elles sont assorties d'un droit de rétention et ceux bénéficiaires de nantissements portant sur l'outillage et le matériel d'équipement.

986. Sort des créances postérieures non privilégiées. La loi conduit à la création d'une nouvelle catégorie de créanciers : ceux dont la créance est bien née pendant la période d'observation mais n'est pas née pour les besoins de la procédure d'observation ou ne correspond pas à une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle. Les créances doivent être déclarées dans les deux mois de la date d'exigibilité de la créance. Le sort des créanciers est le même que celui des créanciers antérieurs.

§ 3. ACTIONS EXERCÉES DANS L'INTÉRÊT DES CRÉANCIERS

987. Actions en paiement et en responsabilité. Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. En cas de carence, tout créancier nommé contrôleur peut agir.

Les sommes recouvrées entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif (art. L. 622-20).

De cette règle, il se déduit que le créancier peut toujours engager une action visant à réparer un préjudice personnel. Le préjudice doit alors être spécial, direct ou personnel, distinct de celui des autres créanciers.

Les principales actions exercées sont des actions en paiement et des actions en responsabilité engagées contre les tiers. Avant la réforme, beaucoup d'actions en responsabilité étaient engagées contre les établissements de crédit. Il leur était alors reproché un *soutien abusif de crédit*. Ces actions vont devenir rares en raison de l'article L. 650-1 qui pose un principe de non-responsabilité de la banque qui accorde des concours à une entreprise en difficultés. Seules trois exceptions sont admises, autorisant la recherche de la responsabilité pour soutien abusif de crédit : la fraude, l'immixtion ou la prise de sûretés excessives.

Section 2

Restrictions aux droits des créanciers

988. Principes. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, les droits des créanciers doivent être temporairement sacrifiés pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'interdiction des paiements et la suspension des poursuites sont rendues nécessaires pour assurer la continuité de l'exploitation. Ensuite, la période d'observation est mise à profit pour déterminer l'étendue du passif. Pour cette raison, les créanciers doivent déclarer leurs créances. Enfin, il faut que soit respectée la *règle de l'égalité entre créanciers*. La période ne doit pas être mise à profit pour que des créanciers soient favorisés au détriment d'autres.

Le sacrifice des créanciers apparaît à l'examen de plusieurs séries de règles : l'interdiction des paiements (§ 1), l'arrêt des poursuites (§ 2), l'arrêt du cours des intérêts (§ 3), l'absence de déchéance du terme (§ 4), l'interdiction des inscriptions (§ 5). Les créanciers sont en outre tenus de déclarer leurs créances (§ 6).

§ 1. INTERDICTION DES PAIEMENTS

989. L'interdiction des paiements est une règle fondamentale du droit des procédures collectives aujourd'hui posée par l'article 622-7 du Code de commerce. La règle concerne les créances antérieures et postérieures au jugement¹.

A. L'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture

990. Portée de la règle. Le principe de l'interdiction des paiements est énoncé par l'article L. 622-7 du Code de commerce : « Le jugement ouvrant la procédure emporte de

1. F. Perochon, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009. 651.

plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture à l'exception du paiement par compensation de créances connexes ». Il emporte également de plein droit interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires. Le jugement emporte aussi inopposabilité du droit de rétention conféré au créancier gagiste sans dépossession. Il fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissaire (C. com., art. L. 622-7). Le législateur a voulu préserver le maintien des liquidités et biens de l'entreprise qui peuvent être nécessaires à son redressement. La règle a aussi pour but de faire respecter le principe de l'égalité entre les créanciers.

La jurisprudence retient une conception extensive de la connexité. À défaut d'obligations réciproques dérivant d'un même contrat, le lien de connexité peut en effet exister entre créances et dettes nées de ventes et achats conclus en exécution d'une convention ayant défini entre les parties le cadre du développement de leurs relations d'affaires ou de plusieurs conventions constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations¹. La connexité suppose cependant une identité de nature entre les créances réciproques². Les contrats source des créances doivent être économiquement liés.

Il existe une technique permettant de contourner l'interdiction. La délégation de créances reçoit plein effet alors même que le délégant est en procédure de sauvegarde.

B. Interdiction de payer les créances nées après le jugement d'ouverture

991. L'ouverture de la procédure de sauvegarde entraîne interdiction de payer les créances nées après le jugement d'ouverture (art. L. 622-7, al. 2) Cependant deux exceptions sont prévues

Une exception est prévue pour les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle.

Une exception est aussi prévue pour les créances liées aux besoins de la vie courante du débiteur personne physique et des créances alimentaires.

§ 2. L'ARRÊT DES POURSUITES INDIVIDUELLES

992. Portée de la règle. Le jugement qui ouvre une procédure de sauvegarde arrête les poursuites individuelles de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au dit jugement³. L'article L. 622-21 du Code de commerce précise la portée de ce principe essentiel qui manifeste le caractère égalitaire et collectif de la procédure. L'arrêt des poursuites est une nécessité pour permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés alors même qu'elle n'est pas en cessation des paiements

1. Com. 9 mai 1995, *D.* 1996. 322, note Loiseau.

2. Com. 22 avr. 1997, *JCP*, éd. E, 1997. I. 681, n° 18, obs. P. P., rejetant une connexité entre une créance contractuelle et une créance délictuelle.

3. F. Aubert, « Droits d'action des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure collective », *Droit et patrimoine*, févr. 1998, p. 46.

L'article L. 622-21 du Code de commerce suspend ou interdit toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Les actions ayant un autre fondement que le défaut de paiement d'une somme d'argent sont recevables (par exemple l'action en garantie des vices cachés). Cependant, l'action tendant à l'exécution d'une obligation de faire tombe sous le coup de la règle de l'arrêt des poursuites, tout du moins si l'exécution en nature apparaît impossible¹.

Ce texte arrête ou interdit *toute voie d'exécution* de la part des créanciers sur les meubles et les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture². Cependant les procédures d'exécution engagées avant le jugement d'ouverture peuvent produire leur effet. Tel est le cas de la saisie attribution en raison de son effet attributif immédiat. Alors que la question était controversée, il a été admis qu'en cas de contrat à exécution successive, la saisie attribution pratiquée avant l'ouverture de la procédure collective s'étendait aux créances postérieures³. La saisie conservatoire produit également ses effets dès lors qu'elle a été convertie en saisie attribution avant le jugement d'ouverture⁴. Ne sont pas concernées par ce texte, les situations acquises au jour du jugement⁵. Ainsi une clause résolutoire ne produit effet que si elle a produit ses effets avant le jugement.

Les actions exercées contre les tiers ne sont pas concernées qu'il s'agisse de l'action du sous-traitant contre l'entrepreneur principal, de la victime d'un accident causé par le débiteur contre son assureur. La poursuite contre la caution personne morale demeure possible.

Les instances en cours sont suspendues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Les actions sont alors reprises mais elles tendent alors uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant (C. com., art. L. 621-41).

Le principe de l'interdiction des poursuites n'affecte pas les droits des créanciers contre les tiers. Les cautions peuvent ainsi être poursuivies. Cependant, l'article L. 622-28, de la loi fait bénéficier de l'arrêt des poursuites les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien à titre de garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans. Il s'agit d'inciter les dirigeants à déposer le plus tôt possible le bilan de leur entreprise.

Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont interrompus.

Les actions en justice et les procédures d'exécution autres que celles visées sont poursuivies au cours de la période d'observation à l'encontre du débiteur, après mise en cause du mandataire judiciaire et de l'administrateur lorsqu'il a une mission d'assistance ou après une reprise d'instance à leur initiative. (art. L. 622 -23).

1. Com. 9 juill. 1996, *RTD com.* 1997. 684.

2. Cependant l'effet attributif immédiat de la saisie exécution n'est pas remis en cause par la survenance d'un jugement ouvrant une procédure collective : Com. 19 févr. 2002, *RD bancaire et fin.* mai-juin 2002, comm. 105, obs. F. X. Lucas.

3. Ch. mixte 22 nov. 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 397, note D. Legeais, et 760, obs. M.-C.

4. Com. 10 déc. 2002, *Dalloz Affaires* 2003. AJ. 68, obs. A. Lienhard.

5. L'acte de saisie attribution a un effet attributif immédiat. Il en résulte que la saisie attribution d'une créance à exécution successive pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance du jugement poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ledit jugement : Com. 10 juill. 1996, *D.* 1996. 625, note P. Ancel, *JCP*, éd. E, 1997. I. 623, n° 11, obs. P. P ; Ch. mixte 22 nov. 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 469, note D. Legeais.

Lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêt du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert. (art. L. 622-23-1).

§ 3. ARRÊT DU COURS DES INTÉRÊTS

993. Effets à l'égard du débiteur. Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels ainsi que tous les intérêts de retard et majorations.

La règle reçoit une exception pour les intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an et pour les contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus (C. com., art. L. 622-28).

L'arrêt du cours des intérêts est nécessaire pour la détermination du passif. C'est aussi une conséquence de la règle de l'égalité entre les créanciers.

L'arrêt du cours des intérêts est définitif.

994. Sort des titulaires de sûretés. Les conséquences de l'ouverture de la procédure pour les garants sont profondément modifiées. Jusqu'alors, les cautions et coobligés ne pouvaient se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts. Désormais, les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté un bien à la garantie d'autrui peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts (C. com., art. L. 622-28).

§ 4. ABSENCE DE DÉCHÉANCE DU TERME

995. Le jugement d'ouverture ne rend plus exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite (C. com., art. L. 622-29).

La règle a pour but d'inciter le dirigeant à déclencher une procédure de sauvegarde. Le maintien du terme bénéficie à la caution.

§ 5. ARRÊT DU COURS DES INSCRIPTIONS ET DES PUBLICATIONS

996. Portée de la règle. Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. La même règle s'applique aux actes et décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels, à moins que ces actes n'aient acquis date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-30). La règle vise à fixer le patrimoine de l'entreprise. Elle empêche aussi les créanciers de se garantir après le jugement d'ouverture.

Deux exceptions sont prévues. Le Trésor public conserve son privilège pour les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture et pour les créances mises en recouvrement après cette date mais à la condition qu'elles aient été dûment déclarées dans les délais légaux. Le vendeur de fonds de commerce peut aussi inscrire son privilège dans la quinzaine de la vente malgré l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

§ 6. DÉCLARATION DES CRÉANCES

997. Déclaration des créances. En cas d'ouverture d'une procédure collective, tout créancier doit déclarer sa créance. Les créanciers devant déclarer sont les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture. La déclaration est adressée au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret.

Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié doivent être avertis personnellement de la publication du jugement. Le délai de déclaration court alors à compter de la notification de cet avertissement (art. L. 622-24).

Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture qui ne sont pas payées à leur échéance car elles ne remplissent pas les conditions posées par l'article L. 622-15 sont soumises à déclaration. Le délai court alors à compter de la date d'exigibilité de la créance.

Les créanciers dont les créances résultent d'un contrat à exécution successive déclarent l'intégralité des sommes qui leur sont dues (art. L. 622-24).

Les créances alimentaires ne sont pas concernées.

998. Théorie des coobligés. Dans le cas où plusieurs personnes doivent payer la même dette ou en garantissent solidairement le paiement, et où deux d'entre elles au moins sont simultanément soumises à une procédure collective, la déclaration du créancier dans les diverses procédures obéit à des règles favorables connues sous le nom de théorie des coobligés (art. L. 622-31 à L. 622-33).

En premier lieu, le créancier peut déclarer sa créance dans toutes les procédures. Ensuite, les paiements reçus postérieurement par le créancier ne viennent pas en déduction de la créance déclarée. Une même créance ne pouvant être déclarée deux fois, les recours entre coobligés à raison des paiements effectués après le jugement d'ouverture sont supprimés.

Mais comme le créancier ne peut recevoir plus que le montant total de sa créance, lorsque celle-ci est entièrement payée, les recours entre coobligés pour les sommes versées après le premier jugement peuvent à nouveau s'exercer, sous la forme d'une déclaration, après relevé de forclusion si nécessaire.

999. Forme de la déclaration. La déclaration doit être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix entre les mains du représentant des créanciers (C. com., art. L. 622-24)¹. Aucune forme n'est imposée. La déclaration doit simplement permettre d'établir le montant et la nature de la créance. La déclaration doit permettre d'identifier son signataire. Il incombe au créancier de rapporter cette preuve, le plus souvent grâce à l'existence d'une signature identifiable².

La déclaration s'analyse en une *demande en justice*. Un contentieux abondant a permis de préciser ses modalités lorsqu'elle est faite par une personne morale.

La *déclaration au nom de la personne morale* peut en premier lieu être faite par un *préposé*. Ce dernier doit bénéficier d'une *délégation* de pouvoir émanant d'un organe habilité à représenter la personne morale créancière³. La délégation doit être expresse.

1. J.-P. Remery, « La déclaration de créances. Délégation de pouvoirs et mandat », *JCP*, éd. E, 1999. 406.

2. Com. 17 juin 1997, *JCP*, éd. E, 1998. 31, obs. P. P.

3. P. Le Cannu, « Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société », *Bull. Joly* 1997. 628.

Elle doit emporter pouvoir de déclarer la créance. Ayant la faculté d'incarner la personne morale à la manière de l'organe dirigeant dont il tient ses pouvoirs, le préposé n'est pas soumis aux règles applicables au mandat de représentation en justice dont un tiers peut être investi. *Le préposé doit simplement prouver l'existence de sa délégation au jour de la déclaration.* Il peut en être justifié par la production de tout document l'établissant ayant ou non acquis date certaine¹, jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission des créances. L'attestation peut être postérieure à l'expiration du délai de déclaration.

La déclaration peut en second lieu être confiée à un *tiers étranger* à l'entreprise créancière qui donne *mandat* à cette fin. Le mandataire doit alors s'il n'est pas avocat ou avoué justifier avoir reçu mandat. Il doit disposer d'un *pouvoir spécial de représentation en justice* (mandat *ad litem*²). Le pouvoir donné au mandataire *ad litem* doit accompagner la déclaration de créance ou être produit dans le délai de celle-ci³. Il n'est pas nécessaire que le mandat ait acquis date certaine avant la déclaration. La déclaration faite sans pouvoir est irrégulière⁴.

La déclaration doit impérativement être faite dans *un délai de deux mois* qui court à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. Il s'agit d'un délai préfix insusceptible de suspension. Des prolongations de délai peuvent être accordées par le juge-commissaire en cas d'allongement de la durée de la période d'observation.

1000. Relevé de forclusion. Le créancier qui n'a pas déclaré dans les délais peut solliciter un relevé de forclusion (C. com., art. L. 622-26). L'action ne peut être exercée que dans un délai de six mois qui court à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. Le délai est porté à un an pour les créanciers placés dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance avant l'expiration du délai de six mois.

Deux cas sont prévus. Le premier est celui du créancier qui établit que la défaillance n'est pas due à son fait. Le second cas concerne le créancier qui établit que sa défaillance est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste.

L'ordonnance du juge-commissaire qui statue peut être frappée d'appel devant la cour d'appel dans le délai de dix jours.

En cas de relevé, le créancier est censé avoir effectué une déclaration régulière. Les créanciers ne peuvent cependant que concourir pour les distributions postérieures à leurs demandes.

1001. Sanction de l'absence de déclaration. Avant la réforme réalisée par la loi du 26 juillet 2005, la sanction de l'absence de déclaration était l'extinction de la créance. Le nouvel article L. 622-26 modifie la règle en énonçant que « les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur ». Ils ne peuvent alors concourir que pour les distributions postérieures à leur demande. Le texte prévoit également la possibilité d'un relevé de forclusion qui peut être exercé dans le délai de six mois qui court à compter de la publication du jugement d'ouverture ou de l'avis donné aux créanciers. Le délai est

1. La preuve peut résulter d'une attestation établie pour les besoins du procès, Com. 17 déc. 1996, *JCP*, éd. E, 1997, II. 941, note M. Béhar-Touchais.

2. Com. 17 juin 1997, *RD bancaire* 1997. 172, obs. M.-J. Campana et J.-M. Calendini.

3. Com. 19 nov. 1996, *JCP*, éd. E, 1997, II. 932, note Ph. Pétel.

4. Com. 25 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997. 583, note J.-F. Barbiéri.

porté à un an pour les créanciers placés dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance avant l'expiration du délai de six mois

Le créancier devient ainsi « hors procédure ». La créance n'étant pas éteinte, il en résulte plusieurs conséquences. La caution n'est plus libérée comme c'était le cas antérieurement. Pour autant, la caution ne peut être poursuivie immédiatement en application de l'article L. 622-28.

Le créancier est autorisé à poursuivre le débiteur, une fois clôturée la procédure, s'il est redevenu *in bonis*.

Les créances non déclarées régulièrement dans les délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie.

La sanction du défaut de déclaration n'est donc plus l'extinction de la créance ce qui a plusieurs conséquences. Les cautions pourront être poursuivies alors même que les créances n'auront pas été déclarées. Les créanciers pourront également poursuivre le débiteur à la fin de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation.

Section 3

Élaboration du bilan économique, social et environnemental

1002. Principes. La période d'observation est mise à profit pour l'élaboration du bilan économique et social et du projet de plan de redressement de l'entreprise. Au vu de ce bilan, l'administrateur propose un plan de sauvegarde. Si l'entreprise le requiert, il propose de convertir la procédure en une procédure de redressement ou de prononcer la liquidation judiciaire. S'il n'a pas été nommé d'administrateur, c'est le débiteur qui établit un projet de plan, aidé éventuellement par un expert nommé.

1003. Élaboration du bilan. Le bilan économique et social de l'entreprise est établi par l'administrateur avec le concours et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts.

Le bilan précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise. Si l'entreprise exploite une installation classée, le bilan est complété par un bilan environnemental.

Lorsqu'il n'est pas nommé d'administrateur, il n'est pas dressé de bilan économique social et environnemental.

1004. Informations communiquées au juge-commissaire. Le juge-commissaire doit être en mesure d'avoir une exacte information sur la situation économique, financière sociale et patrimoniale du débiteur. Il peut obtenir toutes communications des commissaires aux comptes, experts comptables, représentants du personnel, administrations et organismes ainsi que des établissements de crédit.

1005. Rôle de l'administrateur. L'administrateur reçoit du juge-commissaire tous renseignements et documents utiles à l'accomplissement de sa mission et de celle des experts.

Si l'entreprise a bénéficié d'un accord amiable homologué, l'administrateur reçoit communication du rapport d'expertise établi.

L'administrateur consulte le représentant des créanciers. Il doit entendre toute personne susceptible de lui communiquer des informations utiles sur la situation et les perspectives de redressement de l'entreprise, les modalités de règlement du passif et les conditions sociales de la poursuite de l'activité. Il informe le débiteur et recueille ses observations et propositions.

Il informe de l'avancement des travaux le représentant des créanciers le comité d'entreprise ou les représentants du personnel. Il informe aussi le débiteur des mesures qu'il envisage de proposer.

L'administrateur consulte aussi l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont le cas échéant relève le débiteur.

Section 4

Détermination du patrimoine du débiteur

1006. La détermination du patrimoine du débiteur s'opère par la mise en œuvre de trois séries de règles ; celles concernant la vérification et l'admission des créances, celles relatives aux droits des conjoints et enfin celles des droits créanciers pouvant revendiquer les biens.

§ 1. VÉRIFICATION ET ADMISSION DES CRÉANCES

1007. Le représentant des créanciers établit après avoir sollicité les observations du débiteur et éventuellement celles des contrôleurs, la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente. Il transmet cette liste au juge-commissaire.

Le créancier dont la créance est rejetée doit être informé. Il doit être invité à fournir des explications. Dans les trente jours, le créancier peut présenter ses observations. Il doit alors être entendu par le juge avec le débiteur.

Au vu des propositions du représentant des créanciers, le juge-commissaire décide de l'admission ou du rejet des créances ou constate soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence.

L'admission des créances a autorité de chose jugée.

Les décisions du juge-commissaire peuvent être contestées dans les dix jours de leur dépôt au greffe par le créancier, le débiteur ou le mandataire devant la cour d'appel. Si la valeur de la créance en principal n'excède pas le taux de compétence en dernier ressort du tribunal qui a ouvert la procédure, le juge-commissaire statue en dernier ressort.

1008. Vérification du passif salarial. Une procédure spéciale est prévue pour la vérification du passif salarial. L'obligation de déclaration pèse sur l'AGS. La vérification des créances incombe au mandataire judiciaire. Le représentant des salariés assiste aux opérations et vérifie les relevés qu'il doit signer. Les relevés sont ensuite soumis par le mandataire judiciaire au visa du juge-commissaire. Les relevés sont déposés au greffe et transmis à l'AGS.

Les créances salariales peuvent être contestées par les salariés. Les actions en cours devant le conseil des prud'hommes échappent au principe de la suspension des poursuites. Une copie de la décision est transmise au greffe.

Le salarié dont la créance ne figure pas en tout ou partie sur un relevé peut saisir le conseil des prud'hommes dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement de la mesure de publicité. Le salarié peut aussi agir devant le conseil des prud'hommes en cas de refus de l'AGS de prendre en charge une partie des salaires.

Des recours peuvent être formés par des tiers à l'exception du débiteur et du mandataire.

En fin de procédure, le relevé des créances salariales est porté sur l'état des créances.

§ 2. DROITS DU CONJOINT

1009. Remise en cause des droits. Le conjoint du débiteur soumis à la procédure doit établir la consistance de ses biens personnels conformément aux règles des régimes matrimoniaux et dans les conditions prévues par l'article L. 624-9 (C. com., art. L. 624-5). Le conjoint peut ainsi revendiquer ses biens propres.

Le mandataire judiciaire ou l'administrateur peuvent prouver que les biens du conjoint ont été acquis avec des valeurs fournies par le débiteur. Les acquisitions doivent alors être réunies à l'actif.

Le conjoint du débiteur qui, lors de son mariage, dans l'année d celui-ci ou dans l'année suivante était agriculteur ou exerçait une activité commerciale ou artisanale ou qui exerçait toute autre activité professionnelle indépendante, ne peut exercer dans la procédure de sauvegarde aucune action à raison des avantages faits par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage ou pendant le mariage. Les créanciers ne peuvent, de leur côté se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre

§ 3. PROCÉDURES DE REVENDICATIONS

1010. Principes. Quelques créanciers n'ont pas à craindre l'ouverture d'une procédure collective. Il s'agit de certains qui peuvent se prévaloir de la qualité de propriétaire ou qui sont titulaires d'un droit de rétention effectif¹. La présence de ces créanciers est de nature à faire échec à une tentative de poursuite de l'activité de l'entreprise. Pourtant le législateur, avec un manque de logique évident, favorise ces créanciers et ne limite nullement l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie. Depuis l'ordonnance en date du 18 décembre 2008, les créanciers bénéficiaires d'un droit de rétention liés à un gage sans dépossession et les créanciers bénéficiaires d'une fiducie sans dépossession ne peuvent exercer leurs droits sur le bien, dès lors que celui-ci est utile à l'entreprise.

1011. Les créanciers propriétaires. Tous les créanciers qui peuvent se prévaloir de la propriété d'un bien vendu ou loué au débiteur peuvent récupérer ce bien (C. com., art. L. 624-9). Ils n'ont pas à déclarer leur créance au représentant des créanciers (vendeur avec réserve de propriété, loueurs de meubles, crédit-bailleurs). Une distinction s'impose cependant.

Des créanciers doivent exercer une *procédure de revendication* dans un délai de trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture (art. L. 624-9). Pour les contrats en cours, le point de départ du délai est la date de résiliation du contrat ou celle de la survenance du terme.

1. M.-J. Campana et J.-M. Calendini, « Droit de rétention et procédures collectives : la dissipation des dernières ambiguïtés », *JCP*, éd. E, 1998. 1083.

La revendication prend la forme d'une lettre avec accusé de réception adressée au représentant des créanciers et à l'administrateur.

La réalisation de l'inventaire lors de l'ouverture de la procédure facilite la preuve.

Le mandataire peut acquiescer à la demande du créancier avec l'accord du débiteur. En cas de désaccord, c'est le juge-commissaire qui doit statuer (art. L. 624-17).

Cette procédure peut être mise en œuvre par tout propriétaire de bien et par toute personne subrogée dans ses droits.

La revendication peut concerner tous les meubles corporels et incorporels. Il est cependant nécessaire que les biens revendiqués soient restés en nature dans le patrimoine du débiteur au moment de l'ouverture de la procédure. Tel n'est pas le cas de l'indemnité d'assurance correspondant à la perte d'un bien vendu avec réserve de propriété¹. Pour que l'action en revendication prospère, il est également nécessaire que les biens revendiqués soient identifiables². La fongibilité de la monnaie fait ainsi obstacle à la revendication des fonds litigieux s'ils ont été confondus avec d'autres. Elle ne s'y oppose pas dans le cas contraire³. Des fonds figurant sur un compte individualisé peuvent ainsi être revendiqués. Titulaire d'une simple créance, le constituant du séquestre doit quant à lui déclarer sa créance⁴.

Peuvent aussi être revendiqués à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve à l'usage ou la jouissance en qualité de constituant (art. L. 624-16).

En l'absence de revendication dans le délai, les biens concernés deviennent le gage des créanciers.

Certains créanciers sont dispensés de revendication (C. com., art. L. 624-10). Il s'agit des loueurs et crédit-bailleurs si leur contrat a été publié. Il s'agit en second lieu des vendeurs avec réserve de propriété s'ils ont fait publier leur garantie. Ces créanciers peuvent demander la restitution de leur bien au mandataire. Encas de contestation, le juge-commissaire statue sur les droits du propriétaire.

1012. Les droits du vendeur de meubles. Des dispositions particulières s'appliquent au vendeur de meubles. Des distinctions s'imposent.

Le premier cas est celui du vendeur qui *n'a pas stipulé de clause de réserve de propriété*.

S'il n'a pas encore livré la marchandise au débiteur, il dispose d'un droit de rétention qui est parfaitement opposable à tous. Il peut donc conserver les marchandises vendues. L'administrateur peut retirer le bien à condition d'en payer le prix.

Par faveur pour les vendeurs impayés, le législateur autorise la revendication des marchandises expédiées au débiteur tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte (art. L. 624-13). Ce droit disparaît cependant lorsque les marchandises ont été vendues avant leur arrivée, sur factures ou titres de transport réguliers.

1. Com. 25 mars et 22 avr. 1997, *RD bancaire* 1997. 133, obs. M.-J. Campana et J.-M. Calendini.

2. V. pour les difficultés posées par les médicaments qualifiés de bien fongibles : *JCP*, éd. E, 2001. 221.

3. Com. 25 mars 1997, *JCP*, éd. E, 1997. II. 991, note Ph. Pétel ; *RD bancaire* 1997. 127, obs. M.-J.

4. Com. 4 mars 1997, *RD bancaire* 1997. 129, n° 4.

Si le vendeur ne s'est pas dessaisi des meubles vendus l'article L. 624-14 lui reconnaît un droit de rétention sur les biens en sa possession.

Le vendeur qui s'est dessaisi du bien voit ses droits suspendus, qu'il s'agisse de son privilège ou de son action résolutoire. La revendication demeure cependant possible lorsque la vente a été résolue antérieurement au jugement d'ouverture ou lorsque l'action en résolution a été introduite avant l'ouverture de la procédure mais pour une cause autre que le défaut de paiement du prix.

Les intérêts du vendeur sont mieux préservés lorsqu'il a vendu les *biens avec réserve de propriété* (art. L. 624-16). Le transfert de propriété des biens vendus est alors subordonné au paiement intégral de leur prix. Une clause doit avoir été stipulée et avoir été acceptée par l'acheteur au plus tard au moment de la livraison des marchandises.

La clause peut figurer dans les conditions générales de vente du vendeur.

La clause est alors opposable à tous et le vendeur est en droit de revendiquer les *marchandises vendues qui se retrouvent en nature dans le patrimoine du débiteur*. La loi du 10 juin 1994 a renforcé l'efficacité de la clause en étendant les possibilités de revendication. En premier lieu, la revendication peut s'exercer sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés. En second lieu, la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité. La détermination du caractère fongible des biens est laissée à l'appréciation des juges. Il importe peu que la revendication porte sur le bien d'autrui¹.

Le vendeur qui remplit les conditions exigées peut exercer une revendication ou demander la restitution des marchandises si la clause a été publiée. La revendication peut aussi porter sur le prix de revente des marchandises ou sur l'indemnité d'assurance en cas de perte ou de vol des biens vendus.

La demande de restitution peut être acceptée. Elle entraîne alors la résiliation de la vente. Le vendeur doit alors restituer les acomptes reçus sauf à les compenser avec des dommages et intérêts réparant le préjudice subi. Ces dommages et intérêts doivent avoir été déclarés. Une revendication peut être faite par le prêteur subrogé dans les droits du vendeur.

L'administrateur peut vouloir conserver les marchandises. Dans ce cas, il ne peut s'opposer à la demande de restitution qu'en payant le prix des marchandises.

Le vendeur doit impérativement adresser une demande au mandataire avant de saisir le juge-commissaire à défaut d'acquiescement ou en cas de contestation².

1. Com. 5 mars 2002, *JCP*, éd. E, 2002. 1381, obs. M.-C. ; Com. 13 nov. 2002, *JCP*, éd. E, 2003. 667, note F. Forgues.

2. Com. 2 oct. 2001, *JCP*, éd. E, 2002. 175, n° 13, obs. M.-C. et Ph. P.

Plan de sauvegarde

1013. La période d'observation a pour but de permettre l'élaboration d'un plan de redressement et se termine par son adoption s'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée¹. La procédure se distingue du redressement judiciaire par la plus grande liberté conférée au chef d'entreprise de trouver un accord directement avec ses créanciers.

Section 1

Élaboration du projet de plan

Deux régimes sont prévus. Le premier concerne l'ensemble des entreprises. Le second concerne des entreprises correspondant à des seuils définis. Des comités de créanciers interviennent alors.

§ 1. RÉGIME DE DROIT COMMUN

1014. Contenu du projet de plan. La période d'observation est mise à profit pour l'élaboration du projet de plan de redressement.

C'est le débiteur, qui avec le concours de l'administrateur propose un plan, au vu du bilan économique, social et le cas échéant environnemental (art. L 626-2). À la demande du débiteur, le tribunal peut ordonner la cessation partielle de l'activité.

Lorsqu'il n'a pas été nommé d'administrateur, c'est le débiteur qui exerce les prérogatives de ce dernier dans les conditions prévues par les articles L. 627-1 et suivants.

L'article L. 626-2 précise que le projet de plan détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles. Il définit les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le chef d'entreprise doit souscrire pour en assurer l'exécution.

Ce projet expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité. Lorsque le projet prévoit des licenciements pour motif économique, il rappelle les mesures déjà intervenues et définit les

1. M. Behar-Touchais, « Les plans de sauvegarde et de continuation », *Rev. proc. coll.* déc. 2005, p. 363. G. Blanc, « Le plan de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* juin 2006, p. 168.

actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé. Le projet tient compte des travaux recensés par le bilan environnemental.

Il recense, annexe et analyse les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités, présentées par des tiers. Il indique la ou les activités dont sont proposés l'arrêt ou l'adjonction.

1015. Réorganisation de la personne morale. Le projet de plan peut contenir des mesures touchant à la personne morale et ses dirigeants.

Une modification de capital peut être demandée à l'assemblée compétente. Des reconstitutions de capitaux propres, des augmentations ou réduction de capital peuvent être exigées.

Sur demande du ministère public, le tribunal peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants. Des parts peuvent être déclarées incessibles. Des cessions de parts peuvent être ordonnées.

1016. Négociation avec les créanciers. L'aspect le plus novateur de la procédure de sauvegarde consiste dans *la procédure organisée permettant au débiteur d'obtenir un accord avec ses créanciers* ou certains d'entre eux. Les procédures sont prévues par les nouveaux articles L. 626-5 et suivants.

Les propositions pour le règlement des dettes sont au fur et à mesure de leur élaboration et sous la surveillance du juge-commissaire, communiquées par l'administrateur au mandataire judiciaire aux contrôleurs ainsi qu'au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.

Le mandataire judiciaire recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance sur les délais et remises qui lui sont proposés.

Les créanciers peuvent décider des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou de l'abandon de ces sûretés.

En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut acceptation.

Le même dispositif s'applique à l'AGS.

Un régime particulier est prévu pour les remises consenties par les administrations et certains organismes (C. com., art. L. 626-6). Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage et les institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale peuvent accepter, concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur. Cependant, afin de respecter les règles de la concurrence et le régime des aides d'état, les remises doivent être similaires à celles qu'octroierait au débiteur, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation¹. Les administrations financières peuvent remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'état et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'état dus par le débiteur. S'agissant des impôts indirects perçus au profit de

1. Un décret en date du 5 février 2007 précise les modalités de remise : le taux de remise accordé par chaque créancier public n'excède pas le taux moyen de remise des créances privées. Le montant de remises de dettes publiques ne peut excéder trois fois le montant de remise des dettes privées. Les remises de dettes publiques ou privées doivent se faire dans des conditions similaires et il ne peut y avoir abandon de créances publiques s'il n'y a pas abandon concomitant de créances privées. V. A. Milsan, « Les remises de dettes publiques », *JCP*, éd. E, 2007. 1901.

l'état et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise.

Le mandataire judiciaire dresse un état des réponses faites par les créanciers. Cet état est adressé au débiteur et à l'administrateur, ainsi qu'aux contrôleurs. Le ministère public reçoit communication du rapport (art. L. 626-7).

Le comité d'entreprise où, à défaut, les délégués du personnel et le mandataire judiciaire sont informés et consultés sur les mesures que le débiteur envisage de proposer dans le projet de plan au vu des informations et offres reçues.

Ils le sont également ainsi que le ou les contrôleurs, sur le bilan économique et social et sur le projet de plan, qui leur sont communiquées par l'administrateur et complétées, le cas échéant de ses observations.

Les documents mentionnés sont simultanément adressés à l'autorité administrative compétente en matière de droit du travail. Le procès verbal de la réunion à l'ordre du jour de laquelle a été inscrite la consultation des représentants du personnel est transmis au tribunal ainsi qu'à l'autorité administrative compétente. Le ministère public en reçoit communication (art. L. 626-8).

§ 2. PROCÉDURE APPLICABLE EN PRÉSENCE D'UN COMITÉ DE CRÉANCIERS

1017. Création d'un comité de créanciers. L'un des apports majeurs de la loi est de favoriser la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers. La procédure s'applique dans les grandes entreprises. L'innovation consiste alors à créer des comités de créanciers (art. L. 626-29 et s.).

1018. Débiteurs concernés. La procédure s'applique aux débiteurs dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable. Le nombre de leurs salariés ou leur chiffre d'affaires doivent être supérieurs à des seuils fixés par décret : 150 salariés ou 20 millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxes. Le juge-commissaire peut aussi autoriser la mise en place de cette procédure en deçà de ce seuil à la demande du débiteur ou de l'administrateur.

1019. Mise en place des comités. Deux comités de créanciers sont constitués par l'administrateur dans un délai de trente jours à compter du jugement d'ouverture de la procédure. Le premier comité regroupe les établissements de crédit. Les établissements de crédit et ceux assimilés, ainsi que tous les titulaires d'une créance acquise auprès de ceux-ci ou d'un fournisseur de biens ou de services, sont membres de droit du comité des établissements de crédit. Le second regroupe les principaux fournisseurs de biens ou de services. Les fournisseurs sont membres de droit du comité lorsque leurs créances représentent plus de 3 % du total des créances des fournisseurs. Les autres fournisseurs, lorsqu'ils sont sollicités par l'administrateur peuvent accepter de faire partie du comité (art. L. 626-30).

Les créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur sont membres d'un comité pour les seules créances non assorties d'une fiducie. Il s'agit d'éviter que ces créanciers compromettent l'élaboration du plan.

L'obligation ou la faculté de faire partie d'un comité constitue un accessoire de la créance née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure et se transmet de plein droit à ses titulaires successifs nonobstant toute clause contraire.

Le titulaire de la créance transférée n'est informé des propositions du débiteur et admis à exprimer un vote qu'à compter du jour où le transfert a été porté à la connaissance de l'administrateur selon des modalités prévues par décret.

Les créanciers qui ne sont pas membres des comités et les créanciers bénéficiaires d'une fiducie sont consultés selon les modalités prévues par les articles L. 626-5 à L. 626-6.

L'ordonnance précise les fonctionnements des comités de créanciers en tenant compte des difficultés pratiques rencontrées.

Le débiteur, avec le concours de l'administrateur, présente aux comités de créanciers des propositions en vue d'élaborer le projet de plan. Tout créancier membre d'un comité peut également soumettre de telles propositions au débiteur et à l'administrateur.

Le projet de plan peut notamment prévoir des délais de paiement, des remises et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Le plan peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient.

Après discussion avec le débiteur, et l'administrateur, les comités se prononcent sur ce projet, le cas échéant modifié, dans un délai de vingt à trente jours suivant la transmission des propositions du débiteur. À la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge commissaire peut augmenter ou réduire ce délai, qui ne peut toutefois être inférieur à quinze jours.

La décision est prise par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote. Pour les créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur sont seuls pris en compte les montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté.

1020. *Élaboration du plan.* La finalité des comités est de permettre une solution négociée entre le débiteur et ses principaux créanciers sans intervention judiciaire. Le débiteur doit présenter aux deux comités des propositions en vue d'élaborer le projet de plan. Celui-ci peut prévoir de nouveaux crédits, avances ou apports ainsi que des conversions de créances. Une discussion s'instaure alors avec l'administrateur judiciaire, le débiteur et les comités. Un avis est demandé au mandataire judiciaire, aux représentants du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel. Les comités se prononcent sur le projet dans les trente jours de sa transmission. Chaque comité prend sa décision à la majorité de ses membres, représentant au moins les deux tiers du montant des créances de l'ensemble des membres du comité. Cette règle dite du « *cram down* » permet de passer outre la volonté des créanciers les plus durs.

Le projet de plan n'est pas soumis aux articles L. 626-12 et L. 626-18. Il n'existe donc pas de durée maximale au plan. Il n'existe plus d'obligation de versement d'un dividende minimum de 5 % à l'expiration de la première année.

Lorsque l'un ou l'autre des comités et le cas échéant l'assemblée des obligataires ne se sont pas prononcés, sur un projet de plan dans un délai de six mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure, que l'un d'eux a refusé les propositions faites par le débiteur ou que le tribunal n'a pas arrêté le plan, la procédure est reprise pour préparer un plan (L. 626-34).

Le tribunal statue dans le même jugement sur les contestations relatives à l'application des articles L. 626-30 à L. 636-32 et sur l'arrêté ou la modification du plan.

Les créanciers ne peuvent former une contestation qu'à l'encontre de la décision du comité ou de l'assemblée dont ils sont membres.

Les créanciers non-membres des comités sont consultés. À leur égard, les règles habituelles concernant l'arrêt du plan s'appliquent.

1021. Détermination des créances des membres du comité. Lorsque le montant de la créance déclarée par l'un des membres du comité correspond au montant indiqué par le débiteur, il n'est pas procédé à sa vérification. L'arrêt du plan par le tribunal vaut alors admission de la créance.

1022. Consultation des obligataires. Lorsqu'il existe des obligataires une assemblée générale constituée de l'ensemble des créanciers titulaires d'obligations émises en France ou à l'étranger est convoquée afin de délibérer sur le projet de plan adopté par les comités de créanciers.

La délibération peut notamment porter sur des délais de paiement, un abandon total ou partiel des créances obligataires et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Le projet de plan peut établir un traitement différent entre les créanciers obligataires si les différences de situation le justifient.

La décision est prise à la majorité des deux tiers du montant des créances obligataires détenues par les porteurs ayant exprimé leur vote, nonobstant toute clause contraire et indépendamment de la loi applicable au contrat d'émission.

L'administrateur judiciaire doit convoquer les représentants de la masse s'il y en a une pour leur présenter le plan. Les représentants de la masse doivent alors convoquer l'assemblée des obligataires. La délibération peut porter sur un abandon total ou partiel des créances.

Section 2

Adoption et exécution du plan de sauvegarde

1023. Adoption du plan de sauvegarde. Le plan ne peut être adopté que s'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée. Le tribunal statue après avoir respecté une procédure prévue par l'article L. 626-9. Le tribunal procède à certaines auditions : il entend le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs, les représentants des salariés. Il recueille l'avis du ministère public. Le tribunal statue au vu du rapport de l'administrateur.

Lorsque le projet de plan a été adopté par les comités, le tribunal s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés.

1024. Commissaire à l'exécution du plan. Un commissaire veille à l'exécution du plan. C'est l'administrateur ou le mandataire judiciaire. Il poursuit les actions déjà engagées et est habilité à agir dans l'intérêt collectif des créanciers (art. L. 626-25). Le commissaire n'a aucun pouvoir d'assistance ou de représentation du débiteur.

1025. Portée de l'accord. Le tribunal arrête le plan. Il s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés. Sa décision rend applicable à tous leurs membres les propositions acceptées par chacun des comités. Il ne peut alors plus faire l'objet de modification substantielle.

1026. Portée pour l'entreprise. La durée du plan ne peut excéder dix ans. Lorsque le débiteur est un agriculteur, la durée ne peut excéder quinze ans. Des garanties d'exécution du plan peuvent être prévues. Le plan peut décider l'indisponibilité des biens indispensables à la continuation de l'entreprise (art. L. 626-14).

1027. Portée attachée à la décision. Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions *opposables* à tous. Le jugement est aussi opposable aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une caution personnelle ou une garantie autonome (C. com., art. L. 626-11). La solution est nouvelle. Elle est admissible à l'égard des cautions dès lors qu'il s'agit d'une conséquence du caractère accessoire de cet engagement. Elle est parfaitement contradictoire avec le caractère indépendant de la garantie autonome. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir du plan. L'arrêt du plan par le tribunal entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques.

1028. Mesures sociétaires. L'adoption du plan peut avoir des conséquences sociétaires. L'entreprise continue d'être dirigée par celui qui a mis en œuvre la procédure. Le tribunal peut cependant exiger à la demande du ministère public qu'un ou plusieurs dirigeants soient remplacés si la survie de l'entreprise le requiert. Le plan mentionne les modifications des statuts nécessaires à la réorganisation de l'entreprise (art. L. 626-15). En cas de nécessité, le jugement qui arrête le plan donne mandat à l'administrateur de convoquer l'assemblée compétente pour mettre en œuvre les modifications prévues par le plan.

Le tribunal peut également ordonner la cession ou l'incessibilité des parts, actions, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital. Le tribunal peut aussi décider que le droit de vote sera exercé pour une durée qu'il fixe, par un mandataire désigné à cet effet.

1029. Apurement du passif. Les modalités d'apurement du passif sont précisées. Le plan doit prévoir le règlement de toutes les créances réclamées.

Le tribunal donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers (art. L. 626-18). Les délais et remises peuvent le cas échéant être réduits par le tribunal. Pour les autres créanciers, le tribunal impose des délais uniformes de paiement, sous réserves en ce qui concerne les créances à terme, des délais supérieurs stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure qui peuvent excéder la durée du plan.

Le plan peut prévoir un choix pour les créanciers comportant un paiement dans des délais uniformes plus brefs mais assorti d'une réduction proportionnelle de la créance (art. L. 626-19).

Le premier paiement ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an (art. L. 626-18, al. 2). Au-delà de la deuxième année, le montant de chacune des annuités prévues par le plan ne peut, sauf dans le cas d'une réglementation agricole, être inférieur à 5 % du passif admis. Les paiements prévus par le plan sont portables.

Les sommes sont payées entre les mains du commissaire à l'exécution du plan qui procède à leur répartition.

Trois catégories de créanciers sont payés par priorité : Il s'agit des créanciers ayant des créances salariales privilégiées ou super-privilégiées. Il s'agit des petits créanciers chirographaires dans les conditions prévues par l'article L. 626-20. II. Un paiement immédiat est aussi possible au profit des créanciers inscrits en cas de vente du bien grevé de leurs sûretés (art. L. 626-22).

Lorsque le plan de sauvegarde est adopté après un vote des comités de créanciers, les créanciers membres de chaque comité peuvent consentir des remises de dettes et des délais supérieurs à ceux du plan.

1030. Plan de cession. Le plan comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités. Mais les *cessions sont alors traitées comme des liquidations judiciaires*. Il s'agit là de l'une des innovations majeures de la loi. Sous l'empire de la loi de 1985, le plan de cession était l'une des suites possibles de la procédure de redressement judiciaire.

1031. Modification du plan. Une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan.

Le tribunal statue après avoir recueilli l'avis du ministère public et avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et toute personne intéressée (art. L. 626-26). La modification substantielle concerne le plus souvent le volet financier du plan.

1032. Inexécution du plan. L'inexécution du plan entraîne sa résolution dans les conditions fixées par l'article L. 626-27. Le débiteur ne doit pas avoir exécuté ses engagements dans les délais fixés. La résolution est prononcée après avis du ministère public.

Le tribunal dispose de la faculté de prononcer la résolution du plan. Le jugement qui prononce la résolution met fin aux opérations et emporte déchéance de tout délai de paiement accordé. La résolution entraîne la déchéance des délais de paiement. Les poursuites des créanciers peuvent reprendre.

1033. Conversion en redressement judiciaire. Lorsque la cessation des paiements du débiteur est constatée au cours de l'exécution du plan, le tribunal qui a arrêté ce dernier décide, après avis du ministère public, sa résolution et prononce sa liquidation judiciaire (art. L. 626-27).

L'ordonnance du 18 décembre élargit les possibilités de conversion. À la demande du débiteur, la conversion en redressement judiciaire peut intervenir alors même que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements. L'adoption du plan de sauvegarde doit être manifestement impossible et la clôture de la procédure devrait conduire de manière certaine et à bref délai à la cessation des paiements (art. L. 622-10).

Titre III

Le redressement judiciaire

1034. *Caractères principaux.* Le redressement judiciaire est une procédure qui doit être ouverte lorsqu'une entreprise, tout en étant en état de cessation des paiements conserve des perspectives de redressement. L'actuelle procédure de sauvegarde emprunte la majeure partie de ses règles au redressement judiciaire tel qu'il était conçu avant la réforme opérée par la loi du 25 juillet 2006. Comme la procédure de sauvegarde, la procédure de redressement judiciaire s'ouvre par une période d'observation mise à profit pour dresser un bilan et préparer un plan de redressement.

Le droit du redressement judiciaire se distingue cependant de celui de la procédure de sauvegarde en raison du rôle joué par la cessation des paiements. Celle-ci est une condition de l'ouverture de la procédure (Section 1). La période qui la précède est une période suspecte. Les actes passés pendant cette période peuvent être remis en cause (Section 2). La procédure conduit à la mise en place d'un plan de redressement (Section 3).

Section 1

L'ouverture de la procédure

1035. *Conditions tenant à la personne.* La procédure est applicable à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, 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, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé.

La procédure peut aussi concerner ces personnes après cessation de leur activité, si tout ou partie de leur passif provient de cette dernière. La procédure peut aussi s'appliquer à la personne décédée en cessation de paiements.

1036. *Exigence de cessation des paiements.* La procédure est ouverte à tout débiteur qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Toutefois, depuis l'ordonnance en date du 18 décembre, le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en état de cessation des paiements. La finalité de la procédure est rappelée : elle est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. À cette fin, elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation (art. L. 631-1).

La procédure de sauvegarde doit ainsi être convertie en procédure de redressement judiciaire dès lors que l'entreprise est en état de cessation de paiements (art. L. 631-8).

1037. Initiative de la procédure. À la différence de la procédure de sauvegarde, la procédure de redressement judiciaire peut être ouverte à la demande de plusieurs personnes. La procédure peut être imposée au débiteur. Elle doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements, à moins que le débiteur n'ait demandé dans ce délai l'ouverture d'une procédure de conciliation (art. L. 631-4).

La procédure peut être ouverte en cas d'échec de la procédure de conciliation si le rapport du conciliateur établit que le débiteur est en cessation des paiements.

Le tribunal peut se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public.

La procédure peut enfin être ouverte sur assignation du créancier. Celle-ci doit préciser la nature et le montant de la créance et contenir tout élément de preuve de nature à caractériser la cessation des paiements. Le créancier pourrait engager sa responsabilité en cas de procédure injustifiée.

1038. Fixation de la date de cessation des paiements. C'est le tribunal qui fixe la date de cessation des paiements. À défaut, la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement qui la constate.

Elle peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement constatant la date de cessation des paiements. Sauf cas de fraude, elle ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable (art. L. 631-8).

La période qui s'écoule entre la date de cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire est la période suspecte. Les actes faits pendant cette période peuvent être annulés.

Section 2

La période d'observation

§ 1. RÈGLES SPÉCIFIQUES

1039. Sort des dirigeants. La procédure ouvre une période d'observation mise à profit pour l'établissement du projet de plan de redressement.

Deux procédures sont possibles.

Un ou plusieurs administrateurs judiciaires peuvent avoir été nommés. Leur mission est fixée par le tribunal. Ils peuvent être chargés d'assister le débiteur dans sa gestion ou d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise. C'est une différence significative avec la procédure de sauvegarde. Lorsque certains seuils sont atteints, ils sont assistés d'experts désignés par le tribunal (art. L. 631-12).

Lorsqu'il n'est pas désigné d'administrateur, l'activité est poursuivie par le débiteur qui exerce alors les prérogatives dévolues à ce dernier.

L'incessibilité des droits sociaux des dirigeants est automatique et attachée au jugement d'ouverture (L. 631-10). Les titres ne peuvent être cédés, à peine de nullité que dans les conditions fixées par le tribunal.

L'administrateur peut recevoir des offres de tiers tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, par une cession totale ou partielle.

Le régime applicable à la période d'observation est pour l'essentiel le même que celui prévu pendant la procédure de sauvegarde. Quelques différences subsistent cependant.

Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'opposabilité prévue par l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues à l'article L. 622-28.

Lorsque le débiteur a transféré des biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ayant donné lieu au plan résolu, la convention en exécution de laquelle celui-ci conserve l'usage ou la jouissance de ces biens ou droits n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 622-13 et les dispositions de l'article L. 622-23-1 ne sont pas applicables. Il en résulte que le contrat n'est pas soumis aux principes gouvernant les contrats en cours. Le transfert de biens peut intervenir au profit du créancier bénéficiaire de la sûreté.

§ 2. LES ACTIONS EN NULLITÉ ET EN INOPPOSABILITÉ

1040. *Fragilité des actes passés pendant la période suspecte.* La période suspecte est celle qui court de la date de cessation des paiements à celle du jour du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Pendant cette période, le débiteur accomplit souvent des actes pour organiser son insolvabilité ou pour avantager certains de ses créanciers ce qui est contraire au principe fondamental de l'égalité entre les créanciers. Prévenant les fraudes, les nullités ont aussi pour fonction de reconstituer l'actif du débiteur. Certains des actes passés par le débiteur sont obligatoirement annulés. D'autres peuvent l'être à certaines conditions.

1041. *Les nullités obligatoires.* L'article L. 632-1 du Code de commerce énonce une liste de sept catégories d'actes qui sont nuls lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis la date de cessation des paiements.

L'administrateur, le représentant des créanciers, le liquidateur ou le commissaire à l'exécution du plan peuvent en demander la nullité sans avoir à rapporter la preuve directe de la fraude du débiteur et de la mauvaise foi du créancier. Il n'est pas nécessaire que l'acte ait causé un préjudice à l'entreprise.

Les actes concernés sont les suivants :

- les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière¹ ;
- les contrats commutatifs déséquilibrés. C'est ainsi que le représentant des créanciers a le droit d'agir en annulation de l'état liquidatif compris dans une convention définitive de divorce homologuée² ; une telle convention peut en effet porter atteinte aux droits des créanciers ; or l'action paulienne n'est pas recevable contre un tel acte ; le déséquilibre doit être notable ;
- les paiements de dettes non échues au jour du paiement ; la loi sanctionne le débiteur qui cherche à avantager le créancier en le payant avant terme ;
- les paiements non communément admis dans les relations d'affaires pour dettes échues. De par la loi, certains procédés de paiement sont réputés normaux : il s'agit des espèces, des effets de commerce, des virements et des paiements réalisés par voie de

1. La nullité produit ses effets même à l'égard des tiers acquéreurs de bonne foi : Com. 3 févr. 1998, *JCP*, éd. E, 1998. 655, note M. Cabrillac.

2. Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 440 ; *RD bancaire et fin.* 2000. 90, obs. F.-X. Lucas.

bordereau « Dailly ». D'autres modes de paiement font l'objet d'appréciations diverses selon les circonstances. La *compensation* légale est un mode normal de paiement. La *compensation conventionnelle* de deux dettes qui ne sont pas certaines, liquides et exigibles est en principe nulle sauf lorsque les deux dettes réciproques sont *connexes*. La *cession de créance* et la *délégation de créance* peuvent être considérées comme des modes normaux de paiement si tel est l'usage dans le domaine d'activité concerné ;

- les dépôts et consignations ;

- la constitution de sûretés en garantie de dettes antérieures¹. L'hypothèque est ainsi nulle alors même qu'une promesse d'hypothèque a été consentie avant la date de cessation des paiements². La cession de créance à titre de garantie consentie dans les formes de la loi « Dailly » échappe à la sanction³ ;

- les mesures conservatoires, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation des paiements. Est ainsi nulle la *saisie conservatoire* de créance effectuée après la date de cessation des paiements⁴. Cette solution n'allait pas de soit. En la retenant, la Cour de cassation fait prévaloir les principes gouvernant les procédures collectives sur ceux gouvernant les voies d'exécution ;

- toute autorisation et levée d'options d'achat d'actions. Le texte vise concrètement les stocks options ;

- tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire en application des articles 2011 et suivants du Code civil à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ;

- tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant.

1042. Les nullités facultatives. Le tribunal peut en premier lieu annuler les paiements pour dettes échues et les actes accomplis après la date de cessation des paiements si « ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements » (art. L. 632-2). La preuve d'un préjudice subi par l'entreprise n'est pas nécessaire. En l'absence de preuve de la connaissance par le créancier de la cessation des paiements, la nullité n'est pas encourue⁵.

Tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition peut également être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier après la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci.

1. La substitution d'une sûreté est admise sous réserve qu'elle n'augmente pas la garantie du créancier concerné : Com. 20 janv. 1998, *JCP*, éd. E, 1998. 655.

2. Com. 12 nov. 1997, *Dalloz Affaires* 1997, n° 44.

3. Com. 28 mai 1996, *Dalloz Affaires* 1996. 842, *RTD civ.* 1996. 671, obs. P. Crocq. Pour la Cour de cassation, l'article 107-6 n'est pas applicable car la cession de créance consentie dans les formes de la loi du 2 janvier 1981 transfère au cessionnaire la propriété de la créance, même lorsqu'elle est effectuée en vue de garantir le paiement du solde du compte courant et sans stipulation de prix, de telle sorte qu'une telle cession n'est pas une constitution d'un droit de nantissement sur un bien du débiteur. Il convient cependant de souligner qu'une telle cession ne permet pas au cessionnaire de recevoir le paiement des créances nées d'un contrat à exécution successive, postérieurement au dépôt de bilan (Com. 28 avr. 2000, *JCP*, éd. E, 2000. 1134).

4. Com. 12 oct. 1999, *RD bancaire et fin.* 2000. 93, obs. J.-M. Delleci.

5. Pour une application en matière de « Dailly », Com. 20 févr. 1996, *RTD com.* 1996. 309, obs. M. Cabrillac. Par cette décision, la Cour de cassation considère qu'une cession Dailly, même lorsqu'elle a été consentie en période suspecte ne peut pas être annulée lorsqu'elle a eu lieu en exécution d'une convention générale conclue avant la date de cessation des paiements.

Le tribunal peut en second lieu annuler les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière lorsqu'ils ont été faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements (C. com., art. L. 532-I-II).

Les dispositions des articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce ne portent pas atteinte à la validité du paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque (C. com., art. L. 632-3). Une action en rapport peut cependant être exercée contre les bénéficiaires qui avaient connaissance de la cessation des paiements.

1043. Exercice de l'action en nullité. L'action en nullité est exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le ministère public. Elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur (C. com., art. L. 632-4).

§ 3. SORT DES SALARIÉS

1044. Dispositions relatives aux salariés. Les règles applicables aux salariés diffèrent de celles applicables à la procédure de sauvegarde. Il existe ainsi un régime simplifié des licenciements pour cause économique. C'est l'administrateur ou le débiteur qui procède aux licenciements avec l'autorisation du juge-commissaire. Le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, doivent être consultés. Les licenciements – pour motif économique – ne sont possibles que s'ils présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable. Le juge-commissaire précise le nombre des salariés dont le licenciement est autorisé, ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées.

Il existe un régime particulier pour le paiement des créances salariales. Les salariés bénéficient en effet d'un super-privilège (C. com., art. L. 625-9) et d'un privilège général garantissant le paiement de leurs créances. L'AGS a un rôle essentiel.

Il avance aux salariés les sommes qui leur sont dues. Il dispose d'un recours contre l'entreprise en bénéficiant par le jeu de la subrogation de super-privilège et du privilège.

Section 3

Issues de la procédure

1045. Options offertes au tribunal. La loi envisage plusieurs cas de figure. Le tribunal peut ordonner la poursuite de la période d'observation s'il lui apparaît que l'entreprise dispose à cette fin de capacités de financement suffisantes. Le tribunal doit statuer au plus tard au terme d'un délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture (art. L. 631-15).

À tout moment, le tribunal peut ordonner la cessation partielle de l'activité ou prononcer la liquidation judiciaire. Si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement (art. L. 621-32).

Le tribunal peut mettre fin à la procédure s'il apparaît, au cours de la période d'observation que le débiteur dispose des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers et acquitter les frais et les dettes afférents à la procédure.

1046. Élaboration et adoption du plan. L'élaboration d'un plan de redressement est l'issue naturelle de la procédure. La procédure est presque la même que celle retenue pour la procédure de sauvegarde.

Il incombe à l'administrateur, avec le concours du débiteur, d'élaborer le projet de plan et, le cas échéant, de présenter aux comités de créanciers les propositions prévues à l'article L. 626-30-2.

Le tribunal peut sur la demande du ministère public subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants. De même, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenues par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet. Le tribunal peut aussi ordonner la cession des parts et titres, le prix de cession étant fixé par expert. Le redressement a ainsi pour le dirigeant des effets plus contraignants que la procédure de sauvegarde.

Toutefois plusieurs dispositions ont été introduites pour *protéger les salariés* lorsque des licenciements sont envisagés pendant la période d'observation et dans le plan. Après des consultations obligatoires, c'est le tribunal qui décide les licenciements qui s'imposent.

Il peut y avoir constitution de comités de créanciers, comme dans la procédure de sauvegarde. La procédure peut aussi permettre de préparer un plan de cession. Cependant, aujourd'hui les cessions sont envisagées comme des conséquences de la liquidation judiciaire. Il apparaît ainsi que des cessions organisées dans le cadre du redressement judiciaire sont complexes, voire impossibles en l'absence de désignation d'administrateurs.

Titre IV

La liquidation judiciaire

1047. Principes. La liquidation judiciaire signifie la mort de l'entreprise. C'est la solution qui doit être retenue lorsqu'aucune possibilité de survie de l'entreprise n'est possible. Le législateur, en 1985, avait voulu à tout prix retarder l'ouverture de ce type de procédure. La liquidation ne pouvait pour cette raison être prononcée qu'à l'issue de la période d'observation.

L'expérience a cependant montré que dans 95 % des cas il est parfaitement inutile d'attendre. Aujourd'hui, depuis la réforme de 1995, la *liquidation judiciaire peut être prononcée immédiatement*. La procédure a alors pour seule finalité la réalisation de l'actif et la répartition du prix obtenu entre les différents créanciers.

La loi sur la sauvegarde des entreprises modifie profondément les règles applicables. D'une part, elle organise une procédure de liquidation simplifiée. D'autre part, elle traite comme liquidation des opérations de cessions d'actifs qui permettent pourtant la survie de l'entreprise.

Section 1

La liquidation judiciaire ordinaire

1048. La procédure de liquidation judiciaire est profondément modifiée par la nouvelle loi. S'il en est ainsi, c'est que le législateur envisage les cessions totales et partielles d'entreprises comme des modes de liquidation.

§ 1. OUVERTURE ET DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

1049. Personnes concernées. La procédure de liquidation judiciaire est applicable à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute personne exerçant une activité indépendante ou libérale, à toute personne morale de droit privé. La procédure peut être ouverte après cessation de l'activité ou décès du débiteur.

La procédure est ouverte à tout débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens (art. L. 640-1).

1050. Procédure. L'ouverture de la procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements, s'il n'a pas dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Le débiteur doit demander l'ouverture de la procédure en cas d'échec de la procédure de conciliation. Il doit le faire dans les huit jours de la notification de la décision mettant fin à la mission du conciliateur ou de la décision devenue définitive refusant l'homologation de l'accord.

Lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public.

La procédure peut enfin être ouverte sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance.

Un régime de faveur est mis en place pour les agriculteurs personnes physiques. Préablement à l'assignation du créancier le président du tribunal de grande instance doit être saisi d'une demande tendant à la désignation d'un conciliateur.

Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel peuvent communiquer au président du tribunal ou au ministère public tout fait révélant la cessation des paiements de leur débiteur.

§ 2. EFFETS ATTACHÉS AU JUGEMENT

1051. Prononcé du jugement. Le tribunal statue après avoir entendu les personnes concernées selon la même procédure que celle applicable à la procédure de sauvegarde. Le tribunal fixe la date de cessation des paiements.

Plusieurs organes interviennent alors. Le tribunal désigne un juge-commissaire et un liquidateur. Un représentant des salariés et des contrôleurs sont aussi désignés.

Un professionnel est désigné aux fins de réaliser l'inventaire.

Le liquidateur doit établir dans le mois de sa désignation un rapport sur la situation du débiteur sauf si la liquidation est prononcée en cours de période d'observation et qu'un bilan, économique, social et environnemental a été établi.

Le jugement emporte certains effets similaires à ceux de la procédure de sauvegarde

Les créanciers sont tenus de déclarer leurs créances.

Le liquidateur procède aux opérations de liquidation en même temps qu'à la vérification des créances. Il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées, à moins que s'agissant d'une personne morale, il n'y ait pas lieu de mettre à la charge des dirigeants sociaux de droit ou de fait tout ou partir du passif.

1052. Portée du jugement. Les conséquences de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire sont précisées. C'est le liquidateur qui administre l'entreprise. Le débiteur est donc dessaisi. Cependant, le débiteur accomplit également les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été nommé un.

Lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leur lieu et place par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public.

Les pouvoirs du liquidateur sont précisés.

Si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une durée maximale fixée par décret. Elle peut être prolongée à la demande du ministère public pour une durée fixée par la même voie.

Le liquidateur administre l'entreprise. Il a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours dans les conditions précisées par l'article L. 641-11-1 nouveau.

Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture ou du prononcé d'une liquidation judiciaire.

Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif.

Le liquidateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur.

Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour le liquidateur à obtenir l'acceptation par le cocontractant du débiteur de délais de paiement. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, le liquidateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, le liquidateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant.

Plusieurs cas de résiliation du contrat de plein droit sont prévus.

Le premier est la mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant au liquidateur et restée plus d'un mois sans réponse.

Le deuxième cas est le défaut de paiement dans les conditions prévues et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles.

Le troisième cas est le jour où le cocontractant est informé de la décision du liquidateur de ne pas poursuivre le contrat lorsque la prestation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent.

À la demande du liquidateur, lorsque la prestation du débiteur ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent, la résiliation est prononcée par le juge commissaire si elle est nécessaire aux opérations de liquidation et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.

En l'absence de poursuite du contrat ou en cas de résiliation, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif. Le cocontractant peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts.

Si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne de plein droit la résiliation de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire.

La résiliation du bail de l'immeuble intervient quant à elle dans les conditions prévues par l'article L. 641-12. Le liquidateur peut décider de ne pas poursuivre le contrat. Le bailleur peut demander la résiliation pour des causes antérieures au jugement de liquidation ou lorsque ce dernier a été prononcé après une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, au jugement d'ouverture de la procédure qui l'a précédée.

La résiliation peut enfin intervenir pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement de liquidation judiciaire.

Il exerce les prérogatives conférées à l'administrateur en ce domaine dans la procédure de sauvegarde.

Il peut préparer un plan de cession, passer les actes nécessaires à sa réalisation, en recevoir et distribuer le prix.

Pour les entreprises dont la taille est fixée par décret, les fonctions du liquidateur peuvent être dévolues à un administrateur.

1053. Sort des créanciers. La nouvelle loi innove sur quelques points. Le régime de la résiliation du bail est modifié. Sous l'empire de la nouvelle loi, le bailleur peut demander la résiliation judiciaire ou faire constater la résiliation de plein droit du bail pour des causes antérieures au jugement de liquidation judiciaire ou, lorsque ce dernier a été prononcé, après une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, au jugement d'ouverture de la procédure qui l'a précédé. Il doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans les trois mois de la publication du jugement de la liquidation judiciaire.

Le bailleur peut également demander la résiliation judiciaire ou faire constater la résiliation de plein droit du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement de liquidation judiciaire.

Le paiement des créanciers se fait selon un ordre précisé par le nouvel article L. 641-13.

Certaines créances sont payées à leur échéance. Il s'agit des créances nées régulièrement, après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité ou en contrepartie d'une prestation fournie pendant ce maintien de l'activité. Il s'agit également des créances nées après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui a précédé la liquidation lorsque les créances sont nées pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins de la procédure d'observation antérieure ou en raison d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle postérieure à l'un de ces jugements.

Si elles ne sont pas payées à l'échéance, elles sont payées par privilège avant toutes les autres créances à l'exception des créances garanties par les privilèges des salaires, de celles qui sont garanties par le privilège établi en faveur des créanciers qui consentent un apport de trésorerie dans le cadre de la procédure de sauvegarde (art. L. 611-11) et de celles qui sont garanties par des sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du chapitre V du titre II du livre V.

Leur paiement se fait dans l'ordre suivant : les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé, les frais de justice ; les prêts ainsi que les créances résultant de la poursuite d'exécution des contrats en cours et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé. Ces prêts et délais de paiement sont autorisés par le juge-commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité et font l'objet d'une publicité ; les sommes dont le montant a été avancé en application du 3° de l'article L. 143-11-1 du Code du travail ; les autres créances selon leur rang.

Enfin, il est prévu que les créances impayées perdent leur privilège que leur confère le texte si elles n'ont pas été portées à la connaissance du mandataire judiciaire, de l'administrateur lorsqu'il en est désigné ou du liquidateur, dans le délai de six mois à compter de la publication du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation ou, à défaut, dans le délai d'un an à compter de celle du jugement arrêtant le plan de cession.

§ 3. ISSUES DE LA PROCÉDURE DE LIQUIDATION

1054. *Distinctions.* Par rapport au droit existant, la loi nouvelle innove. La procédure de liquidation judiciaire n'a plus nécessairement pour but l'apurement du passif. Elle peut aboutir à une cession de l'entreprise ou à une cession des actifs du débiteur.

A. Le plan de cession

1055. *Finalité.* Il peut sembler surprenant que le plan de cession soit envisagé dans le cadre de la liquidation. En effet, c'est une mesure de continuation de l'activité de l'entreprise¹

L'innovation s'explique dans la mesure où la procédure de liquidation n'est plus conçue comme la fin de l'entreprise. Il s'agit de mettre fin à la gestion par un débiteur donné. De plus, la procédure peut toujours être mise en œuvre alors qu'une procédure de redressement judiciaire a été ouverte (C. com., art. L. 631-22).

La réforme a eu pour ambition de renforcer la transparence du plan, de le moraliser et d'améliorer la sécurité juridique de l'opération.

1056. *Objet de la cession.* Comme l'énonce le nouvel article L. 642-1, « la cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif. La cession peut être totale ou partielle. Lorsqu'elle est partielle, la cession porte sur un ensemble d'exploitations qui forment une ou plusieurs branches complexes et autonomes d'activités.

Des régimes spéciaux sont prévus pour la cession d'une exploitation agricole ou d'une entreprise libérale ».

1057. *Procédure de reprise.* C'est le tribunal qui doit juger si la cession est envisageable. Dans un tel cas, il autorise la poursuite de l'activité et il fixe le délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur et à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné.

La nouvelle loi renforce les obligations des repreneurs éventuels en matière d'offres. Les informations communiquées doivent être plus précises que sous l'empire des anciens textes. Le nouvel article L. 642-2 II précise les informations devant être communiquées. L'offre doit être écrite et comporter l'indication de la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre ; des prévisions d'activité et de financement ; du prix offert, des modalités de règlement, de la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants. Si l'offre propose un recours à l'emprunt, elle doit en préciser les conditions, en particulier de durée ; de la date de réalisation de la cession, du niveau et des perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée ; des garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre ; des prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession ; de la durée de chacun des engagements pris par l'auteur de l'offre ; éventuellement l'indication de la qualification professionnelle du cessionnaire.

Le débiteur, le représentant des salariés et les contrôleurs sont informés du contenu des offres. L'offre est déposée au greffe et tout intéressé peut en prendre connaissance. Une meilleure transparence est ainsi assurée.

1. M.-L. Coquelet, « Le plan de cession a-t-il changé ? », *Rev. proc. coll.* juin 2006, p. 188.

L'offre lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan. Elle ne peut être modifiée que dans un sens plus favorable.

1058. Auteur de l'offre. À nouveau, le législateur a le souci d'éviter que la procédure d'offre permette des reprises frauduleuses. Beaucoup de personnes ne peuvent ainsi proposer par elle-même ou par personne interposée des offres de reprise. Il s'agit du débiteur, des dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, des parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, des personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure.

Ces mêmes personnes ont interdiction d'acquérir dans les cinq années qui suivent la cession tout ou partie des biens dépendant de la liquidation ou des parts ou titres donnant accès au capital de la société.

Deux tempéraments à l'interdiction sont prévus. Le premier concerne les exploitations agricoles. Le second consiste dans la possibilité de déroger à la règle par jugement spécialement motivé du tribunal rendu après avis du ministère public et des contrôleurs. Ces derniers ne peuvent pas profiter de la dérogation.

Tout acte passé en violation de la règle est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte.

Le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné un doit donner au tribunal tous éléments permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre ainsi que la qualité de tiers de son auteur. Le liquidateur doit également fournir au tribunal tous éléments permettant d'apprécier les conditions d'apurement du passif, notamment au regard du prix offert, des actifs résiduels à recouvrer ou à réaliser, des dettes de la période de poursuite d'activité et, le cas échéant des autres dettes restant à la charge du débiteur.

1059. Choix de l'offre. C'est le tribunal qui choisit le repreneur. Il doit tenir compte des critères précisés par l'article L. 642-5. Il entend toutes les personnes concernées et retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution.

Dans un souci de transparence, les débats doivent être publics lorsque la procédure concerne une entreprise dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires sont supérieurs à des seuils fixés par décret.

1060. Portée du plan. Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions applicables à tous. Lorsque le plan comprend des licenciements, une procédure doit être respectée, faisant intervenir les délégués du personnel ou le comité d'entreprise.

Le montant du prix de cession tel que fixé par le jugement ne peut plus être modifié. Une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du cessionnaire.

L'article L. 642-5 exclut désormais l'application des droits de préemption institués par le Code rural ou le Code de l'urbanisme.

Il est permis d'inclure dans un plan de cession des éléments incorporels même lorsque le débiteur personne physique exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

1061. Transmission des contrats. Le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou de services nécessaires au maintien de l'activité au vu des observations des cocontractants du débiteur. Le jugement qui arrête le plan emporte cession des contrats. Ces derniers doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure nonobstant toute clause contraire.

En cas de cession d'un contrat de crédit-bail, le crédit preneur ne peut lever l'option d'achat qu'en cas de paiement des sommes restant dues dans la limite de la valeur du bien fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession.

La convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie.

1062. Réalisation de la cession. C'est le liquidateur ou l'administrateur qui est chargé de passer les actes nécessaires à la réalisation de la cession. Sur justification de la consignation du prix de cession ou d'une garantie équivalente, le tribunal peut confier au cessionnaire, à sa demande et sous sa responsabilité la gestion de l'entreprise cédée.

1063. Prérogatives du cessionnaire. La loi s'efforce de limiter les prérogatives du cessionnaire incompatibles avec l'intérêt de l'entreprise. Tant qu'il n'a pas payé le prix, le cessionnaire se voit interdire les actes de disposition sur les biens à l'exception des stocks. Il ne peut pas plus donner l'entreprise en location-gérance.

La règle reçoit une exception. Les actes peuvent être autorisés par le tribunal.

Toute substitution de cessionnaire doit être autorisée par le tribunal dans le jugement arrêtant le plan de cession.

Les actes passés en violation de ces règles sont annulables à la demande de tout intéressé ou du ministère public.

Le tribunal peut assortir le plan de cession d'une clause rendant inaliénable, pour une durée qu'il fixe, tout ou partie des biens cédés. Cette clause fait l'objet d'une publicité. L'acte passé en violation de la clause est annulable.

Lorsque le tribunal est saisi d'une demande d'autorisation d'aliéner un bien rendu inaliénable, il statue, à peine de nullité, après avoir recueilli l'avis du ministère public.

1064. Exécution du plan de cession. Le cessionnaire doit rendre compte au liquidateur de l'application des dispositions prévues par le plan de cession. En cas d'inexécution des engagements pris, le tribunal peut prononcer la résolution du plan après audition des personnes concernées.

1065. Sort des créanciers titulaires de sûretés sur les biens cédés. Le législateur protège les intérêts des créanciers ayant des garanties sur les biens cédés.

Lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence (art. L. 642-12, al. 1).

Le paiement du prix de cession fait obstacle à l'exercice à l'encontre du cessionnaire des droits des créanciers inscrits sur ces biens.

Jusqu'au complet paiement du prix qui emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession, les créanciers bénéficiant d'un droit de suite ne peuvent l'exercer qu'en cas d'aliénation du bien cédé par le cessionnaire.

La charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire. Celui-ci est alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sûr lequel porte la garantie. Il peut être dérogé aux dispositions du texte par accord entre le cessionnaire et les créanciers titulaires des sûretés (art. L. 642-12, al. 4). Le texte déroge ainsi au principe de la purge des inscriptions consécutives au paiement du prix de cession. Le contrat de financement doit ainsi être exécuté aux conditions prévues.

La conciliation de l'alinéa 1 et de l'alinéa 4 de l'article L. 642-12 s'avère délicate. La doctrine majoritaire et la jurisprudence consacrent la thèse du cumul qui avantage le créancier. Ce dernier peut alors réclamer qu'une partie du prix de cession soit affectée à sa sûreté pour obtenir le règlement des échéances antérieures payées.

Le droit de rétention acquis par le créancier sur les biens compris dans la cession n'est pas affecté.

1066. Mise en location-gérance. Le jugement qui arrête le plan peut autoriser une mise en location-gérance de l'entreprise au profit de la personne qui a présenté l'offre d'acquisition permettant dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi et le paiement des créanciers. Celle-ci doit alors être effectivement cédée dans les deux ans du jugement qui arrête le plan. En cas d'inexécution de ses obligations par le locataire-gérant, le tribunal peut prononcer la résiliation du contrat et la résolution du plan. Il en va de même si le locataire-gérant n'exécute pas son obligation d'acquérir dans les deux ans, à moins que le locataire gérant ne justifie d'une impossibilité d'acquérir dans les conditions prévues pour une cause qui ne lui est pas imputable. Les conditions peuvent alors être modifiées, à l'exception du prix et du délai. Le tribunal statue alors après avoir entendu toutes les personnes concernées.

1067. Publicité de la cession. Toute cession d'entreprise et toute réalisation d'actif doivent être précédées d'une publicité dont les modalités sont déterminées par un décret en fonction de la taille de l'entreprise et de la nature des actifs à vendre.

B. La cession des actifs du débiteur

1068. Conditions de la cession partielle. La cession est envisagée par les articles L. 642-18 et suivants du Code de commerce.

Le juge-commissaire peut faire procéder à la vente d'éléments isolés qu'il s'agisse d'immeubles ou de meubles. La procédure mise en place doit permettre de réaliser les biens concernés au meilleur prix.

La vente des immeubles se fait en principe par la voie de la saisie immobilière. Cependant, le juge-commissaire peut autoriser une vente à l'amiable ou une vente de gré à gré. Ces dernières formules permettent d'obtenir un meilleur prix.

C. L'apurement du passif

1069. Le règlement des créanciers. La nouvelle loi reprend les règles existantes relatives au règlement des créanciers. Quelques modifications sont cependant apportées.

Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues. La nouvelle loi précise que lorsque le tribunal autorise la poursuite de l'activité au motif que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, les créances non échues sont exigées à la date du jugement prononçant la cession.

Les créanciers titulaires de sûretés réelles recouvrent leur droit de poursuite individuelle (art. L. 643-11).

Le paiement provisionnel de certaines créances peut toujours être ordonné. Lorsque la demande concerne une créance privilégiée des administrations financières, des organismes de sécurité sociale, des institutions gérant le régime d'assurance chômage, la garantie d'un établissement de crédit n'est pas exigée.

Les droits du créancier gagiste sont préservés (art. L. 642-20-1). Le créancier gagiste peut demander l'attribution judiciaire. En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix.

1070. La clôture des opérations de liquidation judiciaire. Le tribunal fixe dans le jugement ouvrant la procédure le délai au terme duquel la clôture de la procédure devra être examinée. Si la clôture ne peut être prononcée au terme de ce délai, le tribunal peut proroger le terme par une décision motivée.

Lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou que le liquidateur dispose de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers, ou lorsque la poursuite des opérations de liquidation judiciaire est rendue impossible en raison de l'insuffisance de l'actif, la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal.

Le tribunal peut être saisi à tout moment par le liquidateur, le débiteur ou le ministère public. Il peut aussi se saisir d'office. À l'expiration d'un délai de deux ans à compter du jugement de liquidation, tout créancier peut également saisir le tribunal aux fins de clôture de la procédure.

1071. Effets du jugement de clôture. Les effets du jugement de clôture de la procédure sont précisés par le nouvel article L. 643-11

Le principe demeure selon lequel le jugement de clôture ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur. Cependant des dérogations sont prévues

Une exception existe si la créance résulte d'une condamnation pénale du débiteur ou de droits attachés à la personne du créancier.

La caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci.

Les créanciers recouvrent également leur droit de poursuite en cas de faillite personnelle du débiteur, lorsque ce dernier a été reconnu coupable de banqueroute, lorsque le débiteur ou une personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire antérieure clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis, lorsque la procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité.

Le tribunal peut enfin autoriser la reprise des actions individuelles de tout créancier à l'encontre du débiteur en cas de fraude à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers.

Les créanciers qui recouvrent l'exercice individuel de leurs actions peuvent si leurs créances ont été admises, obtenir un titre exécutoire par ordonnance du président du tribunal ou si leurs créances n'ont pas été vérifiées, le mettre en œuvre dans les conditions du droit commun.

Si la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée pour insuffisance d'actif et qu'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure, celle-ci peut être reprise.

Section 2

La liquidation judiciaire simplifiée

1072. Régime. La liquidation judiciaire simplifiée est une des *innovations* de la loi relative à la sauvegarde des entreprises¹.

La procédure est applicable s'il apparaît que l'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier, Le nombre de ses salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure ne doit pas avoir dépassé cinq. Enfin, le chiffre d'affaires est égal ou inférieur à 750 000 euros hors taxes à la clôture du dernier exercice comptable.

En l'absence de bien immobilier et si le nombre des salariés du débiteur ainsi que son chiffre d'affaires sont supérieurs aux seuils fixés, sans excéder des seuils fixés par décret, la procédure simplifiée peut être ordonnée. Elle devient ainsi obligatoire dans certains cas.

Le but est de permettre la réalisation de l'actif dans un délai d'un an. Les créanciers y trouvent intérêt mais aussi le débiteur puisqu'il va pouvoir exercer une nouvelle activité dès lors qu'il ne fait pas l'objet d'une interdiction de gérer.

La procédure est soumise aux règles applicables à la liquidation judiciaire mais des simplifications sont opérées.

Ainsi, le liquidateur peut décider de la vente de biens mobiliers dans les trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture de la procédure. À l'issue de cette période, il est procédé à la vente aux enchères publiques des biens subsistants.

Il est procédé à la vérification des seules créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions et des créances résultant d'un contrat de travail.

À l'issue de la procédure de vérification et d'admission des créances et de la réalisation des biens, le liquidateur fait figurer ses propositions de répartition sur l'état des créances. Cet état ainsi complété est déposé au greffe et fait l'objet d'une mesure de publicité.

Tout intéressé peut en prendre connaissance et à l'exclusion du liquidateur, former réclamation devant le juge-commissaire dans les conditions fixées par décret. Les réclamations du débiteur ne peuvent concerner que les propositions de répartition. Celles des créanciers ne peuvent pas être formées contre les décisions du juge commissaire portées sur l'état des créances auxquelles ils ont été partis.

Le juge commissaire statue sur les contestations par une décision qui peut faire l'objet d'un recours dans un délai fixé par décret.

Le liquidateur procède à la répartition conformément à ses propositions ou à la décision rendue.

Au plus tard dans le délai d'un an à compter de la décision ayant ordonné ou décidé l'application de la procédure simplifiée, le tribunal prononce la clôture de la liquidation judiciaire, le débiteur entendu ou dûment appelé (art. L. 644-5).

1. F. Perochon, « La liquidation judiciaire simplifiée », *Rev. proc. coll.* juin 2006, p. 191 ; P.-M. Le Corre, « Le nouveau visage de la liquidation judiciaire simplifiée », *D.* 2009. 677.

Titre V

Responsabilités et sanctions

1073. Principes. À l'origine, toute « faillite » était sanctionnée pénalement. Il a fallu attendre les réformes de 1967 et 1985 pour que *le sort du dirigeant soit dissocié de celui de son entreprise*. L'idée s'est alors imposée selon laquelle tous les dépôts de bilan ne sont pas nécessairement dus à un comportement fautif du dirigeant. La conjoncture économique explique à elle seule beaucoup de défaillances. Le droit des procédures collectives a donc aujourd'hui pour finalité première non plus l'élimination et la sanction des dirigeants mais la sauvegarde de l'emploi, la satisfaction des créanciers et la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté. L'évolution de la terminologie est en elle-même révélatrice de cette évolution. Le terme de faillite est aujourd'hui réservé à l'une des sanctions dont sont passibles certains dirigeants. La loi sur la sauvegarde des entreprises amplifie cette évolution. Elle se caractérise par une atténuation des sanctions et des responsabilités¹

Les dirigeants sont les principaux bénéficiaires de cette évolution². Pour les promoteurs du texte, il apparaît que la sanction encourue est de nature à retarder le dépôt de bilan ou la mise en place d'une procédure de prévention des difficultés des entreprises.

Plusieurs distinctions doivent être opérées. Certaines sanctions ne peuvent être encourues que dans le cadre la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Le législateur a ainsi voulu inciter les dirigeants à choisir la procédure de sauvegarde.

Il est possible d'opposer les sanctions civiles, professionnelles et pénales. L'évolution du droit se traduit par un cantonnement des cas de responsabilité civile. Le prononcé de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer ne peut ainsi pas être prononcé dans le cas d'une procédure de sauvegarde.

Enfin, il est possible d'*opposer les sanctions patrimoniales et les sanctions personnelles du dirigeant*. Les premières touchent le dirigeant dans son patrimoine. Il s'agit de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Les sanctions personnelles peuvent être des sanctions professionnelles ou pénales.

1. C. Mascala, « L'amélioration de la situation du chef d'entreprise », *Rev. proc. coll.* déc. 2005, p. 370 ; F. Vauvillé, « Le nouveau titre V des responsabilités et des sanctions », *Rev. proc. coll.* déc. 2006, p. 345.

2. C. Regnaut-Moutier, « Les dirigeants de société », *Rev. proc. coll.* juin 2006, p. 159.

P. Le Cannu, « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. sociétés* 2006. 743.

La responsabilité pour insuffisance d'actifs

1074. Sanction patrimoniale. La responsabilité pour insuffisance d'actifs est la seule sanction patrimoniale depuis que l'obligation aux dettes sociales a été supprimée.

1075. Cas d'ouverture. Le nouvel article L. 651-2 prévoit que lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

L'action consacrée fait suite à l'ancienne action en comblement de passif¹.

La nouvelle loi traduit une diminution significative du domaine de cette procédure puisque la seule ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne permet pas le déclenchement de l'action.

1076. Conditions. Trois conditions sont exigées comme pour toute action en responsabilité.

Tout d'abord, la preuve de la faute de gestion doit être établie. La faute peut être une faute de gestion ou une imprudence. Elle peut aussi consister dans la violation d'une disposition légale ou statutaire. Le plus souvent, il s'agira d'un non-respect de règles comptables ou d'un ensemble de faits traduisant une particulière légèreté dans la conduite des affaires.

La faute de gestion doit être imputable au chef d'entreprise lui-même.

Le préjudice est constitué par l'insuffisance d'actif. Celle-ci devant exister au jour de la résolution du plan ou au jour de la liquidation judiciaire, il faut exclure les dettes postérieures à la résolution du plan.

Le préjudice lié à l'insuffisance d'actif est rarement réparé. Il est tenu compte de la gravité de la faute commise par le dirigeant.

1. M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit social », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 243.

Enfin, la preuve du lien de causalité doit être établie. Il doit être démontré que c'est bien la faute du dirigeant qui a contribué à l'insuffisance d'actif même si la faute n'est pas exclusive.

1077. Procédure. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

L'action est en principe exclusive d'autres actions en responsabilité. Il faut réserver le cas d'une faute postérieure au jugement d'ouverture. Il faut aussi réserver le cas du créancier qui peut justifier d'un préjudice personnel et distinct de celui des autres créanciers.

Le nouveau texte élargit le nombre de personnes pouvant agir. Le tribunal est saisi par, le liquidateur ou le ministère public. Dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le liquidateur n'a pas engagé les actions prévues, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixées par décret. Le tribunal ne peut donc plus se saisir d'office.

Le tribunal compétent est le tribunal de commerce ou de grande instance qui a prononcé la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaire.

Le dirigeant doit être convoqué devant le tribunal statuant en chambre du conseil.

Un nouvel article L. 651-4 facilite la recherche des éléments de preuve en déliant toutes les administrations et organismes de leur devoir de secret professionnel. Le président du tribunal peut également ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants. Cette disposition permet de proportionner la condamnation au patrimoine du dirigeant. Il n'est pas tenu compte du véritable préjudice subi.

1078. Conséquences de l'action. Le tribunal peut décider que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut les déclarer solidairement responsables. La sanction est donc facultative.

Les sommes versées par le dirigeant entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc. Les créanciers privilégiés ou titulaires de sûretés ne sont ainsi pas avantagés. Les dirigeants ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés.

Le non-respect de la condamnation est lourdement sanctionné. Le tribunal peut prononcer la faillite personnelle ou une sanction professionnelle. La sanction de la banqueroute peut aussi être appliquée (art. L. 654-14).

Sanctions professionnelles

1079. Finalité. Les sanctions professionnelles ou personnelles tendent à exclure certaines personnes physiques du monde des affaires. Ces sanctions sont facultatives.

Deux types de sanctions sont prévus : la faillite personnelle et des interdictions spécifiques.

§ 1. FAILLITE PERSONNELLE

1080. Conditions. La procédure peut être appliquée aux personnes physiques exerçant la profession de commerçant, d'agriculteur ou immatriculées au répertoire des métiers et 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. Elle s'applique aussi aux personnes physiques, dirigeant de droit ou de fait de personnes morales. Elle s'applique aussi aux représentants permanents de personnes morales et dirigeants des personnes morales.

La procédure n'est pas applicable aux personnes physiques ou dirigeants de personne morale exerçant une activité professionnelle indépendante et, à ce titre, soumise à des règles disciplinaires.

La faillite personnelle peut être prononcée dans les cas envisagés par l'article L. 653-4.

Le dirigeant doit avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres.

Il doit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements :

- avoir fait des actes de commerce dans son intérêt personnel ;
- avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;
- avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;
- avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.

Lorsque les personnes ont poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements. Elle l'est également lorsque les personnes ont détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif.

Le tribunal peut aussi prononcer la faillite personnelle de toutes les personnes mentionnées contre laquelle a été relevé l'un des faits suivants.

Il peut s'agir de l'exercice d'une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi. Il s'agit d'achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou de l'emploi des moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Il s'agit de la souscription pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale. Il s'agit d'avoir payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers. Il s'agit d'avoir omis de demander dans le délai de huit jours l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire en cas d'échec de la procédure de conciliation. Il s'agit de s'être abstenu volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, faisant obstacle à son bon déroulement. Il peut enfin s'agir d'avoir fait disparaître des documents comptables, de ne pas avoir tenu de comptabilité lorsque les textes en font obligation, ou d'avoir tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables.

La loi nouvelle augmente le nombre de personnes pouvant agir. Dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal peut en effet être saisi à toute époque de la procédure par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir n'a pas engagé les actions prévues après une mise en demeure restée sans réponse.

Le tribunal qui prononce la faillite personnelle peut prononcer l'incapacité d'exercer une fonction publique élective.

Il apparaît ainsi que le nouveau texte supprime les interdictions et déchéances attachées au prononcé de la faillite personnelle. Les sanctions ne sont donc plus automatiques.

Les sanctions ne peuvent excéder une durée de quinze ans. Le jugement de clôture pour extinction du passif rétablit le chef d'entreprise ou les dirigeants de la personne morale dans tous leurs droits. Il les dispense ou relève de toutes les déchéances, interdictions et incapacités d'exercer une fonction publique élective.

La personne condamnée peut aussi demander d'être relevée des déchéances, interdictions et sanctions si elle a apporté une contribution suffisante au paiement du passif.

§ 2. INTERDICTIONS DE GÉRER

1081. Conditions. L'interdiction de gérer est un diminutif de la faillite personnelle. C'est une sanction atténuée. L'article L. 653-8 énonce en effet que le tribunal peut prononcer à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci.

La sanction peut aussi concerner celui qui de mauvaise foi n'aura pas remis au représentant des créanciers, à l'administrateur ou au liquidateur les renseignements qu'il est tenu de lui communiquer. Enfin, la sanction peut être prononcée à l'encontre de toute personne qui aura omis de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai, de quarante-cinq jours, à compter de la cessation des paiements sans avoir par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Sanctions pénales

1082. *Principes.* Des sanctions pénales peuvent être prononcées contre les dirigeants les plus fautifs. La banqueroute est la principale mais il existe d'autres sanctions ¹.

§ 1. LA BANQUEROUTE

1083. *Régime.* La banqueroute est une sanction pénale qui peut être prononcée à l'égard de tout commerçant, agriculteur, de toute personne immatriculée au répertoire des métiers et de toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale, de toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé et des personnes physiques représentants permanents de personnes morales définies par le texte (C. com., art. L. 654-1).

La condamnation pour banqueroute suppose l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Pour être passibles de condamnation, les personnes visées doivent être dans l'un des cas suivants (C. com., art. L. 654-2) :

- avoir dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente en dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ;
- avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ;
- avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes en font obligation ;
- avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète et irrégulière au regard des dispositions légales.

Les personnes physiques reconnues coupables encourent également les peines complémentaires suivantes (art. L. 654-5) :

- l'interdiction des droits civiques, civils et de famille ;

1. J.-H. Robert, « La banqueroute et ses infractions satellites de 1807 à 2005 », *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 261.

- l'interdiction pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ;

- l'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus ;

- l'interdiction pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ;

- l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée.

La juridiction répressive peut en complément prononcer la faillite personnelle.

Des peines spécifiques sont prévues pour les personnes morales.

L'action publique est déclenchée par le ministère public ou, sur constitution de partie civile, par les mandataires de justice intervenant dans la procédure (C. com., art. L. 626-16). Un créancier ne peut se constituer partie civile que s'il justifie d'un préjudice individuel.

La tendance à l'allégement des sanctions touche également la banqueroute. Le juge pénal ne peut plus prononcer une mesure de faillite personnelle ou une interdiction de gérer à titre de peine complémentaire de l'infraction de banqueroute si la juridiction civile ou commerciale l'a déjà prononcée.

Les sanctions pénales sont maintenues lorsque les personnes susceptibles d'être condamnées pour banqueroute ont conclu des sûretés ou accompli des actes de disposition sans les autorisations nécessaires. Il en va de même de celles qui ont réalisé des paiements interdits.

§ 2. AUTRES SANCTIONS

1084. Diversité des sanctions. À la différence de la banqueroute, les autres sanctions peuvent concerner l'ensemble des procédures et donc la procédure de sauvegarde.

Les personnes qui peuvent encourir la peine de banqueroute peuvent être condamnées en cas de non-respect de règles de gestion. L'article L. 654-8 envisage différents cas. Est sanctionné le fait :

- de consentir pendant la période d'observation une hypothèque ou un nantissement ou de faire un acte de disposition sans l'autorisation prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 622-7 ou de payer, en tout ou partie, une dette en violation de l'interdiction mentionnée au premier alinéa de ce texte.

- d'effectuer un paiement en violation des modalités de règlement du passif prévues au plan de sauvegarde ou au plan de redressement ou de faire un acte de disposition sans l'autorisation prévue par l'article L. 626-14 ou de procéder à la cession d'un bien rendu inaliénable, dans le cadre d'un plan de cession.

- pour toute personne, pendant la période d'observation ou celle d'exécution du plan de sauvegarde ou du plan de redressement, en connaissance de la situation du débiteur, de passer avec celui-ci l'un des actes mentionnés au 1° et 2° ou d'en recevoir un paiement irrégulier.

Peuvent aussi être sanctionnées les personnes qui de mauvaise foi détournent ou tentent de détourner ou de dissimuler tout ou partie de leurs biens ou se reconnaissent frauduleusement débitrices de sommes qu'elles ne doivent pas (art. L. 654-12).

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

A

Abus de comportement, 672
Abus de dépendance économique, 667
Abus de domination, 665, 668
Abus d'égalité, 388
Abus de majorité, 388
Abus de minorité, 388
Abus de position dominante, 666
– droit communautaire, 704
– droit français, 666, 688
Abus de structure, 666
Accessoire, 53
Achalandage, 152
Achat pour revendre, 40
Actes de commerce, 38 et s.
– critères, 55
– mixtes, 54
– par accessoire, 53
– par la forme, 50
– par nature, 40
Action de concert, 561
Action en comblement de passif, 1071
Action en concurrence déloyale, 610
Actionnaire, 501
– association, 548
– droit à l'information, 510
– droit au dividende, 513
– droit de contrôle, 520
– droit de négocier l'action, 511
– droits fondamentaux, 501
– droit préférentiel de souscription, 528
– droit de vote, 503
– égalité, 557
– participation aux assemblées, 505
Actions, 577
– de préférence, 579
– dématérialisation, 576
Administrateur, 477
– contrats, 496
– rémunération, 478
– responsabilité, 481
Administrateur provisoire, 389
Agents commerciaux, 900
Agissement parasitaire, 615
Agréage, 874
Agriculteur, 128
Alerte, 942

Aménagement commercial, 73
Apport en société
– fonds de commerce, 265
– en industrie, 324
– en nature, 321
– en numéraire, 321
Approvisionnement exclusif, 910, 916
Arbitrage, 117
Artisan, 122
Assemblée d'actionnaires, 505
– abus de droit, 509
– extraordinaires, 506
– ordinaires, 506
Associations
– d'actionnaires, 548
– d'investisseurs, 549
Associé, 383
– avantages particuliers, 332
– droits, 383
– égalité, 332
– exclusion, 383
– obligations, 384
Auto-entrepreneurs, 136
Autorité des marchés financiers, 558
Autorité de la concurrence, 681
– pouvoirs, 685
– procédure, 690
– statut, 682
Avantages particuliers, 332
Aval, 756
Avis, 19

B

Bail commercial, 163
Banqueroute, 1083
Baux commerciaux, 163
– bail, 169
– bailleur, 172
– bail initial, 166, 171
– centres commerciaux, 172
– cession de bail, 183
– clause-recettes, 176
– clause de résiliation, 185
– compétence, 171
– conditions d'application, 165
– déspécialisation, 179
– droit au renouvellement, 186

- droit de repentir, 192
- durée, 173
- droit de reprise, 193
- échelle mobile, 175
- facteurs locaux de commercialité, 177
- fonds, 168
- indemnité d'éviction, 191
- indemnité d'occupation, 192
- local, 167
- loyer, 174
- pas de porte, 174
- preneur, 170
- propriété commerciale, 186
- résiliation, 185
- sous-location, 184
- valeur locative, 177, 190

Bénéfices, 329**Billet à ordre, 783****Billet à ordre relevé, 789****Bordereau « Dailly », 798, v. *Dailly*****Brevet d'invention, 205**

- communautaire, 217
- européen, 216
- licence, 212
- salariés, 209

C**Capital social, 325**

- augmentation, 528
- incorporation des réserves, 528
- réduction, 531

Capacité, 317, 350**Capitaux propres, 326****Carte bancaire, 849****Centrale d'achat, 618, 904****Centres commerciaux, 176****Centre de formalité des entreprises, 84, 336****Cession de contrôle, 397****Chambre de commerce et d'industrie, 120****Chambre de commerce internationale, 120****Chambre des métiers, 124****Chèque, 813**

- attestation de rejet, 847
- barré, 824
- cadeau, 814
- casino, 825
- certificat de non paiement, 847
- certifié, 824
- circulation, 832
- conditions de fond, 825
- création, 822
- de garantie, 837
- définition, 813
- délivrance, 820

- émission, 817
- endossement, 833
- falsifié, 839
- forme, 823
- incident de paiement, 844
- interdiction bancaire, 844
- mentions, 823
- obligations du tiré, 843
- opposition, 840
- paiement par chèque, 836
- pénalité, 844
- porteur, 829
- prescription, 839
- protêt, 839, 847
- provision, 829
- régularisation, 844
- responsabilité, 838
- sans provision, 841
- tiré, 838
- tireur, 831
- visa, 824

Cinéma, 73**Clause d'agrément, 401****Clause de garantie de passif, 398****Clause de préemption, 401****Clause de révision de prix, 398****Clause d'exclusion, 384****Clause d'exclusivité, 911****Clause d'inaliénabilité, 401****Clause léonine, 332, 398****Clauses types, 21****Code de commerce, 17****Code conduite, 21****Code de déontologie, 21****Codification, 17****Commerçants, 8, 12, 36 et s.**

- accès à la profession, 61

- conjoint, 130

- droits, 109

- notion, 37

- obligations, 77

Commerce électronique, 28**Commissaire aux apports, 323****Commissaire aux comptes, 515****Commission, 903****Commission d'examen des pratiques commerciales, 654****Commission européenne, 698****Communauté européenne, 698****Commission LANDO, 22****Comptabilité, 93****Compte courant d'associés, 327****Concentration**

- droit communautaire, 705

- droit français, 671
- notification, 672
- seuils de contrôle, 672
- Concession**, 917
- Conciliation**, 118, 948
- Concurrence**
 - droit communautaire, 698
 - droit de la concurrence, 603
 - droit français, 605
 - imparfaite, 604
 - libre concurrence, 603
 - transparence, 619
- Concurrence déloyale**, 610
- Concurrence parasitaire**, 615
- Conditions de vente**, 625
- Confusion des patrimoines**, 965
- Conjoint**, 130
- Conseil d'administration**, 475
- Conseil de surveillance**, 494
- Contrat-cadre**, 906
- Contrat-type**, 21
- Contrats commerciaux**
 - conclusion, 865
 - électronique, 865
 - exécution, 870
 - formation, 865
 - preuve, 868
- Contrats conclus par les professionnels**, 862
- Contrats de distribution**, 896
- Contrat de fourniture**, 916
- Contrat de référencement**, 904
- Contrat de vente**, 871
- Contrefaçon**, 199, 236
 - brevet, 214
 - marque, 236
- Convention écrite**, 633
- Convention de Marrakech**, 242
- Convention de Vienne**, 872
- Convention de vote**, 402
- Convention européenne des droits de l'homme**, 25
- Convention internationale**, 24
- « Corporate Governance »**, 462, 539
- CNUDCI**, 24
- Courtage**, 902
- Coutume**, 20
- Crédit-bail**, 286

D

- Daily**, 798
 - acception, 807
 - compensation, 806
 - conditions de fond, 799
 - conditions de forme, 801
- conflits, 808
- créances, 800
- création, 799
- débiteur cédé, 805
- effets, 802
- notification, 806
- tiers, 808
- Déchéances**, 70
- Déclaration de créance**, 997
 - domaine, 997
 - forclusion, 1001
 - forme, 1000
 - mandataire, 1000
 - préposé, 1000
 - procédure de vérification, 1002
 - sanction, 1001
 - théorie des coobligés, 1003
- Délai de paiement**, 632, 639
- Délit**
 - de fausse information, 567
 - de manipulation des cours, 567
- Délit d'initié**, 567
- Dénigrement**, 611
- Déséquilibre significatif**, 644
- Dessins et modèles**, 243
- DGCCRF**, 696
- Dirigeants**, 378
 - de fait, 379
 - faute de gestion, 379
 - obligation de loyauté, 378
 - obligation de non concurrence, 378
 - pouvoirs, 378
 - rémunération, 551
 - responsabilité, 378
 - sanctions, 378
- Discrimination**, 641
- Dissolution**, 533
- Distribution**, 896
- Distribution sélective**, 923
- Doctrine**, 22
- Domiciliation**, 348
- Droit communautaire**, 23, 698
 - application, 660
 - primauté, 660
 - principe de subsidiarité, 660
- Droit dérivé**, 699
- Droit financier**, 554
 - principes, 554
 - sources, 554
- Droit commercial**, 6
 - codification, 17
 - historique, 13
 - sources, 13
- Droit de la concurrence**, 698

Droit de l'entreprise, 10
Droit de la propriété industrielle, 196
Droit des affaires, 9
Droit financier, 554

E

Earn out, 398
Écrit, 27
Effet de commerce, 711
Effets de complaisance, 753
Endossement
 – de procuration, 765
 – pignoratif, 764
 – translatif, 763
Enquêtes, 697
Enseigne, 156
Ententes, 663
 – accords horizontaux, 663, 664
 – bilan concurrentiel, 663
 – boycotts, 663
 – concertation, 663
 – droit communautaire, 702
 – droit français, 663
 – éléments constitutifs, 663
 – faits justificatifs, 668
 – parallélisme des comportements, 663
 – quotas, 663
 – règle de raison, 663
 – sanctions, 669
Entreprise
 – de fourniture, 43
 – de location de meubles, 42
 – de manufacture, 44
 – en difficulté, 926
Épuisement des droits, 235
Équipement commercial, 73
Éthique, 33
Étranger commerçant, 68
EURL
 – création, 450
 – fonctionnement, 450
Expert de gestion, 389
Expertise *in futurum*, 389
Exploitation abusive d'une position dominante, 666
Exploitation abusive d'une position de dépendance économique, 667

F

Facilité essentielle, 666, 668
Facture, 620
Faillite personnelle, 1080
Femme mariée commerçante, 130

Fictivité, 965
Fiducie, 292
Fondateurs, 337
Fonds artisanal, 122, 146
Fonds de commerce, 146 et s.
 – apport en société, 265
 – bail, 154, 163
 – clientèle, 152
 – composition, 149
 – crédit-bail, 286
 – location-gérance, 278
 – marchandises, 151
 – matériel, 150
 – nantissement, 266
 – nantissement judiciaire, 277
 – nature juridique, 160
 – notion, 148
 – préemption, 249
 – privilège du vendeur, 262
 – publicité de la vente, 252
 – vente, 247
Fonds libéral, 129
Fourniture exclusive, 910, 916
Franchise, 920
Fusion, 393

G

Gérant de succursale, 898
Gérant-mandataire, 898
Grandes surfaces, 618, 904
Groupe de sociétés, 392

H

Habitude, 59

I

Incapacités, 63
Incompatibilités, 69
Incoterm, 20
Infrastructures essentielles, 666
Initié, 567
Injonction de faire, 390
Insaisissabilité, 289
Instrument de crédit, 709
Instrument de paiement, 708
Instruments financiers, 569
Insuffisance d'actif, 1075
Intérêt social, 387
Internet, 28

J**Jurisprudence**, 18**L****Lettre de change**, 713 et s., 754

- acceptation, 740
- aval, 756
- capacité, 724
- cause, 725
- circulation, 759
- consentement, 723
- création, 716
- effet de complaisance, 753
- émission, 716
- endossement, 760
- engagement cambiaire, 729
- forme, 717
- inopposabilité des exceptions, 747
- magnétique, 782
- mentions, 717
- paiement, 767
- prescription, 777
- protêt, 772
- provision, 736
- recours contre les signataires, 775
- réduction par conversion, 718
- relevée, 779
- valeur fournie, 728

Lex mercatoria, 20**Liberté d'entreprendre**, 13, 16, 605**Liberté du commerce**, 13, 16, 605, 656**Libre circulation**, 698**Libre concurrence**, 656, 698**Licence**, 229**Liquidation judiciaire**, 1047 et s.

- ordinaire, 1049
- simplifiée, 1072

Liquidation de sociétés, 359**Livres du commerce**, 93**Location gérance**, 278

- conditions, 278
- effets, 282
- publicité, 281

Loi, 16**M****Majeurs incapables**, 66**Maintien des cours**, 567**Mandataire ad hoc**, 947**Marché dérivé**, 554**Marché financier**, 554**Marché pertinent**, 658**Marge arrière**, 630, 636**MATIF**, 554**Marque**, 219

- collective, 224
- communautaire, 237
- contrefaçon, 199
- éléments constitutifs, 221
- enregistrement, 228, 231
- épuisement du droit, 235
- licence, 229

Médiation, 118**Micro entrepreneur**, 138**Micro-entreprise**, 137**Mineurs commerçants**, 64**Ministre chargé de l'économie**, 695**Morale**, 21**N****Nantissement de fonds de commerce**, 266**Négociation commerciale**, 618**Nom commercial**, 155**Nom de domaine**, 28, 157**O****Objet social**, 318**Obligations**, 591

- convertibles, 585
- échangeables, 585
- masse des obligataires, 583

Observateur de gestion, 389**Obtention conditions manigement abusives**, 646**Offre au public**, 537**OPA**, 560**P****Pacs**, 130**Pacte d'actionnaires**, 400**Para-commercialisme**, 638**Parallélisme des comportements**, 663**Parasitisme**, 615**Patrimoine d'affectation**, 298**Patrimoine professionnel**, 304**Période d'observation**, 973**Personnalité morale**, 335

- absence, 345
- abus, 335
- acquisition, 335
- effets, 332
- fin, 353

- nature, 335
- responsabilité, 352
- survie, 361
- Pratique, 21**
- Pratiques anticoncurrentielles, 661**
- Pratiques discriminatoires, 631**
- Pratiques restrictives, 635**
- Président directeur général, 486**
- Preuve commerciale, 108**
- Prévention des difficultés, 939**
- Privilège du vendeur, 262**
- Prix conseillé, 637**
- Prix imposés, 637**
- Procédures collectives, 926 et s.**
 - action en nullité, 1040
 - action en responsabilité, 1040
 - administrateur judiciaire, 970
 - arrêt cours inscriptions, 996
 - arrêt cours des intérêts, 993
 - arrêt de poursuites, 992
 - bilan économique, 1002
 - cessation des paiements, 1036
 - comité de créanciers, 1017
 - confusion des patrimoines, 965
 - conjoint, 1009
 - contrats en cours, 980
 - contrôleurs, 970
 - déclaration de créances, 997
 - fictivité, 965
 - juge commissaire, 970
 - interdiction des paiements, 989
 - liquidation judiciaire, 1047
 - nullités facultatives, 1040
 - nullités obligatoires, 1041
 - ouverture, 963
 - période d'observation, 973
 - période suspecte, 1036
 - plan de cession, 1055
 - plan de continuation, 1013
 - plan de redressement, 1046
 - plan de sauvegarde, 1013
 - privilèges, 984
 - redressement judiciaire, 1034
 - représentant des créanciers, 970
 - représentant des salariés, 970
 - réserve de propriété, 1012
 - responsabilité pour insuffisance d'actif, 1074
 - revendication, 1010
 - sanctions civiles, 1014
 - sanctions pénales, 1082
 - sanctions professionnelles, 1079
 - suspension des poursuites, 992
 - voies d'exécution,

- Pro-personnalité, 307**
- Procédure d'alerte, 942**
- Procédure de conciliation, 948**
- Procédure de dénonciation, 694**
- Procédure d'engagement, 693**
- Procédure de sauvegarde, 962**
- Profession libérale, 129**
- Propriété commerciale, 186**
- Publicité**
 - comparative, 611
 - registre du commerce, 780

R

- Recommandations, 19**
- Redressement judiciaire, 1034**
 - arrêt des poursuites individuelles, 992
 - arrêt du cours des intérêts, 993
 - cessation des paiements, 1036
 - contrat en cours, 980
 - contrôleurs, 970
 - déchéance du terme, 995
 - interdiction des inscriptions, 996
 - interdiction des paiements, 989
 - nullités, 1040
 - organes de la procédure, 970
 - période d'observation, 1039
 - plan de continuation, 1046
 - plan de sauvegarde, 1013
 - salariés, 1044
 - suspension des poursuites, 992
 - vendeur de meubles, 1012
 - voies d'exécution, 992
- Règlement amiable, 948**
- Registre du commerce et des sociétés, 78 et s.**
 - effets, 88
 - inscription, 81
 - organisation, 79
 - publicité, 90
 - sanctions, 87
- Répertoire des métiers, 124**
- Réseaux de distribution, 905**
- Responsabilité, 352**
- Revente à perte, 636**
- Rupture commerciale établie, 647**

S

- Salariés, 521**
- Secret des affaires, 655**
- Sociétés, 308 et s.**
 - abus de majorité, 388
 - abus de minorité, 383
 - acte de commerce, 50
 - action sociale, 382

- administrateurs, 477
- administrateur provisoire, 389
- *affectio societatis*, 333
- apports, 321
- apports en industrie, 324
- association, 330
- associés, 383
- avantages particuliers, 332
- bénéfice, 329
- capacité, 317, 350
- capital social, 325
- capitaux propres, 326
- cession de contrôle, 396
- classification, 364
- clause extra-statutaire, 400
- clause léonine, 332
- clause de rachat, 332
- compte courant d'associé, 327
- constitution, 316
- contrat, 315
- contribution aux pertes, 331
- contrôle, 386, 395
- convention de portage, 332
- décisions collectives, 505
- définition, 314
- dirigeant, 378
- dissolution, 354
- domiciliation, 348
- en formation, 337
- entre époux, 317
- expert de gestion, 389
- expert de minorité, 389
- fictives, 965
- formalités de constitution, 336
- forme, 319
- fusion, 393
- garantie de passif, 396
- groupe, 392
- intérêt social, 387
- liquidation, 359
- minoritaires, 387
- nationalité, 349
- nom, 347
- nullité, 340
- objet social, 318
- observateur de gestion, 389
- OPA, 560
- pacte d'actionnaire, 400
- patrimoine, 351
- personnalité morale, 335
- régularisation, 342
- reprise des actes passés par les fondateurs, 338
- responsabilité, 352
- salariés, 385
- scissions, 393
- siège social, 347
- Sociétés anonymes**, 457
 - actionnaires, 501
 - actions, 501
 - administrateurs, 476
 - appel public à l'épargne, 536
 - apports, 464
 - apports en nature, 464
 - assemblées, 505, 546
 - augmentation de capital, 528
 - capital, 464
 - commissaire aux comptes, 515
 - conseil d'administration, 475
 - conseil de surveillance, 494
 - constitution, 465
 - conventions, 496
 - conventions interdites, 496
 - conventions réglementées, 497
 - directeur général délégué, 490
 - directeur général, 489
 - directeur technique, 489
 - direction, 473
 - directoire, 492
 - dissolution, 533
 - domiciliation, 348
 - garanties, 498
 - lettres d'intention, 498
 - liquidation, 535
 - nullité, 469
 - offre publique d'achat, 560
 - président, 486
 - publicité, 468
 - rachat d'actions, 532
 - réduction du capital, 531
 - responsabilité, 470, 499
 - salariés, 521, 529
- Société à responsabilité limitée**, 429
 - apports, 432
 - associés, 431, 436
 - capital social, 433
 - constitution, 431
 - dissolution, 448
 - EURL, 450
 - gérance, 443
 - obligations, 447
 - parts sociales, 441
 - transformation, 448
- Société à risque illimité**, 368
- Société à risque limité**, 368
- Société civile**, 365
- Sociétés côtées**, 371, 536
- Sociétés créées de fait**, 346
- Société d'exercice libéral**, 374

Société de personnes, 405
Société en commandite par actions, 596
Sociétés en commandite simple, 423
Société en formation, 337
Société en nom collectif, 406
 – associé, 408
 – définition, 406
 – dissolution, 421
 – gérance, 415
 – part d'intérêts, 409
Société en participation, 345
Société européenne, 601
Société fictive, 965
Sociétés par actions, 457 et s.
Sociétés par actions simplifiée, 591
Sociétés par intérêt, 406
Société unipersonnelle, 288, 595
Solidarité, 109

T

Titre financier, 537
Titre négociable, 710
Titre nominatif, 579
Titre participatif, 584
Traité de Rome, 23
Transparence, 553, 556, 619
Transparence tarifaire, 619
Transports, 45
Tribunaux de commerce, 112
 – compétence, 114
 – organisation, 113
 – procédure, 116
Tutelle, 66

U

Unidroit, 22, 24
Urbanisme commercial, 73
Usages commerciaux, 20

V

Valeurs mobilières, 568
 – classification, 575
 – dématérialisation, 587
Ventes commerciales, 871
 – conclusion, 874
 – conformité, 887
 – de choses de genre, 877
 – délivrance, 882
 – en disponible, 875
 – garantie des vices cachés, 889
 – garantie d'éviction, 888
 – objet, 877
 – obligations de l'acheteur, 891
 – obligations du vendeur, 880
 – prix imposé, 637
 – réfaction, 886
 – réserve de propriété, 879
 – revente à perte, 636
 – retirement, 895
 – sécurité, 890
 – sur échantillon, 875
 – transfert de propriété, 878
Vente de fonds de commerce, 248
Virement, 855

W

Warrants, 790

Table des matières

Sommaire	V
Principaux sigles et abréviations	IX
Bibliographie	XI
Introduction	1
Section 1. Exigences de la vie des affaires	1
Section 2. Définition du droit commercial	3
§ 1. Conception classique du droit commercial	3
§ 2. Conception renouvelée du droit commercial	3
Section 3. Sources du droit commercial	6
§ 1. Le droit national	7
A. La loi	7
B. La jurisprudence	9
C. Les avis et recommandations	10
D. Les usages	10
E. La pratique	11
F. La doctrine	12
§ 2. Le droit communautaire	12
§ 3. Le droit international	13
Section 4. Facteurs d'évolution du droit commercial	15
§ 1. Facteurs d'évolution d'ordre technique	15
§ 2. Facteurs d'évolution d'ordre économique	15
§ 3. Facteurs d'évolution moraux	16

PREMIÈRE PARTIE

LES ACTEURS DE LA VIE COMMERCIALE

CHAPITRE 1. – LES PROFESSIONNELS COMMERÇANTS	21

Section 1. Définition du commerçant	21
§ 1. L'accomplissement d'actes de commerce	21
A. Les actes de commerce par nature	22
B. Les actes de commerce par la forme	25
C. Les actes de commerce par accessoire	26
D. L'acte mixte	26
E. Le critère général de l'acte de commerce	27
§ 2. L'exercice à titre de profession habituelle	28
§ 3. L'exercice à titre indépendant	28
Section 2. Conditions requises pour exercer une activité commerciale	29
§ 1. Les limites au droit de devenir commerçant	29
A. Les personnes protégées	30
B. Les personnes morales commerçantes	31
C. Les étrangers	32
D. Les incompatibilités	32
E. Les déchéances	32
§ 2. Les activités interdites ou soumises à condition	33
Section 3. Soumission des commerçants à des règles spécifiques	34
§ 1. Les obligations du commerçant	35
A. L'inscription au registre du commerce et des sociétés	35
B. La tenue des livres de commerce et la comptabilité	40
§ 2. Soumission des actes passés par le commerçant à des règles spécifiques . . .	44
Section 4. Les institutions spécifiques	45
§ 1. Les institutions ayant pour mission de régler les litiges	45
A. Les tribunaux de commerce	46
B. L'arbitrage commercial	48
C. La médiation ou conciliation	49
§ 2. Les autres institutions spécifiques	50
CHAPITRE 2. – LES AUTRES ACTEURS DE LA VIE COMMERCIALE	53
Section 1. Les artisans	53
§ 1. La réglementation administrative	54
§ 2. Le statut privé de l'artisan	54
Section 2. Les agriculteurs	55
Section 3. Les professionnels ayant une activité libérale	56

Section 4. Le statut du conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale	57
§ 1. L'exercice par le conjoint d'un commerce à titre indépendant	58
§ 2. Les statuts offerts au conjoint	58
Section 5. Les auto-entrepreneurs	60
Section 6. Les professionnels aidant à la création, la reprise ou la cession d'une entreprise	61

DEUXIÈME PARTIE

L'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ COMMERCIALE SOUS FORME INDIVIDUELLE

CHAPITRE 1. – LE FONDS DE COMMERCE	65
Section 1. La composition du fonds de commerce	67
§ 1. La notion de fonds de commerce	67
A. Diversité des éléments composant le fonds de commerce	68
B. Qualification de l'ensemble	73
§ 2. Le bail commercial	74
A. Conditions d'application du statut	75
B. Régime applicable au bail commercial initial	79
C. Droit au renouvellement	89
§ 3. Les droits de propriété industrielle	94
A. Principes communs	94
B. Brevets d'invention	96
B. Marques	102
C. Dessins et modèles	114
Section 2. Les opérations portant sur le fonds de commerce	116
§ 1. La vente du fonds de commerce	116
A. Conditions de la vente du fonds de commerce	116
B. Effets de la vente	122
§ 2. L'apport du fonds de commerce en société	126
§ 3. Le nantissement du fonds de commerce	126
A. Nantissement conventionnel	127
B. Nantissement judiciaire	129
§ 4. La location-gérance de fonds de commerce	129
A. Conditions de validité	130
B. Publicité de la location-gérance	131
C. Effets de la location-gérance	132
§ 5. Le crédit-bail	133

CHAPITRE 2. – **LIMITATION DU RISQUE PROFESSIONNEL** 135

 Section 1. L’insaisissabilité des biens non professionnels 136

 § 1. Les biens déclarés insaisissables 136

 § 2. La renonciation à l’insaisissabilité 136

 Section 2. La fiducie 137

 § 1. Le dispositif légal 137

 A. Les personnes concernées 137

 B. Conditions de validité 138

 C. La constitution du patrimoine d’affectation 138

 D. Droits et obligations des parties 138

 E. Dénouement 139

 § 2. Les limites du dispositif légal 139

 Section 3. Les nouvelles structures envisagées 139

 § 1. L’entreprise à responsabilité limitée 139

 § 2. La pro-personnalité 140

TROISIÈME PARTIE
LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

SOUS-PARTIE I
LE DROIT COMMUN DES SOCIÉTÉS

CHAPITRE 1. – **LA NOTION DE SOCIÉTÉ** 149

 Section 1. La société est un contrat 149

 § 1. Soumission au droit commun des conventions 150

 A. Capacité pour constituer une société. 150

 B. Objet 150

 C. Forme des sociétés 150

 § 2. Caractères propres au contrat de société 151

 A. Réunion d’apports 151

 B. Participation des associés aux bénéfices ou aux économies
 et contribution aux pertes 154

 C. Existence de l’*affectio societatis* 157

 Section 2. La société est un contrat ayant vocation à donner naissance
 à une personne morale 157

 § 1. Acquisition de la personnalité morale 158

 A. Accomplissement des formalités de constitution 159

 B. Société en formation 160

C. Non-respect des formalités de constitution	161
D. Sociétés sans personnalité morale	162
§ 2. Conséquences de la personnalité morale	163
§ 3. Fin de la personnalité morale	167
A. Causes de dissolution	167
B. Liquidation de la société	169
C. Survie de la personnalité morale pour les besoins de sa liquidation	170
Section 3. Classification des sociétés	171
§ 1. Distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales	172
§ 2. Distinction entre les sociétés à risque limité et les sociétés à risque illimité	173
§ 3. Distinction des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux	174
§ 4. Distinction des sociétés par intérêts et des sociétés par actions	174
§ 5. Sociétés côtées et non côtées	174
§ 6. Sociétés à statut spécial	175
CHAPITRE 2. – LA VIE DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	177
Section 1. Organisation interne de la société	177
§ 1. Le fonctionnement normal de la société	177
A. Dirigeants	177
B. Associés	180
C. Salariés	182
D. Organisation du contrôle	183
§ 2. Les situations de crise	183
Section 2. Développement des sociétés	187
§ 1. Constitution d'un groupe	187
A. Fusions et scissions	188
B. Prises de contrôle	188
§ 2. Effets attachés au groupe	192
Section 3. Pactes d'actionnaires	193

SOUS-PARTIE II

LES RÈGLES PROPRES À CHAQUE FORME SOCIALE

TITRE I

LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

CHAPITRE 1. – LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF	201
Section 1. La situation juridique de l'associé	202
§ 1. Les droits de l'associé	202

§ 2. La cession des parts sociales	202
§ 3. La responsabilité des associés en nom collectif envers les créanciers sociaux	203
Section 2. La gérance	204
Section 3. La dissolution	205
CHAPITRE 2. – LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE	207
Section 1. La situation juridique du commanditaire	207
Section 2. La défense d’immixtion du commanditaire dans la gestion de la société	208

TITRE II

LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

CHAPITRE 1. – LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE PLURIPERSONNELLE . . .	211
Section 1. Constitution de la société à responsabilité limitée	211
§ 1. Conditions de fond	211
§ 2. Conditions de forme	212
Section 2. Les associés	212
§ 1. Le droit à l’information	213
§ 2. Le droit de vote	213
§ 3. Le droit aux bénéfices	214
§ 4. La cession des parts	214
Section 3. La gérance	215
Section 4. L’émission d’obligations	218
Section 5. La transformation et la dissolution	219
CHAPITRE 2. – L’ENTREPRISE UNIPERSONNELLE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE . . .	221
§ 1. La reconnaissance de l’EURL	221
§ 2. Le régime juridique	222

TITRE III

LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

SOUS-TITRE I

LA SOCIÉTÉ ANONYME

CHAPITRE 1. – LE DROIT COMMUN DE LA SOCIÉTÉ ANONYME	231

Section 1. Constitution de la société anonyme	231
§ 1. Règles de constitution	231
A. Conditions de fond	231
B. Conditions de forme	232
C. Publicité de la constitution de la société anonyme	232
§ 2. Sanction des règles de constitution	232
Section 2. Organisation de la société anonyme	233
§ 1. La direction de la société anonyme	234
A. La société anonyme avec conseil d'administration et président directeur général	234
B. La société anonyme avec président et directeur général	242
C. La société anonyme avec directoire	244
D. Les règles communes aux deux formes de société anonyme	246
§ 2. Les actionnaires	249
A. Le droit de participer à la vie sociale	250
B. Le droit de négocier les actions	255
C. Le droit aux dividendes et à une part de l'actif social	256
§ 3. Le contrôle des sociétés anonymes	257
A. Le contrôle exercé par les commissaires aux comptes	257
B. Le contrôle de la société anonyme	259
§ 4. Les salariés	260
A. Participation à la vie de l'entreprise	261
B. Participation des salariés aux résultats et au capital	262
Section 3. Vie de la société anonyme	263
§ 1. Les opérations sur le capital	263
§ 2. La dissolution	266
§ 3. La liquidation	266
CHAPITRE 2. – LES SOCIÉTÉS CÔTÉES	267
Section 1. Règles de constitution	269
Section 2. Règles de fonctionnement	272
§ 1. Règles applicables aux assemblées	272
§ 2. Règles applicables à la direction des sociétés cotées	273
§ 3. Mise en œuvre de l'exigence de transparence	274
Section 3. Les opérations réalisées sur le marché financier	275
§ 1. Principes gouvernant les opérations réalisées sur le marché financier	275
§ 2. La surveillance du marché par l'Autorité des marchés financiers	277

§ 3. Procédures d'offres publiques d'achat	278
A. Procédure normale d'OPA	279
B. Procédures complémentaires	280
C. Mécanismes anti-OPA	281
§ 4. Infractions	282
 CHAPITRE 3. – LES VALEURS MOBILIÈRES ÉMISES PAR LES SOCIÉTÉS	
PAR ACTIONS	283
Section 1. Caractères fondamentaux	283
Section 2. Différentes valeurs mobilières	285
Section 3. Régime des valeurs mobilières	291
 SOUS-TITRE II	
LES AUTRES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS	
 CHAPITRE 1. – LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE	295
 CHAPITRE 2. – LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS	301
Section 1. Particularités relatives à la constitution	301
Section 2. Particularités relatives au fonctionnement	302
 CHAPITRE 3. – LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE	305
 QUATRIÈME PARTIE	
LE DROIT DE LA CONCURRENCE	
 CHAPITRE 1. – LE DROIT FRANÇAIS DE LA CONCURRENCE	309
Section 1. La protection des entreprises	310
§ 1. La protection par l'action en concurrence déloyale	311
A. Les comportements déloyaux sanctionnables	311
B. La mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale	316
§ 2. L'encadrement de la négociation commerciale	317
A. L'exigence de transparence	317
B. Principes gouvernant la négociation commerciale	319
C. Les pratiques restrictives	322
D. La Commission d'examen des pratiques commerciales	329
Section 2. La protection du marché ou de la concurrence	330
§ 1. Les pratiques anticoncurrentielles	334
A. Pratiques sanctionnées	334

B. Faits justificatifs	340
C. Sanctions.	341
§ 2. Le contrôle des concentrations	342
§ 3. Les institutions chargées de sanctionner	345
A. L'Autorité de la concurrence	345
B. Pouvoirs du ministre chargé de l'Économie	349
C. Rôle de la DGCCRF	350
D. Les enquêtes	350
CHAPITRE 2. – LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE	353
Section 1. Prohibition des ententes et des abus de position dominante	356
§ 1. Prohibition des ententes	357
§ 2. Prohibition des abus de position dominante	360
Section 2. Contrôle des concentrations	362
 CINQUIÈME PARTIE LES MOYENS DE PAIEMENT ET DE CRÉDIT	
CHAPITRE 1. – LA LETTRE DE CHANGE	369
Section 1. La création et la forme de la lettre de change	371
§ 1. Conditions de forme	371
§ 2. Conditions de fond	374
Section 2. Les effets de la lettre de change	375
§ 1. Obligation cambiaria du tireur	376
§ 2. Transmission de la propriété de la provision	377
Section 3. Les garanties de la lettre de change	379
§ 1. L'acceptation du tiré	379
A. Formes de l'acceptation	380
B. Effets de l'acceptation	382
C. Effets de complaisance	384
§ 2. L'acceptation par intervention	385
§ 3. L'aval	386
Section 4. La circulation de la lettre de change	387
§ 1. Endossement translatif	388
A. Conditions de validité	388
B. Effets de l'endossement translatif	389

§ 2. Endossement pignoratif ou de garantie	390
§ 3. Endossement par procuration	390
Section 5. Le paiement de la lettre de change	391
§ 1. Modalités de paiement de la lettre de change	391
§ 2. Défaut de paiement de la lettre de change	394
A. Le protêt faute de paiement	394
B. Le recours contre les signataires	395
C. Prescription des recours cambiaires	396
Section 6. La lettre de change relevé	396
§ 1. La LCR papier	397
§ 2. La LCR magnétique	398
CHAPITRE 2. – LE BILLET À ORDRE	399
Section 1. Le billet à ordre de droit commun	399
Section 2. Les warrants	401
§ 1. Warrants avec dépossession	401
§ 2. Warrants sans dépossession	403
CHAPITRE 3. – LE BORDEREAU « DAILLY »	405
Section 1. Création du bordereau « Dailly »	406
§ 1. Conditions de fond	406
§ 2. Conditions de forme	406
Section 2. Effets de la transmission	407
§ 1. Entre les parties	407
§ 2. Rapports entre l'établissement de crédit et les débiteurs des créances cédées	408
§ 3. Conflits avec les tiers	409
CHAPITRE 4. – LE CHÈQUE, INSTRUMENT DE PAIEMENT	413
Section 1. Émission du chèque	415
§ 1. Exigences préalables	415
A. Droit d'émettre un chèque	415
B. Obtention d'un chéquier	415
§ 2. Création du chèque	416
A. Mentions	416
B. Conditions de fond	418
§ 3. Effets de l'émission du chèque	418

A. Remise du chèque	418
B. Droits du porteur de chèque	419
Section 2. Circulation du chèque	420
Section 3. Paiement du chèque	421
§ 1. Modalités de paiement	421
§ 2. Lutte contre les chèques sans provision	424
A. Conséquences de l'émission d'un chèque sans provision	424
B. Droits de la victime d'un chèque sans provision	426
CHAPITRE 5. – LES CARTES DE PAIEMENT ET DE CRÉDIT	429
Section 1. Rapports entre l'émetteur et le porteur de la carte	430
Section 2. Relations entre émetteur et fournisseurs	431
Section 3. Lutte contre l'utilisation frauduleuse des cartes	432
CHAPITRE 6. – LE VIREMENT ET SES DÉRIVÉS	435
Section 1. Virement	435
Section 2. Dérivés du virement	436

SIXIÈME PARTIE

LES CONTRATS CONCLUS PAR LES COMMERÇANTS

CHAPITRE 1. – LES PRINCIPES GOUVERNANT LES CONTRATS	
CONCLUS PAR LES COMMERÇANTS	441
Section 1. Règles relatives à la formation des contrats	443
§ 1. Conditions de fond	443
§ 2. Conditions de forme et de preuve	444
Section 2. Règles relatives à l'exécution des contrats	445
CHAPITRE 2. – LA VENTE COMMERCIALE	447
Section 1. Formation du contrat de vente	448
Section 2. Transfert de la propriété	449
Section 3. Obligations du vendeur	450
§ 1. Obligation d'information et de conseil	450
§ 2. Obligation de délivrance	451
§ 3. Obligation de garantie	452

Section 4. Obligations de l'acheteur	454
§ 1. Paiement du prix	454
§ 2. Obligation de retraitement	456
CHAPITRE 3. – LA DISTRIBUTION	457
Section 1. Les professionnels de la distribution	457
§ 1. Les intermédiaires non commerçants	458
A. Les gérants succursalistes	458
B. Les VRP	459
C. L'agent commercial	459
§ 2. Les intermédiaires commerçants	461
Section 2. La constitution de réseaux de distribution	463
§ 1. Principes communs à l'ensemble des réseaux	463
A. Caractéristiques communes des contrats de distribution	463
B. Conditions de validité du réseau	464
C. Rapports entre les parties	467
D. Protection du réseau	468
§ 2. Principaux contrats de distribution	469
A. Les contrats d'approvisionnement exclusif	469
B. Le contrat de concession	469
C. Le contrat de franchise	473
D. Le contrat de distribution sélective	475

SEPTIÈME PARTIE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

TITRE I *LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE*

CHAPITRE 1. – LA DÉTECTION DES DIFFICULTÉS	489
Section 1. Règles comptables	489
Section 2. Procédure d'alerte	490
Section 3. Droit de convocation du président du tribunal de commerce	491
CHAPITRE 2. – LES PROCÉDURES SPÉCIFIQUES	493
Section 1. Désignation d'un mandataire <i>ad hoc</i>	494
Section 2. La procédure de conciliation	494

Section 3. Procédures applicables aux exploitations agricoles	498

TITRE II

LA CONTINUATION DE L'ENTREPRISE

CHAPITRE 1. – L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE	501

Section 1. Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde	501

Section 2. Procédure	503

CHAPITRE 2. – L'ENTREPRISE AU COURS DE LA PÉRIODE D'OBSERVATION	507

Section 1. Sort de l'entreprise	507

§ 1. Administration de l'entreprise	507

§ 2. Poursuite de l'activité de l'entreprise	509

A. Sort des contrats en cours	510

B. Privilège reconnu aux créanciers de la période d'observation	512

§ 3. Actions exercées dans l'intérêt des créanciers	513

Section 2. Restrictions aux droits des créanciers	514

§ 1. Interdiction des paiements	514

A. L'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture	514

B. Interdiction de payer les créances nées après le jugement d'ouverture ..	515

§ 2. L'arrêt des poursuites individuelles	515

§ 3. Arrêt du cours des intérêts	517

§ 4. Absence de déchéance du terme	517

§ 5. Arrêt du cours des inscriptions et des publications	517

§ 6. Déclaration des créances	518

Section 3. Élaboration du bilan économique social et environnemental	520

Section 4. Détermination du patrimoine du débiteur	521

§ 1. Vérification et admission des créances	521

§ 2. Droits du conjoint	522

§ 3. Procédures de revendications	522

CHAPITRE 3. – PLAN DE SAUVEGARDE	525

Section 1. Élaboration du projet de plan	525

§ 1. Régime de droit commun	525

§ 2. Procédure applicable en présence d'un comité de créanciers	527

Section 2. Adoption et exécution du plan de sauvegarde 529

TITRE III
LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Section 1. L’ouverture de la procédure 533

Section 2. La période d’observation 534

 § 1. Règles spécifiques 534

 § 2. Les actions en nullité et en inopposabilité 535

 § 3. Sort des salariés 537

Section 3. Issues de la procédure 537

TITRE IV
LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

Section 1. La liquidation judiciaire ordinaire 539

 § 1. Ouverture et déroulement de la procédure 539

 § 2. Effets attachés au jugement 540

 § 3. Issues de la procédure de liquidation 543

 A. Le plan de cession 543

 B. La cession des actifs du débiteur 546

 C. L’apurement du passif 546

Section 2. La liquidation judiciaire simplifiée 548

TITRE V
RESPONSABILITÉS ET SANCTIONS

CHAPITRE 1. – **LA RESPONSABILITÉ POUR INSUFFICANCE D’ACTIFS** 551

CHAPITRE 2. – **SANCTIONS PROFESSIONNELLES** 553

 § 1. Faillite personnelle 553

 § 2. Interdictions de gérer 554

CHAPITRE 3. – **SANCTIONS PÉNALES** 555

 § 1. La banqueroute 555

 § 2. Autres sanctions 556

Index alphabétique 557

Droit commercial et des affaires

18^e édition

Ce manuel présente, sous une forme claire et synthétique, les notions fondamentales de l'ensemble du droit commercial et des affaires. Pour ceux qui préparent la matière en travaux dirigés ou qui désirent l'approfondir, les articles et décisions essentiels sont mentionnés.

Cette nouvelle édition, comporte l'étude des actes de commerce, des commerçants, du fonds de commerce, des sociétés commerciales, du droit de la concurrence, des contrats commerciaux, des moyens de paiement et du droit des entreprises en difficultés.

Destiné aux étudiants en droit et en AES, aux élèves d'écoles de commerce et d'IUT, cet ouvrage contient l'essentiel de ce qui est exigé pour réussir l'examen. L'ouvrage est aussi particulièrement adapté pour la préparation à l'examen d'entrée à la profession d'avocat, de magistrat et de notaire. Il est aussi vivement recommandé pour ceux qui suivent l'enseignement à distance.

Dominique Legeais est professeur à l'Université Paris-Descartes (Paris V). Il y dirige le mastère de droit des obligations civiles et commerciales. Il enseigne le droit commercial depuis quinze ans à l'Institut d'études judiciaires (IEJ).