

## **Introduction : Présentation du droit des affaires**

### **Section 1. L'évolution historique.**

#### **1§ La période du droit commercial coutumier.**

##### **A. Les origines du droit commercial.**

Trois périodes à discerner pour comprendre l'évolution du droit des affaires :

- la période du droit commercial coutumier.
  - Règles régissant le commerce dans la Grèce antique ou Rome.
  - Autonomie des villes acquises cependant au XIIème siècle
  - 1<sup>ère</sup> apparition des institutions commerciales à ce moment là
    - comptabilités, banques, sociétés et faillites

Le centre de gravité européen se situe au nord : villes hanséatiques et foires.

- ⇒ Formation d'un droit international des marchands.
- ⇒ Instruments spécifiques se développent
  - Lettre de change
  - Tribunaux spéciaux

##### **B. L'encadrement institutionnel du droit commercial.**

- Encadrement par le roi du commerce jusqu'à la révolution
  - ⇒ fiscalité
- encadrement par l'Eglise
  - ⇒ condamnation du contrat aléatoire et du prêt à intérêt
    - contournement de l'interdiction avec usage de *lettre de change* et *société en commandite*
- Encadrement par les corporations
  - ⇒ Définissent les règles de concurrence
  - ⇒ Freinent l'initiative individuelle et le progrès

#### **2§ Le droit commercial codifié.**

##### **A. La mise en forme du droit commercial.**

- Dans un premier temps : ordonnances de Colbert et Savary (Commerce de terre en 1673 et commerce de la mer en 1681) pour codifier le droit commercial
- Influenceront le code de commerce

##### **B. La révolution et l'empire.**

- Libéralisation du commerce par la Révolution et l'Empire
  - ⇒ Promulgation du code de commerce en 1807

- Liberté d'entreprendre
  - ⇒ Consacrée par le Décret D'Allarde du 2 et 17 Mars 1791
- Interdiction des corporations
  - ⇒ Loi Le Chapelier des 14 et 17 Mars 1791

Droit commercial = concerne les actes de commerce

≠ la personne qui les accomplit

Le code de commerce => uniformité du droit (fin des coutumes et particularités locales).

- ⇒ Offre une accessibilité à tous
- ⇒ Sécurité juridique.

Quatre livres :

- Le commerce en général
- Le commerce maritime
- Les faillites
- Les juridictions commerciales.

### C. L'évolution du droit commercial au 20ème siècle.

1810-1914 : révolution industrielle

- ⇒ Transformation du monde commercial
- ⇒ Transformation et enrichissement du droit commercial

Exemples :

- Brevets d'invention
- Marques de fabrique
- Chèques
- Sociétés par action

### 3§ Le droit commercial dépassé.

#### A. La période 1914-1958.

1914-1958 : guerres mondiales

- ⇒ Intervention plus marquée de l'Etat dans le commerce, entre autres
  - Moralisation du commerce
    - Exemple : fraude sur la qualité des marchandises
    - Protection des épargnants et des porteurs de valeurs mobilières à partir de 1929
- ⇒ **Ordre public de protection**
  - Protection de la partie faible du contrat
- ⇒ **Ordre public de direction**
  - Contrôle de l'économie
    - Prix et salaires fixés
    - Contrôle des termes de l'échange
  - Plans
    - Les entreprises ne sont cependant pas liées juridiquement
  - Etat => entrepreneur
    - Entreprises publiques
    - Nationalisations (surtout en 45 et 81)

Dans cette période le droit commercial s'est publicisé. Malgré l'importance de la liberté et de l'autonomie, intégration progressive d'éléments d'ordre public.

## **B. La période postérieure à 1958.**

Trois éléments caractéristiques de l'évolution du droit des affaires à partir de 1958 :

### ***a) Le néolibéralisme économique***

Doctrines :

- favorable au libre échange
- idée de fixation des prix sur le marché grâce à la concurrence
  - concurrence : peut être déstabilisée si
    - ententes
    - abus de positions dominantes
    - concentrations
- pas de suppression de l'intervention de l'Etat
  - intervention en matière sociale
  - en matière économique s'il respecte les mécanismes du marché

Exemple : 1966, réforme néolibérale sur les sociétés

- libéralisation du secteur bancaire
- libéralisation du secteur audiovisuel
- libéralisation des télécommunications

Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 :

- fin du contrôle des prix
- affirme la liberté de la concurrence

Ce mouvement de libéralisation est ponctuel, irrégulier.

1981 : retour momentané au dirigisme et à la planification. De même après 1986 mais de moindre envergure.

⇒ Accord sur fait que l'économie de marché et la libre concurrence restent souhaitables.

Importance de l'encadrement juridique et de la régulation des activités rappelée par la crise des années 2009/2009.

Montée des idées consuméristes : droit de la distribution affecté par le droit de la concurrence.

### ***b) L'internationalisation du droit des affaires***

Après 1958 : réouverture de la France au commerce international.

- ⇒ grands accords internationaux ( GATT)
- ⇒ usages internationaux
  - l'arbitrage

Droit de la concurrence, dimension communautaire se superpose au droit interne.

Existence d'une

- société européenne
- marque communautaire

- bientôt brevet communautaire

Orientation du droit des sociétés par des directives communautaires (droit de la vente et de prestation de service)

Monnaie unique : l'Euro.

Libertés assurées par la communauté :

- les libertés de circulation
- la liberté d'établissement
- prestation de service

### ***c) L'influence du droit fiscal des affaires.***

Place telle qu'il commande les choix des entreprises, avant les considérations purement juridiques.

Choix orientés par le droit fiscal :

- Recours à un mode de financement
- Forme de société
- Stipulations d'un contrat
- Décision d'investir

### ***En conclusion.***

Droit commercial = droit de l'activité des commerçants

- ⇒ Place majeure au sein du droit des affaires
- ⇒ Cependant élargissement du droit aux concepts d'entreprises et professionnels

## **Section 2. Les sources du droit des affaires.**

On appelle source formelle du droit les institutions qui donnent naissance et autorité à des règles de droit.

### **1§ Les textes.**

#### **A. La loi interne.**

##### ***a) La constitution***

Selon la constitution, le droit commercial = domaine spécifique de la loi. => Régit les obligations civiles et commerciales

Fondement constitutionnel de la liberté d'entreprendre : article 1 et 2 DDHC. Source la plus abondante : la loi et les règlements.

##### ***b) La loi au sens formel***

L'ordonnance du 18 septembre 2000 met en place un nouveau code de commerce pour sa partie législative puis en 2007 pour sa partie réglementaire. Ce nouveau code de commerce comporte 9 livres :

- 1) Du commerce en général.
- 2) Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique.
- 3) De certaines formes de ventes et de clauses d'exclusivité
- 4) De la liberté des prix et de la concurrence
- 5) Des effets du commerce et des garanties
- 6) Des difficultés des entreprises
- 7) De l'organisation du commerce

- 8) De quelques professions réglementées
- 9) Dispositions relatives à l'outre mer.

Certaines lois ne sont pas codifiées : lois annexes. Très courantes avant la confection du nouveau code de commerce.

Exemple : loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales

### *c) Les règlements*

- Décrets
  - Arrêtés
- } Règlements d'application  
} Règlements autonomes

Registre du commerce et des sociétés commerciales : de nature réglementaire.

### **B. Les traités internationaux.**

On classe les traités internationaux en trois catégories.

- **Traités coordonnant les dispositions des droits nationaux.**
  - Les traités d'établissement : correspond au traitement sur le sol national des entreprises étrangères.
    - l'assimilation (l'entreprise étrangère est traitée de la même façon)
    - réciprocité (l'entreprise étrangère est traitée de la façon dont on traite les entreprises nationale à l'étranger).
  - Traités portant règlements des conflits des lois (quel loi sera compétente)
- Les traités portant règlement des conflits de loi. : désigne l'Etat dont la loi sera appliquée en cas de conflit.
- Les traités mettant en place des organes permanents qui génèrent du droit. Comme la convention de Stockholm créant l'OMPI ou le traité de Rome pour la CEE.

### **C. Le droit communautaire.**

Le droit communautaire revêt une importance considérable pour le droit des affaires.

- ⇒ Orientation du droit français interne (harmonisation et rapprochement des droits des pays de l'UE)
- ⇒ Modification et complément du droit interne car applicabilité directe (depuis 1963)

### *a) Les traités communautaires*

Les différents traités communautaires :

- 1951 CECA (6 états valable jusqu'en 2002)
- 1957 Traité de Rome (6 Etats créant la CEE)
- 1973 Entrées de l'Irlande et du Royaume uni.
- 1981 Entrées de la Grèce.
- 1986 Entrées du Portugal et de l'Espagne.
- 1986 Modification du traité de Rome par l'Acte Unique.
- 1992 Traité de Maastricht sur l'union européenne, union monétaire
- 1994 Entrées de l'Autriche de la Finlande et de la Suède.
- 1999 Traité d'Amsterdam modifiant le TUE.
- 2000 Traité de Nice modifiant le TUE.
- 2003-2005-2007 Elargissement avec les pays de l'Est jusqu'à 27.
- 2009 Traité de Lisbonne modifiant le TUE.

## ***b) Les objectifs de la Communauté Européenne***

Deux principaux objectifs :

- Création d'un marché commun
  - Liberté de circulation des marchandises
  - Libre circulation des personnes et des entreprises, libre prestation de services
  - Libre concurrence
- Mise en place de politiques communes
  - Commerce avec les pays tiers
  - Politique agricole
  - Protection des consommateurs
  - Environnement
  - Politique économique et monétaire (monnaie unique)

## ***c) Les caractères du droit communautaire***

Les dispositions de droit communautaire : les **traités** mais aussi un **droit dérivé**.

Droit dérivé :

- ⇒ règlements et directives
- ⇒ Recommandations et communications
- ⇒ des « livres blancs » et « lignes directrices ».

Depuis Van Gend en Loos, les règles communautaires entrent directement dans le patrimoine des individus. Depuis l'arrêt Costa, ces règles prévalent sur le droit interne.

- ⇒ Contrôle de conventionalité par le juge national

- Uniformité d'interprétation grâce à la CJCE et le **renvoi préjudiciel**
  - ⇒ Une juridiction peut demander à interpréter un texte communautaire, l'interprétation de celui-ci s'imposant à la juridiction.

## **2§ Les usages commerciaux.**

Usages = règles non écrites, caractère général et obligatoire

- ⇒ Pratique répétée.

Rôle essentiel, particulièrement en droit des contrats. Surtout en droit international car

- Manque de règles écrites comportant des dispositions de droit matériel
- Incertitude des règles de conflit de lois
  - ⇒ Incoterms (contrats-types ou définitions de termes techniques)
- Rédaction des usages : Chambre. Comm. International (ex : celle de Paris)
  - ⇒ Arbitre international reconnaît les usages

### **A. La nature des usages commerciaux.**

Les usages sont hétérogènes :

#### Portée variable

- ensemble des professionnels ou une profession déterminée
- Ensemble du territoire ou lieu précis
- Réalité dynamique qui évolue entre le contrat et la règle

D'une clause expresse d'un contrat, le temps qui passe crée l'usage par la répétition.

## Deux sortes d'usages :

- **L'usage conventionnel.** = volonté présumée des parties. Obligatoire si silence des parties.
  - Si on peut prouver qu'on ignorait un usage conventionnel celui ci ne s'appliquera pas.
- **L'usage de droit**, proche de la coutume, obligatoire dans la mesure où les parties en sont convaincues. S'applique même si ignorance des parties de cet usage.

⇒ Pas d'impérativité des usages

### **B. L'autorité des usages commerciaux.**

#### **1) Doit-on prouver l'existence d'un usage ?**

Usage conventionnel : oui comme toute stipulation (la preuve est libre).

Usage de droit : non. Le juge est censé le connaître..

Les **parères** apportent la preuve demandée dans les deux cas (attestations des CCI).

#### **Peut-on écarter un usage par ignorance ?**

Pour un usage conventionnel oui. Pour un usage de droit non, même si l'autorité de l'usage est relative à son domaine d'application (secteur, profession).

#### **2) L'usage prévaut il contre la loi ?**

Autorité de la loi supplétive < autorité de l'usage conventionnel < autorité de la loi impérative

L'usage de droit a la même autorité que la loi.

#### **3) Le non respect d'un usage encourt il la cassation ?**

Pour l'usage conventionnel non car il dépend de la souveraine appréciation du juge de fond. Pour l'usage de droit oui c'est un cas de violation de la loi.

## **3§ La jurisprudence et les autorités.**

### **A. La jurisprudence commerciale.**

Semblable à la jurisprudence de droit commun. Autorité supérieure de la jurisprudence lorsque la juridiction qui l'émet est de haut niveau. Jurisprudence constante= décisions répétées

Pour autant, la jurisprudence ne tient pas le juge.

### **B. Les institutions administratives et professionnelles sur commerce.**

Droit public économique : institutions privées ou publiques chargées d'orienter la vie des affaires

Les AAI veillent au respect de la liberté économique et de la concurrence, par exemple, l'AMF, l'ARCEP la CRE ou l'AC.

#### **a) L'intervention administrative**

Trois interventions possibles :

- pouvoir normatif
  - AMF, CECEI (comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement)
  - Importance plus grande que les arrêtés ministériels
  - Rôle déterminant dans les secteurs de la banque et des activités financières
  - Autres textes sans force juridiquement contraignante mais qui font connaître la pratique administrative

- pouvoir décisionnel
  - décisions individuelles qui appliquent lois et règlements aux cas concrets
    - pratique administrative propre
  - pas de jurisprudence au sens propre
- pouvoir consultatif
  - avis, rapports et recommandations
  - but : éclairer les autorités publiques
  - Conseil économique et social
  - Centre d'analyse stratégique
  - Le Plan (grands objectifs)

### ***b) Les organisations professionnelles***

CCI : rôle de consultation et de gestion (entrepôts, ports, aéroports, établissements de formation)

Chambres syndicales (loi du 21 mars 1884), représentation et défense des intérêts professionnels de leurs membres.

Fédération (exemple : MEDEF) : regroupement de groupes syndicaux.

### **C. La doctrine.**

Réflexion et synthèse afin de dégager des principes vigoureux.

Surtout influente à partir de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et de la 1<sup>ère</sup> moitié du XX<sup>ème</sup> siècle.

Grands juristes : Ripert, Roubier, Rodière... => affirmation de l'autonomie du droit commercial

⇒ Ouvrages scientifiques, thèses, qui font le lien entre la théorie et la pratique.

### **Section 3. Définition et domaine du droit des affaires.**

Le droit des affaires comporte de grands chapitres : les structures des entreprises commerciales (statut des entreprises et sociétés commerciales), l'activité commerciale (droit de la concurrence et propriété industrielle, contrat commerciaux et distribution, opérations financières), les sanctions (juridiction commerciale et arbitrage, procédures collectives)

## **1§ Droit des affaires et droit civil.**

### **A. La spécificité du droit des affaires.**

Spécificité car exigences propres à la vie et au dévelpt de la vie des affaires.

- L'exigence de rapidité et de simplicité, notamment en matière contractuelle (recours au consensualisme).
- L'exigence de sécurité, les obligations doivent être exécutées ponctuellement (retards = effets en cascades).
- L'exigence de technicité, => montages contractuels complexes (exemple : combinaisons de société).
- L'exigence de confiance mutuelle, la bonne foi => conclusion et exécution des contrats, recours spontané à l'arbitrage et transaction (milieu clos, connaissances des usages)

Exigences = dérogation au droit commun,

- Preuve libre, un contrat peut être prouvé par tous les moyens.
- La solidarité entre débiteurs est présumée

- Juridictions spécialisées.

### **B. Complémentarité du droit civil et du droit des affaires.**

Droit commercial insuffisant à lui seul. Le code civil pose aux articles 1832 et suivants des dispositions relatives à toutes les entreprises.

Le livre II du code de commerce n'intéresse que les sociétés commerciales. Vente commerciale, protection contre les vices cachés, comblement des lacunes et éclaircissement de dispositions par le code civil.

### **C. Influence du droit des affaires sur le droit civil.**

Certaines dispositions du droit des affaires sont reprises en droit commun.

- droit des procédures collectives, de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire des entreprises.
- conception de la faillite
  - o Au début la faillite était réservée à l'entreprise puis elle a été élargie à la personne morale, l'artisan, l'agriculteur, puis aux personnes physiques et aux professions indépendantes.
- Imitation de certaines règles du code de commerce par le code civil, exemple : loi du 4 janvier 1978, réforme de la société civile, la personnalité morale peut s'acquérir par immatriculation (Art. 1842 concurrence. Civ.)

## **2§ Droit des affaires et droit commercial.**

### **A. Les insuffisances du droit commercial classique.**

En tant que discipline scientifique, le droit commercial a reçu deux sortes de critiques. Son dogmatisme, son éloignement de la réalité, mais aussi concernant sa définition et son domaine.

#### **a) Caractère et esprit du droit commercial**

Dogmatisme : privilégie les règles aux situations d'affaires. => les divisions du droit posent des problèmes lorsqu'on a affaire à une situation concrète.

A donné trop d'importance aux règles contraignantes imposées par le législateur en période de dirigisme économique, ignore les problèmes de la pratique.

#### **b) Définition et domaine du droit commercial**

Définition du droit commercial incertaine et sa conception de la vie économique est dépassée.

On divise souvent le droit commercial entre la **théorie subjective qui s'attache aux personnes** des commerçants et la **théorie objective qui s'intéresse à leur action**.

Au 19<sup>ème</sup> siècle les commercialistes se sont surtout ralliés à la théorie objectiviste. Beaucoup considèrent aujourd'hui qu'on peut composer avec les deux. Mais la jurisprudence et les codes ont consacré la théorie objective.

L'acte de commerce, comme il est défini aux articles L110-1 et L110-2, ne couvre pas l'étendue des possibilités offertes par la vie commerciale.

Cette définition date en effet de 1807 et de nombreuses entreprises se sont formées en dehors de ce cadre. De plus le droit commercial discerne sans réelle raison les entreprises commerciales et civiles.

### **B. L'apparition de nouvelles disciplines.**

Trois domaines dans lesquels des nouvelles disciplines ont émergées :

- Le droit économique avec deux orientations principales :
  - o toute l'activité économique

- le droit des interventions de l'Etat (en particulier si Etat Providence)
- Le droit de l'entreprise :
  - Le droit commercial doit se reconstruire autour du concept d'entreprise (réalité économique et à la vie des affaires)
  - Ce droit est renforcé par le droit de l'union européenne car l'entreprise est une structure commune à tous les pays membres.
  - N'a pas encore remplacé totalement le concept juridique du commerçant
- Le droit des affaires :
  - connotation moderne appliquée à une activité professionnelle et technique exercée par les entreprises privées.
  - Le droit des affaires dépasse le droit commercial.
    - Pluridisciplinaire
    - Englobe les techniques de gestion, de financement et instrumentales.
    - Ensemble des règles applicables aux entreprises et à leurs relations de droit privé.
    - Cadre juridique du marché.

### **C. Le domaine du droit des affaires.**

Le droit commercial constitue une spécificité dans le droit des affaires, car de nombreuses règles s'appliquent aux seuls commerçants. Mais d'autres comportent des règles applicables aux entreprises en général. L'évolution n'est pas encore achevée.

## Première partie

# Droit commercial et entreprises commerciales

---

## **Titre 1. Détermination des entreprises commerciales**

Commerçants définis

- En raison de l'activité
  - Article L121-1 du Code de Commerce
- En raison de la forme de la société
  - Reconnues depuis 1893
  - 1925 : élargissement => les sociétés à responsabilité limitée
  - 1966 : élargissement => les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandites

### **Chapitre 1. Les commerçants en raison de la forme de leur entreprise**

Sociétés commerciales par la forme :

- Sociétés en nom collectif
- Sociétés en commandites
- Sociétés à responsabilité limitée
- Sociétés par actions

#### **Section 1. Origine et Notion de la commercialité par la forme**

1<sup>ère</sup> apparition à l'occasion de l'affaire de la Société du Canal de Panama.

⇒ Considérée comme société civile en raison de son objet (creusement du Canal de Panama).

Lorsqu'elle s'est trouvée incapable de rembourser ses créanciers, on ne pouvait pas la mettre en faillite.

Conséquence : Les créanciers étaient incapables de porter plainte collectivement mais devaient le faire individuellement.

Pour pallier au scandale, la loi du 1<sup>er</sup> Août 1893 modifiait l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867.

⇒ Quel que soit leur objet, à présent, les sociétés en commandite ou anonyme seront commerciales.

Intérêt du critère de la forme plutôt que de l'objet : simplicité, absence d'ambiguïté.

## **Section 2. Les différentes sociétés commerciales par la forme**

*Article L. 210-1C. Comm. Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales en raison de leur forme et quel que soit leur objet les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par action.*

Il s'agit donc d'une exception à un principe de commercialité par l'objet. Il s'agit en fait de sociétés par personnalité morale.

- ⇒ Définition de la société par l'article 1832 du Code Civil.
- « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat 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. »

### **1§ Les sociétés pluripersonnelles**

Sociétés constituées de deux ou plusieurs personnes.

#### **Les sociétés de personnes**

Les associés se réunissent en considération de la personnalité de chacun des associés.

##### *La société en nom collectif*

Définie par l'article L221-1 concurrence. Comm.

- ⇒ Tous les associés sont commerçants et répondent solidairement des dettes sociales.
- Société de commerçants
  - Liens étroits entre les personnes. Parts sociales incessibles. Grande stabilité. Souplesse dans la hiérarchie.

##### *La société en commandite simple*

Deux sortes d'associés :

- Commandites
- Commanditaires
  - Pas nécessairement des commerçants
  - N'engagent pas de patrimoine personnel
  - Bailleurs de fonds
  - Pas de gestion externe

Parts de commandites incessibles sauf unanimité du consentement de tous les associés.

#### **Les sociétés de capitaux**

concurrente est la somme d'argent mise à la disposition de la société qui est importante, plus que la personnalité des associés.

*a) La société à responsabilité limitée (SARL)*

- pas forcément des commerçants
- aucun capital minimum de participation
- gérant = personne physique
- cessation des parts libres entre les associés
- cessation à un tiers doit être soumise à l'approbation de la majorité des associés, en cas de refus la société doit acquérir elle-même les parts

Limitation de l'engagement des associés = succès dans les PME en France

*b) Les sociétés par actions*

Capital divisé en actions.

Associés = actionnaires.

- Action librement cessible
- Mode simplifié de transmission

Capital minimum : 37 000 euros

*La société anonyme (SA)*

L225-1 concurrence. Comm. « société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent des pertes qu'à concurrence de leurs apports. »

Nombre d'associés forcément supérieur à 7.

Modèle traditionnel : gestion par un président du conseil d'administration + conseil.

Modèle nouveau : gestion par un directoire surveillé par un conseil.

*La société européenne*

Règlement du 8 octobre 2001 : société par action qui se rattache au droit européen et non pas national.

*La société en commandite par action*

Société hybride, qui combine les avantages de la commandite et de la société par actions.

- Grande stabilité
- ⇒ La part des commandites ne peut être cédée qu'avec l'accord des autres.
- ⇒ Forme assez rare.

*La société par actions simplifiées (SAS)*

Apparentée à la SA sauf que

- Organisation libre des pouvoirs
- Moins lourde que la SA, plus de libertés laissées aux associés

SAS instituée par la loi du 3 janvier 1994 modifiée par la loi du 12 juillet 1999. A présent

- SAS peut être institué par n'importe quelle personne physique ou morale.

LME du 4 août 2008 a encore modifié

- Suppression d'un capital minimum
- Permet les apports en industrie

- Commissaire aux comptes obligatoire seulement dans certains cas

SAS forme concurrente aux SA.

Cependant, société fermée, pas d'offre public de titres financiers, pas de cotation en bourse, statuts inaliénables pendant dix ans => stabilité.

### *Les sociétés coopératives*

Associés à la fois

- Membres de la société
- Clients ou salariés de la société

Formes possibles : société de capitaux, société par action ou SARL.

## **2§ Les sociétés unipersonnelles**

Créée par une seule personne. Acte de Volonté unilatérale.

### **Origine de la société unipersonnelle**

Le principe de l'unité du patrimoine permettait au créancier de saisir les biens personnels du commerçant. Afin de remédier à cela, les commerçants pouvaient créer une société de capitaux avec une personne bénévole. Cependant on demandait de pouvoir créer un patrimoine distinct seul, ce qui est possible depuis la loi du 11 juillet 1985, une société peut être constituée par une seule personne. Modification de l'article 1832 du Code civil qui dispose maintenant qu'une personne seule peut le faire. Deux formes possibles : EURL et société par action simplifiée avec associé unique.

### **Les deux formes de la société unipersonnelle**

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

Variété de société à responsabilité limitée.

Mêmes dispositions que les SARL sauf les dispositions spéciales dues à un associé unique.

#### *b) La société par actions simplifiées avec associé unique*

SAS possibles même si l'œuvre d'une seule personne (loi du 12 juillet 1999)

### **Utilité pratique de la société unipersonnelle**

Trois cas d'utilité

- Lorsqu'un commerçant veut créer une société de capitaux dont il sera l'associé unique, il apporte les biens de l'entreprise. => séparation des deux patrimoines
- Facilitation de l'organisation d'un groupe de société (maison-mère associée unique par exemple)
- Une association peut créer une société unipersonnelle à qui elle confie la partie économique de son activité : séparation des activités à but lucratif et les autres.

## **3§ Les personnes morales du secteur public**

Quelles sont les entreprises du secteur public qui ont qualité de commerçant ?

- ⇒ Les sociétés nationalisées
- 1<sup>ère</sup> vague de nationalisation en 1945
- Puis en 1982

Ont gardé leur statut de société commerciale par la forme.

### Section 3. Les conséquences de la commercialité par la forme

#### 1§ Le principe

La société commerciale par la forme est une personne morale qui a la qualité de commerçant. Droits et obligations propres aux commerçants.

- Doit être immatriculée
  - o Naissance de la personnalité morale (art. 1842 concurrence. Civ.)
- Les actes de commerce qu'elle passe sont des actes de commerce par accessoire.

#### 2§ Limites concernant les sociétés à objet civil

- Exceptions au fait de considérer les actes comme des actes de commerce lorsque l'objet est civil.
  - o Jurisprudence relative au bail commercial
    - Ne peut être titulaire d'un fond de commerce
  - o Source dans la loi, 31 décembre 1990
    - Les sociétés d'exercice libéral (ex : avocats) ne sont pas soumises à la compétence de la juridiction commerciale.

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

Art. L. 121-1 concurrence. Comm. "Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et qui en font leur profession habituelle. »

Acte de commerce : au sens large, activités économiques.

#### Section 1. L'activité commerciale

Quels sont les actes de commerce ? => Art. L110-1 concurrence. Comm.

Acte ≠ actes juridiques mais activités économiques

#### 1§ Les activités de distribution

Opérations entre la production et la consommation.

#### L'Achat pour revendre

##### a) Analyse théorique de l'opération d'achat pour revendre

- L'achat : pas une acquisition par donation.
- Intention de revendre : pour que l'opération soit commerciale il faut que l'intention existe déjà au moment de l'achat. Les tribunaux prennent en compte pour l'intention de revendre le caractère habituel et professionnel de l'opération.

##### b) La réalité économique de l'achat pour revendre

Cadre d'entreprise. Distinction vente de gros et vente de détail ; commerce spécialisé et commerce généraliste. Soit grands distributeurs, soit réseaux de revendeurs indépendants pour les produits de luxe ou hyperspécialisés.

Revendeur lié au fabricant par un contrat cadre de

- Distribution exclusive
- Distribution sélective
- Franchise

##### c) Exclusion des activités de production

A contrario celui qui vend sa propre production n'est pas du domaine du commerce, en revanche ce n'est pas le cas de celui qui revend les matières premières qu'il a transformées et achetées.

Activités civiles :

- Production agricole
- Elevage
- Pêche
- Exploitation des forêts
- Extraction et vente des produits d'une carrière
- Production intellectuelle
- Membres des professions libérales

*d) Extension aux achats d'immeubles afin de les revendre*

Ca a été intégré aux activités commerciales à partir de la loi du 13 juillet 1967.

Exception au nouveau principe par la loi du 9 juillet 1970.

⇒ Retirant la promotion immobilière des activités commerciales.

Principe : achat d'immeubles aux fins de les revendre = activité commerciale

Exception : si l'acquéreur achète un terrain nu en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux.

**Les activités des intermédiaires du commerce**

Sens juridique d'intermédiaire : ceux qui contre rémunération aident les vendeurs et les acheteurs dans la conclusion de leurs opérations.

- Les commissionnaires
  - Passe un acte juridique en son nom propre mais pour le compte d'autrui (le commettant) dont il ne révèle pas l'identité
  - On dit qu'il fait écran
- Les courtiers
  - Met en contact des personnes qui ne se connaissent pas mais qui désirent contracter
  - Activité d'entreprise
  - N'intervient pas dans l'acte juridique lui-même
  - Souvent spécialisé
- Les mandataires ou agents commerciaux
  - Passe un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui
  - Ne fait pas écran
  - Lorsqu'il est un professionnel indépendant, on l'appelle agent commercial
  - La jurisprudence retient qu'il n'est pas un commerçant
  - Depuis 1967 sont commerciales toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de sociétés immobilières.

**2§ Les activités industrielles**

Au sens juridique du terme l'industrie fait partie du commerce. Les entreprises qui transforment des matières premières et vendent les produits finis qui en sont issus (industries) sont commerciales.

Cela englobe aussi les activités de construction, d'assemblage et de réparation. => Critère de la transformation matérielle.

**3§ Les activités de services**

- Article L 110-1 concurrence. Comm.
- Secteur tertiaire
  - Publicité
  - Ingénierie
- Par principe, activités commerciales

- Sauf services fournis par les professions libérales

#### A. *Principe de la commercialité des activités de service*

##### a) *Les activités de service spécialisées*

- Location de meubles
- Transports
- Activités de spectacles (cela comprend les émissions télévisions)

##### b) *Les catégories générales*

- Entreprises de fournitures, d'agence, et bureaux d'affaires

Fournitures : gaz, eau, électricité, agence de publicité, industrie hôtelière, gestion de clinique, expertise immobilière...

Agents d'affaires : gérer les affaires d'autrui.

#### B. *Exclusion des professions libérales*

- Médecins
- Avocats
- Architectes
- Experts-comptables
- ...

Exclusion des commerçants car

- ⇒ Car pas une activité de production, pas d'achat pour revendre
- ⇒ Car relation particulière entre prestataire et client : désintéressement, confiance

Le principe s'impose par la force de la tradition et coutume.

### **4§ Les activités financières**

- ⇒ Commerce de l'argent
  - Considérée comme commerciale seulement lorsque portée spéculative

#### A. *Caractère commerciale des activités financières*

##### a) *Les opérations de la banque*

La banque reçoit des fonds de ses clients et les emploie en crédits. Mais elles ont aussi leurs ressources propres, gestion de moyens de paiements.

##### b) *Les opérations de bourse*

- Bourses de valeur
  - Opérations sur les valeurs mobilières
- Bourses de marchandises
  - Opérations sur les produits de base et matières premières

##### c) *Les opérations d'assurance*

#### B. *L'intention spéculative*

Souvent pour qualifier une opération financière de commerciale, il faut qu'il y ait une recherche de profit ou spéculation. Pourtant il vaudrait mieux s'attacher à l'objet économique qu'à l'intention.

## **Section 2. L'exercice dans un cadre d'entreprise**

### **1§ La profession habituelle**

L'habitude de faire des actes de commerce entraîne la qualité de commerçant.

La profession est caractérisée par son but lucratif : ressources ordinaires de la personne. La personne est ainsi qualifiée de professionnelle. On oppose ainsi professionnels et consommateurs.

### **2§ L'exercice à titre personnel et indépendant**

La qualité de commerçant est refusée à ceux qui ont intégré l'entreprise d'autrui.

- Salariés
- Mandataires
  - Ne s'engage jamais personnellement
- Dirigeants de société
  - N'agissent pas en leur nom propre mais en la qualité de leur entreprise, personne morale. Seule l'entreprise a qualité de commerçant.

Critère pour être commerçant : pouvoir s'engager juridiquement sur son patrimoine personnel.

### **3§ Les différentes entreprises commerciales par leur objet**

#### **A. L'entreprise commerciale individuelle**

⇒ Entreprise qui est gérée par un commerçant (personne physique) qui agit pour son compte et qui supporte les profits et les risques.

#### **B. Les groupements commerciaux par l'objet**

⇒ Par l'activité

##### **a) Les sociétés commerciales par leur objet**

- La société en participation
  - N'a pas la personnalité morale
  - Groupe d'associés
  - Commerciale si son objet est commerciale, civile si son objet est civil.

Peut être occulte (elle ne se révèle pas aux tiers) ou ostensible.

Occulte : participants, associés : dans l'ombre. Les tiers ne connaissent pas l'existence de la société. Le gérant a la qualité de commerçant.

Ostensible : les participants sont tenus personnellement et solidairement des dettes souscrites.

- La société créée en fait
  - Sans contrat
  - Les associés se comportent comme si c'était le cas
  - Mettent des biens en commun
  - Partagent les bénéfices et les pertes
  - Pas de volonté consciente de conclure un contrat de société

##### **b) Les groupements d'intérêt économique (GIE)**

L125-1 concurrence. Comm.

- ⇒ La GIE a pour but de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de l'activité. Collaboration entre ses membres.
- ⇒ Personnalité morale
- ⇒ Peut avoir la qualité de commerçant (immatriculé au Registre du Commerce)

### *c) Le cas des associations*

Loi du 1<sup>er</sup> Juillet 1901 : l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun et d'une façon permanente leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager des bénéfices. »

Pour en former une

- Déclaration à la préfecture
- Dépôt de statuts et de la liste des dirigeants
- ⇒ N'ont pas la qualité de commerçant, les actes de commerce ne doivent pas constituer la principale et habituelle activité de l'entreprise.

## **Chapitre 3. Les professionnels non commerçants**

### **Section 1. Les professions agricoles**

Règle traditionnelle : production agricole, pêche, élevage, exploitation des forêts et vente des produits issus n'est pas une activité commerciale, mais des activités civiles.

Cependant statut semblable à celui des commerçant.

### **Section 2. Les professions artisanales**

- Professionnel juridiquement indépendant
- Activité principalement manuelle
- Emploi d'un nombre réduit de personnes

#### **1§ Les deux statuts de l'artisan**

#### **Le statut de droit privé**

L'artisan ne spéculé ni sur les marchandises, ni sur les investissements, ni sur le travail d'autrui. Donc il n'est pas commerçant.

Deux conditions nécessaires pour être artisan :

- Exécution personnelle d'un travail manuel dont il tire ses moyens d'existence
- Emploi d'un nombre réduit de personne

#### **Le statut administratif**

- Immatriculation au répertoire des métiers
  - Affiliation à des régimes propres aux artisans
- Condition d'accès à la profession
  - Avant 1996 : libre
  - Loi du 5 juillet 1996 : personne qualifiée professionnellement : diplômes, titres homologués et expérience professionnelle
- Les artisans peuvent prétendre à des avantages économiques, régime particulier de formation professionnelle.

#### **2§ Les rapports entre les statuts de l'artisan et de commerçant**

On peut cumuler qualité d'artisan et de commerçant.

Le statut d'artisan évolue vers celui de commerçant, surtout en rapport à la taille de son entreprise.

### **Section 3. Les professions libérales**

- Professions juridiques
- Conseils et experts en matière techniques
- Professions médicales
- Enseignement

Techniques de l'entreprise, exigence de rentabilité et d'organisation.

⇒ Existence de cabinets libéraux

## **Titre 2. Les actes de commerce**

Aujourd'hui l'attention se focalise sur l'entreprise plutôt que sur les actes de commerce.

### **Chapitre 1. La détermination des actes de commerce**

- Critère principal de l'acte de commerce : concept d'entreprise
- Actes de commerce classifiés

#### **Section 1. Recherche d'un critère de l'acte de commerce**

La théorie subjective prend aujourd'hui une place importante, sans pour autant totalement évincé la théorie objective traditionnelle => théorie mixte ou dualiste.

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

##### **La notion objective de l'acte de commerce**

La théorie objective détermine les actes de commerce sans considérer la personne qui les effectue=> retient l'objet de l'acte. **Actes de commerce par nature.**

Acte de commerce par la forme : lettre de change (loi du 7 juin 1894 l'a consacré, avant c'était une coutume).

Autre cas d'acte de commerce par la forme : principales sociétés commerciales : l'acte juridique qui fonde la société est un acte de commerce. Loi du 1<sup>er</sup> Aout 1893.

##### **Les infléchissements de la théorie objective**

Deux changements de la théorie objective : la place faite à la règle accessoire et la reconnaissance des actes mixtes.

###### *a) Les actes de commerce par accessoire*

Troisième catégorie d'acte de commerce (après ceux par nature et ceux par la forme).

Actes de commerce par accessoire : civils par nature, mais commerciaux lorsque c'est un commerçant dans l'exercice de sa profession qui les exerce.

⇒ Article L110-1 concurrence. Comm.

Symétriquement, existence d'actes civils par accessoires : actes de commerce par nature deviennent civil car dans le cadre d'une profession civile.

###### *b) Les actes mixtes*

Modalité qui affecte les actes de commerce par nature et accessoires.

⇒ Acte passé entre un commerçant et un non-commerçant.

##### **Critique de la théorie objective**

- Liste de l'article 110-1 : entreprises plutôt qu'opérations.
- Les actes de commerce par accessoire font manquer de logique la théorie objective : le commerçant définit les actes de commerce et vice versa.
- Actes mixtes : paradoxaux. Si un acte est objectivement commercial, il devrait l'être pour les deux parties.

## **2§ La théorie subjective de l'acte de commerce**

### **Fondements de la théorie subjective**

- ⇒ Acte de commerce = acte accompli par le commerçant dans l'exercice de sa profession.
  - Acte d'une entreprise commerciale.
  - Liste d'activités caractérisant les entreprises commerciales

### **Le critère de l'entreprise commerciale**

Pour une société commerciale avec la personnalité morale, tous les actes qu'elle accomplit sont des actes de commerce.

- Présomption de commercialité
  - Actes accomplis pour les besoins de l'entreprise ou pour l'intérêt de la personne physique ?
  - concurrence'est à la personne d'apporter la preuve de la non commercialité.

### **Existence des actes de commerce isolés**

Jurisprudence reconnaît les actes de commerce exercés occasionnellement par des non-commerçants.

*Actes de commerce isolés.*

- ⇒ Système mixte objectif/subjectif ???

## **Section 2. La classification des actes de commerce**

3 catégories : actes des entreprises commerciales, actes de commerce par la forme, actes de commerce isolés.

### **1§ Les actes des entreprises commerciales**

Actes de commerce : actes juridiques + faits juridiques.

#### **Les contrats**

Tout contrat conclu pour les besoins d'une entreprise commerciale est un acte de commerce (achat, vente, emprunt, contrat de service).

Certains contrats relèvent d'un régime spécial : bail commercial, contrat de travail...

Statut civil des contrats pour l'achat et la vente d'immeubles.

#### **Délits et quasi-délits**

A l'occasion d'une exploitation commerciale, lorsque la responsabilité de son auteur est mise en cause, un délit ou quasi-délict est un acte de commerce (jurisprudence).

- ⇒ Délits civils (et non pénal), mais attribution de la compétence aux tribunaux de commerce
- ⇒ Sauf actions en contrefaçon et actions en réparation de dommages causés par un accident de travail ou de circulation

#### **Obligations légales**

Les dettes fiscales sont considérées comme des dettes civiles, au contraire les dettes de cotisations sociales sont commerciales.

## **2§ Les actes de commerce par la forme**

### **La lettre de change**

= titre

Un tireur demande à un tiré (débiteur) de payer de l'argent à un bénéficiaire, tout cela dans une lettre de change.

Chacun des signataires souscrit un engagement commercial.

- Le droit de la consommation interdit de faire souscrire une lettre de change par un consommateur.

### **Les sociétés commerciales par la forme**

- Société = commerçant
- Actes de création, fonctionnement et d'extinction de la société = actes de commerce

Cependant actes civils : opérations entre associés non commerçants (cessions d'action ou de part social) tant que pas d'incidence sur la direction ou le fonctionnement de la société.

### ***3§ Les actes de commerce par nature accomplis par des non-commerçants***

#### **Caractère exceptionnel de ces actes**

- Tradition
  - Vestiges de la conception subjective
  - L'article L110-1 concurrence. Comm. Limite les actes de commerces isolés, en principe pour être commercial un acte doit être accompli en entreprise.
- ⇒ Actes commerciaux isolés = pas d'entreprise + entre 2 personnes non professionnelles.

#### **Actes isolés consacrés par la jurisprudence**

- Vente d'un fond de commerce
- Cautionnement et cession de parts sociales entraînant le transfert du contrôle d'une société

##### ***a) La vente d'un fond de commerce***

- Les actes portants sur un fond de commerce sont des actes de commerce quelle que soit la personne qui les passe.

##### ***b) Le gage commercial et le cautionnement***

Gage commercial : le débiteur remet une chose mobilière à son créancier comme garantie de l'exécution de sa dette. concurrence est un acte de commerce si la dette est un acte de commerce, quelle que soit la qualité des personnes.

Le cautionnement est le fait qu'un tiers à un contrat garantisse qu'il paiera à la place du débiteur si celui-ci ne le fait pas.

- Si la caution a la qualité de commerçant et est en relation avec l'activité commerciale, c'est un acte de commerce.
- Si la caution n'est pas commerçante, il faut que la dette soit commerciale et que la caution ait un intérêt patrimonial personnel à la dette pour que ça soit commercial.

##### ***c) La cession de parts sociales entraînant le transfert du contrôle de la société***

Elle n'est commerciale que si elle cède un nombre de parts sociales telles que le contrôle de la société va à d'autres mains.

## **Chapitre 2. Le régime des actes de commerce**

Régime particulier, différent du droit civil car la vie des affaires exige de la rapidité, de la simplicité, de la rigueur d'exécution. La construction est cependant hétérogène. Une grande partie relève du droit civil. Les règles spéciales d'ailleurs tendent à se réduire.

### **Section 1. L'affirmation du particularisme**

- La preuve

- Le régime des obligations commerciales

### **1§ La preuve des actes de commerce**

Admission en droit commercial de la preuve *par tous les moyens*. => traditionnel

#### **Le principe de la liberté de la preuve en droit commercial**

Considérations pratiques : rapidité des opérations commerciales (pas de formes lourdes). En plus, obligation de tenir une comptabilité et de conserver des copies de ses correspondances. Loi du 13 mars 2000 adapte le droit de la preuve aux nouvelles technologies.

##### *a) Recevabilité de tous les modes de preuve*

<b>Droit Civil</b>	<b>Droit commercial</b>
1341 concurrence.civ. preuve écrite après 1500 euros. Sauf lorsqu'est reconnue l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit.	L110-3 concurrence. comm. Tout mode de preuve quel que soit le montant de la somme. - Actes - Ecrits quelconques - Documents comptables - Témoignages - Indices - Présomptions...

##### *b) Absence de hiérarchie entre les modes de preuve*

Alors qu'en droit civil il existe une hiérarchie de la preuve ce n'est pas le cas en droit commercial. Seule compte la force démonstrative du moyen produit.

##### *c) Force probante des différents modes de preuve*

Pas la même sécurité juridique selon le mode de preuve en fonction des risques de fraude ou de falsification.

###### *i. Les écrits*

Donne une position favorable. Mieux vaut rédiger des écrits sous seing privé.

###### *ii. Les témoignages*

Soit recueillis par enquête, soit par attestation (sans déplacement physique du témoin).

###### *iii. Les copies*

En droit civil la photocopie n'a aucune valeur juridique par elle-même tandis qu'en droit commercial c'est une preuve comme une autre. Le code civil admet la production d'une copie lorsqu'elle est fidèle et durable de l'original.

###### *iv. Les données numériques*

Elles sont admises en tant que preuve au même titre que les données papier.

#### **Le domaine d'application du principe**

Deux limitations : ne s'applique qu'à l'égard des commerçants, et est écarté par une série de lois qui sont spéciales à certains actes.

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

Pour que la preuve soit libre :

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

*i. Le défendeur à la preuve doit avoir la qualité de commerçant*

Si acte mixte, le non-commerçant peut faire la preuve par tous moyens contre le commerçant alors que le commerçant doit apporter la preuve selon les règles du droit civil contre le non-commerçant, en tout cas quand il s'agit d'actes concernant des sommes importantes.

Le principe de la preuve ne s'applique pas aux actes de commerce isolés.

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

L'article L110-3 s'applique qu'aux actes de commerce. Mais il appartient au commerçant désireux d'écartier la preuve par tous les moyens de prouver le caractère non commercial de l'acte car tous les actes des commerçants sont présumés commerciaux.

*b) Le principe est parfois écarté par des lois spéciales*

Exceptions consacrées par la loi. => écrit obligatoire, la plupart du temps pour la preuve de l'acte. Exemples : vente et nantissement du fond de commerce, contrat de transport de marchandises, contrat de société...

Parfois écrit exigé pour la validité même de l'acte : lettres de change.

Actes mixtes : formes protectrices, prescrite à peine de nullité.

### **Conséquences de la liberté de la preuve en matière commerciale**

*a) La preuve de la date à l'égard des tiers*

L'acte sous seing privé n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que par l'art. 1328 concurrence. civ. :

- Enregistrement de l'acte
- Mort de l'un des signataires
- Mention de l'acte dans un acte authentique

*b) Les formalités propres à certains actes*

*i. Contrats synallagmatiques*

En droit civil, les exemplaires du contrat multiple sont nécessaires pour faire preuve, en droit commercial, un seul suffit.

*ii. Actes unilatéraux*

En droit civil on protège le débiteur d'une fraude éventuelle, mais en droit commercial la preuve du cautionnement se fait par tous les moyens lorsque la caution a qualité de commerçant.

Lorsqu'elle ne l'a pas, alors le cautionnement est un acte de commerce lorsque la caution a un intérêt personnel au paiement de la dette.

### **2§ Les règles spéciales aux obligations commerciales**

#### **Pluralité des débiteurs : la solidarité passive**

Solidarité passive = chaque débiteur est tenu de la dette totale, le créancier peut choisir lequel paiera, soit l'intégralité, soit diviser les recours entre certains.

*a) Principe : la solidarité se présume dans les affaires commerciales*

Garantie solide pour le créancier mais désavantageuse pour le débiteur : n'est pas considérée comme le principe en droit civil, mais en droit commercial, oui => coutume.

*b) Champs d'application de la présomption de solidarité*

- Plusieurs commerçants tenus à la même dette
- Non-commerçants engagés pour le même acte de commerce.

*c) Force de la présomption*

Pour renverser la présomption de solidarité il faut

- Prouver que les codébiteurs n'avaient pas l'intention de s'engager solidairement
- Que le créancier avait renoncé à invoquer la solidarité

**Règles relatives à l'exécution des actes de commerce**

Dérogent au droit civil des contrats, particulières à certains types d'opérations commerciales.

Règles spéciales pour => rigueur d'exécution ou au contraire pour sauver une opération en tolérant une plus grande souplesse dans son exécution.

*a) Rigueur d'exécution de l'obligation cambiaire*

- Strict respect des échéances
- Pas de délais de grâce

Obligations **cambiales** : d'une lettre de change. Paiement ponctuel à une échéance précise.

*b) Facilité d'exécution de la vente commerciale*

Cas d'inexécution du contrat :

- En droit commun
  - o Exécution forcée
  - o Résolution judiciaire de la vente
- Droit commercial
  - o Faculté de remplacement
    - L'acheteur achète à un 2<sup>ème</sup> vendeur les mêmes articles qu'au premier, et le 1<sup>er</sup> les lui devra à lui.
  - o Réfaction de la vente
    - Marchandises obtenues mais de moins bonne qualité que prévue : on peut obtenir baisse du prix

*c) Autres règles particulières*

- Anotocisme interdit en droit civil mais pas en droit commercial
- Gage commercial : facilité d'exécution

**Extinction de l'obligation commerciale : la prescription**

- Extinctive ou libératoire
- Articles 2219 à 2257 du code civil.
- Droit commercial : délais de prescriptions particuliers (5 ans ou 2 ans si c'est la vente).

*a) Prescription quinquennale*

Avant : délais de 10 ans. Loi du 3 janvier 1977 fait passer à 5 ans.

*i. Fondement de la prescription quinquennale*

Idée d'ordre et de sécurité juridique. Depuis la réforme de 17 juin 2008 c'est pareil en droit commun.

*ii. Domaine d'application de la prescription quinquennale*

- Obligation : lien de droit entre créancier et débiteur
- Une partie doit être commerçante. (application aux actes mixtes.)
- Obligation née à l'occasion du commerce. Présomption de commercialité.
- Pas de prescription plus courte due à une règle spéciale.

b) *Prescription de l'action en paiement contre un acheteur non-commerçant*  
Au bout de deux ans. L 137-2 concurrence. Comm.

## Section 2. L'affaiblissement du particularisme des actes de commerce

### 1§ L'unification de certaines règles

- Taux de l'intérêt légal
  - Depuis 1975 il n'y a plus de différences entre les dettes civiles et les dettes commerciales : taux d'intérêt légal étant le même. Il est fixé chaque année par décret.
  - Appelés intérêts **moratoires** car destinés à compenser le retard dans le paiement d'une somme d'argent.
- Imputation des paiements
  - Avant ça ne s'appliquait pas en droit commercial, mais ça a changé depuis 1986. (art. 1253 et s. du concurrence. Civ.)
- Mise en demeure du débiteur
  - Différent jusqu'en 1991. En droit civil il fallait un huissier. En droit commercial une lettre recommandée suffisait.
  - Désormais la lettre peut s'appliquer aussi en droit civil.

### 2§ Un régime éclaté

Le régime des actes de commerce n'est plus unitaire. Combinaison des règles de droit commercial et des règles de droit civil.

- Régime plénier
  - Personnes qui sont toutes commerçantes
  - Qui agissent pour les besoins de l'entreprise
  - Tout s'applique selon les règles du droit commercial
- Régime des actes mixtes
  - Régime hétérogène
  - Système dualiste ou distributif
    - Commerçant : règles du droit commercial
    - Non-commerçant : les règles du droit civil
  - La prescription quinquennale s'applique aux deux
  - Nullité absolue de la clause compromissoire
- Régime des actes de commerce isolés
  - Aucune des personnes n'a la qualité de commerçant
    - Cautionnement commercial
    - Vente de fonds de commerce
    - Cessions de parts sociales entraînant transfert du contrôle
  - Tribunal de commerce connaît les litiges relatifs à la conclusion et à l'exécution de l'acte
  - Présomption de solidarité
  - La règle de la preuve et de la prescription ne s'appliquent pas

## Titre 3. La juridiction commerciale

Tribunal de commerce : composé de commerçants et de représentants des entreprises élus.

Arbitrage : arbitres choisis parmi les juristes et les praticiens accoutumés aux affaires.

### Chapitre 1. Le tribunal de commerce

Créés en 1563, mais plus anciens dans certaines villes. Magistrats de commerce = consuls.

Code de commerce de 1807 les a maintenus.

## **Section 1. L'organisation des tribunaux de commerce**

- Caractère professionnel marqué

### **1§ Constitution du Tribunal de commerce**

Répartition territoriale inégale.

Nombre : 184.

Juges répartis en chambres.

Formation de jugement : 3 juges.

Présidé par le pour du tribunal de commerce ou par un juge de 3 ans d'expérience.

### **2§ Critiques et propositions de réforme**

- Manque de formation juridique
  - o Le contentieux commercial de la concurrence est confié à 8 tribunaux de commerce.

Solution possible : échevinage : magistrat professionnel + deux commerçants élus.

- Moralité et impartialité des juges mise en cause
  - o Solution : création de chambres mixtes mais opposition du Sénat.
- Création d'un Conseil national des tribunaux de commerce
  - o 23 septembre 2005
  - o Avis en matière de déontologie et de diffusion des « bonnes pratiques ».

### **3§ Le ministère public**

Jusqu'en 1970, pas de représentation du ministère public devant les tribunaux de commerce. Or les règles de l'ordre public étaient mises en jeu en matière de sociétés commerciales, de concurrence et sur les procédures de faillites.

Le procureur de la république peut à présent intervenir => ouverture de la procédure ou allongements des délais.

## **Section 2. La compétence du tribunal de commerce**

### **1§ La compétence d'attribution du tribunal de commerce**

⇒ Devant quelle juridiction le litige sera porté ? article L721-3 concurrence. Comm.

### **Les litiges entre commerçants**

Compétence

Personnelle : relatif au statut de commerçant

Réelle : relatif à l'objet du litige

Actes mixtes ? Solution la plus favorable au non-commerçant (retenue par la jurisprudence).

Distinction selon que le demandeur au procès est le commerçant ou le non-commerçant.

- ⇒ Commerçant = demandeur
  - o En principe, doit saisir la juridiction civile.
    - Règle de protection
    - Mais le non-commerçant peut accepter le tribunal de commerce.
  - o Exception : brevet d'invention, marques de fabrique : compétence du TGI, pareille en droit de la consommation (ou TI). + litige relatif aux sociétés coopératives agricoles.
- ⇒ Non-commerçant = demandeur
  - o Choix, option
- ⇒ Clause attributive de compétence d'un contrat est-elle valable ?

- Inopposable au non-commerçant, mais si le non-commerçant est demandeur il sera lié par la clause.

### **Les litiges relatifs aux sociétés commerciales**

Art 721-3 du nouveau code de commerce : le Tribunal de commerce compétant pour les litiges qui

- Opposent les associés entre eux
- Ont pour objet l'existence, le fonctionnement ou la liquidation de la société
- Sont nés à l'occasion d'une cession de droits sociaux.

### **Les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes**

Opposition entre conceptions subjective et objective.

Pas d'obligation de comparaitre devant le tribunal de commerce.

Sauf

- Lettres de change
- Accessoire objectif
  - Vente de fond de commerce
  - Cautionnement donné par le dirigeant d'une société commerciale
  - Cessions de parts sociales qui donnent le contrôle

### **2§ La compétence territoriale du Tribunal de commerce**

Principe général : compétence géographique va au tribunal du défendeur.

Cependant si personne morale, il est possible que ça soit dans le lieu d'une succursale.

Autres exceptions possibles : tribunal du lieu de la livraison de la chose vendue ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ; lieu où s'est déroulé le fait dommageable.

Possibilité d'une clause attributive de compétence territoriale, qui n'est valable qu'entre commerçants et si elle respecte une certaine forme (caractères visibles dans le contrat, doit figurer dans l'engagement).

## **Section 3. La procédure devant le Tribunal de commerce**

### **1§ La procédure ordinaire**

- Orale
- Publique
- Contradictoire

Avocat non obligatoire.

### **2§ Les procédures spéciales**

- Procédure simplifiée de recouvrement des créances
  - = procédure d'injonction de payer
  - Litige = paiement d'une créance qui vient d'un contrat et d'un montant déterminé
  - requête au président du tribunal qui peut alors faire une ordonnance portant injonction de payer
- Le référé commercial
  - Nomination d'un expert ou d'un administrateur provisoire par le président du tribunal de commerce
  - Il peut aussi prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état (référé sauvegarde)
    - Prévenir un dommage imminent

- Faire cesser un trouble illicite
- Le pour peut accorder une provision au créancier : référé-provision

## Chapitre 2. L'arbitrage commercial

- Nature conventionnelle
- Nature juridictionnelle

Avantage :

- Plus rapide : faux
- Moins coûteux : faux
- Personnes au courant des usages, connaissances des spécificités techniques
- Caractère confidentiel de la procédure

### Section 1. La convention d'arbitrage

#### 1§ Le compromis d'arbitrage

Convention par laquelle les parties à un litige déjà né conviennent de le porter devant des arbitres.

Validité :

- Précision du nom des arbitres et de l'objet du litige
- Ne pas concerner l'ordre public

#### 2§ La clause compromissoire

- Convention par laquelle les parties décident que les litiges futurs seront portés devant des arbitres.
- Valable dans les contrats entre professionnels

### Section 2. Le tribunal arbitral et l'instance

#### 1§ Le Tribunal arbitral

- Arbitre= personne physique
- Arbitrage institutionnel = lorsque les personnes morales sont chargées d'organiser l'arbitrage

#### 2§ L'instance arbitrale

- Droit applicable
  - Sentence motivée
  - Respect du droit applicable
- Sentence arbitrale
  - Obligatoire pour les parties
  - Pas de force exécutoire
    - Exécution forcée confiée au TGI
- Les voies de recours
  - Devant la Cour d'Appel
  - On peut cependant renoncer d'avance à interjeter l'appel
  - Renonciation présumée sauf clause contraire en cas d'amiable composition

## Titre 4 : L'entreprise commerciale

**326.** Notion clef du droit des affaires. Etude : ses relations externes, le statut des biens qui lui sont affectés. Non traité : ses relations internes, ressortent du droit des sociétés et du travail.

### Chapitre préliminaire La notion d'entreprise

**327.** Entreprise = critères économiques. Pas de personnalité juridique.

## Section 1. L'entreprise, réalité du monde économique.

### 1§ La notion économique de l'entreprise

**328.** Réalité du monde économique. Formes diverses : PME, entreprise artisanale, entreprise publique, assoc°...

Deux angles d'analyse économique : *L'unité de production* (de biens/services), agent économique intervenant sur le marché, entretenant des échanges ac d'autres entreprises et Ceurs. Ou *organisation* : système social complexe.

**329.** Les juristes ont reconnus ces deux aspects. Organisation unitaire de moyens humains, matériels et financiers en vue d'une activité de production ou de prestation de services. Mousseron et Teysié : « une organisation au service d'une action ». Capitant, en droit commercial : « un organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme ».

### 2§ Les éléments de l'entreprise

**330.** Trois éléments : un ensb de moyens de production, une organisation et une activité économique.

**331.** Un *ensemble de moyens de production*. Des moyens humains, collectivité de personnes oeuvrant à l'exploitation (salariés/dirigeants/représentants non salariés). Moyens matériels (immeubles/machines/transports, biens incorporels : créance/fonds de commerce/droit de la propriété intellectuelle). Capitaux : fonds propres apportés par le chef d'entreprise/actionnaires de la société gérant l'entreprise, concours financiers des établissements boursiers. L'entreprise n'a pas à réunir tous ces moyens (entreprise sans salariés, moyens matériels réduits). Situations variables.

**332.** *Organisation hiérarchique de l'entreprise*. Pôle de décision autonome, direction décidant des orientations, répartissant les tâches entre des unités opérationnelles et coordonnant l'ensemble. Appartient souvent aux propriétaires des moyens de production (entreprise individuelle, personne morale ac associés). Cependant, les salariés peuvent participer à la gestion de l'entreprise, ou quelques dirigeants constituant une technostucture, disposant d'un pv de décision autonome.

**333.** *L'exercice d'une activité*. Opération de production de biens/prestation de services, avec 3 caractères. *Autonome* : exercée par l'entreprise pour son propre compte et pour son profit. Entreprise, centre de profit non obligatoirement pécunière mais aussi avantage économique. Profit réinvesti ou redistribué. *Habituelle* : répétition d'actes de production ou de prestation de services répondant à une programme (exclusion des actes isolés). *Economique* : opérations de production, de distribution ou de prestation de services constituant une offre sur un marché. Remarques :

- activité économique très diverse (artisanale, agricole, commerciale, civile)
- exclusion des prestations de service répondant à une exigence sociale (prest° de sécurité sociale) ou humanitaire, ne donnant pas lieu à l'existence d'une offre sur un marché.

## Section 2 La reconnaissance de l'entreprise par le droit

**334.** Apparition du terme en 1807 à l'ancien article 632 Ccom (auj d 110-1) qui répute actes de commerce « toute entreprise de manufacture, de commission, de transport ». Puis oublié pendant 1,5 siècle.

Loi du 19 juillet 1928 : 1<sup>er</sup> texte s'y référant, relatif au maintien du droit des travailleurs en cas de mod° de la forme juridique de l'entreprise.

Ordonnance du 22 février 1945 : autre texte important, instituant le comité d'entreprise.

### 1§ La consécration de l'entreprise par les textes

#### A. En droit du travail

**335.** L.1224-1 concurrence.trav : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, not. par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». 1<sup>ère</sup> reconnaissance de l'entreprise, car le salarié y est lié plus qu'à l'employeur. Principe du maintien des dts des travailleurs en cas de transfert de l'entreprise consacré par la directive du Conseil des CE du 14 février 1977. Interprétation de la CJCE : application dès

que l'entité économique garde son identité. concurrence.cassation° en 1990 : application pour tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise.

Entreprise aussi impte dans les textes organisant la participation des salariés à la vie de l'entreprise (à la gestion, par les CE ... procédure d'info° et de consult° du personnel dans les entreprises privées ; secteur public, représentation au conseil d'administration.

## **B. Dans le droit des successions**

**336.** article 831 Cciv : lors du partage de succession, l'héritier peut demander l'attribution préférentielle de l'entreprise(comm, artis, indelle). Permet de maintenir ses conditions de travail s'il participait à l'exploitation avant le décès : protection de l'intégrité de l'entreprise en évitant un démantèlement au hasard du partage.

### **a) Les obligations comptables et fiscales des commerçants**

**337.** Obligation pour le commerçant de tenir une comptabilité de son entreprise uniquement. Art.L123-12 Ccom : « toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise ». L123-13 : bilan devant décrire séparément l'actif et le passif. Entreprise, objet d'obligations comptables, constitue l'assiette d'impôts : taxe professionnelle, impôt sur les sociétés, impôt sur le revenu au titre des bénéfices.

### **b) En droit de la concurrence**

**338.** Droit s'adressant principalement aux entreprises. Visible en droit communautaire de la concurrence. Art.81 du traité CE : interdiction des accords entre entreprises ayant pour objet/effet la restriction de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Art.82 TCE : interdiction de l'exploitation abusive d'une position dominante *pour une ou plusieurs entreprises* sur le marché commun. Peines pouvant aller jusqu'à 10% du CA annuel si infraction.

**339.** Droit interne de la concurrence proche du droit communautaire. Cependant art.L420-1 prohibe les ententes sans préciser *entre entreprises*, même si condition presque tjrs remplie. Art.L420-2 prohibe l'exploitation de position dominante sur le marché intérieur *par une entreprise ou un gpe d'entreprise*. Art.L430-1 évoque *les entreprises qui sont parties à l'acte* de concentration : contrôle des opérations de concentration.

### **c) Les procédures de sauvegarde et de redressement des entreprises en difficulté**

**340.** Ce « droit de la faillite » traduit bien la prise en considération de l'entreprise par le droit contemporain. Avt 1967, le but était de payer les créanciers, il est aujd de sauvegarder l'entreprise pour la sauvegarde de l'emploi. Loi du 13 juillet 1967 tente de dissocier le sort de l'entreprise de celui de ses dirigeants, personnellement sanctionnés, n'entraînant pas forcément la liquidation de l'entreprise, pouvant survivre si économiquement saine. Puis avancées avec en dernier lieu avec la loi LME (4août2008), renforçant l'efficacité et l'attrait de la procédure de sauvegarde.

**341.** Titre I Livre IV Ccom : De la prévention des difficultés des entreprises. Art.631 Ccom : « La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». Procédure comportant un bilan économique/social/environnemental (L.623-1) et un plan de sauvegarde de l'entreprise (L.626-1).

### **2 § L'entreprise, notion fonctionnelle**

**342.** Aucune définition juridique, diffère d'une loi à l'autre selon le contexte. Parfois, simple regroupement de biens mobiliers/immobiliers, formant un élément actif, à l'exclusion des dettes : **Outil de production** (ex. objet de l'attribution préférentielle ou de la cession en vue de redressement. Aspect humain par le droit social : collectivité organisée, constituant le cadre du travail. Droit de la concurrence : opérateur de marché, centre de décision/activité. Parfois considérée comme une personne : textes visant dts/devoirs/patrimoine de l'entreprise.

**343.** Notion variable. Notion fonctionnelle : outil par lequel la règle juridique s'ajuste à la réalité sociale et économique.

## **Section 3 Le problème de la personnalité de l'entreprise**

**344.** L'entreprise est-elle pourvue de la personnalité juridique ?

### **1§ Le débat en doctrine**

**345.** Certains textes personnifient la notion d'entreprise : « patrimoine de l'entreprise », « dts et devoirs », commodité de langage ou réel contenu juridique ?

**346.** En droit positif, objet et non sujet de droit. Personnes juridiques reconnues : PP et PM, gpts auxquels la loi attribue expressément la personnalité juridique (société, ass°, GIE). Depuis 1954, la PM n'est pas une création de la loi, mais appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'express° collective pour la défense d'intérêts licites, dignes d'être juridiquement protégés. L'organisation de l'expression collective des intérêts de l'entreprise n'est pas prévu par la loi.

L'entreprise n'est pas une personne : pas de patrimoine/droit réel, non créancière/débitrice. Personnification par commodité de langage.

**347.** Est-il souhaitable d'en faire un sujet de droit ? Permettrait de distinguer, dans le cas des entrepreneurs individuels, PP, le patrimoine de l'exploitation du patrimoine personnel du chef d'entreprise.

Thèse de Despax : l'entreprise a un commencement de personnalité juridique, sans être pleinement une personne mais une personne en devenir. Mais utilité réelle ? Ne serait-il pas suffisant de consacrer l'existence d'un patrimoine d'affectation ?

Pour en faire une personne, il faudrait la définir strictement, ce qui nuierait à sa vocation de traduire une réalité économique.

### **2§ Complémentarité des notions d'entreprise et de personne juridique**

**348.** Notions distinctes mais complémentaires : l'entreprise a tjrs besoin d'une PP/PM pour représenter juridiquement ses intérêts. Exemple de l'entreprise individuelle : intervient dans l'ordre juridique par l'intermédiaire de la personne de l'entrepreneur, titulaire des dts/oblig° naissant lors de l'exploitation de l'entreprise. Pour les sociétés commerciales, c'est la société, PM, titulaire des dts/obligations qui est l'expression juridique de l'entreprise. La société constitue la *forme juridique* de l'entreprise.

**349.** La loi ne personnalise pas l'entreprise, mais vise la PM/PP qui a en charge ses intérêts. Ex : art.L123-12 Ccom oblige les PM/PP commerçants de procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant la patrimoine de son entreprise. L'obligation pèse sur la personne qui a la charge de l'entreprise. Ex2 : Droit de la concurrence interdit ententes entre entreprises ou exploitation abusive par une entreprise de sa position dominante. L'entreprise est l'instrument de l'infraction, pas juridiquement responsable. Respté pèse sur la personne qui la représente juridiquement, qui sera par ex. tenue du paiement d'une sanction pécuniaire.

**350.** L'entreprise figurant dans les lois n'est qu'une condition d'application de la règle et non la destinataire. Ex : art.L420 Ccom, l'interdiction l'abus par une entreprise de sa position dominante s'adresse à des PM (sociétés) et suppose pour son application que l'abus et la position dominante soit le fait de l'entreprise. Ex : le commerçant, PP, est obligé de tenir une comptabilité. L'obligation pèse sur la personne mais son objet se limite aux biens et dettes qui servent à l'entreprise.

### **3§ Les différents types d'entreprises**

**351. L'entreprise individuelle.** Exploitée par une PP (commerçant, artisan, membre d'une profession libérale). Dts/oblig° naissant à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise sont isolés du point de vue comptable mais se confondent juridiquement au patrimoine de l'entrepreneur avec tous ses autres dts/oblig°. Saisie possible par les créanciers personnels de l'entrepreneur indistinctement de ses biens personnels et ceux de l'entreprise. Saisie possible des biens personnels de l'entrepreneurs par le créancier dont le droit est né de l'exploitation de l'entreprise.

Une PP peut posséder des entreprises distinctes. Distinction personne/entreprise apparaît alors clairement : tous dts/oblig° nées à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise se fondent dans le patrimoine de l'entrepreneur.

**352.** Entreprise sociale. Exploitée par une PM, svt une société. Le patrimoine de la société ne comprend alors que les dts/dettes nées de l'exploitation de l'entreprise, car pas de vie privée. Coïncidence exploitation de l'entreprise/activité de la PM.

Cependant, l'entreprise peut être dissociée de la PM, car une société peut gérer plusieurs entreprises ; et à une seule entreprise peut correspondre plusieurs PM (ex. gpes de sociétés). Groupe formant une unité économique, mais constitué de plusieurs PM sur le plan juridique (société-mère/filiales). Dans ce cas, pas d'adéquation entreprise/PM.

## *Sous-titre 1 Les relations externes de l'entreprise commerciale*

### **Chapitre 1. Les règles communes à toutes les entreprises commerciales**

**354.** Relations entretenues avec des tiers : relations externes (contrats, obligations). Obligation légale d'information des tiers : mesure de publicité au RCS, tenir une comptabilité des opérations passées avec les tiers. Statut réglementée du dirigeant.

#### **Section 1 La publicité au Registre du commerce et des sociétés**

**355.** Registre du commerce créé en 1919, réservé aux commerçants. 1978 : RCS, avec obligation pour les sociétés civiles de s'y faire immatriculer. Registre obligatoire, officiel et public. **Obligatoire** : tout commerçant PP ou société est tenu de s'y faire immatriculer. Oblig° légale pénalement sanctionnée, sans exception. Avec publication de certains actes relatifs à la vie de la société. Doivent s'y faire radier lors de la cessation de l'activité. **Officiel** : tenu par le greffier du TC, sous surveillance d'un juge. Public : toute personne a accès à ces informations. Importance pratique considérable : source d'info° concernant les entreprises françaises, fonction de police de la profession, en empêchant l'immatriculation des personnes auxquelles l'exercice du commerce est interdit. Conséquences civiles : preuve de la condition du commerçant et rend opposables certains actes aux tiers.

#### **1§ L'obligation de publier**

**356.** Distinction par le Ccom entre les déclarations auxquelles doivent procéder les PP et les PM.

#### **A. Les déclarations incombant aux personnes physiques**

Art.L123-1 Ccom : « Il est tenu un RCS auquel sont immatriculés sur leur déclaration :

1° Les PP ayant la qualité de commerçant, même si elles sont tenues à immatriculation au répertoire des métiers. »

Art.R123-32 Ccom : « Dans le mois qui précède la date déclarée du début de l'activité commerciale et, au plus tard, dans le délais de quinze jours à compter de la date du début de cette activité, toute PP ayant la qualité de commerçant demande son immatriculation au greffe du tribunal. »

**357.** Tout commerçant exerçant son activité sur le terr. Français doit se faire immatriculer au RCS. Le commerçant PP doit la demander au greffe dans le ressort duquel est situé son principal établissement (établissement principal commercial).

Loi 1<sup>er</sup> août 2003 autorise l'exercice de l'activité commerciale dans le local d'habitation du commerçant. LME rétablit la possibilité pour les PP et PM de domicilier leur entreprise chez une société de domiciliation en commun.

LME : les PP exerçant une activité commerciale et bénéficiant du régime micro-social (régime fiscal du micro-BIC ou micro-BNC) sont dispensées de l'obligation de se faire immatriculer (mauvais pour la sécurité juridique ?).

R123-13 commerce : l'immatriculation a un caractère personnel, nul ne peut y être immatriculé plusieurs fois. Si un commerçant PP possède plusieurs entreprises indelles, il procède à une immatriculation principale puis d'autres complémentaires/secondaires. Etablissement secondaire : immatriculation secondaire, lorsque l'établissement se trouve dans le ressort d'un tribunal autre que celui de l'établissement principal. Immatriculation complémentaire si ressort identique.

Délais le plus tard : 15 jours à partir du début de l'activité et un mois plus tôt. Permet l'attribution du numéro SIRENE, consécutive à la demande d'immatriculation, permettant la création de l'entreprise.

**358.** Mentions y figurant sont de deux sortes (art. R123-37 et R123-38). 1<sup>ère</sup> : état civil du commerçant et les incidence patrimoniale (régime matrimonial du commerçant marié). 2<sup>èmes</sup> : relatives à l'établissement (objet de l'activité, adresse/local d'habitation, nom commercial/enseigne.

Modification des info° publiées dans un délais de un mois (ex : survenance d'une incapacité, mise en location-gérance du fonds de commerce), souvent à la demande du commerçant, mais notaire si cession du fonds de commerce. Publication d'office par le greffe des décisions relatives aux procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens.

**359.** Les PP doivent demander leur radiation dans le mois qui précède/suit la cessation de l'activité commerciale. Si décès, demande présentée par les héritiers, mais maintien provisoire de l'immatriculation, pendant un an autorisé, si l'exploitation se poursuit.

## **B. Les déclarations incombant aux personnes morales**

**360.** Concernent l'immatriculation des sociétés/gpts pourvus de la personnalité morale et des actes se rapportant à la vie de la société.

### *1) L'immatriculation des personnes morales*

Art.L123-1 Ccom : « Il est tenu un RCS auquel sont immatriculés, sur leur déclaration :

2° Les sociétés et GIE ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morale.

3° Les sociétés commerciales dont le siège est situé en dehors d'un département français et qui ont un établissement dans l'un de ces départements.

4° Les établissements publics français à caractère industriel ou commercial ;

5° Les autres personnes morales dont l'immatriculation est prévue par des dispositions législatives ou réglementaires.

6° Les représentations commerciales ou agences commerciales des Etats, collectivités ou établissements publics étrangers établis dans un département français. »

**361.** Demande d'immatriculation au greffe du Tribunal dans le ressort duquel est situé le siège social. Si siège à l'étranger, demande faite au lieu de l'établissement. **Siège social** : lieu où siègent les organes de la société et où sont prises les décisions les plus importantes, not les délibérations des assemblées. Svt confondu avec le siège statutaire, indiqué dans les statuts de la société. **Etablissement** : lieu d'implantation d'une unité de production ou de commercialisation. La société n'a qu'un siège social mais possède d'un établissement principal et d'autres secondaires.

**362.** Aucun délais imposé aux sociétés/GIE, car elles obtiennent la personnalité morale à partir de leur immatriculation. Avant, pas de rapport avec des tiers. Le Ccom impose l'immatriculation des établissements secondaires des personnes morales, les demandes d'inscriptions modificatives et la radiation de l'immatriculation. Les sociétés étrangères ouvrant une succursale en France sont soumises à déclaration et à un dépôt d'actes.

**363.** Art.R123-53 Ccom énumère les mentions devant figurer sur une demande d'immatriculation : raison/dénomination sociale, forme de la société, montant du Kal social, adresse du siège, durée de la société. Art. R123-11 : justification de la jouissance du/des locaux où elle s'installe. Domiciliation des PM dans locaux occupés en commun par plusieurs entreprises est autorisé. Cependant, elle ne peut être domiciliée au lieu où elle possède une simple boîte postale : actes judiciaires adressés seraient alors irrecevables.

### *2) La publication des actes concernant les personnes morales*

**364.** Actes/pièces se rapportant aux PM de droit privé doivent être *déposés en annexe* au RCS : actes constitutifs des PM (statuts, actes de nomination des organes de la PM, actes constatant la réalité du Kal social. Publicité également du dépôt des comptes annuels (bilan/compte d'exploitation/compte de résultat, rapport de gestion/rapport des commissaires aux comptes). Publication chaque année des documents concernant la gestion, situation financière et croissance des entreprises et groupes.

## 2§ Les modalités de la publication

### Le Registre du commerce

#### 1) L'organisation du Registre

**365.** Registre double comprenant un Registre local et un Registre national.

**366. Registre local.** Tenu par la greffe de chaque TC sous la surveillance d'un président/juge. Les commerçants et PM doivent y déposer les déclarations auxquelles ils sont assujettis.

Comprend : un fichier alphabétique des personnes immatriculées, dossiers individuels d'immatriculation ; pour les PM, dossiers annexes des dépôts des actes/pièces. Un numéro d'immatriculation est attribué à chaque personne immatriculée, qui est le numéro SIRENE, attribué par l'INSEE.

Le greffier s'assure de la régularité des déclarations. S'il accepte la demande, inscription au registre dans les 5 jours ouvrables. S'il la refuse, rectification nécessaire de la demande.

Saisine du *juge commis à la surveillance du registre* par le demandeur dans 2 cas : si acceptation de la demande non suivie d'une inscription au registre dans les 5 jours ou bien si contestation d'une décision de rejet. Les juges (commis ou TC) statuent par ordonnances, susceptibles d'appel. Contentieux caractérisé par l'urgence, délais brefs pour saisir la juridiction compétence, qui statue dans l'urgence.

Pouvoir d'injonction du juge commis à la surveillance du registre : enjoindre le commerçant, PP, de procéder à la demande d'immatriculation par ordonnance, s'il ne l'a pas fait dans les 15 jours, si oubli de modifications ou radiation. Le juge statue d'office, soit à la demande du Proc., soit de toute personne ayant un intérêt.

Respect des injonctions pénalement sanctionné. Délais de 15 jours pour obéir à l'ordonnance, sinon, amende de 3 750 euros.

**367. Registre national.** Tenu par l'Institut national de la propriété industrielle à Paris, à qui les greffiers communiquent d'office des doubles des décl°/actes. Réalise une centralisation des informations concernant commerçants et entreprises.

#### 2) Publication des déclarations

**368.** Prévision par le Ccom d'une triple publicité pour l'info° des tiers. Registre tout d'abord public. Impossibilité de consulter directement, mais droit de demander au greffier qui tient le registre local ou à l'INPI, en ce qui concerne le registre national, une copie intégrale d'une inscription/acte déposé/extrait indiquant l'état de l'immatriculation/extraits ou certificats établis au frais du demandeur. Facilitation avec les progrès de l'informatique et des communications électroniques.

L'INPI publie le *Bulletin des annonces civiles et commerciales* (BOACC) relatant, sous forme d'extraits, toutes les déclarations faites au RCS.

Toute personne immatriculée doit indiquer sur ses papiers d'affaires (correspond, factures, bons de commande, tarifs, documents publicitaires), son numéro d'identification et le nom de la ville où se trouve le greffe auprès duquel elle est immatriculée. Mentions particulières imposées aux sociétés étrangères.

### B. Les mesures destinées à faciliter les créations d'entreprise

**369.** Effort de simplification des formalités pour permettre le dvpt des petites entreprises, créatrices d'emploi. Aujd, déclaration unique, création de **centres de formalités des entreprises** par le décret du 18 mars 1981, repris par la loi Madelin (11 février 1994). Dossier unique déposé au centre qui les communique à chaque organisme chargé d'un service public/administration selon sa compétence (INSEE,RCS, services fiscaux, inspection du travail, sécurité sociale), libérant l'entreprise de l'obligation à l'égard des administrations et interrompt les délais impartis pour y satisfaire (pas besoin de s'adresser au greffe du TC pour demander l'immatriculation, mais possibilité de le faire directement si l'on prouve la saisie préalable du centre. Depuis l'ordonnance du 20 janvier 2005, transmission par voie électronique des déclarations possible, inclus dans l'article R.123-77 Ccom qui admet également l'utilisation de la signature électronique spécialisée. La loi LME dispense de l'immatriculation les micro-entreprises.

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

#### **A. Généralités**

**370.** autorité affirmée par trois critères : la fonction assignée au RCS, le rôle de l'autorité publique dans le contrôle des déclarations et l'effet attaché à l'absence de publicité.

##### *1) Les fonctions du Registre*

**371.** Choix de politique juridique du législateur. Conception minimale : publicité envisagée à des fins de police administrative (recensement/contrôle des entreprises) et l'information du public. Le droit français va plus loin et confère à la publicité des effets civils (dans rapports juridiques entre particuliers).

Système le plus simple, valeur probatoire (prouver la qualité de commerçant/existence d'un acte). Valeur de présomption simple (personne immatriculée présumée commerçante). Crée une situation apparente à laquelle les tiers peuvent se fier, protège leur bonne foi. Objectif de sécurité juridique, conférant aux mentions publiées une autorité absolue. Présomption irréfragable de vérité attaché au fait de la publicité, constitutive de droit. Solution peu retenue par le droit français (la publicité purge les vices de nomination).

##### *2) Le contrôle des déclarations par le greffier*

**372.** Détermine la crédibilité et la force du système de publicité. Conception minimale : le greffier se contente de recevoir/enregistrer les déclarations qui lui sont faites (alors présomption simple de vérité des informations publiées). Mais on peut aussi envisager que le greffier, sous l'autorité du tribunal, contrôle la régularité formelle et l'exactitude matérielle des déclarations (syst du registre alld du commerce), d'où une présomption irréfragable de vérité.

Conception moyenne française entre régularité formelle et exactitude matérielle. Article R.123-94 concurrence.commerce : « Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la régularité de la demande ». et l'article R.123-95 : « Il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe et sont compatibles, dans le cas d'une demande de motivation ou de radiation, avec l'état du dossier ». Le greffier vérifie ainsi : 1) la présentation des déclarations/pièces justificatives exigées par la loi. 2) la conformité du contenu des déclarations aux dispositions légales et réglementaires. 3) la cohérence de l'ensemble du dossier. Impossibilité d'enquêter sur l'exactitude matérielle des déclarations. La publication n'entraîne ainsi qu'une *présomption simple de vérité*, susceptible de preuve contraire. La loi lui attache parfois un effet renforcé au profit des tiers de bonne foi et parfois même à l'égard de tous.

Nouvel instrument en 2003 pour simplification de l'entreprise : « le récépissé de dépôt de dossier de création d'entreprise », aujourd'hui article L.123-9-1 Ccom. Le greffier/centre de formalité le délivre gratuitement à toute personne assujettie à l'immatriculation, dès lors que le dossier de demande compétent d'immatriculation a été déposé.

##### *3) Publicité positive et publicité négative*

**373.** Publicité positive : quand un fait/acte est régulièrement publié au RCS et la loi attache à la publicité une présomption de vérité.

Publicité négative : effet civil attaché par le législateur à l'absence de publicité, les actes/faits sont inopposables aux tiers de bonne foi, la situation apparente n'ayant pas changé.

#### **Les effets de l'immatriculation au RCS**

##### *1) Immatriculation des personnes physiques*

Art.L.123-7 : « L'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant. Toutefois, cette présomption n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire. Les tiers et administrations ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption s'ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante »

**374.** Présomption simple pouvant être renversée par la preuve contraire. Vaut pour les inscriptions complémentaires/secondaires et pour la radiation.

##### *2) Immatriculation des personnes morales*

Avant la loi du 24 juillet 1966, sociétés commerciales pourvues de la personnalité juridique dès leur constitution, avant l'immatriculation. Aujourd'hui (valable pour les GIE), article 1842, al.1<sup>er</sup> Cciv : « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ». Règle de

fond constitutive de droits. Cependant, l'immatriculation ne couvre pas tous les vices de constitution, la société pouvant être déclarée nulle, même si immatriculée en cas d'irrégularité grave. Explication : contrôle préalable limité du greffier. La PM survit en à la dissolution pour les besoins de la liquidation : pas de disparition ipso facto de la PM si radiation de la société au RCS.

### **Les effets de la publication des faits et des actes**

Art. L.123-9 : « la personne assujettie à immatriculation ne peut, dans l'exercice de son activité, opposer ni aux tiers ni aux administrations publiques, qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre.

En outre, la personne assujettie à un dépôt d'acte ou de pièces en annexe au registre ne peut les opposer aux tiers ou aux administrations, que si la formalité correspondante a été effectuée. Toutefois, les tiers et administrations peuvent se prévaloir de ces actes ou pièces.

Les dispositions des alinéas précédents sont applicables aux faits ou actes sujets à mention ou à dépôt même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité légale. Ne peuvent toutefois s'en prévaloir les tiers et administrations qui avaient personnellement connaissance de ces faits et actes ».

#### *1) Les actes et faits visés*

**376.** Faits/actes concernant les *personnes physiques* qui sont soumis à publicité : not. nom commercial, adresse de l'entreprise, nature des activités, mise en location-gérance du fonds de commerce, immatriculation de la PM, et sont l'objet du dépôt en annexe.

#### *2) Publicité positive*

**377.** Pas de précision de la portée de la publicité dans l'article. Estimation par analogie avec les effets de l'immatriculation : présomption simple de vérité, qui peut être renversée par la preuve contraire. Sauf disposition légale contraire.

#### *3) Publicité négative*

**378.** Les actes/faits non publiés ne peuvent être opposés aux tiers de bonne foi par les PP/PM. Bonne foi présumée. Mauvaise foi si preuve de la connaissance personnelle de ces actes/faits. Les tiers peuvent opposer le défaut de publicité et se prévaloir de la situation réelle. L'apparence ne peut pas leur nuire.

### **Section 2 L'obligation de tenir une comptabilité**

Art. L.123-12 Ccom : « Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise ; ces mouvement sont enregistrés comptablement.

Elle doit contrôler par inventaire, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise.

Elle des et doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice des enregistrements comptable et de l'inventaire. »

**379.** Tenue précise et exacte des biens/opérations de l'entreprise est indispensable.

- Juridiquement, obligation légale par l'article 123-12 Ccom. Fournit des preuves d'actes souscrits par le commerçant si litige. Permet de révéler les difficultés financières de l'entreprise et de déclencher la procédure d'alerte permettant de prévenir le redressement/liquidation.

- Instrument de gestion : image précise de la rentabilité/trésorerie de l'entreprise.

- Fiscalement nécessaire : fixe l'assiette de diverses impositions (impôt sur les bénéfices indels/commerciaux et l'impôt des sociétés).

**380.** Obligation datant de l'ordonnance de 1673, reprise par le Code de commerce. Directive de 1978 relative aux comptes de la SA et de la SARL. Loi française du 30 août 1983 : obligation comptable de tous les commerçants. Modifie les art. L.123-12 à L.123-28 Ccom. Mesures d'application dans la partie réglementaire.

#### *1§ Analyse de l'obligation légale*

#### **Les destinataires de la règle**

**381.** => tous les *commerçants, personnes physiques ou personnes morales.*

**L. 123-12, 1° concurrence. Comm.** obligation de tenir une comptabilité des commerçants = général.

Exception :

**382. Art. L. 123-15. concurrence. Comm.** => admet la présentation simplifiée des comptes annuels (sous certains seuls).

**383. Loi Madelin du 11 février 1994 :** simplification des obligations comptables au profit des *petits commerçants individuels*. => **art. L. 123- 25 à L123-28** concurrence. Comm.

=> Commerçants physiques => critères fiscales (les sociétés sont soumises au régime intégral).

1° régime le plus favorable : commerçants physiques avec moins de 18 000 euros.

2° les commerçants qui sont soumis au *régime forfaitaire d'imposition des micro-entreprises* sont très favorables. . **L123-28** : dispense d'établir une comptabilité au sens strict du terme.

3° régime réel simplifié d'imposition : sont soumis à l'obligation de tenir une comptabilité mais avec d'importants allègements.

**384.** obligations comptables plus étendues pour les grandes entreprises. => Documents de gestions prévisionnelles. (Comptes consolidés).

Depuis le 1<sup>er</sup> Janvier 2006 : comptes consolidés, c'est-à-dire regroupant sociétés mères et filiales.

Nouvelles normes internationales (IFRS) : censées donner la juste valeur des entreprises.

**385.** obligation commerciale ≠ obligation fiscale : juridiquement distinctes

Obligation fiscale : s'applique à tous les professionnelles.

⇒ Pas les mêmes sanctions

- Absence de comptabilité commerciale
  - Sanctionnée : par la faillite personnelle du commerçant ou banqueroute
- Méconnaissance de l'obligation fiscale
  - Pénalement sanctionnée par l'art. 1743 du GGI.

Cependant rapprochement des deux notions : le GGI se réfère aux articles L123-12 à l'article L123-14 du code de commerce.

En général : une seule comptabilité est tenue pour la fiscalité et commerçant.

## **L'enregistrement comptable**

**386.**

⇒ Image chiffrée des biens et des opérations de l'entreprise

- Soit instantanée
  - Indique la situation de l'actif et du passif => bilan de l'entreprise
  - Passif =
    - Apports qui constituent le capital
    - Les dettes envers les tiers
    - Les bénéfices non encore distribués et les bénéfices mis en réserve
- Soit une image dynamique
  - Répertoire les opérations effectuées au cours de l'exercice comptable (comptes d'exploitation).

## **Le patrimoine de l'entreprise** **387.**

**L. 123-12 concurrence. Comm.** => patrimoine de l'entreprise

→ Ensemble des biens affectés à l'entreprise (actif)

→ Ensemble des dettes nées à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise (passif)

Dans le cas de l'entreprise d'un commerçant personne physique : patrimoine de l'entreprise = notion purement comptable et fiscale.

Juridiquement : patrimoine de l'entreprise = patrimoine de l'exploitant. (Répond de l'ensemble de ses dettes)

Créancier de l'exploitant peut se désintéresser sur ses biens personnels et professionnels tandis que si il y a société alors seul le patrimoine de l'entreprise est pris en compte.

## **2 § la comptabilité**

**ARTICLE L123-12 S CONCURRENCE. COMM.**

### **Les documents comptables**

**389.** compte annuels ≠ comptabilité

**390.** comptabilité = livres comptables.

R. 123-173 concurrence. Comm. *Tout commerçant tient obligatoirement un livre-journal, un grand livre et un livre d'inventaire.*

**Le Livre journal :** enregistrement chronologique de toutes les opérations de l'entreprises.

**Le grand livre :** ensemble des comptes. Un compte = une opération juridique passée avec une même personne ou une catégorie d'opérations de même nature

**Le livre d'inventaire :** état chiffré, à un certain moment, de tous les éléments d'actif et de passif.

Précisions : garanties spécifiques pour la preuve (pas de correction, si documents informatiques, identifiés, numérotés...)

**391.** Les comptes annuels ou *comptes sociaux* : **Art L123-12 °3 concurrence. Comm.**

**= documents comptables de synthèse**

Trois sortes :

#### **- Le bilan**

- Fait apparaître séparément les éléments actifs (biens de l'entreprise + créances) et passifs (ressources financières=> capital, réserves, provisions, dettes et bénéfices non distribués). Le total du passif doit refléter globalement l'exacte valeur de l'actif.

#### **- Le compte de résultat**

- Les produits : ventes et intérêts
- Les charges de l'exercice : achats, salaires, prix des services, impôts, taxes...

#### **- L'annexe**

- Document explicatif qui commente les deux autres. Seules les grandes sociétés sont obligées d'informer en totalité.

### **La méthode comptable**

**392.** trois principes (directives européennes)

- régularité : conforme aux règles

- sincérité : bonne foi

- fidélité de l'image rendue : ainsi une règle comptable pourra être écartée si elle donne une image déformée de l'entreprise.

**393.** Règle de la prudence et de la continuité des méthodes (**art L123-15s concurrence. comm.**)

### **3§ Valeur probante de la comptabilité commerciale**

***Art L123-23 °1s concurrence. comm: la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçant pour faits de commerce.***

---

**394.** En raison de la fiabilité. Peut être invoquée par le défendeur ou par le demandeur. Principe d'unicité : on prend la comptabilité dans son entier. Conditions de validité: celui qui tient la comptabilité doit être commerçant, et elle doit être régulière. Un pouvoir d'appréciation est cependant laissé au juge.

### **Section 3. Le statut des dirigeants**

**395.** Règles communes à tous les dirigeants d'entreprise car souci de moralisation des entreprises : la loi peut priver certaines personnes de la faculté de diriger, mais fait aussi peser une responsabilité particulière sur les dirigeants.

#### **1§ Les incompatibilités, incapacités et interdictions**

**396.** principe de liberté de direction. Ces règles sont donc des exceptions. Elles ont une fonction préventive ou répressive.

#### **Les incompatibilités**

**397.** Concerne

- Les fonctionnaires
- Les officiers ministériels
- Les professions libérales

Sanctions :

- Pénales et disciplinaires
- Ne peut se prévaloir d'être commerçant mais en supporte les inconvénients

#### **Les interdictions d'exercer la profession commerciale**

**398.** but : moralisation des affaires. Sanction d' »une faute passée et prévention d'une infraction future. L'interdiction résulte d'une loi expresse. Trois cas d'interdiction :

*- Les interdictions résultant de certaines condamnations pénales*

Remplacement de la peine automatique par une peine complémentaire, que les tribunaux peuvent prononcer au cas par cas. (**art 70, 71 et 72 LME du 4 août 2008**).

La peine complémentaire est facultative.

**400.** Validité des actes passés par la personne interdite ? jurisprudence : valables. Cependant une loi récente a admis que le cocontractant pouvait demander la nullité du contrat passé. Nullité relative, donc.

### *- les interdictions liées à la faillite personnelle*

**401.** procédure collective de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Les dirigeants peuvent être frappés de faillite personnelle lorsque certaines fautes ont été commises (détournement d'actif, absence de comptabilité...) entraîne l'interdiction de diriger, mais on peut être frappé seulement de cette interdiction et pas de faillite personnelle. Une procédure de relevé de la déchéance est prévue lorsqu'une contribution suffisante a été apportée.

### *- interdiction pour fraude fiscale*

**402.** CGI art 1750 : le tribunal correctionnel, pour des délits fiscaux, peut prononcer une condamnation complémentaire d'interdiction.

## **2§ La responsabilité du dirigeant d'entreprise**

### **Responsabilité pénale du dirigeant d'entreprise**

**403.** responsabilité pénale particulière du dirigeant (responsable des infractions commises à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise).

- entreprise individuelle : le responsable est celui qui engage son patrimoine personnel. Distinction art L121-1 et 121-3 code pénal : la négligence, manquement et imprudence sont également des fautes.

- personne morale : la responsabilité pèse sur la personne morale et ses dirigeants. Art L121-2 concurrence. Pénal (loi du 9 mars 2004) la responsabilité pénale est généralisée à toutes les personnes morales.

Exception : preuve que le dirigeant a délégué ses pouvoirs en compétence, autorité et moyens nécessaires.

### **Responsabilité civile du dirigeant d'entreprise**

**404.**

- entrepreneur individuel
  - o la faute de gestion engage la responsabilité de l'entrepreneur à l'égard des tiers lorsqu'elle cause un préjudice.
  - o Responsabilité quand on est dans un cas de locataire-gérant ou un gérant mandataire.
- dirigeant de la société
  - o la personne morale est civilement responsable sur son patrimoine
  - o elle peut entreprendre une action sociale contre son ancien dirigeant (action en responsabilité civile).
  - o Le dirigeant est responsable à l'égard des tiers lorsqu'il commet une faute séparable de ses fonctions.
- autre cas
  - o en cas d'insuffisance d'actifs de la personne morale, on peut mettre ses dettes à la charge des dirigeants qui ont commis une faute de gestion.

## **Chapitre 2. L'entreprise commerciale individuelle**

**405.** existence de règles spéciales aux entreprises individuelles : statut du commerçant.

### **Section 1. Le statut du commerçant personne physique**

**406.** pour être commerçant, il faut être capable, pouvoir faire preuve de sa qualité.

#### **1§ La capacité commerciale**

**407.** capacité commerciale essentielle pour exercer. Ne pas confondre incapacité d'exercice et incapacité de jouissance : les premières protègent les personnes, les secondes sont des interdictions ou des incompatibilités.

## A. L'incapacité du mineur

*Art L121-2 concurrence. Comm. « Le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant. »*

---

### a) Étendue de l'incapacité

**408.** jusqu'en 74, les mineurs émancipés pouvaient exercer une activité commerciale, mais depuis que la majorité a été baissée à 18 ans, cela a été retiré. Comme le commerce ne peut être fait par représentation, les représentants légaux du mineur ne le peuvent non plus. Mais le mineur émancipé peut exercer une fonction de direction dans une société civile ou une société de capitaux : il peut être gérant de SARL.

**409.** Si le mineur reçoit un fonds de commerce par succession, il ne peut l'exploiter. Les parents survivants conservent un droit de jouissance légale sur les biens des mineurs, ils ont en donc l'usufruit jusqu'à les 16 ans du mineur. Le fonds peut être donné en location-gérance, et le mineur être l'associé unique d'une EURL. Il peut le vendre. Si plusieurs héritiers, le bien peut être laissé en indivision. Les actes de commerce isolés ne sont pas interdits, sauf la lettre de change.

### b) sanction de l'incapacité

**411.** comme il s'agit d'une protection du mineur, alors seul lui ou son représentant pourra se prévaloir de l'incapacité pour éviter les obligations qui pèsent sur les commerçants. Pas de procédure collective de redressement ou de liquidation. Des intéressés peuvent cependant invoquer le défaut de qualité du mineur.

**412.** Nullité relative : seuls le mineur et son représentant peuvent demander une action en nullité, qui se prescrit en 5 ans à compter de la majorité.

## B. L'incapacité des majeurs

**413.** Solutions civiles :

- Majeur déclaré en tutelle : mêmes règles que pour le mineur.
- «majeur placé sous sauvegarde de justice : peut être théoriquement commerçant, mais les actes passés pourront être rescindés ou réduits.
- Majeur sous curatelle : besoin de l'autorisation de son curateur pour les actes les plus graves de commerce.

## 2§ Preuve de la qualité de commerçant

**414.** Preuve par tous moyens, théoriquement. (Commercialité = fait juridique).

Cependant : immatriculation au RCS : rend inutile la preuve car c'est une présomption simple. (Cependant elle n'est pas une condition nécessaire à la qualité de commerçant.)

### Présomption simple de la qualité de commerçant

**415.** publicité positive si la personne est immatriculée, publicité négative si elle ne l'est pas.

#### a) la publicité positive

*art L123-7 concurrence. L'immatriculation d'une personne physique emporte présomption de la qualité de commerçant. Toutefois cette présomption n'est pas opposable aux tiers et administrations qui apportent la preuve contraire. Les tiers et administrations ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption s'ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante.*

---

**416.** double conséquence de l'article

- personne immatriculée = preuve de la commercialité
- les tiers peuvent opposer la présomption à la personne immatriculée : elle ne peut pas prouver qu'elle n'est pas commerçante. Cela ne joue qu'envers les tiers de bonne foi.

*b) La publicité négative*

**417.**

**Art L123-8 concurrence.** *La personne assujettie à immatriculation qui n'a pas requis cette dernière à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter du commencement de son activité, ne peut se prévaloir, jusqu'à immatriculation, de la qualité de commerçant tant à l'égard des tiers que des administrations publiques. Toutefois, elle ne peut invoquer son défaut d'inscription au registre pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité.*

---

⇒ Personne commerçante non immatriculée

- Ne peut se prévaloir de sa qualité à l'égard des tiers ni les avantages.
- Cependant il ne peut pas se soustraire aux obligations légales et réglementaires : il supporte les inconvénients. Le tiers peut donc apporter la preuve de la commercialité par tous moyens.

**Présomption irréfragable de la qualité de commerçant**

**418.** la présomption est simple si par exemple un commerçant a oublié de se faire radier du RCS.

**419.** Le commerçant qui cède son fonds de commerce ou le donne en location-gérance puis se retire des affaires, mais omet de se faire radier du RCS , c'est irréfragable.

**420.** => la règle est en réalité une sanction. L'obligation de payer les dettes contractées par le successeur dans l'exploitation du commerce est attachée à l'absence de radiation.

**3§ Gestion de l'entreprise individuelle**

**Généralités**

**422.**

- propriétaire = gérant de l'entreprise
  - pouvoir d'assurer la gestion courante
  - investissements et ventes des biens de l'entreprise possible
- propriété et gestion séparées
  - lorsque qu'il y a location gérance (le gérant libre gère à ses profits et risques)

**Gestion de l'entreprise individuelle par deux époux**

**423.** la non publicité du mariage du commerçant le rendait inopposable aux tiers, mais ça a été modifié par la loi du 10 mai 2007.

**424.** commun qu'une petite entreprise soit exploitée par des époux. Avant : art 4 concurrence. commerce. La femme mariée n'est pas commerçante sauf si elle exerce le même rapport aux tiers que le mari. (protection de la femme mariée). Modification le 10 juillet 82 : plus grande égalité entre époux.

**425.** Art. L123-3 concurrence. Com. Le conjoint du commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux.

=> règle absolue : le conjoint qui participe à l'exploitation n'a pas la qualité de commerçant, mais une interprétation plus souple en fait une présomption simple. Si ils ont des rapports égaux face aux tiers, alors ils sont commerçants et solidaires.

#### **426. Art L121-4 c. commerce. : trois régimes possibles**

- Statut de collaborateur
  - Un est commerçant, l'autre collaborateur. Il n'est pas rémunéré. Doit être mentionné au RCS. NE s'engage pas personnellement.
- Conjoint salarié
  - Contrat de travail : SMIC + avantages sociaux
    - Avantage fiscal
- Conjoint associé
  - Société commerciale créée
  - Un époux fait l'apport du fonds de commerce, et l'autre l'apport du fonds en industrie.
  - Conjoint associé peut être gérant.

**427.** Protection du conjoint du chef d'entreprise. Charge exclusive possible des dettes au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel.

#### **concurrence. L'exercice de commerces séparés**

**428.** possibilité pour l'homme et la femme d'avoir chacun son commerce, chacun répond de ses propres dettes.

#### **Section 2. Le choix de la forme juridique de l'entreprise**

**429.** Quels sont les avantages et inconvénients de choisir la société ou l'entreprise pour les PME ?

#### **1§ Les conséquences juridiques du passage en société**

**430.** Personnalité morale = autonomie patrimoniale

#### **Le principe de l'autonomie patrimoniale de la société**

**431.** Entreprise personnelle = propriété de l'entrepreneur. Unité du patrimoine donc l'ensemble des biens peuvent être liquidés. En revanche une société n'aura que son patrimoine à elle qui sera liquidé et non pas ceux de l'associé.

#### **Les tempéraments apportés au principe**

##### *a) Les tempéraments de droit*

**432.** Deux sortes de tempérament : les premiers pour les entreprises individuelles (limitent les conséquences de l'unicité du patrimoine) net les seconds concernent les entreprises en société (limite la conséquence de la séparation des patrimoines).

**433.** Cadre de l'entreprise individuelle :

**434. Loi du 11 février 1994 (loi Madelin)**

Article L313-21 du Code monétaire et financier (CMF)

⇒ Cautionnement ou sûreté réelle peut être déterminée sur le patrimoine de l'entreprise, en désignant le montant de la sûreté et les biens qui vont avec.

**Article 22-1 de la loi du 9 juillet 1991**

⇒ Cas de l'exécution forcée d'une créance contractuelle d'origine professionnelle. (priorité aux biens affectés à l'exploitation de l'entreprise, à condition que ça soit suffisant).

**435. Loi du 1<sup>er</sup> Aout 2003 pour l'initiative économique :** l'entrepreneur personne physique peut déclarer insaisissable ses droits sur l'immeuble résidence principale.

**Loi du 4 août 2008 : LME** : tout bien foncier bâti ou non bâti que le titulaire n'a pas affecté à son usage professionnel est insaisissable.

**436. Cas des sociétés :**

Sociétés en nom collectif : associés = responsables solidairement du passif social.

Société en commandite : de même

SARL et SA : séparation des patrimoines.

Cependant si les dirigeants ont commis une faute et en cas de procédure collective, lors d'un redressement ou en liquidation judiciaire, on peut décider de reporter la dette de la société sur les dirigeants.

*b) Le tempérament de fait*

**437.** Si le capital de la société est trop faible, les établissements de crédits peuvent demander caution ou engagement personnel du dirigeant qui sera tenu sur son patrimoine personnel.

**2§ Les conséquences économiques du passage en société**

**Le coût de l'opération**

**438.** toute société doit avoir un capital social mais pas de minimum pour les S. de personnes et SARL. Possibilité pour l'entrepreneur de faire un apport en nature ou un immeuble. + Frais d'immatriculation au RCS.

**L'avantage : la capacité d'endettement**

**439.** + capital élevé => crédits + faciles et taux – hauts.

Crédit est plus facile pour une société car ses capitaux sont fixes et infraction pénale pour ce qui est des prélèvements sur les fonds de la société et les détournements de profit.

**3§ Les conséquences sociales et fiscales du passage en société**

**440. Avantages fiscaux : surestimés**

⇒ Avant on considérait que dans une société les bénéfices étaient des salaires, donc avantage fiscal. Mais maintenant les régimes ont été unifiés et d'autant plus depuis la loi Madelin du 11 février 1994. (égalité des régimes de protection sociale des dirigeants).

**Sous-titre 2. Les biens affectés à l'entreprise commerciale**

**441.** Biens qui sont nécessaires à l'exploitation : biens corporels (marchandises...)ou incorporels (brevets...). => originalité des régimes.

**442.** Bien qui ne se conçoit qu'à travers l'activité commerçante : le fonds de commerce. Originalité marquée : droit au bail. Droits non propres aux commerçants : droits de la propriété industrielle.

**Chapitre 1. Le fonds de commerce**

**443.** Fonds de commerce= ensemble de biens mobiliers affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale. Il exclut les biens immobiliers et certains meubles comme les créances d'argent. Le fonds de commerce est un sous-ensemble du patrimoine affecté à l'entreprise. Il peut y avoir des biens corporels (stock) ou incorporels (marque de fabrique).

**444.** concurrence. Com. De 1806 : pas de fonds de commerce. Mais prise de conscience de la valeur de la clientèle. 1<sup>ère</sup> loi : 1872 : loi fiscale. Loi du 1<sup>er</sup> Mars 1898 : nantissement sur fonds de commerce. **Loi du 17 mars 1909 : relative à la vente et au nantissement (art L141-1s concurrence. commerce)** : organise les opérations de cession et nantissement de fonds de commerce. Autres points en 1935 sur la protection des acheteurs et en 1956 sur la location gérance du fonds de commerce.

445. La loi de 1909 n'a pas de justification théorique, elle peut s'identifier au patrimoine. De plus, importance excessive sur la clientèle.
446. Notion de fonds de commerce : contrats de vente, location gérance, sûretés réelles.

### **Section 1. La notion de fonds de commerce**

447. Pas d'éléments théoriques légaux : seulement listes d'éléments. Avis de la doctrine et jurisprudence : ciment = clientèle.

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

448. Contradiction : des biens affectés à l'entreprise commerciale font partie du fonds, mais d'autres tout aussi importants en sont exclus.

#### **Les biens compris dans le fonds de commerce**

449. On n'affecte pas les mêmes éléments dans le fonds de commerce selon s'il s'agit de la vente (L141-5 concurrence. Com) ou du nantissement (L142-2 concurrence. commerce.)
450. Le premier article fait figure de principe car il marche aussi pour la location gérance, le bail commercial ou l'apport en société du fonds de commerce, et le second l'exception.

##### *a) Les éléments corporels*

451. Mobilier, matériel, outillage, véhicules...(exploitation du fonds). + si vente : marchandises, produits finis ou semi-finis...

##### *b) Les éléments incorporels*

452. Droits sur les valeurs immatérielles et certains droits de créance (art L141-5 et L 142-2 concurrence. Com.)

- Enseigne et nom commercial.
- Le droit au bail.
  - o Valeur de l'emplacement et de la qualité des locaux.
  - o Stabilité.
  - o Cessible avec le fonds.
- Les droits de propriété intellectuelle.
- Clientèle et achalandage.

453. D'autres éléments de fonds de commerce :

- ⇒ Doits nécessaires ou utiles à l'exploitation commerciale.
  - o Autorisations administratives
  - o Créances de non-concurrence
  - o Contrat d'assurance
- ⇒ Lien objectif et étroit

#### **Les éléments qui ne font pas partie du fonds de commerce**

454. Exclusion par principe de certains éléments par la jurisprudence, appuyée sur la théorie générale des biens.

##### *a) L'exclusion des immeubles*

455. Exclusion des fonds de terre et des constructions dont le commerçant est propriétaire ainsi que les immeubles par destination. Idée que le fonds de commerce est par nature mobilier.

##### *b) L'exclusion des créances et des dettes*

456. Fonds de commerce ≠ patrimoine d'affectation : ne comporte ni les créances ni le passif. => unicité du patrimoine. Quelques exceptions tolérées dans le cas du contrat de travail.

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

457. Clientèle et achalandage (clientèle liée au lieu de l'exploitation du fonds).

## La notion de clientèle

- 458.** Clientèle ≠ ensemble des clients  
Pas de droit de propriété. concurrence est le fait que le fonds soit exploité et immédiatement apte à attirer des clients : marché, offre et demande, formation d'un prix. Elle fait l'objet de protection juridique : détournements de clientèle interdit, validité des clauses de non-concurrence.
- 459.** La clientèle ne saurait exister sans les autres éléments du fonds de commerce. Elle sera parfois rattachée au lieu géographique, parfois à la marque. => éléments essentiels du fonds de commerce.

## Fonction de la clientèle

- 460.** Clientèle = premier lieu de condition d'existence du fonds de commerce : dès que le fonds cesse de fonctionner, il n'a plus de clientèle donc plus de valeur.  
Exception des stations services sur autoroutes où on considère que la clientèle est certaine.
- 461.** Clientèle : fonction de qualification de certaines opérations juridiques : il faut que figure dans la vente du fonds de commerce les éléments essentiels à retenir la clientèle (marque de fabrique ou droit au bail).
- 462.** Contrat de louage : s'il porte sur un ou plusieurs éléments essentiels propres à retenir la clientèle alors on aura affaire à un contrat de location gérance de fonds de commerce.
- Question de la relation entre les compagnies pétrolières fournisseur d'hydrocarbure et les gérants de station service : s'agit-il d'un bail commercial ou un contrat de location-gérance ?
- 463.** Histoire de franchise.

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

- 464.** Les biens sont soit des choses, soit des droits (réels démembrements ou droit de créance).  
Cependant on a créé une catégorie à part pour les droits intellectuels ou droits de clientèle.
- Droits intellectuels : protègent les créations de l'esprit : droit exclusif d'exploitation. Or on ne reconnaît pas cela au fonds de commerce.  
Droit à la clientèle : inventé par Roubier => biens incorporels dont le but est de conserver et obtenir une clientèle. Fonds de commerce = droit à la clientèle ? (oui : action en concurrence déloyale, non : fonds de commerce ≠ droit exclusif).
- 465.** Doctrine : droits intellectuels et droits de clientèle = catégories inutiles. => c'est mieux d'adopter une définition élargie du droit réel, qui pourrait porter sur des objets immatériels, dont le fonds de commerce. Fonds de commerce n'est pas un droit mais une valeur reconnue par le droit.
- 466.** Caractères du fonds de commerce :
- Ensemble d'éléments corporels et incorporels : universalité de fait, affectée à l'exploitation de l'activité commerciale.
  - Fonds de commerce distinct des éléments qui le composent => bien incorporel comprenant des biens corporels.
    - Mécanisme de la subrogation réelle : un bien remplace un autre car il reçoit la même affectation : identité dans la durée.
  - Fonds de commerce = meuble incorporel, non susceptible de possession. Des lois spéciales écartent souvent sa condition mobilière.

## Section 2. La vente d'un fonds de commerce

- 467.** *Loi du 17 mars 1909 :*
- Protéger le vendeur à crédit d'un fonds de commerce

- Vente à crédit fréquente : financement de l'acquisition par les bénéfices de l'exploitation.
- Nécessité de donner des garanties au vendeur.
- Protéger les créanciers de la vente inopinée du fonds : renforçant ainsi le crédit des commerçants en protégeant leurs créanciers.
  - Vente + dilapidation du prix = dangereuse

+ Protection des acheteurs mal informés de la valeur exacte du fonds : **loi du 29 juin 1935** sur l'information des acheteurs de fonds de commerce.

⇒ **Art L141-1 et s + art R. 141 et s concurrence. commerce.**

### **1§ Les conditions de formation du contrat de vente**

**468.** Conditions de validité des contrats en général et les conditions de validité spéciale à la vente du fonds de commerce.

#### **Conditions générales de validité des contrats**

**469.** Conditions : consentement, capacité, objet.

##### *a) Le consentement des parties*

**470.** Consentement exempt de vice. Erreur sur la valeur du fonds de commerce, par exemple. => difficulté à apprécier la clientèle et chances de profit.

Nullité possible sur l'erreur sur la substance de la chose (erreur sur la clientèle déterminante, par exemple), mais non sur la valeur.

Possibilité d'action en garantie contre le vendeur : clientèle moins importante que prévue = vice caché (possibilité de résolution du contrat ou diminution du prix).

Si tromperie volontaire avec des fausses déclarations ou dissimulation de documents, alors il y a *dol* et l'acheteur peut demander l'annulation de la vente.

##### *b) La capacité*

**471.** Vendeur : doit être capable de passer un acte de disposition :

⇒ Capacité de consentir à une aliénation mobilière, mais parfois d'immeubles.

Acheteur : capacité commerciale requise.

**472.**

- Obligation du vendeur a pour objet le fonds de commerce. Détermination libre des éléments compris dans la vente sauf éléments liés à la conservation de la clientèle (sinon vente d'éléments séparés mais pas vente de fonds de commerce).

- Obligation de l'acheteur : paiement du prix, qui sont distincts pour les éléments incorporels, matériel et les marchandises (**art L141-5 concurrence. comm**). cette ventilation des prix n'est pas une condition de validité.

#### **Conditions spéciales aux ventes de fonds de commerce. Les mentions obligatoires.**

- Protection du consentement de l'acheteur du fonds de commerce (**141-1 du code de commerce**) => mentions obligatoires dans l'acte de vente (informer sur la réalité/valeur du fonds de commerce. )

1) info° relatives à une précédente vente (nom du vendeur, date, prix). 2) Etat des privilèges/nantissements grevant le fonds. 3) CA et bénéfices réalisés au cours des 3 dernières années. 4) renseignements relatifs au bail, quand fonds de commerce exploité dans des lieux qui sont loués.

Obligation précontractuelle de renseignement (art.L141-1), //Ceur/professionnel.

- Vérification des mentions obligatoires (**art.L141-2**) : inventaire dressé des livres comptables tenus durant les 3 derniers exercices, tenus à la dispo° de l'acheteur pendant 3 ans.

- sanction différente suivant omission totale ou inexacte.

### *a) Sanction de l'omission des mentions obligatoires*

**Art. L.141-1, II du code de commerce** : omission peut entraîner la nullité relative, seulement par l'acheteur, à compter d'un an.

Nullité relative, édictée pour la protection de l'acheteur, car la vente de fonds de commerce n'est pas un contrat solennel. Conséquence : l'acheteur peut invoquer la nullité de l'acte ou y renoncer une fois l'acte signé. Le vendeur ne peut s'en prévaloir. Le Tribunal ne peut soulever la nullité d'office (avant un an).

- **nullité facultative** selon la Ccass°, (si omission = vice de consentement). Présomption légale d'erreur en la personne de l'acheteur, preuve du contraire par tous moyens.

### *b) Sanction de l'inexactitude des mentions obligatoires*

**Art. L.141-3 du code de commerce** : « Le vendeur est, nonobstant toute stipulation contraire, tenu de la garantie à raison de l'inexactitude des énonciations dans les conditions édictées par les articles 1644 et 1645 du Code civil ».

La vente est valable mais l'acheteur peut, selon l'ampleur des inexactitudes, demander la résolution judiciaire du contrat ou une diminution du prix. Présomption de l'inexactitude du vice caché, que le vendeur pourra écarter en démontrant que l'acheteur connaissait la valeur réelle du fonds.

Sanctions bénignes, car contrats conclus entre commerçants.

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

### **Le transfert de la propriété**

Fonds de commerce : ensemble/universalité/objet d'un droit de propriété. Règles spéciales au transfert de certains éléments.

**Transfert de l'ensemble (bien incorporel)** car contrat *consensuel et non solennel* : le transfert s'opère entre les parties dès qu'elles sont d'accord sur la chose et le prix (art.1583 du Code civil). Vente opposable aux tiers sauf aux créanciers du vendeur avant l'accomplissement dans formalités de publicité (.L141-12code de commerce). Tant que le vendeur ne s'est pas fait radier du RCS, **solidairement tenu des dettes souscrites par l'acheteur** à l'occasion de *l'exploitation du fonds de commerce*.

Transfert des droits de propriété intellectuelle : cession des marques/brevets **opposable aux tiers** après inscription à l'INPI. Transfert de la propriété des éléments corporels **opposable aux tiers** si l'acheteur en a été mis en possession (art.1141Civ). Transfert du droit au bail **opposable au bailleur** après signification qui lui est faite de la cession du fonds.

## **B. Les obligations des parties**

### *a) Les obligations du vendeur*

**Délivrance** : doit mettre tous les éléments compris dans la vente à la disposition de l'acheteur.  
Double obligation de **garantie** :

Garantie de **vices cachés** : garantit l'existence de la clientèle, si moindre imperfection, résolution/diminution du prix.

Garantie de **son fait personnel** : obligation de *non-concurrence* (clause particulière)

### *b) Les obligations de l'acheteur*

Payer le prix convenu, Vendeur non payé dispose d'une **action en résolution de la vente**, soumise à deux formalités : notifiée aux créanciers inscrits, qui ont parfois intérêt à dédommager le vendeur.

### 3§ La protection spéciale des créanciers du vendeur

Fonds de commerce : essentiel de la fortune du commerçant. Crainte des créanciers chirographaires d'être privés de leur gage général. Loi du 17 mars 1909 : mesure de publicité (art.L141-12code de commerce).

#### A. La publicité de la vente

##### a) Les formes de la publicité

**Art.L.141-12** du code de commerce : publicité double.

- **Publication de la vente**, dans un *journal d'annonces légales*. Dans les 15 jours de la vente, à la diligence de l'acheteur. Art.L.141-13 : énonce ce qui doit y figurer. Publicité doit être précédée de **la formalité fiscale de l'enregistrement**, à peine de nullité de la publication. Enregistrement donne lieu à la prescription du droit progressif prévu par l'art.719 CGI.

- Publication **d'un avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales** (BOACC).

Tant que ces formalités ne sont pas accomplies, dans les délais impartis, les créanciers du vendeur conservent leur droit d'opposition au paiement du prix.

##### b) Domaine de la publicité

- **Formule large de l'article L.141-12** : le cas échéant, recherche de la **réalité de la cession**. Un cession de bail commercial peut cacher une vente de fonds de commerce, car s'accompagne de la cession de la clientèle et d'un engagement de non-rétablissement souscrit par le cédant. Il faut alors procéder à la publicité de la cession.

##### c) Fonction de la publicité

Fonction très **précise et particulière**. Protège les créanciers du vendeur du fonds de commerce.

- Les créanciers protégés par **l'art.L.123-8**, II du code de commerce puisque le vendeur reste tenu, solidairement avec l'acheteur, des **dettes souscrites par ce dernier** jusqu'à la radiation du vendeur au RCS.

- la publicité ne sert pas à trancher le conflit entre deux acquéreurs successifs du même fonds de commerce. L'acheteur dont le titre est le plus ancien sera propriétaire.

#### B. Les droits des créanciers du vendeur

**Art.141-12 du code de commerce** : protection des créanciers du vendeur et plus spécifiquement les créanciers chirographaires, dont la créance n'est pas garantie par une sûreté réelle.

##### a) Le droit d'opposition

**Art.L.141-14 du code de commerce.**

Opposition par acte extrajudiciaire (exploit d'huissier). Adressée à l'acheteur, qui doit payer le prix.

*Double effet de l'opposition :*

- *immobilise les prix entre les mains de l'acheteur* (ou intermédiaire dépositaire des fonds). Le vendeur ne peut plus en disposer et l'acheteur ne peut plus payer. En pratique, « clause de séquestre du prix », qui retarde la perception du prix pendant plusieurs mois.
- *Fixe définitivement le prix au montant déterminé au jour de l'opposition.*

⇒ Prix alors répartis à *l'amiable ou selon une procédure de distribution*. Prix désormais réservé au paiement des créanciers. L'acheteur doit donc se garder de payer avant les publications. Sinon, il *s'expose à payer deux fois*. Si prix de vente > prix total des créances, le vendeur => action en référé (consigner une somme suffisante) afin de disposer du surplus.

### *b) La surenchère du sixième*

- ⇒ Le créancier peut former dans les 26 jours suivant la publication au BODACC, une surenchère du sixième du prix, non compris le matériel et les marchandises s'il pense que le premier prix aurait été insuffisant.

Fonds vendu aux enchères publiques, qui révèlent le juste prix du fonds. A défaut d'enchère, le créancier *surenchérisseur* => paie le prix prévu à l'acte augmenté du sixième.

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

Deux façons d'exploiter une entreprise commerciale : la gestion directe et la gestion dérivée.

### Le cas de la gestion directe

Le propriétaire exploite lui-même son entreprise, mais n'accomplit pas forcément lui-même les actes de gestion. Assume les risques de l'entreprise et répond des pertes sur son patrimoine. Aide d'un gérant salarié/gérant mandataire possible.

**Loi 2 août 2005, en faveur des PME** : création du statut des gérants-mandataires de fonds de commerce/fonds artisanal. **Art.L146-1 à L.146-4. gérant-mandataire** : PP ou PM gérant le fonds de commerce pour le compte du propriétaire (supportant les risques liés à son exploitation). Immatriculé au RCS, autonomie, rémunéré par une commission sur le CA. *Non commerçant car n'assume pas les risques de l'entreprise.*

### Le cas de la gestion dérivée

Le propriétaire, PP ou PM confie la gestion à un gérant-libre, appelé locataire-gérant, commerçant, pour son propre compte, **assumant les risques de l'entreprise**. *Avantages* :

- le propriétaire perçoit des revenus.
  - Pas de partage du fonds entre héritiers mineurs.
  - redressement judiciaire, reprise de l'entreprise par un locataire-gérant, qui ne fait pas de frais d'acquisition, ne reprend donc pas les dettes du propriétaire : prélude au rachat de l'entreprise.
  - Permet la mise en place d'un réseau de distribution : point de ventes créés par le fabricant, donnée en location-gérance à ses distributeurs. la location peut s'insérer dans une action de crédit-bail.
  - Cas du commerçant ne disposant pas des fonds suffisants pour acheter un fonds de commerce. Etablissement de crédit achète le fonds de commerce et le donne en location-gérance au commerçant qui rembourse le crédit en **versant les loyers** : possibilité de rachat à la fin.
- location-gérance longtemps ignorée par la loi, application alors des règles de droit commun du contrat de bail. Puis réglementation arbitraire : **loi du 20 mars 1956**.

=> But : éviter les opérations spéculatives pesant sur les coûts de la distribution

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

### **A. Les conditions de validité**

#### *a) Conditions relatives au loueur du fonds*

*Principes : une exploitation effective*

Loueur : propriétaire du fonds qui le donne en location-gérance. Pour éviter la spéculation, location-gérance réservée par la loi de 1956 au commerçant qui exploitait le fonds de commerce de façon effective au moment de la conclusion du contrat.

*Double condition pour la conclusion :*

- loueur avaient été commerçant/artisan/chef d'entreprise pendant 7 ans [exigence supprimée par l'ordonnance de 2004]
- avoir exploité le fonds pendant 2 ans. (Art.L.144-3 concurrence. commerce.)

### *Exceptions prévues en 1956*

- art.L.144-5 : Héritiers du commerçant et conjoint attributaire du fonds de commerce.
- art.L.144-4 : le président du TGI peut supprimer/réduire le délai de L.144-3 si impossibilité justifiée du loueur d'exploiter personnellement le fonds de commerce ou par l'intermédiaire de préposés (raison grave, maladie).

Condition d'exploitation du fonds de commerce par le loueur sanctionnée par la nullité du contrat de location-gérance (L.144-10) : nullité absolue non opposable aux tiers.

### *b) Condition relatives au locataire-gérant*

Art.L.144-2 : commerçant/ pas être frappé d'interdiction + immatriculé au RCS.

### *c) Conditions relatives à l'objet du contrat*

Objet : fonds de commerce, existant + clientèle actuelle Possibilité que l'exploitation n'ait pas débuté, mais déjà présence d'une clientèle.

Annulation de la location-gérance si dol du loueur sur un élément substantiel du fonds de commerce.

Distinction difficile loueur/locaux commerciaux. Quels éléments la clientèle est fixée : si marque/nom commercial, alors location-gérance du fonds de commerce, si crée par le locataire, alors contrat de bail commercial.

## **B. Les conditions de publicité**

Publié => journal d'annonces légales (av. 15 jours) suivant la conclusion du contrat. Possibilité pour le locataire-gérant de s'inscrire RCS.

*Sanction* : inopposabilité de la location-gérance aux tiers. Loueur, alors tenu solidairement avec le location-gérance des dettes contractées par celui-ci dans l'exploitation du fonds.

## **2§ Les effets de la location-gérance**

### **A. Les effets entre les parties**

- Le loueur : garantie du fait personnel : pas de concurrence.
- location-gérance : exploitation + conservation de la substance du fonds.
- pas de droit au renouvellement pas d'indemnité d'éviction.
- La location-gérance peut être considéré comme un salarié avec un statut social propre au salarié. Protection a conduit les fournisseurs à exiger de leurs distributeurs l'emprunt de la forme d'une société commerciale (SARL), avec contrat de location-gérance → contrat de mandat.

### **B. Les effets à l'égard des tiers**

Tiers : créanciers des parties, en subissent les fluctuations du patrimoine. Protection par le DONC : les actes du débiteurs ne leurs sont pas opposables.

Effets de la location-gérance à l'égard des créanciers du loueur

Fonds de commerce = gage général des créanciers. Possibilité de dégradation rapide du fonds et de sa valeur. *art.L144-6 : les créanciers du loueur peuvent demander au TC la déchéance du terme s'ils*

estiment que le recouvrement de leurs créances est mis en péril. Les créances à terme => immédiatement exigibles.

*Effets de la location-gérance à l'égard des créanciers du locataire-gérant*

Avant la loi de 1956, jurisprudence : le propriétaire du fonds parfois condamné à payer ces dettes lorsqu'il avait créé *une fausse apparence* laissant croire que le location-gérance n'était qu'un salarié/mandataire agissant pour le compte de l'exploitant : **théorie de l'apparence**. Loi du 20 mars 1956 : adopte la solution jurisprudentielle.

⇒ Art.L.144-7

## **Section 4 Les sûretés grevant les fonds de commerce**

Droit civil, différence meuble/immeuble.

Sûretés immobilières : publicité, qui les rend opposables aux tiers. *Garantie sans dépossession*. Sûretés mobilières (gages), pas d'inscription mais dépossession.

Transposition au fonds de commerce du mécanisme de l'hypothèque des immeubles : **loi du 17 mars 1909** qui crée le **nantissement** : hypothèque mobilière sur le fonds de commerce, et un privilège (du vendeur d'immeuble).

Loi **du 6 janvier 1986** (art.L.313-7C.mon.fin) organise le crédit-bail du fonds de commerce, technique de la propriété à titre de garantie.

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

#### **A. Le privilège du vendeur de fonds de commerce**

=> Utile si le vendeur consent un crédit à l'acquéreur pour le paiement du prix. *Droit commun* : privilège faible car meuble. Droit commercial : privilège s'apparentant à celui du vendeur d'immeuble.

**Double condition** : 1) Vente constatée par écrit 2) inscrire le privilège sur un registre (15 jours).

=>confère un **droit de préférence lors de la distribution du prix entre les divers créanciers**. S'exerce séparément sur le prix de vente sur marchandises, incorporels, matériel (*fractionnement du privilège*). =>> libérer les plus rapidement les marchandises.

#### **B. Le nantissement conventionnel**

Source du *privilège* : la loi, source du *nantissement* : le contrat. Rendu opposable aux tiers par inscription. Garantie sans dépossession, le propriétaire peut continuer à l'exploiter (économiquement logique).

##### **a) Constitution du nantissement**

Doit être constaté par écrit (art.L142-3).

Obligatoire dans le nantissement : le nom commercial/enseigne/droit au bail. Marchandises tjrs exclues du nantissement (valeur instable).

Dans le contrat, possible : matériel, outillage, droits de propriété ind.

##### **b) Publicité du nantissement**

=> à peine de nullité dans les 15 jours suivant sa concurrence° (art.L142-4). Nantissement inopposable à la procédure collective. Rang des créanciers nantis déterminé par la date de leur inscription (art.L142-5).

### **concurrency. Le nantissement judiciaire**

Ordonné par le tribunal afin de garantir une créance menacée par l'insolvabilité du débiteur. concurrence° réalisée en 2 temps : inscription provisoire puis inscription définitive.

-*inscription provisoire* : le créancier demande l'autorisation au juge. Deux conditions : *créance fondée dans son principe et recouvrement menacé* par difficultés financières du débiteur.

- *inscription définitive* : dès que le créancier dispose d'un *titre exécutoire* (jugement établissant sa créance et passé en force de chose jugée). Alors définitive et produisant ses effets au jour de l'inscription provisoire, avec effet rétroactif.

### **2§ L'efficacité des sûretés**

**Relative fragilité.**(conjoncture/faute de gestion). Mesures de précaution du législateur pas tjrs efficaces. Réalisation de la sûreté peu pratique. Vente du fonds de commerce aux enchères publiques malaisée.

#### **A. Les mesures de protection**

##### **a) La protection contre le déplacement du fonds de commerce**

Déplacement géographique interdit, doit être connu des créanciers inscrits (privilèges/nantissement) au moins 15 jours avant sa réalisation (L.143-21).

**Sanctions.** 1) créances exigibles 2) s'ils sont avertis mais s'y opposent, le TC peut rendre les créances à terme exigibles, s'il juge que ce déplacement va entraîner une dépréciation du fonds de commerce.

##### **b) La protection contre la résiliation du bail**

*Commerçant locataire des locaux ne payant pas ses loyers. Bailleur demande résiliation du bail commercial pour défaut d'exécution. Art.L.143-2* : le propriétaire doit notifier sa décision à tous les créanciers inscrits et le jugement prononçant la résiliation ne peut intervenir avant un mois. Créanciers inscrits peuvent ainsi envisager des mesures protectrices. Ex : payer les loyers afin de pas voir le fonds de commerce se déprécier/disparaître.

##### **c) La protection contre un changement d'exploitation**

Demande formelle de déspecialisation => au bailleur et notification aux créanciers inscrits. Ceux-ci ne peuvent l'empêcher, mais peuvent demander des mesures « sauvegardant leurs intérêts ».

#### **B. La mise en œuvre de la sûreté**

=> Droit de suite : saisir le fonds entre les mains de tout acquéreur (sommation de payer + mise aux enchères forcée du fonds).

En général, le fonds de commerce est resté dans le patrimoine du débiteur et les créanciers inscrits seront payés dans le cadre de la **procédure collective si difficultés**.

Droit de préférence des créanciers inscrits dans la procédure de distribution mais après le Trésor public disposant d'un privilège général et droit la créance fiscale peut absorber l'essentiel de l'actif réalisé.

### **3§ Le crédit-bail portant sur le fonds de commerce**

Garantie efficace: la propriété à titre de garantie (loi du 6 janvier 1986, art. L.313-7 concurrence.mon.fin).

=> le vendeur du fonds de commerce ; l'établissement financier qui achète le fonds (devient propriétaire et le donne en location-gérance à l'exploitant) ; le commerçant, location-gérance.

Versement des loyers à l'établissement de crédit. Au terme de l'opération, option : renouveler le crédit-bail et la location-gérance, ne pas les renouveler et abandonner la gestion du fonds de commerce ou acquérir le fonds de commerce.

- mise en place possible d'une cession-bail de fonds de commerce. Le propriétaire vend son fonds de commerce à un établissement de crédit qui lui verse le prix et lui concède immédiatement le fonds de commerce en location-gérance. Au terme de l'opération, le location-gérance peut récupérer la propriété de son fonds en versant le prix résiduel, non encore remboursé au titre du crédit. L'opération de crédit, consenti par l'établissement qui acquiert la propriété du fonds de commerce à titre de garantie. Loyers afférant à la location-gérance remboursent le crédit et paient le rachat futur du fonds. Permet de liquidités importantes. Opération non opposable aux créanciers du commerçant, ce qui la rend aléatoire pour l'établissement de crédit.

## Chapitre 2 Le bail commercial

-Début du XX<sup>o</sup>s, réclament un droit au renouvellement du bail si absence de motifs graves du bailleur. Après WWI, pénurie de locaux, **invoquent la propriété commerciale**.

- Le législateur a alors prévu une **indemnité d'éviction** en cas de refus de renouvellement injustifié avec **loi de 1926**, puis **décret du 30 septembre 1953** sur les baux commerciaux.

Droit au bail => bien négociable à valeur marchande. Augmentation des montants des loyers. Législation est protectrice des locataires en place à un coût non négligeable pour la collectivité.

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

#### 1§ La nature des locaux

Application du statut aux immeubles bâtis. (exclu les constructions légères, facilement démontables et mobile). *Ex non admis : emplacement réservé à l'intérieur d'un supermarché, emplacement publicitaire destiné à l'affichage. Statut s'applique aussi au bail des locaux accessoires : habitation de l'accessoire, local de gardiennage ; condition : nécessaire à l'exploitation.*

- en principe, ne s'applique pas au terrain nu (non bâti), mais exception admise par **L'ART. L.145-1, 2<sup>EME</sup>** avec double condition : construction à usage commercial édifée par le locataire qui en est resté propriétaire, consentement exprès du propriétaire du terrain à la construction/utilisation commerciale : alors bail du terrain supportant la construction = bail commercial.

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

*Condition du bail : exploitation d'un fonds de commerce. => Art.L.145-1*

##### A. Existence d'un fonds de commerce

- Un fonds de commerce effectivement exploité.

Ex : GIE longtemps exclus car prolongement de l'activité économique des membres et non activité propre : pas de fonds de commerce. Intervention du législateur pour briser la jurisprudence. Refus également par les sociétés par la forme à objet civil.

- clientèle réelle et autonome

Jurisprudence célèbre pour le critère d'autonomie : la buvette des champs de course. Pas statut de baux commerciaux car clientèle non autonome, indistincte de la clientèle constituée par le champ de course.

- Le locataire, propriétaire du fonds de commerce exploité dans les lieux

Problème de qualification du contrat à propos en particulier des exploitants de stations-services distribuant l'essence d'une compagnie pétrolière ou des commerçants exploitant un fonds de commerce dans le cadre d'un contrat de franchise (462).

## Qualité de commerçant de locataire

- Locataire a la qualité de commerçant et doit être immatriculé au RCS.
  - Nécessairement propriétaire du fonds de commerce, mais pas forcément exploitant (location-gérance).

=> Exploitation du fonds par un location-gérance.

=> Si volonté expresse, possibilité d'inclure le bail commercial dans un contrat même par un non commerçant.

### 3§ La nature du contrat

Contraignant, donc autres solutions : conclure une autre convention ou conclure un bail de courte durée.

#### A. Les conventions autres que le bail

- le bail emphytéotique : (entre 18-99 ans)
- Le crédit-bail immobilier (sorte d'opération financière).
  - Etablissement de crédit propriétaire, commerçant : loyer. Expiration : possibilité d'achat.
- La concession immobilière de la loi du 30 décembre 1967.
- La location-gérance de fonds de commerce.

#### B. Les baux de courte durée

A l'origine : **décret du 30 septembre 1953** = durée obligatoire de 9 ans. Mais nécessité d'assouplissement pour nécessités pratiques évolutions.

##### a) Le bail de moins de deux ans

Loi du 12 mai 1965, art. L.145-5.

Mais précautions législatives pour éviter les fraudes => convention ne peut être renouvelée, expressément ou par tacite reconduction. *Au-delà si le locataire reste dans les lieux sans protestation du bailleur, transformation automatique en bail de 9 ans.*

##### b) La convention d'occupation précaire

Pas de durée précise: *peut prendre fin à tout moment, sans préavis.* Ex: attente d'un évènement incertain, mais le propriétaire ne veut pas voir son immeuble vide. Admise toujours en jurisprudence, si existence de *facteur objectif de précarité*. Si fraude, requalification en bail commercial.

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

Les droits et obligations sont déterminées par :

- Volonté commune des parties
- Dispositions du code civil de nature supplétive
- Règles spéciales aux actes de commerce
- Principales différences : durée du bail, loyer, utilisation des lieux

### 1§ La durée du bail

ART.L.145-4 : bail = 9 ans

Le preneur a la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, dans les formes et délai de l'article L.145-9

- Pour le bailleur : Durée de 9 ans impérative, recul de la liberté contractuelle devant l'ordre public de protection. Interruption si: faute du locataire entraînant résolution du bail; restauration de l'immeuble; accord des 2 parties.

- Le preneur peut, sauf clause contraire, mettre fin au bail à l'expiration de chaque période triennale, doit alors donner congé 6 mois avant la fin de la période en cours. Sauf départ à la retraite ([ART.L145-4, AL.4](#)).

## **2§ Détermination du loyer**

Ppe : détermination libre par les parties lors de la conclusion du bail, du montant du loyer. Révision périodique du loyer possible (et pas en droit commun). Introduction aussi possible dans le bail d'une **clause d'indexation, mais effets limités**.

### **A. La révision légale**

Deux sortes prévues par les articles [L.145-33 ET SUIVANT](#). du code de commerce.

#### *a) La révision triennale*

Révision possible tous les 3 ans, à compter de la date d'entrée en jouissance. Doit être demandée par l'une des parties. Règles complexes de calcul.

1) [ART.L145-33](#) : loyal doit être égal à la valeur locative fixée à l'amiable

2) [ART.L145-38, AL3](#) : plafonnement des loyers,

3) Exception au plafonnement :

- difficulté d'interprétation.

#### *b) La révision au moment du renouvellement du bail*

Fréquent. Bailleur accepte le renouvellement à condition d'une **révision à la hausse du loyer**. Fait connaître au preneur sa demande, proposition enclenchant la procédure de révision. Fixation à l'amiable ou par décision judiciaire. Mêmes règles que pour la révision en cours de bail. Mais prévention de l'intervention d'une commission départementale de conciliation.

### **B. Les clauses d'indexation**

- Indexation : variation du montant d'un loyer en fonction d'un élément objectif de référence nommé **indice**.

=> prévue lors de la conclusion de contrat. Les parties choisissent de faire varier périodiquement les loyers en fonction d'un indice choisi par elles. Ex : ILC (indices pour les loyers commerciaux). Clause licite ([art.L145-39](#)). Conditions : seulement si elle conduit à une augmentation/diminution de plus du quart, par rapport au prix précédemment fixé.

- acceptation jurisprudentielle de **clause-recette**. Accord des parties pour fixer annuellement le loyer en fonction du chiffre d'affaire réalisé par le locataire.

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

- le locataire doit exploiter le fonds pour le maintenir en activité ; résolution du bail si cessation d'activité

- le locataire doit respecter la destination du fonds. Il détermine librement son activité si le contrat ne le prévoit pas. Règle contraignante du droit civil : demander l'autorisation du bailleur, reconversion interdite s'il s'y oppose.

- Mais *décret du 30 septembre 1953* : la déspecialisation ([ART.L145-47](#)), possibilité pour le locataire de changer son activité, malgré l'opposition du bailleur.

### **A. La déspecialisation**

=>Extension ou transformation.

#### *a) L'extension d'activité*

**Désécialisation partielle. Art. L145-47 du code de commerce.** Nouvelles activités connexes ou complémentaires. Si désaccord, le locataire fait connaître son intention par acte d'huissier au bailleur, qui a 2 mois pour répondre. Peut contester **le caractère connexe/complémentaire**. Le TGI tranche souverainement. Si caractère reconnu, extension désirée mise en œuvre, mais le bailleur pourra *demandeur une augmentation de loyer* lors de la prochaine révision triennale.

Recours à la **procédure obligatoire**, le locataire qui passerait outre serait *fautif*: bail pourra être résolu et condamnation à des dommages/intérêts.

#### *b) La transformation d'activité*

**Désécialisation plénière. ART.145-48.** substitution/adjonction d'une activité. Peu utilisée. Si désaccord des parties, locataire fait connaître au bailleur par acte d'huissier ses intentions/motifs. Soit le propriétaire conteste le changement et le TGI tranche, soit le propriétaire demande une augmentation de loyer, à laquelle le président du TGI peut procéder.

### **B. L'incidence des règles relatives à la désécialisation sur les causes de non-concurrence**

*Comment coordonner clauses de non-concurrence et désécialisation ?*

Nécessité d'introduire une clause de non concurrence, pour protéger le locataire de la concurrence du bailleur ou des autres locataires du bailleur. Clause alors accessoire au contrat de bail.

Deux types de clauses (faite par la jurisprudence) :

- clause insérée dans le contrat de bail ou inséparable de la convention locative → Nulle, car droit c/ le bailleur. La clause ne peut empêcher la désécialisation.
- Clause détachable du rapport locatif, ne portant pas directement atteinte aux règles de désécialisation sont licites, particulièrement si conclues entre les locataires d'un même bailleur.

#### **4§ La cession de bail et sous-location**

Droit commun : pas de cession du bail, pas de sous location, sauf autorisation. Mais cession et sous-location permises si accessoire d'une cession du fonds de commerce ou d'une mise en location-gérance.

##### La cession de bail

*Effet* : substitue un nouveau locataire au preneur initial, possible car droit au bail fait partie du fonds de commerce librement cessible. Cession du droit au bail permise lorsqu'elle accompagne la cession d'un fonds de commerce.

- Locataire cédant son droit au bail reste tenu du paiement des loyers envers le bailleur, sauf si celui-ci a donné son accord. Le cédant reste solidairement tenu du paiement des loyers.
- Si locataire est une société qui fusionne avec une autre, transmission du patrimoine de la société absorbée (qui disparaît) à la société absorbante (droit le fonds de commerce et le droit au bail). La société absorbante devient le nouveau locataire. Garanties suffisantes alors attribuées par le tribunal au bailleur.

##### La sous-location

Le locataire principal reste en principe seul tenu à l'égard du bailleur. La sous-location est interdite par le du code de commerce. Mais la **location-gérance est permise** : droit de jouissance au bail et aucun lien juridique n'existe entre lui et le bailleur.

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

Origine du statut : protéger le locataire commerçant à l'expiration du bail. Procédure formaliste et contraignante.

#### 1§ La situation des parties au terme du contrat de bail

Trois situations possibles :

- 1) Le locataire prend l'initiative de demander le renouvellement dans les 6 mois précédant l'arrivée du terme, par acte extrajudiciaire. Délai de 3 mois pour le bailleur qui refuse le renouvellement ou garde le silence (acceptation tacite).
- 2) le bailleur prend l'initiative de donner congé (refuse le renouvellement ou veut renégocier les conditions), 6 mois avant le terme d'usage, par acte extrajudiciaire, motivé à peine nullité. Si contestation/demande d'indemnité, le locataire doit saisir le TGI dans les 2 ans à compter la date à laquelle le congé a été donné.
- 3) aucune des 2 parties ne manifeste ses intentions. Tacite reconduction du bail aux mêmes conditions tant que les parties ne sortent pas du silence.

#### 2§ Le renouvellement

Deux cas :

- Ancien bail renouvelé aux mêmes/différentes conditions si accord des parties.
- accord sur le principe de renouvellement mais contestation du loyer. Faculté de rétractation du bailleur : refus du renouvellement possible.

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

Possibilité de refuser le renouvellement : donner congé ([ART.145-9](#)) ou refuser la demande de renouvellement. Indemnité d'éviction en principe versée.

Art.L.145-14, al 1er du code de commerce : « *Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, le bailleur doit, sauf exceptions prévues aux articles L.145-17 et suivants, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement* ».

##### A. Les exceptions : les cas de reprise sans indemnité

Plusieurs cas de non renouvellement sans verser l'indemnité d'éviction :

- art.L.145-17-I 1<sup>er</sup> du code de commerce : le bailleur invoque une cause grave et légitime à l'égard du locataire : inexécution de l'une de ses obligations. Règles spéciales de preuve : mettre en demeure le locataire par acte extrajudiciaire motivé, d'avoir à faire cesser « l'infraction ». Si elle est poursuivie ou renouvelée plus d'un mois après la mise en demeure, reprise des locaux permise.
- cas prévus même en l'absence de toute faute du locataire : **démolition** de l'immeuble loué (insalubre/dangereux). **Droit de priorité** du locataire pour louer un local commercial sur l'immeuble reconstruit. Reprise des locaux d'habitation accessoires au local commercial, pour les habiter lui-même ou membres de sa famille à condition que le bénéficiaire « ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins normaux ». vestige de la lég° d'après-guerre : pénurie de logt.

##### B. Montant de l'indemnité d'éviction

Si désaccord, indemnité fixée par le TGI. Fondement : [ART.L.145-14](#), réparation du préjudice causé par le défaut de renouvellement. Cas de responsabilité civile sans faute : réparation de la perte de jouissance des locaux.

Détermination :

- valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession.

- frais normaux de déménagement/réinstallation

- frais/droit de mutation à payer pour un fonds de commerce de même valeur (sauf si le propriétaire prouve que le préjudice est moindre).

Difficulté pour évaluer car préjudice résultant de la perte de la clientèle. L'indemnité doit comprendre la valeur du fonds de commerce qui était exploité. Cependant possibilité de prouver que le préjudice est moindre.

- Droit de repentir : si l'indemnité prévue est trop élevée le bailleur peut revenir sur sa décision et prolonger le bail. (délai de 15 jours)
- Le locataire se maintient dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction. (Il devra payer une indemnité d'occupation).

## Deuxième partie : la concurrence

---

Développement exceptionnel du droit de la concurrence en France depuis *environ 60 ans*. Problématique posée: maintien **d'une concurrence effective** sur les marchés.

### 2 branches distinctes

→ de justes limites (loyale, raisonnable, tempérée). Sanction de la concurrence excessive par rapport à l'éthique commerciale par le Droit de la concurrence déloyale. **Condamnation du dénigrement**, de la pub mensongère, du détournement de clientèle par des méthodes contraires aux usages... => protection de l'entreprise contre les agissements déloyaux ou injustifiés d'un concurrent. Existence de contrats qui engagent une partie à ne pas faire concurrence à une autre pendant une durée et sur un territoire délimités. L'on parle de **relation individuelle de concurrence** (relations entre 2 entreprises concurrentes).

1ère branche ayant trait à la tendance trad du droit de la concurrence, apparue en jurisprudence au 19<sup>o</sup>s.

→ protéger la concurrence et favoriser son développement. Ces règles condamnent les limitations de concurrence exercées par certaines entreprises. L'on parle de **pratiques anticoncurrentielles** (accord, ententes, fusion, concentrations d'entreprise...). **But**: empêcher *l'entrave à l'entrée d'un concurrent, la constitution de positions dominantes, la paralysie de la concurrence*. =>garantir le bon fonctionnement des marchés (relations collectives de concurrence).

⇒ libéralisme économique (liberté du commerce et de l'indus). Place modeste du droit de la concurrence au 19<sup>o</sup>s puis affirmation dans les années 1960. droit perçu comme garant de l'économie de marché. Consécration avec l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

A l'échelon communautaire: **traité instituant la CECA (1951), traité de Rome instituant la CEE (1957)**.

Les 2 branches reposent sur le pp commun de la liberté du commerce et de l'indus ou encore liberté d'entreprendre. Celle-ci n'est PAS absolue: recherche **d'un équilibre** entre liberté économique et préservation des intérêts de l'entreprise par le droit de la concurrence déloyale et par celui des accords de non-concurrence. La liberté d'entreprendre doit être protégée d'elle-même (la concurrence tue la concurrence).

Le Code de commerce est devenu un code des entreprises par l'introduction des règles de concurrence de l'ordonnance du 1er décembre 2000. **Définition d'entreprise: toute entité exerçant une activité économique de Production, de distribution ou de prestation de services** → c'est le critère d'application du droit de la concurrence.

## Chapitre préliminaire : le principe de la liberté d'entreprendre

Liberté d'entreprendre= pp général du droit proclamé en 1791 (ancienne dénomination: liberté du commerce et de l'indus). *C'est la liberté pour toute pers de créer une entreprise dans le domaine de son choix et de la gérer au mieux de ses intérêts*. Création et choix du mode d'organisation et de gestion: libres. La liberté d'entreprendre a une **dimension communautaire** depuis la naissance de la CEE en 85. Elle a été consacrée par le **traité de Rome** sous la forme de « *liberté d'établissement* » reconnue à tous les ressortissants de la communauté. Il y a possibilité de créer ou de transférer une entreprise dans tout Etat-membre indifféremment de la nationalité ou du lieu de l'établissement.

## Section 1. La liberté d'entreprendre en droit interne

### 1§ le fondement de la liberté d'entreprendre

#### A\ *Fondement légal*

##### La loi des 2-17 mars 1791

**Art 7:** « (...) il sera libre à toute pers de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ».

609: Pendant + de 7 siècles, encadrement prégnant des activités économiques sous l'Ancien droit. Métiers étaient **délimités**, un artisan n'a qu'un seul atelier, nombre d'apprentis et compagnons fixé de façon stricte.

(Idée juste du partage du travail dans le système des corporations, système perçu comme facteur de paix sociale donc protection par le pouvoir royal). Système **qui freinait les initiatives individuelles** de la bourgeoisie commerçante dans la 2ème moitié du 18<sup>o</sup>s.

Entrée dans le droit avec la création du **décret d'Allarde**

Cet impôt, contrepartie de la liberté d'entreprendre a duré jusqu'en 1796. Les appuis de la liberté du commerce et de l'industrie sont les **articles 544** proclamant le caractère absolu du droit de propriété (propriété privée) et **1134** reconnaissant la force obligatoire des contrats conclus entre personnes privées.

##### La loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973

**Art 1, alinéa 1:** « La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale ».

Contexte de développement de **grandes surfaces et centres commerciaux** faisant craindre une affectation du commerce traditionnel. **Objectif de la loi Royer:** recherche d'un **équilibre entre fournisseurs, grande distribution et commerce trad.** Institution d'un **régime d'autorisation** pour toute création ou extension de grande surface, répression des pratiques discriminatoires et de la revente à perte.

##### L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986

**Art L410-2, C.commerce:** => prix déterminés par le libre jeu de la concurrence. Consécration implicite du pp de la liberté d'entreprendre.

#### B\ *le fondement constitutionnel de la liberté d'entreprendre*

Selon une partie de la doctrine, valeur constitutionnelle car liberté ancienne: pp fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil constitutionnel l'a reconnu dans sa décision du **16 janvier 1982** qui fait suite à la loi de nationalisation votée le 18 décembre 1981. Valeur constitutionnelle reconnue par **le CC sur le fondement des articles 2 (liberté) et 4 (propriété) de la DDHC**. Pour ce qui est des nationalisations, le CC a décidé qu'elles ne s'opposaient pas à la liberté d'entreprendre.

### 2§ La portée de la liberté d'entreprendre

614: Triple portée du pp: principe de valeur constitutionnel qui s'impose au Parlement / liberté publique qui limite les pouvoirs d'intervention de l'administration / loi ordinaire qui s'impose aux particuliers.

#### A\ *le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre s'impose au Parlement*

**Liberté non absolue** qui peut se voir limiter par le législateur. *3 grandes catégories de limitations.*

1) La loi peut soumettre la **création d'une entreprise à une autorisation**. (création et extension de grandes surfaces, création d'un établissement de crédit ou d'une entreprise de télécommunication, exigence de déclaration pour les entreprises de presse).

2) La **loi peut limiter la liberté d'exploiter** (cas des établissements insalubres). + Imposition de conditions de fabrication (garantir la qualité des produits), de protection de l'environnement, de prestations de services, de distribution des produits ou des services.

3) **Nationalisations**. (électricité, gaz, services de la poste). Ces monopoles st en voie de disparition. Le droit impose aussi la séparation des activités de normalisation technique et des activités commerciales de l'entreprise publique.

**2 limites à l'action du Parlement.**

1) Il ne peut pas transférer au secteur public la **totalité des moyens de production**. Nationalisation totale de l'économie ou d'une branche substantielle impossible.

2) Le Parlement ne peut pas procéder à des **nationalisations d'une ampleur qui entraverait l'initiative privée**. C'est le CC qui dit si le Parlement **outrepasse** ses pouvoirs en commettant une erreur d'appréciation.

### **B) le principe de la liberté d'entreprendre s'impose à l'administration concurrence**

C'est une **liberté publique** selon une jurisprudence du CE ; mais avec limitations légales..

→ **libre accès aux professions et à la création d'entreprises.**

L'administration n'a pas compétence pour limiter cette création Sauf quand elle intervient pour l'application d'une loi votée par le Parlement. Elle réserve également au secteur privé l'exercice des activités économiques.

L'administration ne peut pas créer Sauf si une *loi le dispose*, des entreprises publiques qui **feraient concurrence** aux entreprises privées. Cependant possibilité de créer des entreprises publiques soumises au régime de droit privé et ne disposant *pas de prérogatives de puissance publique*. Possible : développer des activités complémentaires aux services publics existants et intervenir pour pallier les carences de l'initiative privée afin de répondre à un besoin d'intérêt public. // **initiative des collectivités locales** dans le domaine des activités de santé ou d'hygiène publique.

### **C) Le principe de la liberté d'entreprendre s'impose aux personnes privées**

Ce pp interdit la convention par laquelle une personne s'interdirait d'exercer une activité économique ou renoncerait à l'exercice de sa profession. (nullité absolue, d'ordre public). Cependant admission des clauses de non-C limitées, justifiées par un intérêt légitime et proportionnées à leur objectif, par la jurisprudence civile.

## **Section 2. La liberté d'établissement dans l'Union européenne**

La **loi du 24 juillet 2006** =réforme régime applicable aux étrangers qui souhaitent exercer une activité commerciale ou artisanale en France. Plus de carte de commerçant étranger. Une *simple déclaration* est exigée par **L122-1 Ccom** (sauf si de l'UE).

Le *déplacement du siège social d'une société*: RARE. L'établissement consiste en la création de filiales ou succursales permanentes dans un Etat membre autre que celui du siège (implantation suffisamment stable). A contrario la libre prestation de service est caractérisée par l'absence d'établissement stable dans l'Etat membre où le service est rendu et commercialisé.

La distinction est faite en droit mais en pratique il y a des situations intermédiaires: une entreprise offrant des prestations de service dans une autre Etat membre aura besoin d'un bureau et d'un représentant permanent mais PAS forcément d'un *établissement stable et durable*.

Les réglementations nationales restent *nécessaires* pour la **protection des consommateurs** et les besoins de **sécurité publique**. Suppressions des discriminations (juridiques mais aussi de fait) => égalité de traitement.

- Ex: discrimination de nature juridique sur la base de la nationalité: Etat réserve l'exercice d'une profession à ses ressortissants.
- Ex: discrimination de fait: Etat impose pour l'exercice d'une profession une condition de diplôme ou de stage. Le ressortissant étranger peut faire valoir le diplôme, le titre ou l'agrément qu'il a obtenu dans son pays = pp de la **reconnaissance mutuelle des titres et agréments**.

### **1§ L'harmonisation des législations nationales**

Reconnaissance mutuelle sauf si les législations des Etats sont trop différentes

⇒ Rapprochement des législations nationales -> un modèle communautaire via les **directives européennes**.

Ex: directives ont prévu le contenu, la durée des études et les exigences propres à chaque spécialisation en matière médicale. En matière juridique il est difficile d'harmoniser les études universitaires et les procédés judiciaires. La directive du **16 février 98** :

- **Avocat** : possible d'exercer dans tous les pays UE
- **Banques et compagnies d'assurance**, tous les Etats membres exigent un agrément et procèdent à une surveillance de la gestion de ces étab. (*procédé de la licence unique*).
- Harmonisation du droit des sociétés pour faciliter la mobilité de celles-ci et la *création de filiales*. => **art 44 du traité**

→ progrès importants: *création de la société européenne (SE)*. **règlement du 8 octobre 2001** => le siège statutaire de la SE peut être transféré dans un autre Etat membre, ce transfert NE donnant lieu ni à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

## **2§ L'effet direct des dispositions du traité**

Harmonisation insuffisante. Procédure longue et compliquée des directives. De plus, les directives présentent un **caractère sectoriel restrictif**. / La CJCE a déclaré que **les art 43** (liberté d'étab) **et 49** (libre prestation de service) ont un *effet direct*.

# **Titre 1. La protection de l'entreprise contre la concurrence**

## **Chapitre 1. Les conventions de non-concurrence**

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

#### **1§ L'obligation de non concurrence doit être limitée**

Une personne ne peut PAS renoncer définitivement à l'exercice de toute activité économique.

La Cour de cassation *subordonne la validité de ces conventions à 2 conditions*:

- obligation de non-concurrence doit être Limitée dans son objet. Précision sur l'activité.
- obligation de non-concurrence doit être Limitée dans le temps OU dans l'espace. Pas de nécessité de la double limitation.

Cette clause doit laisser au débiteur: « *la possibilité de continuer à exercer normalement l'activité professionnelle qui lui est propre* ». (Effet à la fin d'un contrat de travail VS décision de la Chambre sociale: le salarié peut continuer à exercer son métier). Reconnaissance par la Chambre commerciale. Il faut qu'il existe des limites réelles à la clause qui laissent une possibilité véritable d'entreprendre.

#### **2§: L'obligation de N-concurrence doit être justifiée**

La clause valable => prouve l'existence d'une cause de justification (clause doit être accessoire à un contrat principal licite). Elle doit être utile à la conclusion et au maintien du contrat principal. Et proportionnée à l'objectif qu'elle sert. (pp consacré par le jurisprudence de la Chambre commerce du 4 janvier 1994).

### **Section 2: Les applications particulières**

#### **Sous-section 1: La clause de N-concurrence accessoire à la vente d'un FDC**

635: Le vendeur du FDC s'engage à ne pas faire concurrence à son acheteur et à ne pas se rétablir en créant un fonds concurrent (« clause de non rétablissement »). Clause valable pour toutes les opérations permettant de céder une entreprise (ex: cession d'un bloc d'actions donnant la majorité de contrôle d'une société).

Fonction de la clause de non-concurrence. Garantie de la transmission de la clientèle en souscrivant la clause.

Cet engagement coïncide avec l'obligation légale de garantie pesant sur le vendeur. La clause est la mise en œuvre conventionnelle de l'obligation légale de garantie, elle est utile parce qu'elle précise l'étendue de la garantie (objet, durée, champs d'application territorial). Attention! L'obligation légale peut durer plus longtemps que la clause → car la garantie du fait personnel est d'OP: les parties ne peuvent pas y renoncer.

*Validité et portée de la clause.* Elle ne doit pas être + étendue que nécessaire. Elle doit être proportionnée à ce que nécessite le transfert définitif de la clientèle. Le tribunal peut réduire sa durée ou son objet ou encore peut limiter son étendue territoriale. Le vendeur n'a pas le droit de faire de la concurrence quels que soient les moyens utilisés. Interdiction d'entreprendre une activité concurrente, d'accepter des fonctions salariées qui le mettrait en contact avec la clientèle: il doit garantir son fait personnel.

*Transmissibilité de la clause.* La créance de non-concurrence fait partie du FDC. L'obligation est transmise activement (c'est-à-dire transmission de la créance et non Pas des dette) aux acquéreurs successifs du FDC. Ainsi, un sous-acquéreur pourra s'opposer au débiteur initial. Il s'agit d'une action contractuelle et non PAS une action en responsabilité délictuelle pour concurrence déloyale. Attention, la clause ne doit pas être transmissible passivement (dettes). Elle ne peut Pas être transmise aux héritiers du vendeur. Exception: des arrêts de jurisprudence admettent la transmission passive alors que d'autre non car il s'agit d'une obligation purement personnelle.

L'on peut également voir si l'héritier avait eu auparavant des contacts avec la clientèle.

## ***Sous-section 2.: La clause de N-concurrence accessoire à un contrat de bail ou à un règlement de copropriété***

639: Le locataire ou le copropriétaire demande de bénéficier d'une exclusivité: engagement souscrit par le bailleur ou disposition du règlement de copropriété.

### ***A) La cas du bail***

Le bailleur peut -en pp- permettre à un tiers à qui il consent un contrat de bail de faire concurrence au premier locataire. Explications: le contrat de bail vise la jouissance des lieux et non Pas l'exploitation du Fdc (CF ART 1719 CCIV). Le locataire a droit à la jouissance des locaux et peut les affecter à n'importe quelle activité sauf dispositions incluses dans le contrat. La contrepartie est que le bailleur n'est Pas tenu à une obligation de non-concurrence. Le locataire peut ainsi exploiter lui-même une activité concurrente ou encore consentir une location à un concurrent du 1er locataire. 641: En pratique, il y a tjrs une clause qui prévoit que le contrat est conclu en vue d'une activité particulière (ex: bail pour commerce d'alimentation, vente de vêtements...). Le locataire s'engage alors à ne pas exercer une activité autre que celle prévue sauf autorisation du bailleur, il ne doit Pas changer la destination des lieux. En retour, le bailleur consent à ne pas faire concurrence directement OU indirectement au locataire.

→ clause de non-concurrence ordinaire: bailleur et preneur s'engagent unilatéralement ou réciproquement à ne pas se faire concurrence.

→ clause d'exclusivité: bailleur s'engage à ne pas consentir de location à des concurrents tandis que le 1<sup>er</sup> locataire s'engage à ne pas faire concurrence aux autres locataires du bailleur. Cette clause aboutit à une spécialisation ou complémentarité entre les diverses activités exercées dans l'immeuble.

642: Il y a facilitation de conclusion d'autres contrats de bail portant sur des locaux du même ensemble immobilier + répartition rationnelle des activités.

643: Déspécialisations // dispositions d'OP→ L'article L145-47 Ccom dispose: « Le locataire peut adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires ». L'article L145-48: « Le locataire peut, sur sa demande, être autorisé à exercer dans les lieux loués une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail... ». L'on condamne toutes les clauses qui limitent le droit du locataire de demander la déspecialisation des locaux.

Avant la réforme des arts 34 et 35 du décret du 30 sept 1953 sur les baux commerciaux par la loi du 16 juillet 71: division de la doctrine et de la jurisprudence. Par la suite, l'arrêt de l'Ass plénière du 26 janvier 1973 a décidé que les stipulations faisant obstacles à l'exercice du droit de déspecialisation étaient nulles lorsqu'elles étaient « inséparables des conventions intervenues entre bailleurs et locataires » (Ex: stipulation pour autrui nulle). // Les conventions séparables du rapport locatif devraient a contrario être valables (Ex: conventions conclues entre locataires sans intervention du propriétaire).

### ***B) Le cas de la copropriété***

644: Cas fréquent des commerçants exploitant leurs Fdc dans leur propres locaux. Le règlement de copropriété comporte alors des clauses d'exclusivité et de non-concurrence qui ont pour but la valorisation des locaux et la complémentarité des activités commerciales.

Opposition avec l'art 8 al 2 de la loi du 10 juillet 1965 qui fixe le statut de la copropriété des immeubles bâtis: le règlement de copropriété ne peut pas imposer de restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles justifiées par la destination de l'immeuble. La jurisprudence a longtemps considéré la clause de non-concurrence nulle si elle était introduite dans le règlement de copropriété. Il n'y a pas de priorité des premiers copropriétaires par rapport aux acquéreurs ultérieurs. MS revirement car le règlement de copropriété peut dorénavant organiser la répartition des activités quand l'immeuble constitue un centre commercial et est situé dans un quartier éloigné de tous autres commerce. Parallèlement, les conventions passées entre copropriétaires sont juridiquement valables uniquement si elles ne sont pas des ententes restrictives de concurrence.

## ***Sous-section 3: La clause de N-concurrence accessoire à un contrat de distribution***

Il y a obligation de non-concurrence à la charge du concessionnaire ou revendeur pour les contrats de: concession exclusive, d'exclusivité d'approvisionnement, de distribution sélective ou de franchise. 2 sortes de clauses.

1ère clauses: Le distributeur Ne peut ni fabriquer ni vendre des produits concurrents de ceux du fournisseur (effet de la clause pendant la durée du contrat de distribution). Attention, dans le cas d'une concession exclusive de vente: en l'absence de stipulations, le concessionnaire Peut faire concurrence à son concédant

s'il vend des produits d'autres marques. + les autres contrats de distribution n'engendrent Pas une obligation de non-concurrence à la charge du revendeur. Utilité de la clause: meilleure distribution des produits car le revendeur se spécialise dans la vente des produits du fournisseur ou du franchiseur. Validité de cette clause en droit de la concurrence.

Distinction entre clause de non-concurrence et clause d'exclusivité d'achat (synonyme: clause d'approvisionnement exclusif). Le revendeur Peut revendre des produits concurrents s'il est lié par une clause d'exclusivité d'achat.

Toutefois, il est forcé de s'approvisionner avec les produits de la marque du fournisseur (=produits contractuels) chez le fournisseur lui-même ou par un tiers désigné par le même fournisseur. Il y a interdiction des livraisons croisées entre revendeurs.

2ème clauses: effet produit à la fin du contrat. L'ancien revendeur Ne fait pas concurrence à son ancien fournisseur pendant une certaine durée. Clause utile car sinon aucune obligation de non-concurrence ne pèserait sur l'ancien

revendeur. En absence de clause: difficulté pour le fournisseur de trouver un nouveau revendeur. Clause valable à condition que sa durée et son effet ne soit pas disproportionnés. Certaines prévoient l'interdiction de vendre non slmt les produits de l'ancien fournisseur Ms aussi Ts les produits concurrents. → elles ne doivent pas priver le revendeur de son activité professionnelle ou l'empêcher d'exploiter son Fdc.

#### ***Sous-section 4: La clause de N-concurrence accessoire à un contrat de travail***

648: Utilisée quand le contrat de travail met le salarié en contact avec la clientèle de l'employeur. (contrats des cadres commerciaux, de VRP et représentants salariés). Clause inutile pendant le contrat car salarié est tenu d'être loyal et de ne travailler que pour son employeur. A la fin du contrat, l'ancien salarié peut faire concurrence en créant son entreprise ou en travaillant pour un concurrent. Pour l'éviter l'on met en place la clause de non-concurrence. Selon la jurisprudence, pour que la clause soit licite, l'employeur est obligé de verser une contrepartie financière au salarié. En absence de contrepartie, le salarié peut demander l'inopposabilité de la clause.

### **Section 3: La sanction des clauses de N-concurrence**

#### ***Sous-section 1.: Le Tribunal compétent pour constater l'inexécution de l'engagement de N-concurrence***

650: Le Tribunal de commerce est tjrs compétent quand la clause est accessoire à la vente du Fdc. Les 2 parties ont la qualité de commerçant ou la vente constitue un acte de commerce isolé. Tribunal de commerce aussi compétent si clause est nécessaire à un contrat de distribution commerciale. Le conseil de prud'hommes est compétent pour constater le manquement à la clause accessoire à un contrat de travail.

Cas où l'ancien employeur peut agir contre le nouvel employeur si celui-ci est complice de la violation de non-concurrence. Cette action en responsabilité délictuelle est portée devant le Tribunal de commerce ou le TGI lorsque le nouvel

employeur n'est Pas commerçant. L'on a admis qu'il puisse y avoir compétence du TGI pour la double action contre le salarié et le nouvel employeur (unité du contentieux). Cependant la Chambre sociale de la concurrence de cassation est

hostile à cette solution car la connexité des actions n'est Pas semblable à l'indivisibilité → 2 demandes / 2 causes différentes. **Art 1147**: action contre le salarié VS **Art 1382**: action contre le nouvel employeur.

Solution: Le Tribunal de commerce (2ème) doit surseoir à statuer lorsqu'il est saisi de l'action en responsabilité délictuelle contre le complice jusqu'à la décision du Conseil des prud'hommes (1er) concernant le salarié.

651: Le juge des référés est compétent lorsque les conditions de 809 CPC sont remplies: « pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Il ordonne des mesures conservatoires. Ex: interdiction de continuer l'activité fautive, versement d'une provision sur les D et I.

#### ***Sous-section 2.: Les mesures décidées par la Tribunal***

652: Constat de la clause = condamnation du débiteur et de son complice de payer des Dommages et Intérêts. Le préjudice = perte subie et gain dont le créancier a été privé. Seule la perte de clientèle est un préjudice certain. Le Tribunal peut ordonner -sous astreinte s'il le faut- la cessation de la concurrence interdite (actuelle ou future). Il peut même ordonner la fermeture d'un Fdc et dans le cas d'engagements accessoires à une cession de Fdc, la résolution de la vente.

## Chapitre 2: L'interdiction de la concurrence déloyale (concurrence déloyale)

*Ethique des affaires.*

**L'Art 1 de la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat (27 Décembre 1973)** dispose que les activités « *s'exercent dans Le cadre d'une concurrence claire et Loyale* ».

En France aucune loi ne traite de la concurrence déloyale en général contrairement à d'autres pays.

Interdictions de certaines pratiques commerciales : (*interdiction de la revente à perte, pub trompeuse / limitation de la pub comparative et de la vente avec prime*).

Les arts **1382 et 1383** sont le fondement des délits civils que constituent les actes déloyaux. => Jurisprudence. Tentative de réprimer ces agissements avec l'adoption de l'art 2 de la loi n°63-628 du 2 juillet 1963, cependant non-application.

Droit de la concurrence déloyale= sens large → ensemble des règles prohibant l'utilisation de procédés déloyaux ou illicites dans la compétition entre entreprises. Sens étroit adopté par le droit français → règles d'origine jurisprudence qui sanctionnent les manquements à l'éthique commerciale dans les rapports de concurrence. La doctrine oppose concurrence déloyale (**sanctionnée par la jurisprudence**) et la concurrence illicite (interdite par la loi). But de la concurrence déloyale est la **protection des concurrents**.

But de la concurrence illicite :

- protection des concurrents
- Fournisseurs
- des clients et des consommateurs.

Certaines interdictions ayant leur source dans la jurisprudence ont été par la suite repris par la loi écrite.

Les actes de la concurrence déloyale ne sont PAS limités aux actes accomplis par les seuls commerçants et figurant à l'art 121-1 Ccom. Le droit de la concurrence déloyale s'applique indifféremment à toutes les entreprises ayant une activité éco. → *critère de l'entreprise et non pas du commerçant*.

### Section 1: Les actes de concurrence déloyale

Détermination de ces actes au cas par cas. Appréciation in abstracto par rapport au comportement d'un honnête commerçant. Frontière avec la concurrence normale qui doit être supportée par les concurrents. Règles de la concurrence déloyale sont issues des décisions du Tribunal de commerce elles-même contrôlées par les CA et la concurrence de cassation. concurrence respectueuse des usages Ms capable d'évoluer (adaptation à l'environnement éco et intellectuel). Les travaux de Roubier retiennent 4 catégories de concurrence déloyale auxquelles l'on ajoute le parasitisme commercial.

#### *Sous-section 1.: Les procédés de dénigrement*

##### *A) Caractères généraux du dénigrement*

657: Dénigrement= propos péjoratifs à l'encontre d'un concurrent. Selon la jurisprudence 4 conditions sont nécessaires pour que la responsabilité de l'auteur soit engagée:

-1) Le caractère péjoratif: dévaloriser l'image du concurrent auprès de sa clientèle. Propos qui portent atteinte à la réputation d'honorabilité ou d'honnêteté. Le critère de vérité du propos ne compte pas et une simple critique même implicite suffit. L'on ne sanctionne pas le mensonge Ms l'image transmise.

- 2) La pub: diffusion dans le public (actuelle ou future). Une correspondance privée n'est Pas un dénigrement.
- 3) L'identification: les propos doivent viser une personne déterminée et identifiable. // La personne n'a Pas besoin d'être désignée par son nom. Les propos peuvent aussi viser les produits ou la marque du concurrent. La jurisprudence sanctionne parfois les propos tenu contre un Groupe de professionnels.
- 4) Le concurrent: le dénigrement n'est un acte de concurrence déloyale Que s'il vise un concurrent.

## ***B) L'exemple de la publicité comparative***

658: Comparaison publique d'un concurrent entre Ses produits et ceux d'un concurrent nommément désigné; sur les prix, les qualités de produits semblables, la nature des services offerts. Procédé admis par la jurisprudence mais sous des conditions strictes.

### **a) La Jurisprudence traditionnelle**

659: Pub comparative lgts considérée cō un acte de concurrence déloyale, un acte de dénigrement par la jurisprudence. Admission uniquement d'essais comparatifs et de comparaisons de prix réalisés par des tiers et publiés dans la presse afin d'informer le consommateur. Les commerçants ne peuvent évidemment pas les utiliser ou s'y référer.

### **b) Le revirement de jurisprudence (avec l'arrêt de la Chambre commerciale du 22 juillet 1986)**

660: La société Carrefour a publié un tableau des prix pratiqués par elle et ses concurrents qui était exact au regard des informations y figurant. Le juge des référés et la CA condamnent pour concurrence déloyale mais Chambre commerce casse.

→ Admission de la Pub comparative mais uniquement si la pub porte sur les prix et non pas la qualité des produits / des produits et non pas des services / sur des produits identiques et non seulement similaires.

### **c) La consécration par les textes**

661: Consécration par l'article 10 de la loi du 18 janvier 1992 à la demande des associations de consommateurs. La comparaison doit pour être licite: être loyale, véridique, et de nature à ne pas induire en erreur le consommateur. Cette disposition de l'art 10 à été insérée dans le Code de la consommat° à **l'art L121-8 en 1993**. La **directive européenne du 6 octobre 1997** transposée en droit français avec l'ordonnance du **23 aout 2001** avait pour but d'harmoniser les conditions de la pub comparative. L'ordonnance modifie **l'art L128-1** et élargit le domaine de la pub comparative, précise ses conditions

Et supprime l'obligation pour l'annonceur d'informer le concurrent que ses produits sont visés par la comparaison. La règle est passée du droit de la concurrence déloyale au domaine de la concurrence illicite puis à celui du droit de la consommation. Changement de fonction de la règle.

## ***Sous-section 2.: Les actes engendrant la confusion***

662: La Confusion est l'inverse du dénigrement. L'on trompe la clientèle afin de s'approprier le succès de son concurrent. Elle porte sur le nom de l'entreprise, la marque ou les produits du concurrent. 3 conditions:

- 1) L'existence d'un signe original, nom commercial, enseigne, marque, appellation d'origine ou de provenance, présentation, désignant le concurrent ou ses produits. Ce signe peut être protégé par un droit de prop indus ou non.
- 2) Un acte d'imitation entraînant la confusion chez les clients et permettant un détournement de la clientèle.
- 3) L'intention de profité de la notoriété du concurrent.

663: Lorsque le signe peut être protégé par un droit de la prop indus (marque, dessin, modèle, appellation d'origine), il y a 2 situations possibles:

→ Le concurrent n'est protégé que par la seule action en concurrence déloyale s'il n'a pas acquis le droit de propriété indus (non-accomplissement des formalités nécessaires). Le concurrent possédant une enseigne ou un nom commercial non protégés invoquera l'action en concurrence déloyale et non pas celle en contrefaçon. Idem pour slogan ou idée publicitaire non-protégés.

→ Le concurrent bénéficie d'une double protection quand il a acquis un droit de propriété indus. Il peut agir en contrefaçon Et en concurrence déloyale. Il peut utiliser ces actions séparément ou bien cumulativement. L'action en

contrefaçon et l'action en concurrence déloyale ont des objets distincts et sont différents juridiquement. L'action en Contrefaçon protège le signe siège d'un droit exclusif et l'action en concurrence déloyale protège les autres éléments d'identification de l'entreprise ou du produit. Les 2 actions sont portées devant la juridiction compétente pour statuer sur l'action en contrefaçon.

VOIR exemples 1 et 2 pages 364 et 365: mise en valeur des deux actions.

- 1) Contrefaçon de marque + acte de concurrence déloyale (l'imitateur voulait se placer dans le sillage d'un produit concurrent et profiter des investissements publicitaires réalisés par la première société).
- 2) Contrefaçon de dessin ou modèle déposé + acte de concurrence déloyale. Sanctions cumulées.

### ***Sous-section 3: La désorganisation de l'entreprise d'un concurrent***

664: Atteintes volontaire ou résultant de la négligence contre la force commerciale d'un concurrent. Frontière entre atteinte normale et désorganisation déloyale difficile à tracer. 3 catégories de comportements sanctionnés par la jurisprudence.

665: Le débauchage de salariés. Le principe est la liberté d'embauche Sauf complicité de violation d'un engagement de non-concurrence. Embauche conduit ç une désorganisation de l'entreprise dès lors qu'elle est privée de l'élément essentiel d'exploitation. Actes de concurrence déloyale: fait d'embaucher simultanément plusieurs employés pour paralyser un atelier ou un service, fait d'adresser une offre d'embauche à l'ensemble du personnel du concurrent, fait de débaucher un membre du service commercial détenant le fichier des clients du concurrent.

666: La désorganisation de la production du concurrent. Manoeuvres qui tendent à s'appropriier -par ruse- le secret de fabrication et le savoir-faire d'un concurrent. // Les connaissances techniques font partie du domaine public si elles ne sont Pas protégées par un brevets d'invention: il est licite d'utiliser des méthodes établies par un autre. Il y a concurrence déloyale dès que l'on utilise des procédés frauduleux cò l'espionnage industriel. (Vision de la doctrine: considérer le simple fait de percevoir les fruits du travail d'autrui cò un acte de concurrence déloyale. Vs Blaise: l'investissement financier ou intellectuel ne suffit pas pour qu'il y ait appropriation privative du savoir-faire).

667: La désorganisation des moyens de distribution d'un concurrent. 3 questions.

-1) Pratique de prix anormalement bas est-elle un acte de concurrence déloyale? En pp: NON mais le droit de la concurrence condamne les prix prédateurs (prix < au prix de revient visant l'élimination de concurrents et résultant d'une entente prohibée par L420-1). Condamnation de ces prix lorsqu'ils constituent un abus de position dominante ou une pratique de prix abusivement bas (L420-2 et L420-5). ATTENTION: l'action en concurrence déloyale ne se substitue Pas aux poursuites pour pratique anticoncurrentielle. Nécessité d'un comportement fautif (ex: contrefaçon de marque...).

-2) Un revendeur étranger au réseau de distribution peut-il s'approvisionner par une voie parallèle Et commercialiser les produits du fabricant Sans son autorisation? En pp: NON (pas d'acte de concurrence déloyale) sauf en cas de fraude.

-3) Couponnage électronique: procédé de pub. 1 client achète un produit de l'entreprise A. Le code barre identifie le produit et émet automatiquement un bon de réduction valable sur tout achat ultérieur d'un produit B concurrent. Le fabricant du produit A agit en concurrence déloyale contre celui du produit B. Il y a détournement de clientèle. → décision étrange de la Cour de Cassation, celle-ci a voulu sanctionner le démarchage brutal.

Captation fautive de clientèle: toute faute commise dans l'information publicitaire des consommateurs.

### ***Sous-section 4: La désorganisation du marché***

668: Actes de concurrence déloyale visant l'ensemble des concurrents opérant sur un même marché et non pas 1 seul. Il y a rupture d'égalité dans le cas de la pub trompeuse, de la revente à perte, de la pratique des prix abusivement bas. Ces actes relèvent pour la plupart de la concurrence illicite et sont souvent pénalement sanctionnés. Un concurrent peut agir en concurrence déloyale contre l'auteur d'une fraude fiscale ou encore contre celui qui emploie des travailleurs non-

déclarés. Critère: acte qui entraîne une rupture d'égalité entre entreprises concurrentes.

### ***Sous-section 5: Le parasitisme commercial***

669: Fait pour une entreprise de tirer profit de façon injuste de la réussite d'une autre. Utilisation du succès, de la notoriété ou des investissements intellectuels d'une autre entreprise. Définition concurrence de cassation: « un ensemble de comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire ». La victime peut désormais agir en responsabilité. Il faut distinguer le parasitisme de l'action en concurrence déloyale notamment celle fondée sur la confusion.

#### ***A) La concurrence parasitaire***

670: Forme particulière de concurrence déloyale. On parle de concurrence parasitaire pour désigner le fait de tirer profit par des voies déloyales de la renommée d'un concurrent. Ex: imitation d'une campagne publicitaire originale. La jurisprudence condamne ce comportement parasitaire c'est-à-dire acte de concurrence déloyale quand « il concerne des entreprises en situation de concurrence ».

Afin d'entamer une action en responsabilité parasitaire il faut prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité. La concurrence de cassation exige l'existence d'un plagiat (substance et forme) de l'oeuvre qui est reproduite.

#### ***B) Les agissements parasitaires***

671: Une entreprise non-concurrente peut également profiter indûment de la notoriété d'une autre entreprise: il s'agit d'agissements parasitaires (reproduction ou imitation d'une marque notoire, une appellation célèbre ou d'un nom commercial).

-**Affaire Pontiac**: marque renommée dans le domaine des automobiles de luxe. Ce même nom a été utilisé par un fabricant de réfrigérateur. = Pas de contrefaçon de marque car la marque Pontiac n'était protégée que dans 1 domaine (pp de spécialité des marques). Action en contrefaçon impossible. Ms condamnation pour parasitisme.

- **Affaire Champagne**: le parfumeur Yves St-Laurent s'est vu interdit d'utiliser la marque Champagne pour désigner son parfum. = Pas de contrefaçon d'appellation. Agissements parasitaires pouvant détourner la notoriété de l'appellation.

672: Notoriété protégée par une action en responsabilité, s'il n'y a pas de protection du droit de la prop indus.

673: Sanction des agissements parasitaires par l'action en responsabilité et non Pas par l'action en concurrence déloyale.

## **Section 2: L'action en concurrence déloyale**

### ***Sous-section 1.: La nature de l'action en concurrence déloyale:***

⇒ l'on vise le respect de l'éthique des affaires et non pas premièrement le préjudice subi.

674: Selon Roubier, l'action en concurrence déloyale est spécifique, elle vient sanctionner l'utilisation de procédés commerciaux contraires aux usages. Elle trace une limite entre procédés anormaux et normaux. Selon Ripert, l'action sanctionne l'atteinte portée au droit de propriété sur un Fdc, le Fdc représentant la clientèle (droit subjectif). Ripert a posé le pp selon lequel elle sanctionnerait l'empiètement sur la clientèle Ms a du le nuancer et montrer qu'elle condamne smlt les atteintes (déloyales) à la clientèle. Selon la jurisprudence, l'action en concurrence déloyale est une action en responsabilité pour faute. Dès que l'acte est prouvé, les juges présument le préjudice et le lien de causalité. Sa fonction est alors de réparer le dommage. /// Doctrine: volonté de mettre fin aux pratiques fautives même en l'absence d'un préjudice.

### ***Sous-section 2 : Les conditions de l'action en concurrence déloyale.***

Caractère spécifique de l'action en concurrence déloyale au sein de la responsabilité civile. Jurisprudence plus « laxiste ».

675: Jurisprudence veut: lien de causalité, dommage et faute.

676: La faute. concurrence'est l'acte déloyal intentionnel ou non. Analyse par rapport au comportement d'un honnête commerçant compte tenu des usages. Il faut prouver la faute et non la présumer.

677: Le préjudice. concurrence'est la perte d'un avantage économique, d'une partie de la clientèle (potentielle ou acquise). Son évaluation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond: calcul des D et I. Prise en compte de la baisse du chiffre d'affaires de la victime, des profits réalisés par l'auteur de l'infraction. Il peut y avoir condamnation de paiement de D et I et injonction de cessation du trouble. → fonction disciplinaire. La jurisprudence admet une présomption de préjudice quand le trouble commercial vise 1 concurrent en particulier.

678: Le lien de causalité. La jurisprudence regarde le simple lien entre l'acte de Cd et le préjudice subi.

### ***Sous-section 3: Domaine d'application en concurrence déloyale***

679: Avant: action en concurrence déloyale réservée aux opérations entre entreprises dans un rapport de concurrence (stricto sensu). L'action sanctionnant un agissement parasitaire ne serait alors Pas une action en concurrence déloyale mais en responsabilité civile de droit commun. Vision trop restrictive selon des auteurs: nécessité d'élargir son champs d'application aux actions en responsabilité civile non-inscrites dans un rapport de concurrence. → acceptation par la jurisprudence.

### ***Sous-section 4: L'exercice de l'action en concurrence déloyale***

680: Qui peut agir en concurrence déloyale? Seulement les victimes concurrentes personnes physiques ou morales, commerçantes ou non. Il suffit qu'elles exercent une activité économique. Un syndicat professionnel agit pour une collectivité de concurrents. Les salariés, consommateurs ou unions de ceux-ci Ne peuvent pas agir.

Quelle est la juridiction compétente? concurrence'est le Tribunal de commerce, car le litige oppose svt des commerçants.

Ça peut être le TGI lorsque la partie fautive est une entreprise non-commerciale (société civile, artisan, profession libérale). TGI compétent -exceptionnellement- quand acte en concurrence déloyale va de pair avec un acte de contrefaçon. Le juge des référés sera lui compétent sur la base de 873 CPC pour connaître un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite.

Quel est l'objet de la condamnation? Double fonction de l'action en concurrence déloyale: fonctions réparatrice et disciplinaire. Paiement D et I + injonction de cessation du trouble avec astreinte s'il le faut.

## **CHAPITRE 3 : Les droits de propriété industrielle**

(le code en Q° tt au long de ce chapitre, si ce n'est précisé, est le Code de propriété intellectuelle)

681. Ce sont les brevets d'invention, dessins, modèles, marques de fabrique et de service, nom commercial. Ils ne portent que sur des objets immatériels : création de l'esprit. Ils appartiennent à la catégorie des propriété incorporelles.

Ce n'est qu'au XIX<sup>e</sup> s que les inventions ont commencé à être protégées et surtout avec la loi de 1844.

La loi de 1858 a organisé pour la 1<sup>ère</sup> fois le dépôt des marques de fabrique.

Ces pttés incorporelles ont pris beaucoup de valeur et des inventions ont même des prix beaucoup plus supérieurs que n'importe quel bien matériel.

682. Ces droits sont opposables à tous et confèrent un monopole d'exploitation protégé par l'action en contrefaçon. Cette action sanctionne les empiètements sur le monopole même si c'est de bonne foi MS le droit de propriété industrielle ne porte pas sur des choses matérielles, donc c'est différent du droit réel. DC la doctrine classique place le droit de propriété industrielle entre le droit réel et le droit de créance.

MS aujourd'hui certaines doctrines n'hésite plus à voir le droit de propriété industrielle comme un droit réel qui porte sur des biens immatériels. DC l'inventeur serait pptaire de son invention et de son idée car toutes les choses corporelles sont susceptibles d'appropriation privée.

Les droits de propriété industrielle nécessitent, pour la protection, des formalités administratives : demande de brevet, dépôt de dessin ou enregistrement de la marque. Ce droit est limité dans le temps contrairement au droit de propriété qui est perpétuel.

Le droit de propriété industrielle est un droit exclusif d'exploitation qui déroge au pp de la liberté d'entreprendre et dont l'acquisition requiert une intervention particulière de la puissance publique. 683. Les droits sur les créations sont soumis à la condition de nouveauté et les droits sur les signes obéissent à la condition de distinctivité.

### **S1 : les droits sur les créations**

684. Ce sont les brevets d'invention et les dessins et modèles industriels.

#### **§1. Les brevets d'invention**

##### **A. Généralités**

685. En France, la loi du **5 juillet 1844** a organisé les brevets. Elle fut remplacé par une loi plus perfectionnée du **2 juillet 1968**, qui fut modifiée aussi plrs fois. Puis les textes ont été introduits dans le Code de la propriété industrielle. Seuls 7 TGI sont réservés pour les actions en justice en matière de brevets d'invention d'après le Code de l'organisation judiciaire.

##### a) raison d'être de la protection des inventions

686. La protection des inventions procède du naturel : la création intellectuelle mérite le respect et c'est légitime de protéger le droit moral de l'inventeur.

Ms cette protection relève aussi de l'intérêt général car sa finalité est le dvpt de l'industrie nationale. Le brevet récompense l'effort de recherche quand il suscite des investissements industriels dans le pays de délivrance. DC la loi oblige le breveté à exploiter son invention sur le territoire national car son exploitation est la contrepartie du droit exclusif reconnu par la loi.

Le brevet sert aussi à la diffusion des connaissances techniques car la demande de brevet comporte une description de l'invention ; et comme la demande et le brevet sont publiés tt le monde a accès à l'invention et ça ouvre à d'autres innovations.

##### b) Le mécanisme de protection des inventions

2 systèmes possibles :

- Le brevet est délivré à tt déposant d'une demande. C'était le système de la loi de 1844 où le brevet est « sans garantie du Gvt » (brevet SGD). Les formalités de délivrance sont simples et l'obtention du brevet pas cher. MS le brevet ne donnait aucune garantie quant à la qualité de l'invention et beaucoup de brevet ne remplissaient pas la condition de nouveauté et ils étaient exposés à une action en nullité intenté par un concurrent. Ou alors :
- Le brevet n'est délivré qu'après un examen préalable de sa validité. Le système est coûteux et le prix du brevet est élevé. MS le brevet est source de sécurité juridique pour le titulaire et pour les tiers. C'est le système du droit américain et allemand.

##### c) Brevet et savoir-faire

688. savoir-fr : procédé de fabrication impliquant la possession de connaissances techniques, c'est la technologie DC c'est proche du brevet car ils recouvrent tt 2 des connaissances techniques ayant une application industrielle. MS il y a 3 différences entre brevet et savoir-fr :

- 1) quant au aux effets : le brevet donne un droit exclusif d'exploitation protégé par la loi alrs que le savoir-fr ne confère aucun droit exclusif MS seulmt un pvr de fait. Et souvent le savoir-fr n'est pas brevetable car il ne présente pas de nouveauté suffisante. Et le savoir-fr parfois veut être gardé secret donc l'inventeur ne veut pas breveté pour que ça ne soit pas rendu public. DC le savoir-fr est théoriquement brevetable MS non brevetable.
- 2) Quant au mode protection : le brevet fait naître un droit de propriété industrielle protégé par l'action en contrefaçon alrs que le savoir-fr n'est pas protégé par un droit de propriété

industrielle. Le savoir-fr non breveté est dans le domaine public et est disponible à ceux qui l'utilisent sans faute. Il n'est protégé que par une action en concurrence déloyale. Et ça aboutit que si le concurrent s'est approprié le savoir-fr de manière fautive. Ex : par espionnage industriel

- 3) Quant à l'exploitation : la jouissance du brevet ou du savoir-fr peut être transmis à un licencié par contrat de licence d'exploitation. La licence de brevet s'analyse avec une simple autorisation d'exploiter l'invention. La licence de savoir-fr est plus compliquée car elle doit être accompagnée d'une communication des connaissances et même d'une formation du personnel du licencié.

Svt ces 2 types de licences se complètent. DC les contrats mixtes de licence de brevet et de transmission de savoir-fr sont fréquents. Ex : Les contrats industriels et les contrats de construction d'ensemble industriels associent les 2 types de licence. Cependant la licence pure de brevet n'emporte pas par elle-même obligation de communication du savoir-fr accessoire. L'obligation de transmettre le savoir-fr accessoire nécessite l'accord du titulaire du brevet.

## B. L'invention brevetable

692. Le brevet n'est valable que si les conditions de brevetabilité sont remplies.

### a) Conditions de brevetabilité

Il y en a 4 énuméré par l'art L611-10 Code de la propriété intellectuelle :

- Le caractère industriel : l'invention doit permettre la fabrication répétée d'objets matériels.

! les pp mathématiques, les lois physiques ne peuvent pas être protégés par des brevets

- L'appartenance au domaine de brevetabilité : la loi exclut certaines inventions car elles sont protégeable à un autre titre. Ex : les obtentions végétales et les logiciels

Dans d'autres cas, l'exclusion de la brevetabilité a un fondement éthique. Ex : le corps humain et la connaissance de la structure génétique humain ne peuvent fr l'objet de brevet.

- La nouveauté : selon l'art L611-10 : l'invention est nouvelle « si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ». MS qu'est ce que « l'état de la technique »? il comporte 2 secteurs :

→ en fait partie tt ce qui a été rendu accessible au public avant le dépôt de la demande de brevet.

Dans la conception française la nvté requise est absolue : la divulgation détruit la nouveauté même par l'inventeur lui-même. DC l'inventeur doit conserver son invention secrète jusqu'au jour de la demande de brevet.

→ en fait partie, l'invention non divulguée ms qui fait l'objet d'une demande de brevet frs. L'invention n'est plus considérée comme nouvelle puisqu'elle est déjà revendiquée par un autre.

- L'activité inventive : l'invention ne doit pas découler « d'une manière évidente de l'état de la technique ». DC l'invention doit procéder d'un effort inventif.

### b) Les sanctions de brevetabilité

La première sanctionne est préventive, c'est le rejet de la demande de brevet par le directeur de l'INPI. L'autre sanction est la nullité du brevet qui aurait été délivré alrs que toutes les conditions de brevetabilité n'étaient pas remplies. C'est le TGI qui apprécie la validité du brevet. La nullité vaut à l'égard de tous, erga omnes.

Dans la majorité des cas, l'action en nullité est invoquée en défense pour paralyser une action en contrefaçon.

## C. Régime national de brevet

### a) Attribution du brevet : 2 systèmes possibles :

695. → le brevet est attribué au premier déposant même s'il n'est pas l'inventeur. Avantage : provoquer le dépôt des inventions et les demandes de brevets.

→ le brevet est attribué à l'inventeur. DC si une autre personne dépose le brevet, le véritable inventeur pourra revendiquer le brevet en prouvant sa qualité d'inventeur.

Dps la réforme de 1978, la loi française s'est ralliée au 2<sup>nd</sup> système. MS les 2 systèmes sont pratiqués et la loi française présume que le déposant est l'inventeur.

696. Si l'invention est découverte en mm tps par 2 inventeurs différents : le brevet est accordé au 1<sup>er</sup> déposant et l'autre inventeur s'il est de bonne foi peut se voir reconnaître le droit d'exploiter l'invention pour son propre compte.

#### b) La procédure de délivrance

Décrite dans l'art L 612-1. Voici des points essentiels :

- La demande de brevet comporte la description de l'invention, les revendications qui définissent l'objet de la protection réclamée, la date de dépôt. Les effets rétroagissent au jour du dépôt, l'inventeur peut exploiter son invention au grd jour.
- Il y a un examen préalable fait par des spécialistes MS c'est ccl ne lient pas le directeur de l'INPI.
- Le directeur de l'INPI peut rejeter la demande quand :
  - elle est irrégulière en la forme ou contraire à l'ordre public
  - elle n'a pas une description suffisante ou n'a pas de revendication
  - l'invention n'a pas de caractère industriel ou ne fait pas partie du domaine de brevetabilité
  - l'absence de nouveauté qui résulte de l'examen préalable
- Qd le brevet est délivré, il est publié au Bulletin de la propriété industriel avec la demande de brevet et le rapport de recherche.

#### c) Les droits de breveté

698. Les brevets donnent au titulaire un droit exclusif d'exploitation. La protection dure 20 ans à compter le jour de la demande de dépôt. Après les 20 ans, l'invention tombe dans le domaine public. Le breveté peut exploiter son invention, la céder, en concéder la jouissance par un contrat de licence exclusive ou non. Il dispose aussi de l'action en contrefaçon (énumérée dans les art 613-3 à 616-6).

Sont interdits :

- La fabrication du produit breveté
- L'utilisation du procédé breveté ou des produits obtenus en contrefaçon
- La mise dans le commerce des produits obtenus en contrefaçon

L'exploitation de l'invention dans un cadre privé à des fins non commerciales et les actes expérimentaux ne sont pas des actes de contrefaçon.

#### d) Obligations du breveté

699. Il doit payer des taxes annuelles (appelées : annuités) sinn la sanction est la déchéance du brevet. Il doit exploiter son invention sur le territoire national. Sinn le Tribunal peut donner une licence (appelée : licence obligatoire) aux personnes qui le demande pour exploiter l'invention et il fixera la redevance due par le licencié au breveté.

### D. Régime international des brevets d'invention

#### a) Pp de territorialité

700. Les effets du brevet sont limités au territoire de l'Etat qui la délivré. La protection légale s'arrête aux frontières de cet Etat. Ms l'inventeur peut demander la protection de son invention dst s les pays où il veut l'exploiter. C'est le pp des « localisations multiples ».Une mm invention peut donner lieu à la délivrance de plsr brevets nationaux.

#### b) Conventions internationales

701. La plus ancienne est la Convention de Paris du 20 mars 1883 qui institue une Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, dont le siège est à Genève. Cet Union regrp presque ts les Etats du globe. La Convention a 3 grds pp :

- l'assimilation de l'étranger au national : tt ressortissant d'un pays membre de l'Union est traité dans les autres pays comme un national de ce pays.

- la priorité unioniste : celui qui a demandé un brevet dans un pays de l'Union a un délai d'un an pour déposer ses demandes dans les autres pays et son invention est protégée contre toute divulgation pendant cette année.

- l'indépendance des brevets : les causes de nullité, de déchéance qui touchent un brevet dans un pays de l'Union n'ont pas d'effet sur les brevets obtenus dans les autres pays pour la même invention.

La Convention sur l'OMC (15 avril 1994 à Marrakech) a un accord particulier dit accord ADPIC, qui oblige les Etats signataires à assurer une protection des droits de propriété industrielle et institue des sanctions. Donc il assure une plus grande efficacité de la Convention de Paris.

La Convention de Washington (19 juin 1970) entrée en vigueur en France en 1978, réunit 117 Etats. La demande de brevet est déposée devant un office national en indiquant les pays dans lesquels la protection est demandée. Ça débouche sur la délivrance de brevets nationaux après un examen préalable de l'office national.

702. Il existe d'autres conventions ayant une portée régionale, notamment européenne.

La Convention de Munich (5 Oct 1973) regroupe des pays de l'Europe de l'Ouest. Elle a mis en place une procédure unique de délivrance de brevet. Une seule demande est déposée à l'Office européen des brevets (OEB) et il y a qu'un seul examen préalable. Elle a unifié les conditions de brevetabilité des pays signataires. Donc qu'on demande un brevet en France à l'INPI ou un brevet européen à l'OEB, les conditions sont les mêmes. L'Office va donner un brevet européen qui, dans chacun des pays des Etats signataires, produit les mêmes effets que les brevets nationaux.

La Convention de Luxembourg (15 déc 1975) institue un brevet unique pour la Communauté européenne appelé : le brevet communautaire, délivré par l'OEB mais qui a les mêmes effets dans toute la Communauté. Mais cette convention n'est pas encore entrée en vigueur car des pays de l'Union européenne ne l'ont pas encore ratifiée.

## §2. Les dessins et modèles

703. Ce sont des créations protégées quand elles sont nouvelles. La loi accorde un droit exclusif d'exploitation à leur auteur pour stimuler la création et permettre l'amortissement des investissements. Cette protection résulte de la loi du 14 juillet 1909 qui est dans le livre V du Code de la propriété intellectuelle depuis 1992. En 1998, une directive européenne a été adoptée pour le rapprochement des législations nationales en matières de dessins et modèles. Et ça a été transposé dans le droit français par une ordonnance du 25 juillet 2001.

Le droit français admet que les dessins et modèles soient protégés aussi par le droit de propriété littéraire et artistique malgré l'existence de ce régime spécifique de protection. Donc on parle de « cumul de protection »

### A. La protection spécifique

#### a) Conditions de fond de la protection

704. Il y a 3 conditions de fond pour acquérir un droit de protection industrielle sur le dessin et le modèle :

- relatif à l'objet protégé : l'article L511-1 dispose que peut être protégée l'apparence d'un produit caractérisé par ses lignes, contours, couleurs, formes, textures... Ces caractéristiques peuvent être celles du produit ou de son ornement. Il faut que le dessin ou modèle permettent une réalisation matérielle en série. Donc une idée abstraite ne peut pas être protégée.

- relatif à la nouveauté : l'article L511-3 dispose qu'un dessin/modèle est dit nouveau si à la date du dépôt de la demande d'enregistrement aucun dessin/modèle identique n'a été divulgué par un tiers ou le créateur lui-même. Dans le cas du créateur on ne prend pas en compte la divulgation faite au cours de l'année précédant la demande d'enregistrement.

La nouveauté consiste en ce que le dessin/modèle se distingue des œuvres existantes quand elles ont été publiées. Donc par exemple, si un dessin reproduit un monument connu, il ne peut être protégé par un droit de propriété intellectuelle industrielle SAUF si le réalisateur ajoute une touche personnelle qui la distingue assez de l'œuvre originale.

-relatif au caractère propre (introduit par une directive) : l'art L511-4 dispose qu'un dessin/modèle a un caractère propre quand l'impression visuelle d'ensemble diffère de celle produite par le dessin/modèle divulgué avant la demande d'enregistrement.

## b) Acquisition du droit de propriété industrielle

### 1. Fonction de l'enregistrement

705. Sous la loi du **14 juillet 1909**, la propriété du dessin/modèle appartenait à celui qui l'avait créé ou à ses ayants droit. La création donnait naissance au droit.

Ms la création est difficile à prouver DC la loi du **14 juillet 1909** a organisé la formalité de dépôt qui permet de prouver la création.

Et la directive européenne et l'ordonnance du **25 juillet 2001** ont beaucoup changé le régime de l'acquisition du droit : le droit de propriété intellectuelle sur le dessin/modèle s'acquiert par l'enregistrement MS seul le créateur ou son ayant cause peut demander l'enregistrement.

### 2. Les formes de l'enregistrement du dépôt

706. La demande est déposée au greffe du Tribunal de commerce du domicile ou du siège social du déposant ou directement à Paris à l'INPI. Cette demande doit comporter l'identification du déposant et une reproduction du dessin/modèle.

707. La demande peut être rejetée : quand elle n'est pas présentée dans les conditions et formes prescrites ; quand elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; quand le dessin/modèle ne remplit pas les conditions de fond de la protection ; quand il porte atteinte au droit d'un tiers.

## c) Le régime de la protection

### 1. Protection des dessins/modèles nationaux

708. L'enregistrement assure la protection pour une durée de 5 ans qui peut être prorogée par période de 5 ans jusqu'à un maximum de 25 ans (avant c'était 50 ans ms le droit nouveau est devenu moins protecteur). Pendant le délai de protection, le titulaire est protégé par une action en contrefaçon contre la fabrication, la vente, l'importation d'un produit incorporant le dessin/modèle sans le consentement du titulaire selon l'art L 513-4.

### 2. Protection des dessins/modèles communautaires

709. Le règlement du Conseil du **12 décembre 2001** a créé le dessin/modèle communautaire. Il se distingue du dessin/modèle national par son caractère unitaire : il produit les mêmes effets dans la Communauté. Le dessin/modèle est enregistré auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur qui assure l'enregistrement des marques et dont le siège est à Alicante.

Par contre l'action en contrefaçon est de la compétence des juridictions des Etats membres.

DC les créateurs ont le choix entre le régime national ou le régime de règlement communautaire.

## B. La protection par le droit d'auteur

710. Le créateur peut revendiquer la protection résultant du droit de la propriété littéraire et artistique. Le droit frs admet le cumul de protection au nom de l'unité de l'art. Cette protection est indépendante de l'enregistrement par l'art L512-1. L'œuvre est protégée dès sa création sans autre condition que l'originalité de sa forme qui révèle la personnalité de l'auteur. La durée de protection est plus longue que celle de la protection spécifique car elle est de 70 ans après le décès de l'auteur.

Les droits de l'auteur sont protégés par une action en contrefaçon et les sanctions sont pénales et civiles.

## **S2 : Les droits sur les signes**

712. Les signes protégés par un droit de propriété industrielle sont les marques de fabrique et les appellations d'origine. Le nom commercial n'est pas un droit de propriété industrielle à proprement parler ms il emprunte des traits aux marques de fabrique.

### **§1. Les marques de fabrique, de commerce ou de service**

713. Les marques sont des signes visuels qui permettent de distinguer les produits/services concurrents. Les marques ont été protégées pour la 1<sup>ère</sup> fois par la loi du 23 juin 1857. Elle a ensuite été remplacée par la loi du 31 déc 1964. Le 21 déc 1988 une directive a été adoptée pour le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux marques. La loi du 4 janv 1991 a tt repris en transposant la directive en droit frs avant d'être incorporée dans l'art L711-1.

#### A. L'acquisition du droit sur la marque

714. L'acquisition dépend de 3 conditions : un signe susceptible de protection, un signe disponible, un enregistrement à titre de marque.

##### a) Les signes susceptibles de protection

###### 1. Nature du signe

La loi est libérale quant à la nature du signe. Peut être l'objet d'une marque tt signe susceptible de représentation graphique, servant à désigner les produits/services d'une personne morale ou physique.

Il y a 3 catégories de signes :

- la marque nominale : c'est un mot ou un grp de mots, un patronyme ou une appellation fantaisie, un terme d'une langue étrangère ou un grp de chiffres ...
- la marque figurative : c'est un dessin, une forme d'emballage, une combinaison de couleur...
- la marque sonore : c'est une phrase musicale ou un son particulier à condition de pouvoir représenté de façon graphique.

###### 2. Caractère distinctif

717. Le signe soit être distinctif donc pas nécessaire, ni générique donc pas utilisé dans le langage courant pour désigner le produit. Ex : « réfrigérateur » ne peut pas constituer une marque.

Une marque distinctive peut à l'usage devenir générique à cause de son succès. Ex : frigidaire. La marque reste valable car elle ne peut pas être victime de son succès.

N'est pas distinctive une marque descriptive qui se borne à reprendre les qualités usuelles du produit. Ex : « incassable » pour un produit résistant.

La marque ne doit pas être déceptive càd de nature à tromper le public.

##### b) La disponibilité du signe

Il ne faut pas qu'un tiers se soit déjà approprié le signe. Les conflits entre utilisateurs de même signe sont fréquents. Les lois de 1857 et de 1964 ne donnaient pas de solution. Dps 1981, la loi pose des règles claires qui sont maintenant dans l'art 711-4. Selon cet article : ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs. Il y a 3 catégories :

- Les marques antérieures enregistrées ou connues.
- Les signes désignant une entreprise : nom commercial, enseigne, dénomination sociale... à condition qu'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public entre ces signes et la marque enregistrée.
- Les autres signes susceptibles d'être protégés par un droit de propriété intellectuelle : appellation d'origine, dessin ou modèle protégé... Il suffit que ces droits soient acquis antérieurement.

##### c) L'enregistrement de la marque

719. Sous la loi de 1857, la marque s'acquerrait par l'usage. Le 1<sup>er</sup> qui exploitait la marque en était le titulaire légitime. Le dépôt faisait simplement présumer l'antériorité de l'usage. Aujourd'hui, la marque ne s'acquiert que par la formalité de l'enregistrement. Donc l'enregistrement donne naissance au droit de propriété industrielle. L'art L712-1 dispose même : « la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement ».

721. Les marques dites notoires ont une protection spécifique. Une marque notoire est une marque qui jouit d'une renommée dans l'ensemble du public et la renommée s'étend au-delà du territoire national. Le possesseur de la marque notoire, même s'il ne l'a pas fait enregistrer en France, peut demander l'annulation d'une marque enregistrée prêtant à confusion.

Selon l'art L711-4 : ne peut être adoptée comme marque, un signe portant atteinte à une marque notoirement connue au sens de l'art 6 bis de la Convention de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle.

Cependant, si le possesseur de la marque notoire veut agir en contrefaçon, il doit d'abord le faire enregistrer, sinon il ne peut agir qu'en concurrence déloyale.

## B. Protection de la marque

### a) La protection nationale de la marque

722. L'enregistrement donne un droit de propriété intellectuelle. Selon la Cassat<sup>o</sup> : le droit de marque est un droit absolu qui s'étend sur le territoire français et qui confère une action contre tous ceux qui portent atteinte. On dit que le titulaire est propriétaire de la marque et l'art L713-1 parle de « droit de propriété sur la marque » MS en réalité c'est un droit de propriété industrielle qui donne un droit exclusif d'exploitation au profit de son titulaire.

L'enregistrement protège la marque pendant 10 ans. Ça peut être ensuite renouvelé pour de nouvelles périodes de

10ans sans limitation MS à condition que le titulaire exploite la marque.

Si le titulaire n'exploite pas pendant 5ans, tout intéressé peut demander la déchéance au TGI. Ça permet de faire obstacle aux marques dites « de barrages » qui seraient enregistrées juste pour empêcher les concurrents de les acquérir.

723. L'action en contrefaçon sanctionne les atteintes au droit du titulaire. Les art L713-2 et L713-3 énumèrent les actes de contrefaçon.

724. La sanction est pénale (3ans d'emprisonnement) et civile (300000 euros d'amende). C'est un délit civil. La victime peut porter son action civile devant le TGI ou devant une instance arbitrale, ou devant une juridiction pénale accessoirement à l'action publique.

### b) La protection internationale de la marque

La protection de la marque est territoriale et s'étend au territoire national mais s'arrête à la frontière. Donc pour agir à l'étranger il faut déposer la marque et obtenir le droit correspondant dans chacun des pays où on désire obtenir la protection. C'est le principe de la localisation multiple.

726. Les conventions internationales essaient de corriger les problèmes résultant du principe de territorialité.

La Convention de Paris de 1883 a une règle de priorité unioniste : celui qui a déposé sa marque dans un pays de l'Union a un délai de 6 mois pour déposer dans les autres pays en étant protégé pendant le délai.

L'arrangement de Madrid du 4 Avril 1891 institue un dépôt international des marques. La marque est déposée au siège de l'OMPI à Genève puis communiquée le dépôt aux offices des autres pays signataires de l'arrangement.

727. Le droit communautaire veut unifier le régime des marques de l'Union européenne. Le règlement du Conseil du 20 déc 1993 a créé la marque communautaire qui est acquise par un enregistrement auprès de l'Office de l'Alicante, en Espagne. La marque communautaire est unique pour l'ensemble de la Communauté européenne et a les mêmes effets.

L'existence de la marque européenne ne met pas fin aux droits nationaux de protection des marques. Les déposants ont le choix donc entre la demande d'une marque nationale ou communautaire.

## §2. Le nom commercial

728. Il désigne une entreprise. L'enseigne est une variété du nom commercial et désigne la localisation d'un établissement de l'entreprise en le révélant au public.

Contrairement à la marque, le nom commercial n'est pas protégé par un droit de propriété intellectuelle et ne confère pas l'action en contrefaçon. Il n'y a même pas de loi sur le dépôt ou l'enregistrement du nom commercial. L'immatriculation au RCS de l'entreprise ne donne pas des droits de propriété industrielle.

Le nom commercial constitue un bien patrimonial : peut être cédé avec le fonds de commerce. Sans formalité de dépôt, le nom commercial s'acquiert par le 1<sup>er</sup> usage. Le 1<sup>er</sup> qui s'en sert pour faire connaître son entreprise est le titulaire. Le nom commercial est protégé par une action en concurrence déloyale. Le commerçant doit prouver la faute de l'utilisateur concurrent, le préjudice qui lui est causé et le lien de causalité entre la faute et le préjudice qui a causé une confusion dans l'esprit du public.

729. Le titulaire du nom commercial peut entrer en conflit avec un autre commerçant utilisant le même nom. Il faut chercher s'il y a confusion et ça dépend de l'ère géographique dans laquelle le nom a été exploité et connu du public. Le nom peut être exploité localement ou dans une ère limitée et ne pas entrer en conflit avec le même nom utilisé dans une ère géographique différente. DC pas de confusion possible. En revanche, si les 2 noms sont en concurrence dans la même ère géographique, le conflit est certain et se résout par la priorité d'usage.

730. Le titulaire du nom peut entrer en conflit avec un titulaire d'une marque enregistré ou notoire. Le titulaire du nom commercial l'emporte MS à une triple condition : le nom commercial doit être connu sur l'ensemble du territoire nationale ; il faut un risque de confusion ; le nom doit être acquis par l'usage ayant le dépôt de la demande d'enregistrement de la marque.

Si pas de confusion : nom et marque peuvent coexister. S'il y a des risques de confusion et si les 2 autres conditions ne sont pas remplies : c'est la marque qui l'emporte.

On applique les mêmes règles au conflit entre titulaire d'un nom commercial et le réservataire d'un nom de domaine.

Pour la jurisprudence française, un nom de domaine peut avoir une valeur commerciale pour l'entreprise. Le nom de domaine peut donc être protégé contre toutes atteintes. En revanche, « l'utilisation d'un nom commercial dans un nom de domaine qui porte atteinte à la fonction d'identification ou de publicité du nom commercial antérieurement utilisé par un concurrent exerçant dans un même secteur d'activité constitue un acte de concurrence déloyale. »

731. Le titulaire du nom commercial peut être en conflit avec le porteur d'un nom patronymique identique. En pp, le porteur du nom patronymique doit l'emporter et il pourra interdire l'utilisation de son nom à des fins commerciales s'il y a risque de confusion et si le nom patronymique n'est pas un nom répandu.

Si le titulaire du nom patronymique a donné son autorisation à l'utilisation commerciale de son nom ne peut plus se rétracter. Dans l'affaire Bordas, la CCassation a jugé que « en raison de son insertion dans les statuts de la société, le patronyme est devenu un signe distinctif qui s'est détaché de la personne physique qui le porte pour devenir un objet de propriété incorporelle ». M Bordas en se retirant de la sté qu'il avait fondé, ne pouvait pas reprendre son nom et interdire à celle-ci d'en user. Son nom était un bien patrimonial qu'il avait définitivement cédé à la sté.

## TITRE 2 : La protection des marchés contre les restrictions de concurrence

732. Il ne s'agit plus de régler un conflit d'intérêts entre 2 entreprises comme dans le droit de la concurrence déloyale MS de veiller au respect d'un ordre éco, celui de l'éco de marché c-à-d de la soumission de la production et de l'offre au jeu de la concurrence entre les opérateurs et on utilise pour expression « règles de concurrence ou droit de la concurrence ».

Les conséquences de l'application de la règle de la concurrence lors d'un litige privé concernent l'ensemble du marché.

733. Le raisonnement éco qui sous-entend la confiance faite au jeu de la concurrence est connu :  
-La compétition entre les opérateurs doit les conduire à utiliser les facteurs de production de manière efficace et la moins onéreuse pour la collectivité.

-La concurrence tend à abaisser les prix jusqu'au coût marginal de la production. Elle tend à ajuster l'offre et la demande des produits/services et pousse à l'innovation et sert les intérêts des consommateurs.

Mais il ne faut pas que le mécanisme concurrentiel soit faussé par des ententes entre concurrents, par des concentrations d'entreprise, par des positions dominantes sur le marché.

## CHAPITRE PRELIMINAIRE : Histoire, sources et domaine des règles de concurrence

### S1 : Histoire des règles de concurrence

736. La protection de la concurrence en interdisant les accords entre opérateurs est apparue en France au début du 19<sup>o</sup>s. C'est dans les années 60 que se sont vraiment développées en France les règles de concurrence.

#### §1. Les origines

737. La reconnaissance officielle du pp de libre concurrence date du code pénal de 1810 dont l'art 419 punissait le délit d'accaparement car la spéculation s'était beaucoup développée pendant la Révolution et l'Empire. Des détenteurs de denrées de 1<sup>ère</sup> nécessité se sont entendus pour constituer des stocks pour faire monter exagérément les cours et faire des profits immoraux. Procédé scandaleux qui portait sur des denrées alimentaires et ses auteurs tiraient profit de la disette dont souffrait le peuple.

L'art 419 Cpénal punissait le fait pour des détenteurs de denrées ou de marchandises de se réunir pour faire monter les cours au-dessus des prix déterminés par la concurrence naturelle. DC les prix sont déterminés par le jeu de la libre concurrence.

La jurisprudence déclara que l'art 419 Cpénal a pour objet d'assurer la libre et naturelle concurrence des opérations commerciales et de réprimer les coalitions qui opèrent frauduleusement pour la hausse ou la baisse des prix au-dessus ou au-dessous du prix fixé par la concurrence naturelle et libre. C'était la reconnaissance du rôle du marché par la loi.

738. La jurisprudence a donné une interprétation large à l'art 419 Cpénal car elle s'appliquait aux ventes de marchandises MS aussi à tout ce qui est l'objet des spéculations du commerce. Ms les textes ont été peu appliqués car les poursuites pénales étaient rares.

739. Le capitalisme moderne et la grande entreprise industrielle apparaissent au 20<sup>o</sup>s.

L'art 419 et le pp de la liberté de commerce et de l'industrie restent les dispositions de base. En France, le développement des activités privées ne s'est pas accompagnée d'une régulation antitrust. (≠ Etats-Unis)

740. Après 1918, il y a une cartellisation de l'éco et chaque branche de l'industrie essaie de limiter la concurrence par des ententes perfectionnées. Le cartel limite et répartit les moyens de production, instaure des quotas de production, met en place des barèmes de prix et ce fut la seule réponse efficace face à la crise éco.

Pendant la 2<sup>nd</sup> GM, les pouvoirs publics avaient d'autres soucis que le droit de la concurrence. A l'inflation monétaire répond la réglementation des prix et le contrôle du système bancaire. Le Code des prix de 1941 permet à l'administration éco de fixer le prix des produits/services, l'Etat luttant contre le marché noir aussi.

Le Code des prix fut abrogé et remplacé par les 2 ordonnances du 30 juin 1945 relatives aux prix et à la répression des infractions à la législation éco. Les nationalisations de 45 renforcent l'emprise de l'Etat sur l'éco. C'est l'apogée du dirigisme et de l'interventionnisme entre 45 et 50. Le droit de la concurrence n'a qu'un rôle résiduel et c'est en 1953 que la libéralisation de l'éco apparaîtra.

#### §2. De 1950 à 1986

##### A. Les décrets de 53 et 58

741. Plsrs projets ou propositions de lois sur la réglementation de la concurrence ont été élaborés entre 1949 et 1953 ms aucun ne vit le jour. C'est un décret du 9 août 1953 qui posa de nouvelles règles de concurrence et les dispositions pénales furent reprises par un décret du 24 juin 1958.

On peut fr 3 observations sur les décrets de 53 et de 58 :

742. La réglementation issue des décrets de 53 et 58 comportait 2 volets :

- le 1<sup>er</sup> volet constitué par une interdiction des ententes qui entravent le plein exercice de la concurrence. Il y a une dérogation en faveur des ententes imposées par la loi ou favorisant le progrès éco.

-le 2<sup>nd</sup> volet constitué par l'interdiction de certaines pratiques individuelles : refus de vente, fixation de prix à la revente, traitement discriminatoire des revendeurs. Ces dispositions favorisent la concurrence au stade du commerce de détail alors que le Gvt voulait l'essor de nouvelles formes de distribution, comme la distribution en libre service et susciter la concurrence entre revendeurs pour freiner la hausse des prix.

743. - Pour l'interdiction des ententes qui entravent le jeu de la concurrence, la procédure est surtt administrative. L'interdiction des ententes était assortie de sanctions pénales, amendes, emprisonnement prononcées par le Tribunal correctionnel. Ms le ministre de l'Eco avait une haute main sur la poursuite judiciaire car lui seul pouvait décider de transmettre le dossier administratif au parquet.

Une autre nvté : le ministre, avant de s'adresser aux entreprises, devait prendre l'avis d'un organe administratif spécialisé : la Commission technique des ententes, qui n'a qu'un rôle consultatif ms essentiel car elle adopte une approche très moderne des problème de concurrence et donne la priorité à l'analyse éco. Donc elle recherche plutôt les moyens de rétablir une concurrence praticable que de sanctionner.

C'est grâce à la Commission techniques des ententes que le droit de la concurrence est apparu comme le droit de l'éco de marché.

-Pour l'interdiction des pratiques individuelles, la procédure est surtt judiciaire. Le ministère public, à qui sont transmis les procès-verbaux par les agents de l'administration éco, avait l'initiative des poursuites.

744. Les nvx textes étaient conçus pour lutter contre la hausse des prix à l'époque. Le combat contre l'inflation et ses manifestations restait la préoccupation majeure des pouvoirs publics.

Non seulement les prix étaient taxés ms la concurrence devait encore contrarier tte tendance à la hausse. Donc les règles de concurrence ont été conçues à l'origine pour lutter contre les tendances inflationniste de l'éco.

## B. Le renforcement du droit de la concurrence

745. Des réformes perfectionnent le droit de la concurrence après 1958 ms sans toucher aux textes initiaux de 53 et 58 :

746. La loi du 2 juillet 1963 ajoute l'interdiction de position dominante. La commission technique des ententes devient la Commission des ententes et des positions dominantes.

L'ordonnance du 28 sept 1967 élargit l'interdiction des ententes en supprimant la condition spéciale d'un effet défavorable sur le mvmt des prix.

La loi du 19 juillet 1977 modifie le dispositif procédural de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante en renforçant les pouvoirs de sanction du ministre de l'Eco qui peut prononcs lui-même des sanctions pécuniaires après avis de la Commission, devenue Commission de la concurrence.

La loi de 1977 innove en introduisant dans le droit frs un contrôle des concentrations des entreprises.

747. Malgré ces réformes, le droit de la concurrence conserve ses traits originaires. Formellement, l'interdiction des ententes et abus de position dominante demeure insérée dans l'ordonnance du 30 juin 1945. Du point de vue procédural, l'interdiction des ententes et des positions dominantes et le contrôle des concentrations relèvent tjrs du pvr administratif. Et l'interdiction des pratiques individuelles relève tjrs de la juridiction pénale.

### C. L'émergence du droit communautaire de la concurrence

748. La France a signé et ratifié le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne. Pour le droit de la concurrence, le traité est important car il interdit les ententes restrictives de concurrence et l'abus de position dominante. Les objectifs de la Communauté est d'instaurer une concurrence non faussée dans le marché commun.

La commission poursuit une politique de concurrence active à l'égard des accords entre entreprises et des entreprises occupant une position dominante.

### §3. De 1983 à nos jours

#### A. Les perfectionnements du droit communautaire

749. En 1989, le droit communautaire a été complété par un dispositif de contrôle des concentrations d'entreprises contenu dans le règlement du Conseil du 21 déc 1989.

Le droit communautaire est important car :

- Les règles communautaires sont d'effet direct et donc s'intègrent dans le droit positif frs. Le droit frs de la concurrence a désormais 2 corps de règles : le droit interne de la concurrence et le droit communautaire de la concurrence
- Le pp de primauté du droit communautaire exige que l'application des règles interne n'empêche pas l'application pleine et uniforme du droit communautaire
- Les dispositions des art 81 et 82 du traité ont une influence sur le droit interne
- Le droit communautaire est d'inspiration libérale et a habitué les juristes à manier les concepts de droit de la concurrence et ça a préparé les esprits en France à la grde réforme du droit de la concurrence avec l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc 1986

#### B. L'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc 1986

751. L'innovation la plus spectaculaire de cette ordonnance est l'abrogation des 2 ordonnances du 30 juin 1945 car le pvr exécutif a perdu un instrument d'intervention puissant. L'art 1<sup>er</sup> de l'ordonnance de 1986 énonce que le prix des biens sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Cette ordonnance constitue une sorte de Code de la concurrence.

752. L'ordonnance de 86 a quand même gardé, MS en les améliorant, les dispositions de fond du droit antérieur notamment sur l'interdiction des ententes et des abus de position dominante qui maintenant sont nommées pratiques anticoncurrentielles et sur le contrôle des concentrations.

Il y a une nouvelle interdiction : l'interdiction de l'abus de dépendance éco. Et l'ordonnance conserve aussi l'interdiction des pratiques individuelles qui sont maintenant nommées pratiques restrictives.

753. L'ordonnance de 86 a créé le Conseil de la concurrence MS pour la fonction du Conseil en matière d'ententes et d'abus de domination, il y a 3 innovations :

- le Conseil de la concurrence a plus qu'un rôle consultatif et peut prendre lui-même des décisions et prononcer des sanctions

-il peut être saisi directement par les entreprises et nn plus seulement par le ministre de l'éco

-les recours contre ces décisions sont portés devant la Cour d'appel de Paris et pas devant la juridiction administrative.

Donc le droit de la concurrence n'est plus un instrument d'intervention de l'administration au service d'une politique éco ms le cadre ordinaire des activités privées d'entreprise. Donc le droit de la concurrence relève svu du droit privé éco.

754. Des lois postérieures ont modifié l'ordonnance de 86 sur certains points : les dispositions de l'ordonnance ont été incorporés dans le nvx Code de commerce sous un livre intitulé « de la liberté des prix et de la concurrence ». Le livre a été ensuite repris par la loi IV du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations éco dite loi NRE. Ensuite le livre a été modifié par la loi du 2 août 2005 en faveur des PME et surtt par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'éco, dite LME.

### C. Le remplacement du Conseil de la concurrence par l'Autorité de la concurrence

755. La LME et l'ordonnance du 13 août 2008 ont modifié la procédure du droit interne de la concurrence.

Dps 86, la France avait un régime procédural fondé sur la dualité des autorités administratives pour l'application des règles de concurrence : le Conseil de la concurrence et le ministre de l'éco. Le Conseil contrôlait les pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de domination et prix abusivement bas). Le ministre contrôlait les concentrations d'entreprises et était chargé des enquêtes relatives aux pratiques visées par le livre IV du Ccom.

Avc la LME, la France s'est doté d'une autorité unique : Autorité de la concurrence, qui remplace donc le Conseil de la concurrence et qui est chargée du contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations d'entreprises et ayant les pouvoirs d'enquête.

Le ministre de l'éco garde ces pouvoirs d'enquête ms exclusivement dans le cadre des pratiques commerciales individuelles.

La plupart des dispositions de la LME concernent le statut des PME.

## S2 : Les sources du droit de la concurrence

### §1. Les sources formelles du droit de la concurrence

756. Le droit positif frs a en matière de concurrence 2 ensemble de règles : les règles internes et les règles communautaires.

#### A. Les sources du droit interne de la concurrence

##### a) Les textes

Le texte fondamental est le livre IV du nvx CCom intitulé « de la liberté des prix et de la concurrence ». Qlq lois spéciales se rattachent au droit de la concurrence : la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre, les dispositions dans le Code de la consommation comme la réglementation des ventes avec primes ou l'interdiction de la publicité trompeuse.

##### b) La jurisprudence

C'est surtt la jurisprudence des juridictions civiles et commerciales qui ont un rôle important dans le droit de la concurrence. Les textes du droit de la concurrence sont formulés en termes général de sorte que la compréhension de la matière requiert la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris quand elle statue contre les décisions de l'Autorité de la concurrence. Donc les notions de position dominante et d'abus sont comprises en se référant à la jurisprudence.

759. Les arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence et de l'Autorité de la concurrence sont svt rapportés dans le Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ( BOCCRF).

#### B. Les sources du droit communautaire de la concurrence

760. Le droit communautaire primaire se trouve dans le traité de Rome du 25 mars 1957 qui institue la Communauté européenne. Le traité a un chapitre consacré aux règles de concurrence et à l'intérieur se trouve une section qui regpr des règles de concurrences applicables aux entreprises. Les 3 dispositions fondamentales de cette section sont l'art 81 qui interdit les ententes restrictives de concurrence, l'art 82 qui interdit l'exploitation abusive d'une position dominante et l'art 86 précise la situation des entreprises publiques au regard des règles de concurrence.

761. Le droit communautaire dérivé a d'abord les règlements du Conseil. Sont importants : le règlement du 20 janv 2004 sur le contrôle des opérations de concentration, le règlement de procédure du 16 déc 2002 pour la mise en œuvre des art 81 et 82.

La Commission publie aussi des lignes directrices qui n'ont pas de valeur juridique contraignante ms qui ont une grde pratique. Les décisions individuelles prises par la Commission en matière d'ententes, d'abus de position dominante et de concentrations forment un corpus précieux pour les juristes d'affaires.

Enfin l'une des sources fondamentales du droit communautaire est la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés.

## §2. L'influence de la doctrine éco

762. Le droit de la concurrence a des liens avec la science éco. Ça se comprend car les 2 disciplines s'appliquent au fonctionnement des marchés donc un régime de libre entreprise. Pour être efficace et objectif, le droit de la concurrence s'appuie svu sur les analyses éco. Un système de droit doit préserver la généralité et la stabilité des règles car se sont les conditions de la prévisibilité des situations juridiques et donc ça assure la sécurité juridique.

L'influence des doctrines éco sur le droit de la concurrence reste partielle. Parfois les autorités de la concurrence reprennent les analyses des théoriciens de l'éco comme la théorie des prix prédateurs ou la théorie des infrastructures essentielles.

763. Dans les années 70 et 80, la doctrine allemande de l'ordo-libéralisme a exercée une influence sur le droit communautaire de la concurrence. Aujourd'hui quand on parle de l'influence de la doctrine éco sur le droit de la concurrence c'est surtt à la doctrine américaine qu'on pense. En raison de son ancienneté et de sa richesse, la doctrine américaine a influencé l'Europe dans les années 80.

764. La 1<sup>ère</sup> formulation du fonctionnement des marchés s'est faite ss la forme de la concurrence pure et parfaite. Ce modèle néoclassique suppose un marché sur lequel les opérateurs nombreux et de taille comparables peuvent connaître les caractéristiques de l'offre et de la demande et de réagir immédiatement et sans entrave. Aucun opérateur ne peut influencer sur le comportement des autres et ça conduit à un prix d'équilibre unique et proche du coût marginal. MS ça n'existe pas.

765. Le modèle néoclassique a été critiqué en 1930 car les marchés révèlent des dysfonctionnements de la concurrence par l'absence d'homogénéité des produits, par la différence de taille des entreprises. DC la théorie de la concurrence imparfaite est apparue où la concurrence est plus au moins imparfaite. L'école de Harvard dans les années 40 a dvlpé l'approche structuraliste des marchés qui donne la théorie de la concurrence praticable dite concurrence effective. Les thèses de Harvard ont influencé ensuite la politique de concurrence menée en Europe.

766. En 1960 apparaît une approche plus libérale à la suite de travaux de l'Ecole de Chicago et elle met en doute que la concentration des entreprises et l'existence de forts pouvoirs de marché soient tjrs défavorable à la concurrence et à l'efficacité de l'éco. Donc une situation de monopole n'est pas tjrs contraire à l'intérêt collectif si elle ne mène pas à un profit excessif et à la baisse de la qualité ou de l'innovation. En Europe, l'école de Chicago a exercé un peu d'influence.

## **S3 : Le domaine des règles de concurrence**

767. Il y a le domaine matériel et le domaine territorial des règles de la concurrence. Et le domaine du droit communautaire de la concurrence est déterminé par la condition d'affectation du commerce entre Etats membres.

### **§1. Le domaine matériel des règles de concurrence**

768. Le critère d'application des règles communautaires de la concurrence diffère du critère d'application du droit interne. Alrs que le droit communautaire de concurrence s'applique à des comportements d'entreprises, le droit interne s'applique à des activités de production, de distribution ou de prestation de services. Ms en pratique, les solutions qu'apportent les 2 droits sont proches.

#### **A. Le domaine matériel du droit communautaire de la concurrence**

769. L'art 81 CE interdit les ententes entre entreprises et l'art 82 l'exploitation abusive d'une position dominante. Le règlement du Conseil du 20 janvier 2004 institue un contrôle des concentrations d'entreprises.

Le critère d'application du droit communautaire se la concurrence est la notion d'entreprise pourtant ni le traité ni un texte de droit dérivé n'en donne la déf. Seule la Cour de justice dans l'arrêt Höffner du 23 avril 1991 a déclaré que : « la notion d'entreprise comprend tte entité exerçant une activité éco, indpdmt du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. »

770. L'entreprise pour le droit communautaire n'est pas définie par sa forme juridique car même un organisme privé ou public, une pers physique ou morale ou une entité sans personnalité juridique peut être qualifiée d'entreprise. Donc l'entreprise est plutôt définie par son objet, son activité commerciale.

La Cour de justice a énoncé que l'activité éco est « le fait d'offrir des biens ou des services sur un marché donné ».

771. La Cour de justice reconnaît 3 limites au domaine d'application des règles de concurrence :  
-y échappent les personnes qui sont dotées de prérogatives de puissance publique car ce n'est pas une activité éco

-ne sont pas des entreprises, les organismes qui ont une fonction de caractère exclusivement sociale  
-certaines activités ne relèvent pas par nature du droit de la concurrence en raison de l'objectif

### B. Le domaine matériel du droit interne de la concurrence

772. L'art 420 CCom ne se réfère pas à l'entreprise ms à l'activité à propos de laquelle se révèle la pratique anticoncurrentielle. Car l'art énonce que « les règles s'appliquent à toutes activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont de personnes publiques ». Donc il suffit qu'il y ait une activité éco, qu'importe que l'entreprise soit privée ou publique.

773. La soumission des personnes publiques aux dispositions du livre IV Ccom engendre la compétence de l'Autorité de la concurrence, de la Cour d'appel de Paris pour connaître de leur comportement et c'est une dérogation aux règles traditionnelles fixant la compétence des autorités administratives. C'est donc le Tribunal des conflits qui tranche sur la q° de compétence.

776. MS l'incompétence de l'Autorité de la concurrence et des juridictions judiciaires pour connaître des actes faisant usage de prérogatives de puissance publique est reconnue pas l'ensemble des autorités

## §2. Le domaine territorial des règles de concurrence

777. L'application territoriale du droit de la concurrence dépend de la localisation des effets de la restriction car les règles visent des restrictions de la concurrence sur un marché.

Les règles internes de concurrence s'appliquent aux restrictions de concurrence sur le territoire frs ET les règles communautaires de concurrence sur le marché commun.

778. Les règles de concurrence sont applicables à des entreprises ayant leur domicile à l'étranger MS dont le comportement produit des effets sur le marché national ou communautaire, c'est réaffirmé par la Cour de justice en 1971.

Le pp de la territorialité objective s'applique de la même façon à l'interdiction de l'abus de position dominante dès que l'auteur de l'abus a une position dominante sur le marché commun. Il s'applique aussi au contrôle communautaire des concentrations dès que les entreprises ont une activité commerciale dans la Communauté.

779. Echappent à l'application du droit interne ou communautaire de la concurrence, les comportements anticoncurrentiels qui produisent des effets exclusivement dans des pays tiers même si les auteurs sont établis en France.

## §3. L'affectation du commerce entre Etats membres, condition particulière de l'application du droit communautaire de la concurrence

780. Les art 81 et 82 du traité de CE ont une condition d'application : pour que les dispositions soient applicables, l'entente ou l'abus de position dominante doivent être « susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres ».

Pour le Cour de justice des CE, cette condition fixe le champ d'application de l'interdiction car repose sur la possibilité d'une entrave à la réalisation d'un marché unique entre Etats membres. Donc le droit communautaire concourt à la réalisation des objectifs de la CE.

Les art 81 et 82 ont 2 objectifs :

- un général : le maintien de la concurrence sur le marché
- un particulier : la réalisation d'un marché commun

Et pour ça, il ne suffit pas de supprimer les douanes mas il faut aussi veiller à ce que les entreprises privées ne maintiennent pas pour leur comptes des cloisonnements nationaux par des accords. Le traité a des règles de concurrence qui se superposent aux règles nationales pour faciliter l'organisation.

Donc les ententes et les abus de position dominante qui ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres relèvent du droit national ET les ententes, abus de domination qui sont susceptibles d'affecter le commerce relèvent du droit communautaire et du droit interne de la concurrence.

En pratique, tombent sous le droit communautaire les ententes entre entreprises établies dans les Etats membres différents ms aussi les ententes qui réunissent des entreprises établies dans un seul Etat membre quand elles isolent le marché national.

Pour l'abus de position dominante, ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres quand la position dominante s'étend au moins au territoire d'un Etat membre.

## *Sous titre 1 L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles*

Dans le code de commerce le titre II du livre IV est consacré aux pratiques anticoncurrentielles que sont les ententes, les abus de position dominante, abus de dépendance économique, pratiques des prix abusivement bas. Pratiques interdites en principe par le droit interne et communautaire (pour les ententes et APD = abus de position dominante).

## **Chapitre 1 : Les conditions de fond de l'interdiction des ententes et des abus de domination**

### **Section 1 : L'interdiction des ententes**

Ce terme désigne les accords et les concertations ayant pour but ou pour résultat de limiter la concurrence sur un marché. L'interdiction des ententes est le plus ancien moyen de lutte, et en constitue de plus un forme fondamentale car protège une composante de la concurrence : l'indépendance des opérateurs en compétition sur un marché. D'où sa place première dans l'ensemble du droit de la concurrence.

L 140-1 du code pose le principe de l'interdiction de toutes les ententes quelque qu'elles soient, mais L 420-4 expose les exceptions sous conditions de certaines justifications comme le prévoit également l'article 81 du traité CE (§3).

L'interdiction résulte de 3 conditions : concertation, opérateurs économiques indépendants, atteinte à la concurrence.

#### **1) La concertation**

Actions concertées, ententes expresses ou non, conventions, coalitions... sont toutes interdites par l'art 420-1, tout comme l'art 81§1 du CE. La notion d'ententes est vue ici de la façon la plus large possible. Il y a 3 catégories plus une établie par la jurisprudence.

## a) Les accords

La CJCE la voit comme « l'expression de la volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée » (15 juillet 70). En droit interne une entente suppose d'abord la démonstration d'un accord de volonté entre 2 ou plusieurs entreprises.

La forme de l'accord est indifférente et il peut s'agir d'un contrat au sens civil qui engage juridiquement les parties ou un simple engagement d'honneur (gentlemen's agreement) ou un contrat nul.

2 difficultés // distinction entre accord et la preuve d'un accord tacite entre fabricant et distributeur :

### Accords horizontaux et verticaux :

Accord horizontal (ou cartels) est conclu entre les entreprises concurrentes les unes des autres, elles sont dans la même « hiérarchie » dans le processus production-distribution.

Accord vertical concerne des entreprises qui n'opèrent pas à la même échelle dans le processus économique (fabricant et distributeur...). On a longtemps hésité avant de considérer ses accords comme des ententes face à la difficulté d'interdire les contrats de distribution et au fait que les entreprises en question ne sont pas concurrentes. Mais la loi interdit la restriction interne (entre concurrents) et externe de concurrence i-e celle faite par des tiers à l'accord. De plus, dire qu'un contrat est un accord ne veut pas tout de suite signifier que cela constitue une entente restrictive de concurrence, il est simplement susceptible de l'être.

Deux affaires illustrant cet accord vertical pénalisant la concurrence :

- *L'affaire des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle* où les fabricants avaient mis en place un réseau de distribution qui imposait la vente en pharmacie (refus d'approvisionnement pour les autres) alors que les produits n'étaient pas des médicaments. Le Conseil de la concurrence a tranché que cela limitait bien la concurrence (9 juin 1987)

- *L'affaire des cuves d'hydrocarbures* entre compagnie pétrolière et gérants libre dont le contrat de distribution contenait une clause de réserve de propriété sur les cuves et installation de pompage de la station. A la fin du contrat de distribution la compagnie était en droit de revendiquer leur restitution en nature, opération extrêmement coûteuse (immobilisation de la station // travaux...) et les compagnies ont même refusées la restitution en valeur des cuves à l'état neuf. Le conseil de la concurrence a conclu que cette pratique // à un accord vertical constituait une barrière à l'entrée du marché ce qui limitait la concurrence car les gérants étaient obligés de renouveler leurs contrats avec leurs fournisseurs.

### Preuve de l'existence d'un accord tacite

Dans le cadre d'une relation fabricant/distributeur elle est essentielle pour appliquer le régime de l'article 420-1 du code de commerce, les entreprises tentent souvent de montrer qu'il n'y a pas d'accord et que la décision résulte de l'un uniquement (refus d'agrément du fabricant, du fournisseur de permettre la vente à telle ou telle entreprise de distribution).

Dans un premier temps la CJCE admettait que les mesures prises par le fournisseur pour la distribution de ses produits recevaient l'accord tacite des revendeurs faisant partie de son réseau de distribution, idem en France. Il y avait donc bien atteinte à la concurrence. Mais jurisprudence abandonnée car assez incertaine, CJCE 6 Janvier 2004.

Il faut désormais pour faire la preuve d'un accord tacite : une manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel, constituant une invitation à l'autre partie expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but. En clair il faut la rencontre d'une offre et d'une acceptation, prouvées toutes les deux (// conception civiliste du contrat). Jurisprudence reprise en droit interne.

## ***b) Les ententes organiques***

L'entente peut rendre la forme d'un groupement pourvu de la personnalité morale : une société commerciale centralisant les commandes et se constituant centrale de vente par exemple. Limitation de la concurrence entre les membres par une fixation des prix et des conditions de vente. De plus les membres d'une telle entente peuvent monter une association, un syndicat, un GIE, qui intervient dans la politique commerciale de ses membres.

L'article 81§1 du traité CE interdit en plus des accords les « décisions d'association d'entreprises » lorsqu'elles ont pour but de fausser la concurrence. (420-1 ne distingue pas aussi bien accord et décision d'association). L'existence du groupement suffit à faire la preuve de l'entente si il y a un lien de causalité suffisant entre l'activité de celui-ci et la restriction de concurrence. On reste à la vision d'un groupement susceptible de constituer une entente.

Il faut distinguer deux situations :

- Groupement ayant pour but de limiter la concurrence (barème de prix commun à ses membres...)

- Groupement n'ayant pas un tel objet, mais dépassant ses pouvoirs il va favoriser ou provoquer de telles restrictions. Régime applicable reste l'art 420-1 du Code de Commerce. D'une façon générale on l'applique dès que des associations professionnelles tentent de mettre en place un système corporatif protégeant ses membres de la concurrence (Barème d'honoraire diffusé par l'ordre des avocats et recommandé à ses membres)

Dès lors l'Autorité de la concurrence a le choix entre trois possibilités :

- poursuite des membres du groupement, adhésion synonyme de consentement aux mesures anticoncurrentielles.

- poursuites du seul groupement car il a contribué de façon décisive à l'entente (sanction pécuniaire sur son patrimoine).

- poursuite du groupe et de ses membres ou seulement certains suivant leur implication.

Attitude toujours pragmatique des autorités de la concurrence.

## ***c) L'action concertée***

Double problème de définition et de preuve

### Définition de l'action concertée :

L'action concertée se caractérise par des comportements coordonnés des entreprises, en l'absence d'accord fixant de manière précise une ligne d'action sur le marché. Les entreprises restreignent la concurrence sciemment et collectivement. Il peut s'agir d'un alignement des prix qui montre un certain renoncement de l'indépendance de décision des entreprises, ou d'une politique de « chacun chez soi » par un refus de s'approprier la clientèle d'un concurrent par la vente de produit sur « son territoire ».

Deux éléments sont requis : comportement de nature à fausser la concurrence sur le marché et un élément intellectuel, renonciation à une indépendance de comportement, dans la certitude que les autres agiront de même. On assiste à une réduction de la marge d'incertitude de l'action des acteurs inhérente à toute concurrence.

### Preuve de l'action concertée :

Preuve de l'élément intellectuel est par nature difficile, il faut se fonder sur des présomptions. Pour les autorités de la concurrence aussi bien communautaires qu'internes, un parallélisme des comportements des entreprises ne suffit pas à déterminer une concertation préalable. Les stratégies d'alignement peuvent se

développer indépendamment du comportement de l'ensemble des concurrents (notamment sur les marchés d'oligopoles // tout petit nombre d'entreprises qui se cordonnent implicitement sans qu'il y ait comportement illicite).

Des indices permettent la preuve de l'action concertée si ils sont présents en même temps que le parallélisme des actions des opérateurs :

- le contact entre les entreprises concurrentes, échanges d'informations stratégiques, réunions en commun où leurs politiques commerciales ont été évoquées...

- extrême similitude des comportements, mêmes pourcentages d'augmentation des prix, le même jour... (Cas de *l'affaire de la levure de planification* en mars 89).

## **d) Les ententes complexes**

Les cartels sont des ententes de longue durée entre principaux producteurs d'un secteur économique afin de fixer les prix de vente, d'attribuer des quotas de production aux membres du cartel ou de répartir les marchés entre eux... On le reconnaît par un nombre important de réunions périodiques où est évoqué le niveau des prix, les volumes de production...

Il s'agit de la forme la plus grave d'atteinte à la concurrence par leur objet, leur durée et leur dimension géographique. Priorité des autorités de la concurrence.

Preuve de la concertation des entreprises est ardue par le caractère complexe de l'entente et le secret qui l'entoure.

Première difficulté concerne la qualification d'accord car les réunions parviennent au mieux à des résolutions plus ou moins précises et le plus souvent peu formelles, parfois elles ne donnent lieu qu'à des échanges d'informations. Pour les autorités de la concurrence il suffit de relever l'existence d'un « ensemble d'accord et de pratiques concertées » pour détourner le problème. Selon la CJCE le cartel est donc une infraction unique et continue.

Par la suite toutes les entreprises ne sont pas toujours représentées à chaque réunion mais pour les autorités de la concurrence il suffit d'une participation à une certaine réunion pour appliquer 420-1 et/ou 81 du CE. Une faible participation sera prise en compte uniquement dans le calcul de la sanction.

Enfin comment prouver l'attitude bonne ou mauvaise d'une entreprise qui a assisté à de telles réunions ? Présomption de culpabilité ? Elle a peut être refusée de participer... Les autorités de la concurrence prévoient une double présomption :

- la présence d'une entreprise à une réunion présume son adhésion aux résolutions adoptées au cours de celle-ci (présomption simple).

- la présence d'une entreprise à une réunion présume qu'elle a mis en œuvre les résolutions du cartel.

## **2) Les parties à l'entente**

### **a) La qualité d'entreprise**

81§1 du CE ne s'applique qu'aux ententes entre entreprises contrairement à 420-1, beaucoup plus général quant aux personnes dès lors que leurs concertations portent atteinte à la concurrence. Portant le tribunal des conflits a jugé que les dispositions du livre IV du code s'applique aux personnes publiques si et seulement si elles se livrent à des activités de productions, de distribution et de service. Et de telles conditions valent aussi pour les personnes privées, ce qui revient au même au final : seules les entreprises sont concernées par 420-1. La cour d'appel de Paris (le 29 Février 2000) a d'ailleurs annulé une décision du Conseil de la concurrence qui sanctionnait

une entente entre syndicats de salariés, aux motifs que « au moins une des parties à l'entente devait être considérée comme acteur économique exerçant une activité sur le marché », ce que la cour de Cassation a confirmé.

### **b) L'autonomie de la décision**

L'entente a pour but de limiter la concurrence entre acteurs indépendants, cela exclut 3 types de rapports :

- accords entre mandant et son mandataire échappent à l'interdiction des ententes, un contrat d'agence commerciale ne peut être considéré en tant que tel car l'agent ne fait que représenter son mandant son activité n'est que le prolongement de celle du mandant, il ne dispose donc pas d'une autonomie suffisante vis-à-vis de ce dernier. (idem pour les salariés qui ne peuvent être considérés comme entreprises)

- accord entre sociétés appartenant au même groupe de société ne constitue généralement pas des ententes. La filiale est sous la domination de la société mère et n'a pas d'autonomie suffisante pour caractériser une entente.

- la fusion des entreprises entre elles constitue une perte d'indépendance qui empêche la qualification d'entente par l'impossible autonomie de décision. De plus il s'agit là d'une opération de concentration lui aussi pris en charge par le droit de la concurrence (art 430 - 1). Il y a simplement changement du régime de contrôle.

### **3) La restriction de la concurrence**

Les termes de restreindre, fausser, empêcher sont ici voisins, pour signifier une altération du jeu de la concurrence.

#### **a) Les notions de concurrence et de restriction de concurrence**

##### Le choix d'un modèle de concurrence :

Selon le modèle de concurrence retenu (parfaite, imparfaite ou praticable) différents modes de comportement des agents seront susceptibles de porter atteinte à la concurrence.

Dans un modèle de CPP tout comportement réduisant le nombre des acteurs, limitant leur indépendance, ou portant atteinte à l'égalité de production sera considéré comme restrictif de concurrence. Il est dès lors facile d'en dresser la liste.

Dans un modèle de concurrence imparfaite ou praticable, seules les restrictions réelles de la concurrence seront limitées, il faut passer par une analyse préalable du marché. Méthode plus pragmatique qui comporte une certaine insécurité juridique, les comportements répréhensibles étant défini a posteriori.

Les autorités de la concurrence choisissent assez librement en fonction des cas, tel ou tel modèle et dans la plupart des cas elles utilisent une méthode mixte en fonction du cas d'espèce.

##### Restrictions par l'objet et restrictions par effet :

Distinction commune du droit communautaire et interne, cette distinction a lieu sur le plan de la preuve.

Les restrictions par l'objet sont celles dont on peut présumer qu'elles ont une incidence négative sur la concurrence. Cette présomption est commandée par la gravité de l'atteinte à la concurrence, se sont notamment la fixation concertée des prix, le partage des marchés... Leur qualification se déduit des termes de l'entente et non pas d'une analyse du marché. Les restrictions par l'objet sont si graves qu'elles ne sont pas généralement susceptibles de justification, ce sont aussi les restrictions *per se*.

L'effet restrictif de concurrence d'un comportement doit, quant à lui être prouvé de façon concrète. La preuve passe par une étude du marché en cause et par la recherche d'une incidence réelle de l'entente sur son fonctionnement. En comparant la situation avec celle, fictive, de l'absence de l'entente.

### Le seuil de sensibilité :

Comment définir un tel seuil car il apparaît normal que les restriction mineures à la concurrence ce soient pas sanctionnée ? La commission européenne estime que dans le cadre des ententes horizontales le seuil n'est atteint que si la part de marché cumulée détenue par les parties est supérieure à 10% sur les marchés concernés par l'entente. Mais ce seuil n'est pas applicable aux accords qui comportent des restrictions caractérisées de concurrence.

La France a reconnu tardivement ce seuil par l'action de la Cour de Cassation en 1993 qui a obligé le conseil de la concurrence à l'approuver en 1995. D'ailleurs les articles 464-6-1 et 2 régissent aujourd'hui ce seuil qui est de 10% pour les ententes horizontales et de plus de 15% de parts de marché cumulées par les entreprises membres de l'entente. Mais l'exonération n'est pas automatique pour autant.

## ***b) Principales restrictions de concurrence résultant des ententes***

420-1 interdit les ententes qui tendent à :

- limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises.
- faire obstacle à la fixation des prix par le marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse.
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique.
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

De même l'art 81§1 du CE interdit les accords qui consistent à :

- fixer les prix d'achat ou de vente (ou d'autres conditions de transaction) de manière directe ou indirecte
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique.
- répartir les marchés et les sources d'approvisionnement
- appliquer à l'égard de partenaires, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de fait un désavantage dans la concurrence.
- subordonner la conclusion de contrat à l'acceptation par des partenaires, de prestations supplémentaires sans lien, par nature ou selon les usages commerciaux, avec l'objet de ces contrats.

Ces listes ne sont pas limitatives et n'ont aucun caractère contraignant, les juges et autorités n'y sont pas tenus dans la qualification des restrictions qu'ils condamnent. Il s'agit plus d'illustrations. Elles permettent de plus de classer ces ententes en fonction des restrictions de concurrence qu'elles impliquent.

● *Ententes de prix* : (2° de 420-1 et a de 81§1) Quelles qu'elles soient même si un barème est facultatif, il faut y ajouter de plus les accords de communication de renseignement portant sur les prix.

● *Ententes de limitation et de répartition de la production* : (3° et b) Ils s'agit des quotas qui déterminent les volumes de production que les membres ne devront pas dépasser.

● *Ententes de répartition des marchés et des clientèles* : (4° de 420-1) Ce sont les accords de partage du marché par une répartition des marchés géographiquement, par un partage de la clientèle ou encore des

ententes de soumission qui visent à tromper le demandeur d'offre pour lui imposer sans qu'il le sache l'offre de telle entreprise par une pratique d'offre moins avantageuse de la part des autres entreprises. Il y a aussi les ententes verticales de distribution comme les accords de vente exclusive ou les clauses d'interdiction d'exporter, que le b du l'art 81§1 du CE est apte à être appliqué.

- *Ententes d'exclusion* : (1° de 420-1 et b de 81§1) Le texte vise surtout les accords de boycott et aux règlements de nature corporatiste limitant l'accès à une profession. Mais il vise aussi les barrières à l'entrée des marchés, prévues par accord (clause d'exclusivité d'approvisionnement...)

- *Discriminations* : (c de 81§1 420-1 ne les condamnent pas formellement) Elles peuvent parfaitement fausser la concurrence en limitant cet exercice.

- *Prestations liées* : (spécialement interdites par 81§1 d)

Les clauses de non concurrence ou de non rétablissement incluses dans les contrats de ventes des fonds de commerce et des baux commerciaux ou dans les contrats de distribution, ne soulèvent pas de difficulté car l'appellation de marché n'est pas pertinente ni présente ici. De plus leurs impacts sont bien en dessous du seuil de sensibilité. Si de telles clauses ne concernent pas deux entreprises majeures qui peuvent dès lors fausser la concurrence.

#### 4) La justification des ententes

L'interdiction des ententes n'est jamais absolue certaines se justifient car la concurrence n'est pas une fin en soi. D'autres valeurs doivent être privilégiées par la loi ou non (solidarité sociale...). De plus certaines ententes peuvent avoir un impact positif sur le marché.

##### a) Les justifications prévues par les textes

###### La justification par la loi :

420-1 prévoit que ne sont pas concernées par les dispositions précédentes, les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire. Les termes sont stricts tout comme la jurisprudence du Conseil de la concurrence pour qui l'entente doit être la conséquence directe et inéluctable de la loi et du règlement d'application invoquée. Elle doit être la conséquence d'une obligation légale et non pas le fruit d'une simple tolérance ou d'une invitation. C'est par conséquent très rare et le Conseil n'a jamais constaté que les conditions fussent réunies (aucune application du texte depuis 86)

###### La justification par le progrès économique :

Dès 1953, le droit interne a admis cette cause de justification comme un correctif nécessaire à l'interdiction des ententes. Conception retenue était d'ailleurs très large. L'article 81 du CE li aussi conçoit cette exception mais de façon beaucoup plus restrictive, le droit interne s'y est conformer dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. En revanche si le droit communautaire donne une place prépondérante aux exceptions collectives, ce n'est pas le cas du droit français qui accorde celles-ci au cas par cas.

###### *Condition de fond de l'exemption :*

Les articles 420-4 I et 81§3 exposent ces conditions. Dans les années 50 la France tenait compte de tous les effets de l'entente, en un bilan avec en actif la contribution au progrès économique, au passif les restrictions de la concurrence. Si le bilan était globalement positif l'entente échappait à l'interdiction.

Ce n'est plus la technique adoptée aujourd'hui malgré les dires de certains auteurs car dans un premier temps il n'y a pas que deux voies pour parvenir au progrès économique (la voie de la concurrence et la voie de

l'organisation des facteurs économiques par des accords professionnels). Le bilan de plus était un outil de la politique d'économie concertée qui n'a plus lieu aujourd'hui depuis 1986 avec la libéralisation de la concurrence.

De plus cette méthode n'a rien à voir avec le contenu des articles encadrant les ententes justifiées par le progrès économique.

4 conditions doivent être réunies pour que joue cette exception :

- L'assurance d'un progrès économique (effet positif de celui-ci) : meilleure information, nouvelle structure de recherche et de développement, rationalisation de certaines relations commerciales...

- Une partie équitable du profit résultant du progrès doit être réservé aux utilisateurs et non pas exclusivement aux membres de l'entente ni aux entreprises de la même branche ...Une baisse des coûts de production doit entraîner une baisse des prix favorable aux consommateurs.

- L'entente ne doit pas donner la possibilité à ses membres d'éliminer la concurrence. Il faut conserver une dose minimale de concurrence.

- Respect du principe de nécessité et de proportionnalité, la restriction de la concurrence ne doit pas aller au-delà de ce qu'exige l'objectif de progrès. Ce dernier doit être la conséquence directe de la restriction de la concurrence et non pas l'inverse, il ne doit pas être atteint par une autre voie moins dommageable pour la concurrence. En d'autres termes le progrès ne doit pas être prétexte à restreindre la concurrence.

Peu d'application de ce cas : 6 depuis 1986 en France alors que la commission européenne a été bien plus ouverte notamment par l'exception catégorielles.

C'est en matière d'ententes agricoles que le législateur français est beaucoup moins frileux et c'est dans ce domaine qu'il a intégré une exception au sein de 420-4 I.

*Mise en œuvre de l'exemption :*

En droit interne il y a 3 façons de mettre en œuvre ces exceptions :

- En principe c'est à l'Autorité de la concurrence de mettre en place les dispositions de l'article 420-4, ainsi que les juridictions judiciaires. Elles doivent tous déterminer si les conditions sont réunies ou non. Il s'agit de l'exemption individuelle ordinaire. Celle-ci se présente en même temps que les moyens de défense lors d'une mise en cause sur le régime de l'article 420-1.

- Depuis le réforme de 1<sup>er</sup> juillet 1996 cette exemption peut être accordée par décret, sur avis conforme de l'Autorité de la concurrence : exemption individuelle par décret qui intervient à titre préventif avant que ne soit ouverte la procédure de poursuite sur la base de 420-1.

- L'exemption peut résulter d'un décret sur toute une catégorie d'accord sur avis conforme de l'Autorité de la concurrence : exemption collective par décret qui intervient toujours à titre préventif. Ce fut le cas des politiques commerciales communes des agriculteurs en 1996 et les accords entre eux et d'autres entreprises. De plus la même année il y a une autre exemption collective concernant les accords entre entreprises ayant pour but la valorisation d'un signe de qualité.

Le droit communautaire en revanche a beaucoup utilisé cette exemption collective ou dans ce cadre l'exemption par catégorie prise par règlement.

## ***b) Les justifications admises par la jurisprudence***

Justification par une « règle de raison » :

Cette méthode a été empruntée du droit américain antitrust. Ce droit possède une jurisprudence complexe vis-à-vis des ententes, la cour suprême ayant déclaré que il n'y avait pas lieu d'interdire les « accords raisonnables » i-e indispensable à la protection des intérêts légitimes d'une des parties. La jurisprudence distingue les restrictions de la concurrence interdites per se et celles qui ne le sont qu'après un examen de leur caractère raisonnable ou non (//restriction par l'objet et par l'effet).

On peut justifier la présence d'une telle règle de raison en droit interne et communautaire ainsi l'acceptation des clauses de non concurrence de la part du vendeur d'un fonds de commerce peut se rapprocher de la conception américaine car la garantie du fait du vendeur est bien une condition indispensable à la protection des intérêts légitimes d'une des parties.

La règle de raison conduit à un arbitrage entre deux modèles de concurrence, mais l'utilisation de cette règle a été condamnée par le tribunal de première instance des CE en 2001 car elle ne devait pas conduire à ce que la recherche de la restriction de concurrence se fasse arbitrairement, car elle devait être tenir compte même du contexte économique et juridique de l'affaire. Le tribunal admet plutôt les restrictions accessoires.

### Justification des restrictions accessoires :

Cette théorie permet de soustraire à l'interdiction des ententes de restrictions à la liberté commerciale qui sont directement liées et objectivement nécessaires à la réalisation d'une opération commerciale licite. Il y a des qualifications plus rigoureuses mais cela revient au même que la règle de raison.

## **Section 2 : L'interdiction des abus de puissance économique**

La concurrence peut aussi être faussée par le fait de grandes entreprises, la grande taille en elle-même n'est pas interdite, c'est seulement l'abus qui peut en être fait qui l'est si il conduit à une limitation de la concurrence.

Historiquement c'est d'abord l'APD qui a été sanctionné, puis vint le tour de l'abus de dépendance économique dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Nuance entre domination absolue sur toutes les entreprises d'un marché et la domination relative sur seulement une entreprise. Enfin le droit français en 1996 a interdit la pratique des prix abusivement bas quelle que soit la position de l'entreprise qui le pratique, mais comme seules les grandes entreprises peuvent supporter ce coût ce sont surtout elles qui y sont sujettes, on peut donc rattacher cette pratique au phénomène de domination.

Le droit communautaire, quant à lui ne sanctionne que l'APD. D'ailleurs les autorités de la concurrence nationales poursuivent plus activement la répression des APD, ce n'est pas le cas de l'abus de dépendance économique et la pratique des prix abusivement bas qui débouchent rarement sur des condamnations.

### **1) L'interdiction des abus de position dominante (APD)**

Les deux textes de base sont L 420-2 et 82 du traité instituant la communauté européenne (du CE), rédigés en termes voisins.

- 420-2 : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. »

- 82 : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprise d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) Imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables ;
- b) Limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;
- c) Appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- d) Subordonner la conclusion de contrat à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.»

Les deux textes imposent deux conditions : une position dominante et une exploitation de celle-ci.

### ***a) La position dominante***

#### Définition de la position dominante :

Les deux articles ne donnent pas de définition, l'ancien article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 visait entre autre une situation de monopole qui n'est pas pertinente aujourd'hui car non nécessaire à un APD.

Il faut revenir donc au but des textes : préservation d'un minimum de concurrence. L'entreprise en position dominante doit jouir d'une grande indépendance vis-à-vis de ses concurrents et de ses partenaires et il est en mesure d'exercer un pouvoir sur eux. C'est le sens retenu par la CJCE et le Conseil de la concurrence.

De plus la CJCE a précisé que la position dominante n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence, contrairement au monopole ou quasi-monopole, mais mettrait la firme en mesure de décider ou d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera, et de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice.

#### Preuve de la position dominante :

Les autorités communautaires se réfèrent à un critère principal de la position dominante pouvant être complété par d'autres plus secondaires. La démarche du Conseil de la concurrence est sensiblement la même.

##### *Critère principal :*

C'est celui de la part de marché détenue par une entreprise en position dominante, si elle est très forte, il n'existe pas de chiffre précis mais on retient tout de même que lorsque la part de marché dépasse les 90%, la position dominante peut être présumée.

Il faut dès lors déterminer le marché à la fois celui du produit et le marché géographique. Le marché du produit est défini par rapport à la nature du produit et en fonction des utilisateurs, si il existe plusieurs marchés pour un seul bien il faut savoir si ils sont entièrement substituables (au sens de l'utilisateur). La dimension géographique s'apprécie en fonction de possibilités d'approvisionnement des utilisateurs.

##### *Critères secondaires :*

De natures diverses, on peut d'abord étudier l'importance relative des parts de marché des concurrents, l'existence de barrières à l'entrée du marché la nécessité d'investir de manière coûteuse par exemple. On peut aussi se référer aux facteurs d'indépendance de l'entreprise en position dominante : avancée technologique, possession d'une marque renommée, appartenance à un groupe mondial...

#### Titulaire de la position dominante :

420-2 vise l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise. IL en est de même pour l'art 82 du traité. C'est plus souvent une entreprise seule. Pour exercer une domination par sa position un groupe d'entreprise doit être unis par certains liens ou facteurs de corrélation qui leur donnent le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché. Ce sont souvent des liens structurels ou d'accords formalisés notamment ceux de la société mère et ses filiales ou des liens contractuels entre entreprises...

En l'absence de tels liens la structure du marché peut mettre en évidence une position dominante collective si certains facteurs corrélatifs sont réunis : structure oligopolistique et transparence du marché facilitant les accords tacites.

### ***b) L'exploitation abusive***

Pas de définition non plus dans les articles cités. Mais les exemples sont assez précis pour ne pas s'embarasser de définitions. On peut ranger les abus en 2 catégories :

Les abus de comportement i-e les actes anormaux contraire à la concurrence : refus de vente, rupture des relations commerciales, pratique des prix extrêmement élevés au sens de l'art 82.

Les abus de structures i-e les actes abusifs modifiant les conditions de la concurrence et la réduisent : pratique des prix prédateurs pour éliminer des entreprises concurrentes.... Tous les actes qui vont modifier la structure du marché.

Le droit interne admet assez curieusement des exceptions // 420-4 : car la position dominante peut avoir pour origine une disposition légale comme c'est le cas pour les monopoles d'état si l'abus en lui-même est la conséquence inéluctable de la disposition légale, ce qui est dur à concevoir. En fait aucune exemption n'a été accordée. Le droit communautaire quant à lui n'admet aucune exemption, si ce n'est la non application des règles de concurrence aux entreprises chargées de service d'intérêt économique général si les règles font obstacles à « l'accomplissement de la mission particulière qui leur a été impartie » (86§2).

La commission européenne privilégie aujourd'hui une appréciation des effets réels des abus au cas par cas, selon des critères économiques, abandonnant l'idée d'un catalogue d'abus défini de façon formelle.

## **2) L'interdiction des abus de dépendance économique**

420-2 al 2 : « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme. »

Il s'agit s'une innovation de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 dans l'espoir de résoudre le problème posé par la puissance d'achat de la grande distribution (notamment pas le bais des centrales d'achat qui détenaient un pouvoir de négociation considérable). D'inspiration allemande cette mesure n'est pas pour autant générale comme elle l'est là bas (en dehors d'une puissance économique nécessaire à l'abus).

Ici aussi on doit distinguer de dépendance de l'abus.

### ***a) L'état de dépendance économique***

L'entreprise qui place l'autre en état de dépendance doit avoir une certaine puissance m<sup>^</sup>me si elle n'est pas capable d'exercer celle-ci sur tout le marché. Le conseil de la concurrence a déclaré que une entreprise était dépendante d'une autre si elle ne disposait pas de solution équivalente.

Il y a deux types de dépendance :

La dépendance de marque :

C'est par exemple celle du distributeur, revendeur... par rapport au fabricant d'un produit de marque. Le premier ne peut exercer son activité si il n'a pas accès aux produits du second en raison de la notoriété qu'ils ont auprès des consommateurs. Abus invoqué la plupart du temps à la rupture des relations commerciales, mais peut l'être aussi par un distributeur qui se heurte à un refus de la part du fabricant d'intégrer son réseau de distribution. La dépendance ne suppose pas un lien juridiquement établi au préalable.

Le conseil de la concurrence a interprété cette notion rigoureusement suite aux nombreuses affaires qu'il a tranchées. Il exige notamment 4 conditions :

- la notoriété de la marque du fournisseur (appréciée par l'opinion des consommateurs avertis).
- la place du fabricant sur le marché doit être significative au moins 17% de part de marché.
- la part du produit dans le chiffre d'affaire du revendeur doit être substantielle dans une perspective de développement (au moins 25%).
- impossibilité de trouver une solution alternative pour le distributeur (autre fournisseur...) appréciée objectivement des frais supplémentaires ne remplissent pas cette condition.

### La dépendance d'achat :

Ici c'est le fabricant qui est dépendant du distributeur généralement puissant et représenté par une centrale d'achat qui joue le rôle de mandataire ou de commissionnaire. Le fabricant n'est pas nécessairement une petite entreprise.

Les conditions de la dépendance d'achat au sens du Conseil de la concurrence sont :

- l'importance du distributeur sur le marché.
- la part du chiffre d'affaire réalisé par le fournisseur avec le distributeur.
- les raisons concrètes justifiant l'importance du distributeur pour le fournisseur.
- l'absence de solutions alternatives.

### ***b) L'exploitation abusive***

420 al 2 interdit l'abus de dépendance et non pas la dépendance en elle-même, d'où l'importance du critère de part de marché nécessaires. Les exemples d'abus sont le refus de vente, l'obligation d'accepter des ventes liées et l'imposition de conditions discriminatoires, ceux-ci correspondent surtout à l'abus de marque.

Pour que le comportement soit dit abusif il faut qu'il soit susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence. Les critères d'inégalité entre entreprises ne suffisent pas, d'où le manque d'applications pratiques.

### **3) L'interdiction des prix abusivement bas**

Le commerce traditionnel se plaint depuis longtemps de la concurrence de la grande distribution et de la pression qu'elle exerce sur les prix, même les sociétés pétrolières protestent de la vente de l'essence avec une faible marge ou sans marge et tous les fournisseurs dont les produits sont vendus en grande surface plus généralement se plaignent de cette pression excessive sur les prix. La loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 a introduit dans l'ordonnance de 1986 un article interdisant les prix abusivement bas // art 420-5 :

« Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques

ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.

Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public. »

Cette habitude constitue un nouveau type de pratique anticoncurrentielle. Si et seulement si les prix abusivement bas portent atteinte à la concurrence sur un marché. D'ailleurs la textes à un champ d'application restreint// refus de revenir à un certain contrôle des prix de la part des pouvoirs publics.

Les éléments constitutifs à cette pratique sont :

- une certaine généralité de la pratique des prix abusivement bas (une ne sera pas sanctionnée) des produits et prestations de service.

- les offres et les ventes doivent être faites aux consommateurs uniquement (pas entre professionnels).

- les produits doivent avoir été transformés sinon c'est la revente à perte qui est concernée (sauf enregistrements sonores et vidéo).

- le prix doit être abusivement bas objectivement par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation (en dessous du coût unitaire moyen).

- cette pratique doit avoir pour objet ou pour effet d'éliminer une entreprise ou un produit du marché ou de leur en interdire l'accès. C'est la pratique du prix prédateur.

Finalement portée restreinte du texte car cela ne vise que 3 situations particulières :

- les offres et ventes directes aux consommateurs par les producteurs.

- les offres et ventes directes aux consommateurs par les revendeurs ayant transformés le produit.

- les offres et ventes directes aux consommateurs par les revendeurs de supports d'enregistrement audio ou vidéo.

## Chapitre 2 : La mise en œuvre procédurale de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles

Le droit interne de la concurrence et celui communautaire ont chacun leur système de mise en œuvre du droit de la concurrence, mais le dernier peut être appliqué à la fois communautairement et nationalement.

### **Section 1 : La mise en œuvre des règles internes de concurrence**

Le système français repose sur trois données fondamentales :

- le but du contrôle : restaurer la concurrence par l'aspect correctif de la répression (souvent sanction pécuniaire importante) et les pouvoirs des agents administratifs d'enquête et de perquisition sont étendus mais en contrepartie le droit de la concurrence doit protéger les droits de la défense.

- la méthode de contrôle : les pratiques doivent être étudiées en fonction du marché qui le intègrent, mais il faut aussi respecter la sécurité juridique des opérateurs, on tient donc aussi compte des précédents et de la jurisprudence qui se veut cohérente et constante surtout dans les ententes condamnées per se.

- le moment du contrôle : le droit français est hostile à un système de déclarations et de contrôles préalable des comportements des entreprises exercé par l'administration. Contrôle à l'initiative de l'administration, plus a posteriori, à l'occasion de poursuites devant l'Autorité de la concurrence ou à l'occasion d'un procès civil. C'est alors que la sanction se pose ou que l'exemption intervient, la décision rétroagit et l'entente par exemple est déclarée nulle ou licite dès son origine.

Le droit français évite une lourde tâche administrative à la différence du droit allemand. Il laisse aux entreprises le soin d'apprécier si leurs ententes sont licites ou non, mais sous la menace permanente de poursuite.

## 1) La mise en œuvre par les autorités spécialisées

Les autorités spécialisées sont l'Autorité de la concurrence et sur recours la cour d'appel de Paris. La procédure reste contradictoire. Ses pouvoirs de sanction sont très importants d'où un recours possible devant la juridiction judiciaire.

Le droit a été enrichi par l'ordonnance de 86 bien sûr, mais elle-même a été modifiée par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régularisations économiques, puis par l'ordonnance du 4 novembre 2004 et bien évidemment par la LME du 4 août 2008.

Avant 86 le contrôle était confié au ministre de l'économie et à ses services qui exerçaient les pouvoirs d'enquête, d'instruction et de sanction. L'ordonnance en libérant les prix et la concurrence, a confié le pouvoir de contrôle à 2 autorités distinctes : DCCRF et ministère de l'économie pour les enquêtes (ententes, abus de domination et contrôle des concentrations). Le conseil de la concurrence, sous le contrôle de la juridiction judiciaire, était chargé de l'instruction et des sanctions des ententes et abus de domination.

La LME a fusionné les institutions, désormais l'Autorité de la concurrence assure les enquêtes, l'instruction et le traitement des ententes, des abus de domination et des concentrations d'entreprises. Les moyens qui relevaient des services du ministère de l'économie ont été déferés à l'Autorité de la concurrence. Le ministre conserve le contrôle des pratiques anticoncurrentielles si elles interviennent sur des marchés locaux et le pouvoir de s'opposer à une décision de l'Autorité de la concurrence en matière de concentration. Les services de la DGCCRF conservent aussi leurs pouvoirs d'enquête relatifs aux pratiques du titre IV.

### a) Autorité de la concurrence

#### Composition de l'Autorité de la concurrence :

Le code consacre le titre sixième du livre IV à l'Autorité de la concurrence. Les art 461-1 et -4 fixent les règles quant au collège composant cette autorité.

Le collège comprend 17 membres nommés par décret et pour 5 ans, il y a des magistrats (6), des représentants d'opérateurs économique (5) et des spécialistes de la concurrence (5). Le président est nommé en fonction de ses compétences juridiques et économiques et exerce à plein temps.

Les services de l'instruction sont dirigés par un rapporteur général qui nomme les rapporteurs généraux adjoints, la loi a veillé à la séparation des fonctions d'instruction et de décision. De plus le conseiller auditeur veille au respect du contradictoire et des règles de procédure depuis la LME. Le ministre de l'économie est représenté par un commissaire du gouvernement.

#### Les fonctions de l'Autorité de la concurrence :

##### *La fonction de décision en matière de pratiques anticoncurrentielles :*

L 462-6 al 1<sup>er</sup> : « L'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L.420-4. Elle prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions. » Elle a un pouvoir de décision important et surtout de sanction en matière d'ententes, d'abus de domination et de prix abusivement bas, et aussi de concentration des entreprises dorénavant.

### *La fonction consultative :*

L'autorité de la concurrence assure une mission de consultation générale prévue à l'art 462-1 sur toute question de concurrence à la demande des commissions parlementaires, du gouvernement, de certaines personnes morales (si leurs intérêts sont concernés), collectivités territoriales, syndicats, organisations de consommateurs agréés, chambres de commerce et de l'industrie... L'Autorité de la concurrence peut également donner des avis publics de son propre chef sur n'importe quelle question // concurrence.

L'Autorité de la concurrence remplit aussi une mission spéciale de consultation :

- consultation par le gouvernement sur des projets de textes réglementaires concernant un régime exceptionnel de taxation des prix (410-2 al 2), d'organisation d'une profession ou d'accès à un marché (462-2) ou concernant l'exemption par décret d'un accord ou d'une catégorie d'accord restrictifs de concurrence (420-4 II).

- consultations par les juridictions d'instruction ou de jugement sur des pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies, et par les régulateurs sectoriels.

### Nature de l'Autorité de la concurrence :

L'Autorité exerce-t-elle une fonction administrative ou juridictionnelle lorsqu'elle prononce une décision ? La loi du 30 décembre 1985 lui donne une qualité d'AAI, le conseil constitutionnel a même reconnu sa fonction administrative en 1987. La LME confirme sa position de AAI.

Mais l'avenir pourra inverser cette position devant sa fonction de règlement des litiges et son recours qui ne s'exerce pas devant les juridictions administratives.

## ***b) La procédure devant l'Autorité de la concurrence***

### La saisine de l'Autorité de la concurrence :

L'art 462-5 admet 3 types de saisines :

- par le ministre de l'économie
- par les entreprises ou certains organismes
- la saisine d'office à la demande du rapporteur général

Le premier était fréquente dans la mesure où c'était le ministre qui enquêtait, elle devrait se raréfier aujourd'hui avec l'instruction exercée par l'Autorité de la concurrence elle-même, se limitant au cas où la DGCCRF conserve la compétence des enquêtes (pratiques anticoncurrentielles sur les marchés locaux). Mais les fonctionnaires pourraient se permettre d'autres enquêtes en dehors de ce domaine vu les termes généraux des articles visant leurs compétences.

La saisine par les entreprises fut une grande innovation de l'ordonnance de 86, le ministre n'est plus le seul maître des poursuites et le droit de la concurrence n'est plus l'instrument exclusif de la politique économique gouvernementale. Les entreprises ont donc un droit subjectif à la concurrence.

Les organismes cités à l'article 462-1 al 2 (liste ci-dessus // fonction consultative) peuvent également saisir cette juridiction contentieuse pour « toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge ».

La saisine d'office se fait sur la demande du rapporteur général par le biais de la procédure d'instruction nouvelle de l'Autorité de la concurrence.

Selon 462-7 l'Autorité ne peut être saisie pour des faits postérieurs de plus de 5 ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. Mais il est dur de savoir quels sont les actes interruptifs de prescription. Une demande d'audition par un rapporteur l'est, une saisine de l'Autorité de la concurrence aussi. La désignation d'un rapporteur n'interrompt la prescription. De plus la prescription est de 10 ans après la cessation de la pratique, si l'Autorité de la concurrence n'a pas statué sur celle-ci.

### L'instruction par l'Autorité de la concurrence :

Elle comprend 2 phases enquête et investigations du rapporteur, séparées par la notification des griefs.

#### *Enquête préalable :*

Article L461-4 : « L'Autorité de la concurrence dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collègue.

Ces services procèdent aux investigations nécessaires à l'application des titres II et III du présent livre. »

La DGCCRF n'est plus saisie de l'enquête.

De plus l'article L450-1 dispose que : « I. - Les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions des titres II et III du présent livre. » Pourtant la DGCCRF reste habilitée à diligenter certaines enquêtes au niveau national ou européen, mais le rapporteur général devra être informé et pourra prendre la direction de l'enquête.

Le rapporteur général désigne un ou plusieurs rapporteurs adjoints pour chaque affaire.

L'art 450-3 donne au enquêteurs les pouvoirs les plus étendus pour procéder aux investigations : accès à tous locaux à usage professionnel, communication des livres, factures etc.

L'art 450-4 concerne les modalités de ce pouvoir d'investigation : pour une visite des locaux par exemple il faut une saisine de du rapporteur général, de la commission européenne ou du ministre de l'économie et que la saisie ou la visite soit autorisées par le juge des libertés et de la détention du TGI.

Pour préserver la liberté individuelle :

- le juge doit vérifier que la demande de visite... est fondée, une telle décision doit de plus être motivée en détail.
- la visite et la saisie demeure sous l'autorité du juge qui les a autorisées, il désigne des policiers qui le tiennent informé mais il peut aussi se rendre sur place et décide à tout moment de la suspension ou l'arrêt de la visite.
- l'ordonnance du juge des libertés peut être contesté par un appel dans les 10 jours.
- la visite ne peut commencer avant 6h et après 21h et a lieu en présence de l'occupant ou de son représentant qui peuvent même faire appel à un avocat pour les assister.
- le déroulement de la saisie et de la visite peut également faire l'objet d'un recours devant le 1<sup>er</sup> président de la Cour d'appel.

Ces modalités ne s'imposent qu'en cas de saisie et/ou de visite si l'occupant s'y oppose. Toutes les enquêtes ne sont pas concernées (distinction enquête légère et enquêtes lourdes qui sont rares la collaboration est bien plus fréquente).

#### *L'instruction contradictoire :*

Elle débute avec la notification des griefs, un document écrit dans lequel le rapporteur général fait savoir aux intéressés qu'elles sont les pratiques anticoncurrentielles qui leur sont reprochées. Dès lors la procédure devient contradictoire et que les intéressés peuvent consulter le dossier.

#### La séance de l'Autorité de la concurrence :

La séance est la phase des débats oraux, l'audience n'est pas publique (463-7) (NB : c'est possible car il ne s'agit pas d'une juridiction judiciaire et l'art 6-1 de la CEDH ne s'applique pas car en plus un recours est possible).

Les parties peuvent comparaître devant le collège, en personne ou par un avocat. Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du gouvernement sont présents ainsi que toute personne que l'autorité juge bon d'entendre. Les deux rapporteurs font valoir oralement leurs observations à la différence des parties et du commissaire de gouvernement qui peuvent faire valoir leurs arguments.

Ensuite il y a délibération de l'Autorité et décision. Les rapporteurs y assistent sans voix délibérative (sauf saisine sur la base de 462-5 ??? ce qui revient alors strictement au même : question à poser).

### ***c) Les décisions prises par l'Autorité de la concurrence***

#### Décisions d'irrecevabilité ou de rejet de la saisine :

Deux types de décision peuvent être prises au début et au cours de la phase d'instruction.

En cas de saisine par entreprises, l'Autorité peut prononcer une décision d'irrecevabilité. Si elle s'estime incompétente ou si la prescription est acquise.

Elle peut aussi prendre une décision de rejet, lorsque les faits ne sont pas appuyés d'éléments assez probants. L'auteur de la saisine est convoqué et l'irrecevabilité ou le rejet est prononcé par l'une des formations du collège (normale ou plénière).

Le rejet est également possible quand on informe l'Autorité qu'une autre autorité nationale ou un état membre traite des mêmes faits sur la base de 81 et 82 du CE ou les a déjà traités.

L'Autorité peut aussi surseoir à statuer et ordonner un supplément d'information, voire la notification de nouveaux griefs.

#### Décision ordonnant des mesures conservatoires :

Les mesures conservatoires sont demandées par la partie saisissante après le débat contradictoire. Elles interviennent 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 ».

#### Décisions définitives :

Ce sont soit les décisions constatant l'absence d'infraction, soit les décisions de condamnation. Dans les deux cas le rapporteur peut acquiescer au cours de l'instruction que l'infraction n'est pas constituée. Après le débat contradictoire, l'Autorité de la concurrence peut en formation collégiale décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure (464-6).

Lorsque l'Autorité de la concurrence entre en condamnation, l'art 464-2 prévoit 3 types de sanctions :

- l'injonction et l'ordre de mettre fin aux pratiques reprochées et d'exécuter les mesures précisées par la décision (modification des termes d'un contrat par exemple).

- sanction pécuniaire.
- publication de la décision dans les journaux et publications désignées par l'Autorité (+ sur son site).

La NRE du 15 mai 2001 a renforcé les sanctions pécuniaires (montant maximum de 10% du chiffre d'affaire pour une entreprise, sinon elle est de 3 millions d'€).

Le conseil n'a pas hésité à mettre en œuvre de lourdes sanctions financières, l'Autorité de la concurrence en fera sûrement de même. De plus le montant légal est doublé en cas de récidive dans les 2 années qui suivent la condamnation.

L'Autorité de la concurrence est tenue de motiver sa décision et la sanction doit être proportionnelle à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient, et aux faits de récidive.

Il faut noter que l'Autorité de la concurrence n'a pas la compétence pour se prononcer sur les conséquences civiles de la pratique anticoncurrentielle (pas de dommages et intérêts ni de nullité d'un accord déclarée...).

### Les procédures alternatives de restauration de la concurrence :

S'inspirant des récentes évolutions du droit communautaire le droit interne a introduit en son sein des procédures qui prennent en compte la collaboration active des entreprises suspectées d'une pratique anticoncurrentielle. L'art 464-2 propose trois possibilités de réduction de la sanction qui menace de telles entreprises :

- procédure de non contestation des griefs, si l'entreprise ne conteste pas la réalité de ceux-ci, le montant de la sanction est réduit de moitié. Et elle peut être encore réduite si l'entreprise s'engage à modifier son comportement pour l'avenir si le rapporteur général le propose. De plus cela accélère la procédure.

- procédure d'engagements, se situe avant la notification des griefs, elle a pour but d'accélérer la résolution des affaires en privilégiant le rétablissement de la concurrence volontairement. L'Autorité est libre de l'appliquer, elle débouche sur une fin des poursuites mais une formalisation des engagements de l'entreprise (fin de clause d'exclusivité d'approvisionnement de longue durée...)

- procédure de clémence (issu du droit américain) // à la lutte contre les ententes horizontales de prix et de quotas, les cartels. Les entreprises en parallèle dissimulent de plus en plus ces ententes. Les procédures de clémence peuvent faciliter la preuve de ces ententes, en incitant à la dénonciation. Ce fut introduit en France dès la loi NRE du 15 mai 2001. Il est prévu une exonération complète de l'amende. Bien sur cela dépend des informations apportées au rapporteur si elles sont conséquentes ou non. Si une entreprise dénonce une entente dont il ne sait absolument rien, elle peut obtenir une immunité totale de sanction. Mais il faut que 6 conditions soit réunies :

- le demandeur de clémence doit être le premier à contacter l'Autorité de la concurrence.
- il apporte des informations nouvelles prouvant l'existence de la pratique et permettant d'identifier ses auteurs.
- il ne doit pas avoir contraint les autres entreprises de participer à l'infraction.
- il doit cesser sa participation à l'infraction.
- il doit coopérer totalement et de façon permanente et rapide tout au long de la procédure.
- il ne doit pas avoir informé les autres entreprises de sa démarche.

Si l'Autorité avait connaissance de l'entente mais ne pouvait la prouver sans le concours de l'entreprise, cette dernière peut obtenir l'immunité totale de sanction, si cela ne suffit à apporter la preuve elle peut obtenir une réduction de la peine.

La commission européenne a édictée des règles précises pour la protection de ces entreprises demandant la clémence.

#### ***d) Les voies de recours***

Recours possible dans un délai d'un mois devant la cour d'appel de Paris (468-8 al 1<sup>er</sup>). Avant 86 les recours étaient portés devant le Conseil d'état (CE). Mais le régime de l'ordonnance rompait avec l'économie planifiée, et le droit de la concurrence devenait le cadre de l'activité privée des entreprises ce qui justifie plus ou moins un recours devant les juridictions judiciaires. De plus le CE était susceptible de s'opposer à la jurisprudence de la cour de cassation en matière de l'aspect civil des restrictions de la concurrence : nullité de certaines clauses, dommage et intérêts...

Cette question a soulevé de nombreux débats et c'est en 87 que le recours devant la cour d'appel de Paris a été définitivement adopté.

Un pourvoi peut être formé dans le mois suivant la décision de la cour d'appel, il est porté devant la chambre commerciale. Les règles de procédure dérogent au CPC et suivent les dispositions de l'art 464-10 du Code de commerce.

#### ***e) Les décisions du ministre concernant les pratiques anticoncurrentielles affectant un marché de dimension locale***

Malgré les protestations du Conseil de la concurrence et de la doctrine, l'ordonnance du 13 novembre 2008 confie au ministre de l'économie un pouvoir d'instruction, d'injonction et de transaction à l'égard des pratiques d'importance locales // art 464-9

Les pratiques visées sont les ententes, les APD, les abus de dépendance économique, les prix abusivement bas qui affectent un marché local (i-e inférieur à la dimension nationale). De plus elles ne doivent pas relever de l'art 81 et 82 CE et dépasser un seuil exprimé en chiffre d'affaires (pas de plus de 50 millions annuels et pas de chiffre d'affaire cumulés de plus de 100 millions d'euros). Il ne faut pas de plus que la pratique est fait l'objet d'une saisine devant l'Autorité de la concurrence.

La DGCCRF peut procéder à l'instruction et à l'issue de celle-ci le ministère peut enjoindre aux entreprises de cesser ces pratiques. Il peut aussi proposer une transaction aux entreprises qui doit être à la fois inférieur à 75 000 € et à 5% du chiffre d'affaires réalisé en France. En cas de refus l'Autorité de la concurrence est saisie.

## ***2) La mise en œuvre par les juridictions ordinaires***

### ***a) La répression pénale des pratiques anticoncurrentielles***

L'art 420-6 dispose que « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2. »

L'ordonnance de 86 a largement dépenalisé la matière, les sanctions du conseil de la concurrence ont remplacées les sanctions pénales. Mais cette incrimination pénale spécialisée a été conservée.

Il y a 4 éléments constitutifs de l'infraction :

- l'œuvre d'une personne physique (les PM sont déjà exposées à de lourdes sanctions)

- une pratique anticoncurrentielle d'entente, d'APD ou d'abus de dépendance économique (pas de prix abusivement bas ici // volonté ou inadvertance du législateur ?)

- l'auteur doit y avoir pris part personnellement et de façon déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de la pratique incriminée. Le texte écarte toute présomption de culpabilité du dirigeant notamment.

- l'acte doit être commis frauduleusement (sens peu clair), la simple conscience de luire ne doit pas suffire, selon l'interprétation stricte du droit pénal il faut la preuve de l'intention de la volonté de tromper les partenaires économiques (élément moral).

Les poursuites pénales ont lieu dans le cadre du droit commun, mise en œuvre de l'action publique par son ministère, un dossier est adressé au procureur de la république, les victimes peuvent porter plainte...

## ***b) L'application du droit de la concurrence par les juridictions civiles et commerciales***

Les litiges relatifs à l'application de l'interdiction des ententes, des abus de domination et des pratiques des prix abusivement bas peuvent être portés devant le TGI ou les tribunaux de commerce (TC), mais le nombre de juridictions territorialement compétente est limité par décret. L'application des règles de concurrence se rencontre à l'occasion de 2 types de litiges :

### Le contentieux de la validité des actes :

Si les actes en question violent le droit de la concurrence il est censé être nul conformément à l'art 420-3 du code de commerce. De plus l'art 81 du CE précise que les « accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit ». En pratique la nullité concerne surtout une clause du contrat (une clause d'exclusivité d'approvisionnement par exemple) par conséquent si cette clause est l'élément constitutif du contrat, tout le contrat sera nul. Il peut être nul car constituant en lui-même un APD ou un abus de dépendance économique.

Mais l'art 420-3 ne vise pas la pratique des prix abusivement bas mais cela n'échappe pas à une répression car le contrat serait nul car contraire aux dispositions de l'ordre public (art 6 du Code Civil). La nullité est absolue et peut être soulevée par tout intéressé, de plus le tribunal doit la soulever d'office. Mais l'exception de nullité est plus souvent invoquée par le biais d'une demande d'exécution ou de résolution judiciaire d'un contrat et de dommages et intérêts.

Il faut rappeler que l'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour statuer sur la validité civile d'un contrat, le tribunal est libre de la consulter mais n'est pas lié par son avis.

### Le contentieux de la réparation :

Cette catégorie de litige concerne la responsabilité extracontractuelle des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. La victime demande alors réparation du préjudice subi par des dommages et intérêts ou par l'interdiction de poursuivre la pratique visée. // art 1382 et 1383 du Code civil.

Le dommage est dur à chiffrer, la somme pourra être symbolique, la vraie sanction sera l'interdiction de la pratique pour l'avenir. C'est ce qui explique sûrement le nombre limité de ces actions. Alors que la commission européenne souhaite un développement de celle-ci comme aux Etats-Unis, elle y voit un puissant moyen de lutte contre les ententes injustifiables.

## **Section 2 : La mise en œuvre des règles communautaires de concurrence**

### **1) La répression des ententes et des abus de position dominante**

// Règlement 1/2003 qui conserve la règle des compétences parallèles : communautaire et nationale.

### **a) Compétence de l'autorité communautaire**

Ce règlement confie à la commission européenne de veiller au respect des infractions des articles 81 et 82 du traité. Elle peut se saisir d'office ou par une plainte d'un état membre ou d'une PP ou PM faisant valoir un intérêt légitime. La commission procède à un examen de l'affaire si elle présente un intérêt communautaire suffisant à ses yeux, et que les faits sont suffisamment étayés, elle ouvre la procédure. Sinon décision de rejet motivée.

Le commission a des pouvoirs d'enquête étendus, ces fonctionnaires peuvent, sur mandat écrit de la commission, auditionner, perquisitionner dans les locaux de l'entreprise sur toute l'étendue de L'UE. Mais la commission mène ses enquêtes en liaisons avec les autorités compétentes des états membres et doit respecter les dispositions nationales relatives à la liberté individuelle. En France elle doit donc respecter l'art 450-4 du code de commerce.

La procédure est contradictoire et l'entreprise ne peut être condamnée que pour des griefs qui ont été portés à sa connaissance. Elle doit avoir accès au dossier, et voir son droit de la défense respecté.

La commission peut aussi adjoindre les entreprises de cesser leur comportement anticoncurrentiel et de prendre des mesures correctives qu'elle juge nécessaires. Dans les cas graves une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires peut être prononcé. Elle n'hésite pas à réclamer de grandes amendes parfois de plusieurs millions d'euros. L'acceptation des engagements proposés par la commission de la part des entreprises met fin à la procédure.

La décision est publiée, un recours est possible devant le tribunal de première instance des communautés pour une annulation ou un recours de pleine juridiction.

### **b) La compétence des autorités et juridictions nationales**

Les autorités nationales sont compétentes pour appliquer les art 81 et 82 du CE, mais cette compétence à un fondement différent selon les juridictions spécialisées ou ordinaires.

Pour les premières c'est le règlement 1/2003 qui attribue cette compétence à l'Autorité de la concurrence par exemple. D'ailleurs le droit communautaire n'est pas la seule base aux poursuites nous l'avons vu précédemment. D'où les fréquentes doubles condamnations. De plus la commission et les autorités spécialisées collaborent et coopèrent formant un réseau. Même si l'autorité nationale n'est que subsidiaire.

Les juridictions ordinaires sont compétentes par l'effet direct du droit communautaire et sa primauté sur le droit interne (73).

## **2) L'exemption des ententes compatibles avec le marché commun**

### **a) L'exemption individuelle**

Système actuel est celui de l'exception légale, l'art 1<sup>er</sup> du règlement 1/2003 précise que les accords qui remplissent les conditions de l'article 81§3 ne sont pas interdits. Toute juridiction qui peut appliquer l'interdiction édictée par l'art 81§1 peut appliquer l'exemption.

Avant la commission seule décidait des exemptions, mais les juridictions devaient alors condamner une entente remplissant les conditions de l'art 81§3. De plus les entreprises voulant être exemptées devaient notifier leurs ententes. Et celle-ci était réputée illicite et nulle de plein droit si elle n'était pas accordée par une décision formelle de la commission. Procédure bien trop lourde voire injuste.

### **b) L'exemption par catégorie**

Un règlement d'exemption définit une catégorie d'accords, dont on présume qu'ils remplissent les quatre conditions posées par l'article 81§3 (voir si dessus [4\) justification des ententes](#)). En principe, les accords qui entrent dans cette catégorie bénéficient de plein droit de l'exemption.

La commission en a fait un large usage, notamment dans les domaines de la distribution, de la recherche, des transferts de technologies et des transports. Elle peut également en retirer le bénéfice si elle estime que les conditions ne sont plus remplies.

Pour conclure, pour savoir si un accord peut être susceptible d'une exemption il faut successivement :

- regarder si il correspond à une catégorie bénéficiant d'un règlement d'exemption.
- sinon regarder si l'accord remplit les conditions de 81§1 // effet négatif sur le commerce entre état membres justifiant une interdiction.
- puis celles de 81§3 pour qu'il bénéficie d'une exemption individuelle.
- enfin si l'accord n'est compatible avec aucune des dispositions précédentes, il est conseillé de mettre fin à cet accord ou de le modifier.

## Sous-titre 2. Le contrôle des concentrations d'entreprises

---

**Concentration** : regroupement d'entreprises entraînant

- une modification durable des structures de marché
- une perte de l'indépendance des différentes entreprises regroupées
- renforcement du pouvoir économique de l'ensemble

Contrôlées par une autorité de concurrence. Soit national, soit communautaire.

### Chapitre 1. Le contrôle des concentrations en droit interne

Traditionnellement, la France était hostile aux contrôles des concentrations. Ententes => rentabilité, compétitivité.

Arguments en faveur du contrôle :

- paradoxal de condamner les ententes sans surveiller les concentrations
- abus de position dominante : si la position est vraiment puissante, l'abus est forcé
- ⇒ il faut se doter d'un dispositif juridique permettant de faire obstacle aux opérations les plus dangereuses.
- ⇒ **Loi du 19 juillet 1977** : contrôle des concentrations par crainte de la mise en place d'un contrôle communautaire. Cependant, fut peu appliquée.
- ⇒ **Loi NRE du 15 mai 2001** : élargi le champ de contrôle, qui devient systématique, le conseil de la concurrence a cependant un rôle réduit.
- ⇒ **Loi du LME du 4 août 2008 + ordonnance du 13 novembre 2008** : mutation radicale de la compétence de contrôle à la nouvelle autorité de la concurrence.

### Section 1. Les concertations soumises au contrôle

Deux conditions au contrôle : - définition de la concentration - importance économique

#### 1§ Définition de l'opération de concentration

**Art L430-1 I Ccom.** Concentration = - fusion de plusieurs entreprises indépendantes ou prise de contrôle d'une entreprise sur une autre.

- Fusion : plusieurs patrimoines deviennent uniques.
- Contrôle : le plus souvent, prise de participation dans le capital d'une autre société.

**Art L140-1 III Ccom.** Contrôle découle de l'augmentation d'influence, soit par propriété, jouissance, droits ou contrats qui donnent influence sur la gestion de l'entreprise.

- Entreprise commune = société créée par deux entreprises concurrentes pour réaliser une tâche commune.
- Entreprise commune coopérative = concertation, coopération
- Entreprise commune concentrative = fonction d'entreprise grâce aux actifs apportés

## 2§ L'importance économique de la concentration

Seuils à atteindre : **art L140-2-I Ccom.**

- Total du chiffre d'affaire des entreprises qui se concentrent : 150 M euros
- 2 au moins des entreprises : Chiffre d'affaire : 50 M en France
- L'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement communautaire 139/2004

*Exceptions* : Seuils spéciaux pour les DOM. Seuils baissés pour la vente au détail (75 M et 15 M).

## Section 2. L'organisation du contrôle

Opération doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence a priori. Suspension de la réalisation de l'opération.

### 1§ Le déclenchement du contrôle

- Examen sommaire de l'opération
- Examen approfondi de l'opération

### 2§ L'exercice du contrôle

#### A\ L'examen sommaire (phase 1)

- ⇒ **L 1430-5 Ccom.**
- ⇒ Pas plus de 25 jours.
- Soit l'opération n'entre pas dans le champ d'application du contrôle.
- Soit autorisation de la concentration.
- Soit doute sérieux d'atteinte à la concurrence => elle passe au contrôle approfondi.

*Si pas de décision, alors délai de 5 jours et autorisation ou demande d'examen approfondi par le ministre.*

#### B\ L'examen approfondi (phase 2)

- Délai de 65 jours
- Prolongement possible de 20 jours
- L'opération porterait atteinte à la concurrence ? Critère : création ou renforcement d'une position dominante. Ou d'une puissance d'achat.
- Bilan concurrentiel de l'opération : quels effets réels de la concentration ? progrès économique ?

Trois sortes de décisions possibles :

- Interdiction de l'opération : enjoint de prendre les mesures nécessaires pour rétablir la concurrence
- Autorisation de l'opération en assortissant l'autorisation d'une injonction de prendre les mesures propres à assurer une concurrence suffisante ou à apporter au progrès éco et social une contribution suffisante.
- Autorisation de l'opération : subordonnée à la réalisation des engagements pris par les partis.

Décision toujours motivée. En pratique : rarement d'interdiction pure. => Autorisation sous conditions.

#### C\ Les prérogatives du ministre

Pouvoir exceptionnel d'intervention à l'autorité politique => **art L430-7-I.** Pouvoir de décision :

- Peut demander un examen approfondi à l'autorité de la concurrence.
- Peut, en fin d'examen approfondi, statuer sur l'autorisation ou l'interdiction, en fonction de motifs d'intérêts généraux.

### 3§ Les sanctions du contrôle

- Sanctions pécuniaires par l'Autorité de la Concurrence => L430-8
  - o Sanction de l'obligation de notification
    - Injonction de notification sous astreinte ou d'y renoncer + sanction pécuniaire
  - o Sanction de la décision
    - Sanction pécuniaire + retrait de la décision d'autorisation
- Cas où l'autorisation débouche sur un abus de position dominante ou de dépendance économique : injonction possible de modifier, compléter ou résilier, les actes constitutifs de la concentration.

## Chapitre 2. Le contrôle des concentrations en droit communautaire

Origine : aucun contrôle. Seulement répression de l'abus de position dominante.

Cependant : marché commun rapproche les entreprises et la constitution de groupes à l'échelle européenne.

Règlement du 21 décembre 1989 : seuil retenu de 5 milliards d'écus. Remplacé par le règlement du 20 janvier 2004.

### Section 1. Le champ d'application du contrôle

Définition :

- Fusion d'entreprise
- Toute opération plaçant une entreprise sous le contrôle d'une autre
- Création d'une entreprise commune qui accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.
- S'applique aux opérations de dimension communautaire
  - o Montant supérieur à 5Md d'euros
  - o 2 entreprises doivent réaliser plus de 250millions à l'intérieur de l'Union

Exceptions :

- Ne s'applique pas quand chacune des entreprises réalise plus de 2/3 de son chiffre d'affaire à l'affaire à l'intérieur d'un Etat membre.
- Disposition pour renvoyer aux états membres

Indifféremment du lieu du siège social des entreprises. Seul critère : chiffre d'affaire.

### Section 2. L'exercice du contrôle

Conséquence : l'opération relève **exclusivement** de la compétence du droit communautaire.

- Notification obligatoire de la concentration.
  - Notification préalable.
- ⇒ Délais brefs pour la commission (25 jours). Puis 90 jours.
- Critères d'appréciation de la concentration :
- Incidence sur la concurrence
  - Incidence sur le progrès économique et social

En pratique :

- Existence ou non d'une entrave à la concurrence effective (position dominante)

- Mais doit tenir compte de la structure du marché, offre et demande, intérêt des consommateurs et évolution du progrès technique et économique.

Sanctions :

Amende de 10% du CA total

# Troisième partie : La distribution

---

XIX<sup>ème</sup> siècle : révolution industrielle → XX<sup>ème</sup> siècle : révolution commerciale : distribution de masse.

- Méthodes de la grande entreprise : supermarchés, hypermarchés par l'intermédiaire de centrales d'achat qui concentrent la demande. => pouvoir de négociation considérable.
- Les fabricants de produits de marque ont cherché à contrôler la vente de leur produits.
  - o Mise en place de réseaux de vente, on impose un style, méthode de vente.

## Titre 1. L'encadrement légal de la distribution

La loi règle les rapports verticaux entre fournisseurs, acheteurs et consommateurs, avec plusieurs buts :

- Amélioration de la concurrence
- Protection du commerce traditionnel
- Défense des producteurs
- Protection des consommateurs
- ⇒ Faire respecter une certaine égalité entre les opérateurs concurrents
- ⇒ Instaurer un rapport équilibré entre fournisseurs et distributeurs

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

- ⇒ On impose la transparence des prix et des conditions de vente, de façon autoritaire, sous la menace de la sanction pénale

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

Pratiques discriminatoires réprimées depuis les décrets de 1953 et 1958. Reprise dans une ordonnance de 1986 et dans l'**article L 442-6-I Ccom.**

A l'origine : objet limité de l'interdiction : seulement la pratique habituelle des conditions discriminatoires de vente ou des majorations discriminatoires de prix. Cependant elle était sévèrement réprimée pénalement => assimilée à la pratique de prix illicites.

Les fabricants de produits de marque s'estimaient lésés par les distributeurs. Or réussite commerciale de la nouvelle distribution, donc les commerçants traditionnels s'estimèrent aussi victimes de discrimination.

- ⇒ **Loi Royer, loi de l'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973** : protection du commerce de détail : supprime la condition d'habitude pour la loi pénale.
- ⇒ **Extension de la loi dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986** : interdiction d'obtenir des avantages discriminatoires (les fabricants s'étaient plaints de l'influence trop grande de la grande distribution).

But de l'article 36 de l'ordonnance de 1986 : maintenir une certaine égalité entre les opérateurs.

- ⇒ Interdiction de vente discriminatoire et de refus de vente pour que les distributeurs fussent placés sur un pied d'égalité avec les fournisseurs.
- ⇒ Est passé dans l'art 442-6-I Ccom.

Interdiction *per se* :

- o Interdiction sans possibilité d'examen ou de traitement au cas par cas en fonction des circonstances de l'espèce.

- Vivement critiqué : accusé d'interdire les négociations commerciales entre un fournisseur et les distributeurs, faire obstacle à la baisse des prix.
- Accusé de favoriser des pratiques de détournement.
- ⇒ **Loi LME du 4 août 2008** : Abrogation de l'article L442-6-I Ccom. Discrimination n'est plus condamnable en tant que telle. Les fournisseurs et les distributeurs peuvent librement négocier.
- ⇒ **Cependant art L420-1** : si discrimination du fait d'entente, elles sont prohibées.
- ⇒ **Art L420-2** : ou abus
  - Seulement en raison de leur objet ou de leur effet restrictif de concurrence

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

Circulaire **Delors** du 18 mai 1984 : transparence tarifaire. => Obligation aux fournisseurs de communiquer le barème des prix. => contribue à une meilleure connaissance de l'offre.

Pour autant, trop de transparence peut nuire à la concurrence. Conciliation possible de la transparence dans les rapports verticaux et opacité dans les rapports horizontaux ? La transparence va dans le sens de la concurrence et de la lutte contre la concurrence déloyale. => permet l'information des consommateurs et des autres vendeurs, pour les pratiques discriminatoires.

### **1§ L'obligation de communiquer les conditions de vente**

**Art L441-6 al 1<sup>er</sup> Ccom.** Obligation d'information: conditions de vente, barème des prix, réductions de prix, conditions de règlement.

⇒ **Loi Royer. (27 décembre 1973)**

Sanction : responsabilité civile de l'auteur, et pénalité de retard et amendes.

### **A\ Les mentions devant figurer dans les CVG (conditions générales de vente)**

Rédaction obligatoire des CVG.

Obligation de réglementer les délais de paiement et les pénalités de retard.

Délai règlement : librement fixé par les parties (à condition de ne pas dépasser 45 ou 65 jours). Dans le silence, c'est 30 jours.

Taux des intérêts de retard obligatoirement précisés :

- Exigibles sans mise en demeure.
- Taux : si le contrat le prévoit, il ne peut être plus de 3 fois inférieure au cours légal. Cours légal : taux d'intérêt de la Banque Centrale européenne, majoré de 10 points.

⇒ L'article 441-6 Ccom. Limite la liberté contractuelle et la libre négociation.

### **B\ Les CVG différenciées et les conditions particulières**

Assouplissement du cadre de la négociation commerciale : loi LME.

Deux exceptions à la règle de l'unicité des CVG dans l'article **441-6**.

- Le fournisseur peut adopter des CVG adaptée à chaque catégorie particulière des demandeurs (détaillants, grossistes...)
- Admission des conditions particulières de vente, non soumises aux obligations de communication aux concurrents de l'acheteur.

### **2§ L'obligation de délivrer une facture**

**Art L441-3 Ccom.** => Tout achat de produit ou prestation de service pour une activité professionnelle. Double exemplaire.

## A\ Le principe de facturation

- Principe de l'obligation de la facture pour les deux parties. Domaine : toutes les opérations professionnelles.

## B\ Mention de la facture

- Identification (date, nom, prix unitaire)
- Réductions de prix
- Date du paiement

### a) Les réductions de prix

Montant exact des rabais pas connu au moment de la facturation. Parfois même demandées à l'occasion d'un évènement, sans que le fournisseur ait pu les prévoir.

**Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 : article 31, al. 3** : la facture doit mentionner tout rabais, remises, ristournes dont « le principe est acquis et le montant chiffrable lors de la vente ou de la prestation de service, quelle que soit leur date de règlement ».

**Loi Galland : 1<sup>er</sup> juillet 1996 : (art 441-3 Ccom.)** : la facture doit mentionner toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévues par la facture.

Champs d'application de l'obligation : moins large. Obligation moins lourde mais pour les distributeurs : plus facile de pratiquer la revente à perte.

### b) La date à laquelle le paiement est dû

Souvent, délais de paiement trop longs. Mais difficultés à limiter la liberté de négociation des parties.

Aucune règle générale fixant la durée maximum de paiement sauf pour certains produits déterminés. Cependant, transparence demandée : la facture comporte la date à laquelle le règlement doit intervenir. Et le taux des pénalités en cas de retard de paiement (**loi NRE**).

## C\ Les sanctions

**Loi du 29 janvier 1993** : aggravation des sanctions pour non respect de la facturation. **Art L441-4 Ccom** : amende de 75 000 euros ou de la moitié de la somme facturée. Personnes morales responsables. (Sanction au quintuple) et exclusion des marchés publics pour 5 ans (**art 441-5**).

### 3§ La convention globale et la coopération commerciale

Contrats de coopération commerciale : services réciproques entre fournisseurs et distributeurs contre rémunération. => Licites. Mais peuvent dissimuler des avantages financiers (remises occultes).

- ⇒ Formalisation obligatoire par écrit.
- ⇒ Convention globale qui réunit l'ensemble des prestations stipulées par les cocontractants.

Article L441-7 Ccom : une convention écrite indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation.

Trois catégories de prestation :

- Opération de vente
- Coopération commerciale
  - Facturation distincte de celle de la vente
- Autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre fournisseur et distributeur.

Sanctions : 75 000 euros et pour les personnes morales, peuvent être pénalement responsables ;

### Section 3. L'interdiction de la revente à perte

**Art L442-2 al 1<sup>er</sup> Ccom:** revente à perte punie de 75 000 euros d'amende.

Introduite pour la 1<sup>ère</sup> fois en France, dans la loi de finances du 2 juillet 1963, abrogé ensuite par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996. → articles L442-2 et 442-4 Ccom.

#### 1§ Raison d'être de l'interdiction

- ⇒ Dommages faits aux concurrents du revendeur à perte. La grande distribution pratique le *prix d'appel* : vente d'un bien à un prix bas, à des fins publicitaires. Les commerces traditionnels ne peuvent faire de même. → concurrence déloyale donc protection des pouvoirs publics.
- ⇒ De plus dommage faits aux consommateurs : on les attire par certains prix très bas sur des biens, et des prix beaucoup plus hauts sur d'autres.
- ⇒ Egalement critiquée par les fournisseurs au motif qu'elle obscurcit la vision du marché et laisse croire que certains fournisseurs font des rabais discriminatoires.

Les prix extrêmement bas sont condamnés lorsque ce sont des **prix prédateurs** : destinés à exclure un concurrent du marché.

#### 2§ Quatre conditions de l'interdiction

- Revente doit être l'œuvre d'un commerçant
  - Exception profitant aux petits commerçants : ne s'applique pas dans une surface de vente de moins de 300m<sup>2</sup> (aliments) ou 1000m<sup>2</sup> (non aliments) => **loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996**
- La revente est condamnable, non la vente
  - Ainsi que d'annoncer la revente
- Seule la revente des produits en l'état est punissable
  - Sauf si prix abusivement bas : art L420-5
- Il faut une perte : le prix de revente doit être inférieur au prix d'achat effectif
  - Prix d'achat effectif = prix unitaire figurant sur la facture (loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996)

Pratique des marges arrières = ensemble des remises et avantages financiers dont le montant n'est pas connu au jour de la facture. Avantage pour les :

- ⇒ Grandes distributions : remises élevées demandées aux fournisseurs, occultes
- ⇒ Industriels : le seul artificiellement élevé de la revente à perte fonctionne comme un prix minimum de revente imposé.

Développement inquiétant de cette pratique entre 96 et 05, donc révision de l'article 442-2 : abaissement du seuil de la revente à perte : le prix sur la facture peut être minoré des autres avantages financiers.

#### 3§ Les sanctions

- ⇒ Revente à perte = délit pénal
  - Responsabilité des personnes physiques (75 000 euros d'amende)
  - Jurisprudence retient la responsabilité des dirigeants de société et de magasins.

### Section 4. L'interdiction des ventes avec prime

**Art L121-35 al 1 et 2 Ccom.** : Sauf faible valeur, interdiction d'offrir un produit, bien ou service à titre gratuit en plus de celui payant, sauf si identique à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation.

Ordonnance de 1986 : interdiction des ventes à prime. Avant (loi du 20 mars 1951) elle était sévèrement règlementée, afin d'éviter que le consommateur ne fut abusé par le prix qu'il croit bas.

**Vente à prime :**

- Opération principale de vente ou de prestation de service ou une offre avec un consommateur, et non professionnel. Les cadeaux sans obligation d'achat ne comptent pas.
- Délivrance de la prime
  - o Produit ou service non identique à celui qui fait l'objet de l'opération principale
  - o Produit ou service gratuit

## Chapitre 2. La recherche de rapports équilibrés entre fournisseurs et distributeurs

L'opérateur économique puissant a tendance à imposer ses conditions à son partenaire plus faible. Cela limite la liberté contractuelle. C'est pourquoi on interdit les clauses et les comportements abusifs.

Quelques interdictions :

- Imposition du prix de revente par un fournisseur
- Imposition par les distributeurs aux fournisseurs l'octroi d'avantages financiers et conditions de vente

### Section 1. L'interdiction de la revente à prix imposé

**Art L442-5 Ccom.** Amende de 15 000 euros pour imposer un prix. => **article 34 de l'ordonnance de 1986.** => Interdiction *per se*, sans justification ou exception.

Imposer les prix = contrôler les prix au détail des produits et s'assurer une marge de profit, et donner à ses produits l'image de produits de luxe.

De plus ça empêche la concurrence entre les revendeurs.

Droit communautaire : position proche du droit français.

**Loi du 10 aout 1981** : oblige les éditeurs et les importateurs à fixer le prix de vente minimum et uniforme des livres vendus au détail (inapplicable aux livres importés, car obstacle à la libre circulation des marchandises).

Cependant l'article n'interdit qu'un prix minimum, pas un prix maximum. Les prix simplement conseillés ou recommandés sont licites. Mais interdits si ils sont le fait d'une entente.

### Section 2. Les pratiques restrictives condamnées par l'article L442-6 du code de commerce

**Loi Galland : loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996** : supprime l'interdiction du refus de vente ou des ventes liées + condamne une nouvelle série de pratiques restrictives.

Enrichissement des pratiques restrictives :

- Citées dans **L442-6 Ccom.**
- **Loi NRE du 15 mai 2001**
- **Loi du 2 août 2005 en faveur des PME**
- **Ordonnance du 13 novembre 2008**

### 1§ les comportements sanctionnés

- Les clauses contractuelles créant un déséquilibre entre les prestations (on sanctionne la lésion dans les rapports verticaux)
- Les conditions de vente et des comportements *anormaux* par rapport aux usages habituels du commerce

### A\ La condamnation de la lésion dans les rapports verticaux

Responsabilité civile ou la nullité du contrat, lorsqu'on obtient un avantage sans contrepartie ou disproportionné.

*a) L'interdiction générale de la lésion dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs*

Lésion = déséquilibre objectif entre les prestations (en droit civil, la lésion n'est pas forcément sanctionnée). L'article 442-6 la sanctionne par la responsabilité civile délictuelle de son auteur.

*b) La sanction de la lésion dans les contrats de coopération*

Article L442-6 : on sanctionne le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial ou disproportionné.

Hypothèses d'un contrat de coopération commercial avec des avantages disproportionnés obtenus par le distributeur, ou la réduction de prix exigé du fournisseur par une centrale d'achat.

*c) La lésion résultant d'une remise rétroactive*

⇒ Nullité du contrat

*d) La Lésion dans les accords de référencement*

Référencement = pratique des centrales d'achat qui sélectionnent les fournisseurs pour approvisionner les magasins de distributeurs. Pour le référencement, le fournisseur doit fournir un avantage sans contrepartie : déséquilibre entre les prestations.

Sanctionné par l'article 442-6. Trois conditions à réunir :

- Rapports entre professionnels
  - L'acheteur doit tenter d'obtenir un avantage préalable à la passation de commandes.
  - Absence de contrepartie constatée par écrit.
- ⇒ nullité

**B) La condamnation des conditions commerciales ou des comportements anormaux ou abusifs**

⇒ **Art 442-6** : condamnation de la dépendance dans laquelle le distributeur tient ses fournisseurs.

*a) Suppression de la condamnation per se de l'abus de dépendance économique*

But : limiter des excès de la grande distribution, notamment, en matière de référencement. Echec à cause des conditions rigoureuses d'application de l'article 420-2 mise en pratique par le Conseil de la concurrence.

- ⇒ Abus de dépendance = pratique anticoncurrentielle = prohibée si atteinte au marché. => rare
- ⇒ **Loi NRE** : séparer la répression de l'abus de dépendance de la condition d'atteinte au fonctionnement du marché. Mais texte non appliqué et abrogé en 2008 qui retient la **sanction générale de la lésion contractuelle**.

*b) Les stipulations manifestement dérogatoires aux CVG*

En plus d'exiger un avantage anormal, souvent l'acheteur brandit la menace d'une rupture des relations commerciales : **déréférencement**. => Responsabilité civile par l'article 442-6-I.

Comportement fautif :

- Obtention ou tentative d'avantages (prix ou livraison)
- Caractère anormal de l'avantage
- Menace de rupture brutale des relations commerciales

*c) Les conditions de règlement abusives*

Compte tenu des bonnes pratiques et des usages : soumettre un partenaire à des conditions abusives engage la responsabilité de son auteur. => Essentiellement des délais excessivement longs.

#### *d) La rupture brutale des relations commerciales*

L'article 442-6 n'interdit pas le déréférencement mais la rupture sans **préavis suffisant** et en cas de **relations commerciales établies**.

#### *e) Refus ou retour des marchandises*

Plaintes des fournisseurs : que les distributeurs décident de façon discrétionnaire de refuser la livraison des marchandises ou les retourner sous prétexte d'un retard ou d'un défaut de conformité. Ou encore, si retard, d'imputer des pénalités de retard sur le prix facturé par le fournisseur.

Loi du 2 août 2005 : nouveau cas de responsabilité : lorsque ce refus n'est pas lié à une dette certaine, liquide et exigible, sans que le fournisseur n'ait pu en contrôler la réalité.

#### *f) L'atteinte à l'intégrité d'un réseau de distribution*

Responsabilité : « le fait de participer 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 ».

Faute : si un vendeur non agréé à vendre certains produits se rend complice de la violation de son engagement par le revendeur agréé afin que celui-ci lui livre les produits.

### **2§ La sanctions des pratiques visées par l'article L 442-6 du code de commerce**

#### **A\ Nature de la sanction**

Avant 1986 : pratiques individuelles pénalement sanctionnées => prix illicites. Dirigeants d'entreprise : peines d'amende et d'emprisonnement.

Ordonnance de 1986 : moindre sévérité => obligation de réparer le préjudice causé.

⇒ Existence d'une présomption de faute.

Le ministre : peut demander la cessation sous astreinte de la pratique dénoncée ou réparation du préjudice subi.

Loi NRE : renforcement de la sévérité. => Possibilité de nullité des clauses ou contrats illicites, répétition de l'indu et une amende civile (max : 2 millions d'euros).

Seulement si demandées par le ministre ou le ministère public.

Cependant nullité absolue des contrats contraires à l'ordre public économique.

#### **B\ Mise en œuvre de la sanction**

Deux catégories de personnes peuvent agir en responsabilité :

- Les personnes justifiant d'un intérêt (victimes, ou associations)
- Ministère public, le ministère de l'économie, le président de l'autorité de la concurrence
  - Surprenant car représentent un intérêt général et non pas privées : justifié par la peur des victimes d'agir en justice à cause de représailles ultérieures, de plus défense de l'intérêt collectif.
  - Action civile = forme atténuée de l'action publique.

Juridiction compétente : tribunal civil ou commercial.

Avis simple possible de la Commission d'examen des pratiques commerciales : délai max de 4 mois (sursis de toute décision, sauf mesures urgentes ou conservatoires).

- Possibilité d'une action en référé : demande de mesures provisoires.

