

# DROIT COMMERCIAL

---

## SECTION I : LA NOTION D'ENTREPRISE

### Définition

- Une **entreprise** est un ensemble de moyens humains, financiers et matériels affecté à l'exercice d'une activité économique. L'entreprise est dépourvue de personnalité juridique (*l'aptitude à exercer un droit ou à subir une obligation*).
- Une **personnalité juridique** est une aptitude à exercer un droit ou à subir une obligation
- Un **patrimoine** est un ensemble de droits et obligations attachés à une personne.

### **I) LES ELEMENTS CARACTERISANT L'ENTREPRISE**

Il n'y a pas de définitions juridiques donc c'est au juge de définir l'entreprise.

#### **A. L'absence de personnalité juridique**

L'entreprise n'a pas d'accès à la vie juridique car elle n'a pas de personnalité juridique, il faut une personne physique ou morale qui soit reconnue par l'entreprise. L'entreprise **n'est pas un sujet de droit**. Comme elle n'a pas de personnalité juridique, elle n'a pas de patrimoine propre, elle n'a pas de droit réel (*portant sur des choses*), elle ne peut pas avoir de créances ou de dettes. Ce sera le propriétaire de l'entreprise (*physique ou morale = société*) qui sera titulaire des droits de l'entreprise et de ses obligations.

En revanche, l'entreprise peut être **considérée comme un objet de droit** c'est-à-dire un bien corporel que l'on peut acheter et vendre car elle peut se transmettre en cas de succession au sein du patrimoine d'une personne.

#### **B. L'exercice d'une activité économique**

Pour qu'ils y aient une activité économique, il faut qu'il y ait trois conditions :

- **L'activité doit être exercée de manière autonome** pour que l'entreprise existe l'activité doit être réalisée pour le compte et pour le profit de cette même organisation, il faut qu'il y ait une autonomie de décisions des dirigeants.
- Il faut qu'il y ait **une répétition d'acte déterminé** correspondant à un programme (*quelqu'un qui va faire un acte de commerce une seule fois n'aura pas d'entreprise mais si vous le faites tout le temps vous devenez entrepreneur. En bref un acte isolé n'est pas un acte de commerce.*)
- L'activité doit **avoir un caractère économique**. Une activité économique qui doit avoir pour objet la production et échanges de biens ou de services sur le marché. La recherche de profit est indifférente (*une association à but lucratif peut être considéré comme une entreprise*). Les entreprises regroupent beaucoup d'activités commerciales, industrielles, artisanales, agricoles et même les professions libérales. Peu importe le statut juridique sur lequel est exercée l'activité. Donc la notion de l'entreprise est plus large que la société car elle inclut les associations, les entrepreneurs individuels (*Les gens qui entreprennent à titre individuels (médecins, architecte ...), cela sont des entreprises.*)

#### **C. Un ensemble de moyens nécessaire à cette activité**

Pour être une entreprise il faut qu'il y ait des moyens humains (*les salariés, les dirigeants*), biens matériels (**corporels** = matériel, outillage et marchandises ou **incorporels** = non commercial, clientèle, brevet). Il faut avoir des capitaux nécessaires à l'activité apporté par des chefs d'entreprises, des établissements financiers, des dirigeants ou des actionnaires.

## II) LES DEUX CATEGORIES D'ENTREPRISES COMMERCIALES

L'entreprise se confond avec l'entrepreneur.

### A. L'entreprise individuelle

La création d'une entreprise individuelle résulte de l'affectation par un entrepreneur de certains de ses biens personnels au bénéfice de son activité. L'entreprise individuelle est exercée par une personne physique qui est seule qui n'a pas d'associés.

Il existe plusieurs statuts : artisans, professionnels libéraux, commerçant ... Elle n'a pas la personnalité morale. Le patrimoine de l'entreprise se confond avec le patrimoine de l'entrepreneur (*personne physique*) de celui qui l'exploite.

On parle **d'unité du patrimoine** (le principe de l'unité du patrimoine) :

- **Article 2098 du code civil** : « **Le patrimoine d'une personne est unique et indivisible** ». L'activité de l'entreprise se confond avec les personnes qui les gèrent.

Les biens de l'entreprise seront les propriétés de l'entrepreneur lui-même au même titre que ces biens personnels.

### Les conséquences :

- Si l'entreprise a des difficultés, les créanciers de l'entreprise ont un droit de gage sur l'ensemble des biens de l'entrepreneur. La loi a voulu protéger les entrepreneurs au travers d'une **loi du 4 août 2008** qu'on appelle « **la loi de la modernisation de l'économie** ». On va permettre à l'entrepreneur de déclarer insaisissables l'ensemble de ses biens immobiliers non affectés à un usage professionnel (*cava plus loin que la résidence principale, la résidence secondaire*). Mais il faut faire des déclarations préalables devant le notaire. Le but principal est de protéger la famille de l'entrepreneur.
- En cas de cession (*vente*) d'une entreprise individuelle, seuls les biens professionnels peuvent être vendus. Donc l'acquéreur ne peut acheter que l'actif et les créances et les dettes qui sont nées de l'exploitation resteront attachées à l'entrepreneur.
- La transmission pour cause de mort est soumise aux règles des droits de successions. Les conséquences fiscales sont
  - ✗ Des droits de mutations élevés (*changement de propriétaire*)
  - ✗ Pour les héritiers ils devront se partager les dettes.  
S'il y a plusieurs héritiers, l'entreprise va tomber dans l'indivision ce qui peut compliquer la situation parce qu'il faut se mettre d'accord pour gérer le bien ensemble et le vendre.  
Par contre, on peut attribuer à l'entreprise « **l'attribution préférentielle de l'entreprise pour le conjoint survivant ou l'héritier qui a participé avant le décès de l'entrepreneur à la mise en valeur de l'entreprise par son travail à charge pour lui de verser aux autres héritiers une soulte** » (*estimant la valeur de l'entreprise pour dédommager les autres héritiers* \_ article 831 du Code Civil).

### B. La société commerciale

Pour pallier à ces désavantages on a créé des sociétés avec une personnalité juridique différente de celle des personnes physiques qui gère l'entreprise (=entrepreneur). Le patrimoine de l'entreprise sera bien différencié de celui qui exerce l'activité.

- **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 (savoir-faire) en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.**"

On a également par la suite développé des entreprises individuelles (EIRL), elles se distinguent des entreprises individuelles par deux caractéristiques

1. L'entrepreneur **peut exercer avec des associés**. Deux types de sociétés commerciales :

- ✗ **Sociétés des capitaux** : SA, SARL ... La responsabilité est limitée au montant des apports en capital
- ✗ **Société des personnes** : SNC ... Ils sont indéfiniment responsables des dettes de la société.

En pratique, les banques arrivent à détourner ses principes en demandant des cautions personnelles (*on dévie la protection des sociétés*). En tant que personnes physiques.

2. La société **a une personnalité juridique** à compter de son immatriculation(*ou siret*) pour avoir un extrait K-bis qui est la carte d'identité de l'entreprise (*nom du dirigeants, adresse ...*). La société est une personne morale qui va exploiter l'entreprise. Le patrimoine de la société ne comprend que les créances et les dettes qui sont nés de l'exploitation de l'entreprise; en cas de difficulté financière c'est la société qui répondra des dettes de l'entreprise sur son patrimoine propre. Qui lui-même est bien distinct du chef d'entreprise et de ses associés.  
En cas de cession, on va transmettre les dettes et les créances des sociétés à l'acquéreur. (*Mais on peut temporiser en faisant des closes de garanties de passif protégeant l'acquéreur d'un éventuel passif notamment des dettes fiscales*).  
Une même société peut gérer plusieurs entreprises, on parle d'établissement secondaire ou des succursales. A l'inverse, on peut avoir une société mère et des filiales là on aura la même entreprise qui a un groupe de société.

#### Exercice : Jurisprudence et définition de la notion d'entreprise

**Article L. 313-22**, si la banque ne fournit pas des informations il y a des conséquences importantes.

- **2 premiers arrêts :**

La cour d'appel a dit que ce n'était pas une entreprise. Vu que c'est une activité libérale en fait elle doit être reconnue comme une entreprise.

La cour d'appel avait dit que la SI n'était pas une entreprise, mais elle n'avait fait les recherches préalables, donc l'article du code monétaire était valable.

- **3ème arrêt :**

Une association doit être considérée comme une entreprise car elle a une activité à caractère économique, même si il n'y a pas de recherche économique. Donc elle dispose de cautions selon l'article.

**En résumé, la qualification des entreprises a des répercussions sur d'autres sphères du droit. L'entreprise n'est pas un sujet de droit n'a pas de personnalités juridiques, n'a pas de patrimoine distinct de celui de l'entrepreneur qui sera soit une personne physique soit une personne morale (=société). L'entrepreneur est seul titulaire des droits et des obligations qui naissent à l'occasion de l'exploitation de l'entreprise. On a deux types de structures juridiques : entreprise sociétaire et entreprise individuelle. Une entreprise ne peut pas exister sans moyens humains et ne peut exercer des activités spéculatives (*recherche de profit*)**

## SECTION 2 : LE FONDS DE COMMERCE, BIEN PRINCIPAL DE L'ENTREPRISE

### SOUS SECTION I LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

#### Définitions :

- Le **fond de commerce** est le bien principal de l'entreprise. C'est un ensemble de biens, corporels et incorporels, réunis pour attirer une clientèle, la développer ou la conserver afin de dégager du profit. Le fonds de commerce est une universalité de fait.
- **L'universalité de faits** est un ensemble de biens affectés à un but commun dépourvu de personnalité juridique.

#### **I) UNE UNIVERSALITE DE FAIT**

C'est un ensemble de biens qui peuvent être cédés ou démembrés. On peut céder l'ensemble ou plusieurs éléments du fonds. Le fonds de commerce peut être défini comme un bien constitué de l'ensemble de moyens permettant d'attirer une clientèle afin de dégager du profit. Comme il n'y a pas de personnalité juridique, il n'a pas de patrimoine autonome et les créances et les dettes qui sont générés par l'exploitation du fonds restent attachées à la personne du propriétaire du fonds de commerce. Quand on vend un fonds de commerce, on ne vend que ce qui constitue le fond (= tous les biens corporels). On ne vend pas les dettes contrairement à une société. On peut céder les contrats de travail des salariés, d'assurances, relatifs au fond.

#### **II) UN BIEN MEUBLE**

Il ne regroupe que des biens mobiliers car il regroupe que des biens mobiliers. Il ne comprend pas l'immeuble (*pas acheter le local du fonds de commerce même si celui qui exerce est propriétaire de murs doit donc faire deux ventes distinctes*). On cède le bail avec le fonds de commerce mais ce n'est pas obligatoire. Le fonds de commerce est distinct de l'immeuble dans lequel il est exploité. On transmet le droit au bail quand le commerçant est propriétaire des murs.

#### **III) UN MEUBLE INCORPOREL**

On dit que c'est un meuble incorporel car l'élément le plus important du fond est la clientèle. Pas de fonds de commerce sans clientèle. Quand on dit incorporels on dit brevet, enseignes, marques, noms commerciaux. Et quand on dit corporels on pense à l'outillage, au matériel, aux marchandises et aux mobiliers d'agencements. Le fond de commerce doit être distingué de la société car le fond de commerce n'a pas de personnalité juridique et est un objet de droit. Pour résumer, l'élément essentiel est la clientèle.

### SOUS SECTION II LES ELEMENTS DU FONDS DE COMMERCE

#### Définitions :

- La **clientèle** est l'ensemble des personnes attirées par les qualités personnelles du commerçant.
- **Achalandage** : clientèle de passage ou occasionnels.
- **Droit au bail** : droit d'utiliser les locaux pendant une certaine durée que le preneur commerçant (*ou locataire*) possède à l'égard du bailleur.
- **Les droits de propriété industrielle** : droits de nature incorporelle qui procurent à leur titulaire un monopole d'exploitation dont la protection est assurée par l'action en contrefaçon.

## I) LES ELEMENTS CORPORELS

### A. Le matériel

Mobilier commercial et industriel. L'équipement qui sert à l'exploitation du fond. Cela dépend de l'activité exercée. Le matériel peut être considéré comme un immobilier par destination (*exemple : bar*)

### B. La marchandise

Il correspond aux biens qui ont une vocation à être vendus (*stocks, matières premières*) par opposition aux matériels qui restent dans l'entreprise. C'est un élément facultatif dans le fonds de commerce car les entreprises fonctionnent par les flux tendus sans stocks où l'entreprise n'en a pas besoin. Il y a donc des fonds de commerce sans marchandises (*contrôler une voiture automobile il n'y a aucune marchandise par contre beaucoup de matériel*). Il faut bien faire la distinction entre le matériel et la marchandise.

Au niveau fiscal, c'est tout à fait différent :

- Matériel : soumis aux droits d'enregistrement quand on vend le fonds de commerce
- Marchandises : soumis à la TVA

## II) LES ELEMENTS INCORPORELS

### A. La clientèle

Il n'y a pas de fonds de commerce sans clientèle. C'est l'élément essentiel du fonds de commerce car c'est elle qui détermine la rentabilité du fond car on se base toujours sur le chiffre d'affaire pour déterminer le prix du fonds de commerce.

#### 1. La clientèle doit être réelle et certaine.

Une clientèle virtuelle ne suffirait pas mais il y a des exceptions à ça. La Jurisprudence a considéré que le fonds de commerce existe dès le premier jour d'ouverture quand l'entreprise a une grande renommée incontestable et constitue un point de passage obligé d'une clientèle ou lorsque la notoriété d'une marque suffit à attirer la clientèle.

**Exemple :** C'est le cas d'une station-service TOTAL (*notoriété de la marque et un point de passage obligé*).

Pour les cybers commerçants : site leguide.com s'est vendu pour 100 millions d'€ en 2012 mais il y a une clientèle relatives car il n'y a pas de contact directs. Les juges se sont posé la question car du fait de la complexité de son évaluation il a été refusé.

Mais ça a évolué car des juges reconnaissent que certains sites internet peuvent être vendus comme un fonds de commerce grâce à la fidélisation de la clientèle (*ils ont des fichiers clients, leurs coordonnées*).

#### 2. La clientèle doit être personnelle au commerçant

La clientèle doit aussi être personnelle au commerçant : Le client vient pour le commerçant. Ça a posé des problèmes pour des bars situés dans des piscines ou dans un hippodrome. Si un bar est ouvert; le bar a des clients grâce à la piscine ou à l'hippodrome. Mais lorsque que ces derniers sont fermés, aucun client ne vient au bar. La Jurisprudence a dit que le bar n'a pas de fonds de commerce. S'agissant de la dépendance commerciale, le critère permettant d'établir le rattachement de la clientèle à l'une ou l'autre entreprise et celui qui exploite le fond doit avoir une **autonomie de gestion de l'exploitant**.

Lorsque l'exploitant est dans une situation de totale dépendance vis-à-vis du réseau de distribution, il ne peut pas prétendre être titulaire d'un fonds de commerce.

**Exemple :** Stand de crêpes qui est mis à disposition par une autre société des éléments nécessaires pour son activité n'a pas été considéré comme fonds de commerce.

Concernant la dépendance juridique (= *les franchises*) d'une entreprise par rapport à une autre, les propriétaires du fonds de commerce est celui qui maîtrise les facteurs attractifs de la clientèle et qui supporte les risques de l'exploitation.

Par exemple, La cour de cassation considère depuis 2002 que Les franchisés peuvent être un fonds de commerce car ils supportent les risques de l'exploitation, ils ont une clientèle propre et personnelle et il a des moyens pour attirer la clientèle.

### B. Le nom commercial et l'enseigne

Le **nom commercial** est le nom sous lequel une personne physique ou morale exploite le commerce. Ce choix est libre ça peut être un pseudonyme ou un sigle, et pour les sociétés on parle de **dénomination sociale**.

Contrairement au nom civil qui ne peuvent pas être cédés, le nom commercial est détachable de la personne qui le porte et peut être cédé. Même si votre entreprise s'appelle par le nom de la personne (*exemple : Mr Bordas*) qui le porte et peut être cédé c'est un objet incorporel qui a une valeur financière/monétaire. Dans le cas de Mr Bordas, son nom a été cédé et vendu donc il ne pourra plus le réutiliser pour une autre entreprise. C'est un objet de propriété incorporel et qui est revendable. Le nom commercial est protégé par l'action concurrence déloyale.

On a aussi l'**enseigne** qui est signe extérieur qui permet d'individualiser l'établissement et d'identifier le fonds de commerce (*logo, dessin ...*)

### C. Le droit au bail

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un droit au bail. Un droit au bail est un contrat de location qui permet d'avoir une activité dans des locaux où on n'est pas propriétaire. Le plus souvent le commerçant loue les locaux dans lesquels il exerce son activité et on dit qu'il est **titulaire du droit au bail** détenant une certaine valeur de vente.

Il est un point important du fonds de commerce si la localisation ou la qualité des bureaux est un facteur primordial d'une société commerciale.

On peut céder un droit au bail sans fonds de commerce (*Ex : bail cédé mais comme ya plus d'activité il y a plus de fonds de commerce*).

Lorsqu'une entreprise possède son immeuble d'exploitation, il n'y a pas de droit au bail dans le fonds de commerce puisqu'il n'y a pas de contrats de location. Dans ces cas-là, le fonds de commerce perd de sa valeur car l'immeuble ne peut pas être un élément du fond. Si on veut acheter le fonds de commerce, on peut l'acheter ou le propriétaire doit nous rédiger un droit au bail.

### D. Les autres éléments incorporels

Il n'y a pas toujours dans tous les fonds mais ça existe.

- Les **droits de propriétés industrielles** ce sont les droits relatifs aux brevets d'inventions, les marques, les dessins, les modèles ou l'appellation d'origine. Ils ont une valeur économique. On peut vendre ces droits sans vendre le fond
- Les **droits de propriété littéraire et artistique** et droit de reproduction et de publication. Ce sont des droits intellectuels. Ces droits ont une valeur économique mais on peut vendre ces droits sans vendre le fonds de commerce. C'est un élément accessoire au fonds de commerce. qui peut être cédé individuellement.
  - ⇒ **Droits de propriété intellectuelle** : Si on achète un fond avec un brevet alors on a un monopole temporaire dessus dès qu'il est protégé par l'IMPI, ils ont donc une valeur économique. On peut vendre des droits de propriété intellectuelle sans le fond de commerce.
- Les **licences ou autorisations administratives** d'exercer le commerce : pour un débit de boissons, pour la pharmacie, ... Attention c'est un fonds de commerce soumis à une autorisation qui aille avec. L'agrément doit être valable pour exercer.

**En bref, le fonds de commerce n'a pas de personnalité juridique (les créances et les dettes vont être attachés à la personne du commerçant) et à part les contrats de travail qui sont cédés (tous les autres contrats sont pas obligés d'être reproduit par la personne qui va acheter le fonds de commerce) il y a les immeubles, les créances et les dettes.**

### III) LES ELEMENTS EXCLUS DU FONDS DE COMMERCE

- Les immeubles
- Les créances
- Les dettes

#### Cas pratique \_ Fonds de commerce

OUI	NON
<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Les clients</li><li>▪ La marque</li><li>▪ Le matériel d'ordinateur</li><li>▪ Le comptoir</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ La créance,</li><li>▪ Le stock de meuble est une marchandise donc ça va être cédé, on ne paiera pas de droits d'enregistrements</li><li>▪ La dette de 10000</li></ul>

⇒ Pas de droit au bail. Soit le vendeur lui vend l'immeuble soit il va lui faire un bail commercial.

### SOUS SECTION III LES OPERATINS SUR LE FONDS DE COMMERCE

#### I) LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

##### A) La protection des parties lors de la conclusion du contrat

Il y a un formalisme qui est important, un fonds de commerce se négocie assez cher (*on prend la valeur du chiffre d'affaire, ça peut varier à 20% du chiffre d'affaires par exemple*). On va encadrer sa vente avec des conditions de fond.

##### a) Les conditions de fonds

**1<sup>er</sup> condition** : Il faut que les **contractants soient des personnes capables**. La capacité commerciale suppose d'être majeur. Une personne sous curatelle ou tutelle ne peut pas acheter de fonds de commerce. Si le bien appartient à deux époux, il faut leur accord. Si un mineur hérite du fond, ce fond peut être vendu qu'avec l'accord du juge des tutelles ou du conseil des familles.

**2<sup>eme</sup> condition**: Il ne doit pas y avoir **de vice de consentement**. Le consentement des contractants doit être libre et éclairé, il ne doit pas avoir d'erreurs, de dol ou de violences qui puissent être invoqués.

- **L'erreur** est une appréciation inexacte des qualités du fonds de commerce (*l'importance de la clientèle*).
- Le **dol** est une manière frauduleuse qui a pour objet de tromper le consentement d'une personne (*exemple: accès très limité à la clientèle, absence d'autoriser d'exercer l'activité en question, un vendeur qui a va dissimuler un réseau routier comme une déviation, ou un vendeur qui vous cache qu'il y a beaucoup de travaux de sécurité imposés par l'administration*). Le dol ou l'erreur peut faire annuler une vente de fond, car l'acheteur n'a pas eu toutes les informations nécessaires pour l'acquiescer en conséquences de causes.
- La **violence** lorsqu'une personne a obligé à une autre de signer un contrat de vente ou acheter un fonds de commerce. En bref, quand l'une des parties a exercé sur l'autre des contraintes physiques.

**3<sup>eme</sup> condition**: **L'objet et la clause du contrat** doivent exister et être licites. L'objet du contrat c'est la cession du fonds de commerce. Il faut que tous les éléments attractifs de la clientèle doivent être compris dans la vente, on ne doit pas vendre qu'une partie du fonds vu

qu'on ne peut pas vous céder qu'une partie. Il faut que l'objet licite c'est-à-dire que l'objet sociale/l'activité commerciale ne doit pas être prohibé (*ex : vente de commerce de stupéfiants*)

**4<sup>eme</sup> condition:** Le prix **doit être déterminé ou déterminable**. C'est **l'article 1591 du Code Civil** on peut déterminer le prix de vente à une clause à dire d'expert. Lorsque qu'on paie à terme, c'est-à-dire que le paiement va se faire dans le temps. Il faut établir trois prix qui sont distincts :

- Un prix pour les éléments incorporels,
- Un prix pour le matériel,
- Un prix pour les marchandises.

*Quel est l'intérêt de distinguer les prix ?* En cas de paiement à termes, le paiement s'impute sur les marchandises puis sur le matériel et en dernier sur les éléments incorporels.

**Exemple :** Des fournisseurs qui ont vendus le matériel avec une clause de réserve de propriété.

En cas de réduction du prix de vente à la démarche de l'acquéreur, il peut demander une diminution du prix mais cette diminution n'affectera que les éléments incorporels. S'il se rend compte qu'il a acheté trop cher son fond, il fera la demande au juge.

**5<sup>eme</sup> condition : Le droit de préemption des communes**

Exemple : Si vous avez un contrat de location et dans le même temps votre bailleur décide de mettre en vente l'appartement, donc celui qui y vit à la propriété pour acheter.

Les communes, on définit un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité.

**Exemple :** Dans un centre de ville, elles vont se dire on va préempter le commerce et elles le vendront au commerçant de leurs choix. C'est la **loi du 2 aout 2005** qui l'a institué, toutes les ventes de fonds de commerce qui se situent dans le périmètre de sauvegarde sont soumises à un droit de préemption en faveur de la commune. Il faut d'abord envoyer une lettre à la commune. *Est-ce que vous voulez le préempter ?* Elle a deux mois pour y répondre sinon la vente peut être annulée. Quand les communes font un droit de préemptions, elles ont un an pour le revendre. Par la suite, elle peut quand même choisir quelle sorte d'activité elle exerce.

## **b) Les conditions de forme**

Pour faire une vente de fonds de commerce on n'est pas obligé de le faire à l'écrit car il y a des déclarations obligatoires. On n'est pas obligé de passer chez un notaire. C'est **l'Article L 141-1 du Code de commerce** qui exige dans l'acte de commerce des conditions obligatoires pour informer l'acheteur sur la valeur de fonds qu'ils achètent.

- Il faut qu'il y ait **le nom du précédent vendeur** pour tracer l'origine ainsi que la date et la nature de son acte d'acquisition : marchandises, corporels et incorporels. Ça permet de vérifier la valeur actuelle du fonds pour voir s'il a été développé ou s'il a perdu de sa valeur.
- Les **privilèges et les nantissements** qui grèvent le fonds : ce sont des garanties qu'auront pris les créanciers du fonds de commerce. Ça permet de voir l'état d'endettement du fond.
- Le **chiffre d'affaires et les bénéfices** des 3 derniers exercices comptables. Le chiffre d'affaire va déterminer la valeur du fonds lors de la vente. En fonction des activités qui sont exercées, on va appliquer un % du CA (*exemple : un garage \_ 50% du chiffre d'affaire*), le prix n'est pas exactement basé sur ça mais il y a aussi l'emplacement qui joue.
- Les **caractéristiques du bail** qui vont nous permettre d'exercer l'activité dans le local donc c'est important de connaître le nom du bailleur, le montant du loyer et la durée du bail. Durée de 9 ans, résiliable tous les 3 ans (*6 mois avant les 3 ans, les 6 ans ou les 9 ans*). Il est important de savoir à quelle durée on se situe quand on achète le fonds. S'il n'y a pas de bail, quand le propriétaire possède le local il faut lui demander de faire un contrat de bail.



Il vise à protéger l'acquéreur si des notions n'ont pas été indiquées on peut demander la nullité de la vente dans un délai d'un an à compter de la vente. Il y a que l'acquéreur qui a ce privilège. Il faut que l'omission de la mention lui ait causé un préjudice.

**Exemple :** Un vendeur a mis le plus ancien chiffre d'affaire en premier alors que c'était le contraire. La nullité n'a pas été retenue car ça n'a pas porté préjudice et l'acquéreur avait d'autres moyens de s'informer.

En cas d'une simple inexactitude d'une mention obligatoire, le vendeur est tenu vis-à-vis de l'acquéreur d'une **garantie des vices cachés ; article L 141-3 du code de commerce et les articles 1644 et 1645 du Code Civil**. Selon l'ampleur, l'acquéreur peut demander la **résolution judiciaire de la vente** c'est-à-dire qu'on annule la vente ou soit demander **une diminution du prix** s'il y a des préjudices. L'acheteur peut aussi engager la responsabilité du rédacteur de l'acte (notaire, avocat...).

**Exemple :** Si vous avez acheté un fonds de commerce sur un terrain inondable si on ne vous l'a pas informé il peut faire une action de garantie contre son vendeur.

## B) La protection des créanciers du vendeur

### a) Les formalités de publicité (enregistrement, publication au BODACC)

Activité de commerce : on a des créanciers, des dettes. Quand il vend son fonds les créanciers se retrouvent avec toutes les dettes. Donc on les informe par le biais de la publicité. **Article L 141-12 du Code de commerce** qui impose une **publicité qui est faite à la diligence de l'acquéreur**, il faut publier l'acte de vente dans un journal d'annonce légale dans le département du lieu dans lequel le fonds est exploité. On doit le faire dans un délai de 15 jours à compter de la vente. C'est l'acquéreur qui le fait. Cette publication doit être précédée de la nullité de la formalité de l'enregistrement de l'acte (*droits d'enregistrements, taxes sur le prix de vente*).

Quand on a fait la publicité, les créanciers ont un délai de 15 jours pour faire opposition à la vente.

Il existe une autre publicité, en plus du journal légale, on doit aussi publier l'acte de vente au **BODACC** (*bulletin officiel des annonces civiles et commerciales*). C'est le greffier du tribunal de commerce qui s'en occupe pour informer les créanciers.

### *Que se passe-t-il si on oublie toutes ces formalités ?*

### b) L'inobservation des formalités

Si on oublie toutes ses formalités, on ne doit pas annuler la vente pour autant. La vente doit rester valable mais le **paiement du prix par l'acheteur au vendeur est inopposable aux créanciers** c'est-à-dire que l'acquéreur devra payer les créanciers du vendeur s'il n'a pas fait les formalités de publicité. Le vendeur du fonds doit se faire radier du registre de commerce pour ne plus être considéré comme commerçant. Alors que l'acheteur va demander de se faire enregistrer dans le registre du commerce. Si le vendeur ne se fait pas radier, alors il peut encore payer les dettes de l'acquéreur au cours de son activité, il peut donc être sollicité pour les dettes. **Article 1690 du Code Civil** qui impose de signifier l'acte de vente au bailleur, car il doit être au courant du changement de locataire.

### c) L'opposition au paiement par les créanciers

Quand on fait un acte de fonds de commerce, on ne va pas donner l'argent à l'acheteur immédiatement. On va séquestrer le compte pour voir s'il y a des créanciers qui se manifestent. Des créanciers qui ont été avertis que le fonds de commerce a été vendu. Les créanciers peuvent faire opposition au paiement du prix de la vente après un délai de 10 jours après publication au BODACC. Ils peuvent se faire payer immédiatement sur le prix de la vente. Une opposition de paiement au prix de vente, on bloque le prix de vente aux mains de l'acquéreur et on empêche que le prix de vente soit versé aux vendeurs. On va s'adresser à l'acheteur.

#### d) Le droit de surenchère des créanciers

On est dans le cas où le prix de vente ne suffit pas pour désintéresser un créancier. Il peut demander au Tribunal de commerce la mise aux enchères du fonds et il doit dans les 20 jours suivant la publication de BODACC faire une surenchère du 6<sup>ème</sup> du prix de cession des éléments incorporels du fonds. D'où l'intérêt de distinguer/de ventiler le prix des immobilisations corporelles, incorporelles et les marchandises s'ils estiment que le prix n'est pas assez haut. En espérant que d'autres personnes surenchérissent afin qu'il ne devienne pas propriétaire du fonds. Il peut y avoir d'autres personnes intéressées.

#### C) Les effets de la vente

##### a) Les obligations du vendeur (*l'obligation de délivrance, garantie des vices cachés, garantie d'éviction*)

1<sup>er</sup> : **Obligation de délivrance** qui consiste pour le vendeur à mettre l'acquéreur en possession des éléments du fonds de commerce. Le vendeur va présenter la clientèle à l'acquéreur. Le vendeur doit tenir à disposition tous les livres de commerces pendant trois ans à partir du moment il prend possession du fonds de commerce (*comptabilité notamment, registre du personnel*).

2<sup>ème</sup> : **La garantie d'éviction ; l'article 1525 du Code Civil** qui consiste pour le vendeur d'assurer à l'acquéreur une possession possible de la chose vendue. Le vendeur du fonds doit protéger l'acquéreur **contre tout détournement de clientèle**. En pratique, celui qui a vendu le fonds de commerce ne peut pas se réinstaller à côté de son ancien fonds de commerce et faire la même activité. Sinon c'est un détournement de clientèle

**Exemple** : Un coiffeur A vend au coiffeur B son fonds de commerce, le coiffeur A ne peut pas récupérer sa clientèle car il a vendu la clientèle en même temps que le fonds de commerce. Il ne peut pas s'installer à proximité.

Dans les contrats de vente, on prévoit une clause de non concurrence, pour une obligation de non concurrence qui soit limitée dans le temps et dans l'espace. Si le vendeur méconnaît son action de non concurrence, on va l'empêcher de continuer son activité et à payer des dommages et intérêts à l'acquéreur qui peut aussi demander la résolution de la vente (*annulation de la vente*). Il faut savoir que cette action est attaché au fonds de commerce, si le premier le revend au deuxième, le deuxième a toujours cette action contre le premier (*elle se transmet avec le fond et peut bénéficier à un nouvel acquéreur*). Le vendeur doit aussi garantir l'acquéreur contre l'éviction du fait des tiers. Le tiers peut être une personne qui revendique la propriété du fond. Une personne peut vendre son fonds de commerce sans rien dire, ou une personne qui se prétend être locataire du fonds de commerce. C'est des cas rares.

3<sup>ème</sup> : **La garantie des vices cachés**, c'est des défauts qui ne sont pas connus par l'acheteur au moment de la vente. Donc le vendeur doit aussi garantir l'acquéreur contre les vices cachés. **Article 1641 du Code Civil** qui prévoit que le vendeur est tenu de la garantie à raison de défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropres à l'usage auquel on la destine

**Exemple** : Bars restaurants : licence pour vendre de l'alcool, un fond avec brevets mais que celui-ci est périmée, non-conformité à l'installation de chauffage, mauvaise qualité du stock avec des produits périmés, existence de servitude d'alignements, ...

**Qu'est-ce que ça permet à l'acheteur ?** Ça l'empêche d'exercer son activité et donc de demander la résolution de la vente. Soit ça diminue son activité mais ne l'empêche pas de faire son activité donc il peut demander une diminution du prix de vente (*dans ces cas faut faire un recours au juge*) en raison des vices cachés du fonds de commerce.

##### b) Les obligations de l'acquéreur (*paiement du prix*) et les garanties du vendeur (*le privilège du vendeur, l'action résolutoire*)

1<sup>er</sup> : Il faut **payer le prix**, donc le prix est librement fixé par les parties il doit être déterminé et déterminable à dire d'experts. Il ne doit pas remettre ses prix, le prix va être séquestré par un

tiers (*rédacteur de l'acte*), il doit attendre un délai de 10 jours avant de payer le prix car ça va permettre au créancier de faire opposition à la vente. La fixation des prix peut amener à des pratiques frauduleuses telles que les dissimulations du vrai prix notamment pour les droits d'enregistrement.

**Article 1321-1** qui sanctionne toutes les conventions qui dissimulent tout ou une partie des prix de vente du fonds de commerce. L'administration peut mettre en place un redressement du prix (*si le prix est insuffisant par rapport à la valeur du marché*) qui seront calculés sur la vraie valeur marchande du bien.

Dernier risque si vous mettez un prix de vente très inférieur, il y a des créanciers du vendeur qui peuvent former une surenchère s'ils estiment que c'est insuffisant.

2<sup>ème</sup> : **Les garanties du vendeur sur le paiement des prix.** Si le vendeur est payé au comptant, il n'y a pas de problèmes. Par contre, il arrive souvent que l'acheteur paie à termes sur plusieurs échéances à son vendeur. Dans ces cas-là il faut que le vendeur ait des garanties de son fonds de commerce

- **Privilège du vendeur : Article L-141-5 du Code de commerce** qui accorde au vendeur un privilège pour le protéger contre l'insolvabilité de l'acheteur en cas de paiements à termes. C'est un privilège inscrit sur un registre spécial qui est tenu au greffe du tribunal de commerce dans les 15 jours de la vente. En principe, ce privilège se fait sur les éléments incorporels, il permettra au vendeur d'être payé avant les autres créanciers. On peut étendre ce privilège aux matériels et aux marchandises,
- On a aussi un **droit de préférence** permet aux vendeurs de se faire régler avant les autres créanciers ordinaires, aussi appelés par chirographaires (= *ça s'oppose aux créanciers privilégiés tels que les organismes sociaux...*) en cas de revente de fond par l'acquéreur.
- Le vendeur a aussi un **droit de suite** en cas de revente du fonds ça permet de réclamer son paiement au sous acquéreur ou le faire vendre judiciairement et se faire payer sur le prix.
- **Action résolutoire**, on va résilier la vente et le vendeur va récupérer son fonds et restituer les acomptes qui ont été perçus par l'acheteur.

## II) LA LOCATION GERANCE

### A) Les conditions de la location gérance

La location d'un fonds de commerce a pour objet la location de fonds de commerce moyennant une redevance. Il faut le distinguer avec le bail commercial moyennant un loyer. Là, on a une activité en plus. Mais la personne qui va exploiter ce fonds de commerce ne sera pas propriétaire. C'est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce en confère l'exploitation à un tiers moyennant une redevance. Ça peut avoir un intérêt sur la transmission d'une entreprise : exploiter l'activité à sa place tout en restant propriétaire et garder le contrôle du fonds de commerce.

#### a) Conditions de fond

C'est une condition remplie par le loueur. Il y a des exigences très particulières : un acte d'administration appartient à des époux mais le consentement de celui qui n'est pas commerçant n'a pas d'importance.

1<sup>er</sup> : **Le loueur doit avoir la qualité de propriétaire ou d'exploitant du fond \_ Article L 144-1 du Code de commerce.** Il faut qu'il ait exploité le fond pendant **au moins deux ans** sauf exceptions car ça garantie l'existence d'une vraie clientèle. Mais il peut y avoir des dispenses légales si les personnes ont des déficiences mentales/ frappés d'incapacité on peut lui autoriser la location-gérance & les héritiers du commerçant qui est décédé (*si un héritier est mineur, il ne peut pas exploiter le fond*) ou le conjoint.

Pour les compagnies pétrolières, on peut mettre une location-gérance : les stations-services qui viennent d'ouvrir. On appelle ça les contrats de location-gérance qui ont pour objet d'assurer le contrat d'écoulement de produits fabriqués par les loueurs.

On peut demander **une dispense judiciaire**, si le propriétaire tombe gravement malade avant de conclure le contrat de location-gérance. Il peut demander au Tribunal de grandes instances de le mettre en location-gérance, les juges accordent facilement une dispense. On doit obtenir cette dispense avant, sinon c'est nul. Les exploitations personnelles, pendant 2 ans, ont des conditions essentielles. Cette nullité peut être invoquée par les créanciers du bailleur du fond. Il ne peut plus avoir les mêmes avantages vis-à-vis de son bailleur il peut plus avoir un renouvellement du bail ni de l'indemnité d'éviction (*quand le bail n'est pas renouvelé*).

2<sup>ème</sup>: **Le locataire gérant doit avoir la capacité à faire le commerce**, il ne doit pas être interdit de gérer (*fraudes, interdit de gérer suite à une faillite*). Il doit pas faire l'objet d'une incompatibilité. Dans le contrat de location on va prévoir la stipulation d'une redevance qui est une condition de validité du contrat.

Le **locataire gérant va exploiter le fond à ses risques et périls**. Et cette condition suffit à caractériser l'existence d'un contrat de gérance. C'est le locataire-gérant qui a l'autonomie complète. Si ce n'est pas le cas, s'il se trouve dans une situation de subordination (*revendiquer sa capacité de salarié à l'égard de son loueur*), on pourra requalifier le contrat de gérance.

### **b) Conditions de forme**

Le contrat de location-gérance est un contrat consensuel, en principe il y a pas de conditions exigées. Mais il y a **l'Article L 330-3 du Code de commerce** qui exige que le loueur doit fournir à l'autre partie un document qui donne des informations sincères qui lui permettent de s'engager en connaissance de causes. En pratique, les exigences de publicités imposent un acte de sous seing privés. Il faut publier le contrat pour rendre la location-gérance opposable aux tiers, dans un journal d'annonce légale dans les 15 jours de la publication des contrats et faut faire aussi une annonce au BODACC.

Le locataire gérant doit s'inscrire au registre du commerce, il va falloir mentionner le contrat de location-gérance. Et de son côté, le loueur doit se faire radier car il n'est plus commerçant. Tous les documents commerciaux doivent mentionner la location-gérance pour informer les tiers.

**Qu'est-ce qui se passe quand on ne fait pas la publicité ?** Dans ces cas-là, il y aura une responsabilité solidaire du loueur pour toutes les dettes contractées par le locataire gérant pour l'exploitation du fonds. Donc il y aura une sanction importante d'où l'importance de ses formalités. On a la responsabilité solidaire du bailleur jusqu'à la publication du contrat et même six mois à compter de la publication. **C'est l'article L-144-7 du code de commerce.**

## **B) Les effets de la location-gérance**

### **a) A l'égard des créanciers**

1<sup>er</sup> : **Les règles protectrices du bailleur ou du loueur**. Certains vont s'inquiéter de voir que d'autres ne vont plus exercer leurs activités. S'ils craignent de ne pas être payés par le locataire gérant, ils vont demander l'exigibilité immédiate de leurs créances à termes au Président du tribunal de commerce. Il peut le faire à partir des 3 mois à compter de la publication du contrat de location. Le juge n'est pas obligé d'accepter l'échéance du terme. **L'article L-144-6 du Code de Commerce** le locataire gérant doit être au courant des dettes du fonds.

2<sup>ème</sup> : **Les règles protectrices du créancier du locataire gérant**. Il peut demander des prêts et faire des commandes aux fournisseurs. Le bailleur va être responsable solidairement des dettes contractées par le gérant pendant 6 mois à compter de la publication du Journal Légale. Le législateur a prévu cette prédisposition et on prévoit de plus protéger ces créanciers. Le loueur a tout intérêt à se faire radier du registre de commerce car il est responsable avec le locataire gérant. Pour que les dettes soient solidaires (*le loueur soit aussi tenu de payer les dettes de son*

*locataire gérant*), il faut que ces dettes aient été faites pour l'exploitation du fonds de commerces que ça correspondent à une nécessité d'exploitation. Ça exclut des amendes, cotisations de sécurité sociale... A l'issu du contrat de location gérance, les dettes contractées par le locataire gérant sont immédiatement exigibles. Il doit tout rembourser avant de partir.

### b) A l'égard des parties

Les obligations du locataire gérant :

- Le locataire doit user de la chose **sans modifier la destination** du fonds ni son objet et ne peut pas déplacer le fonds. Il n'existe pas de droit à la déspecialisation.
- Il doit **exploiter le fonds en tant que bon père de famille**, il doit exploiter le fonds et ne doit pas détourner la clientèle à son profit personnel. Il doit assurer l'entretien du fonds de commerce, maintenir le matériel en bon état, assumer les investissements de remplacement dans la limite des bénéfices dégagés par l'exploitation du fonds.
- Le locataire **peut faire tous les actes d'administration** nécessaires à l'exploitation du fond mais il ne peut pas vendre les éléments essentiels du fonds sauf les marchandises bien sûr. Il ne peut pas céder son contrat de location de gérance sauf autorisation du bailleur. Il ne peut pas non plus sous-louer le fond sans l'accord du propriétaire. Donc beaucoup moins de droits qu'un propriétaire de fonds de commerce, le contrat de location-gérance est fait intuitu personae contrat conclu en considération de la personne du contractant.
- **Le locataire doit payer une redevance**, librement fixée par les parties. On peut prévoir un système de plafonnement. Pour que loyer ne soit pas trop excessif.
- **Le locataire doit restituer le fonds en fin de location**, donc la fin du contrat résulte soit de l'arrivée de son terme, soit de la résiliation du contrat sur décision des parties soit sur une décision judiciaire si le locataire ne paye pas sa redevance par exemple.
- **Le locataire n'a pas le droit au renouvellement automatique de son contrat**, quand le terme arrive il doit restituer le fonds au propriétaire et il doit lui remettre un stock équivalent quand il a eu le fonds. Si le locataire a apporté des améliorations, le propriétaire peut avoir une indemnité équivalente à ses améliorations. S'il y a une diminution de la valeur du fonds le propriétaire pourra lui demander une indemnisation en prouvant que cette diminution de valeur est due à sa faute.

\*cours du 31.01.14\*

## III) LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

### A. La constitution de la location-gérance

Comme le fonds de commerce est le **bien principal de l'entreprise**, les créanciers peuvent faire un nantissement sur le fonds de commerce qui sert aux créanciers du fonds de commerce : une affectation en garantie d'une obligation d'un bien présent ou futur, un gage sans dépossession (*la constitution du nantissement qui donne une garantie au créancier sans se déposséder du fonds de commerce*).

### a) Le nantissement conventionnel

**Article L 142-1 du Code du commerce**, le nantissement permet au propriétaire du fonds de commerce de le donner en garantie à ses créanciers tout en continuant à l'exploiter. L'intérêt du nantissement est que le propriétaire conserve son fonds mais il accorde une garantie à son prêteur. Il existe deux types de nantissement :

Le **nantissement contractuel ou conventionnel** qui résulte d'un contrat passé entre un créancier (*souvent c'est une banque, établissement de crédits...*) et un commerçant qui va donc être débiteur de cet établissement de crédits.

- Il doit forcément avoir un **acte écrit** qu'on va enregistrer et le publier.
- On va l'inscrire au greffe du tribunal de Commerce dans les 15 jours de la conclusion du contrat. L'inscription ne prend l'effet qu'à la date à laquelle elle est faite, il est valable 10

ans et peut être renouvelé si la dette n'est pas complètement payée. Quand vous achetez un fonds de commerce, on peut voir l'Etat des dettes de ce fonds. Mais il faut le demander au greffier, l'Etat de nantissement coûte 50€.

Il doit respecter les droits communs du contrat :

- Personne capable,
- Absence de vices de consentement
- Si le fonds de commerce appartient à deux époux (*biens communs*), le consentement des deux époux est nécessaire.

Il porte sur les éléments essentiels sur le fonds de commerce. Le nantissement porte sur des éléments incorporels (*s'il n'y a pas de précisions sur le corporel*) mais peut être détendu vers d'autres éléments comme le matériel par exemple. Mais il **porte jamais sur la marchandise** car elle est faite pour être vendue. Bien évidemment, on ne peut nantir les éléments (*immeubles, des droits de propriétés*) car elle ne rentre pas dans l'assiette du fonds de commerce sauf clause contraire.

### b. Le nantissement judiciaire

Il résulte de la **loi du 9 juillet 1991**. Ici, on ne veut pas demander le consentement. On est dans le cas où un créancier **crain**t pour le recouvrement de sa créance et demande au juge l'autorisation de prendre une inscription provisoire du nantissement du fonds de commerce de son débiteur. Une fois, qu'il a eu l'autorisation, il inscrit au Greffe du Tribunal de commerce. Dans un délai de un mois, il doit saisir le juge du fonds du Tribunal pour obtenir un jugement et après il pourra prendre une inscription définitive (*si le jugement confirme l'existence de cette créance*). On va permettre au propriétaire du fonds de commerce de venir à l'audience. Le nantissement définitif prendra **effet rétroactivement à la date de l'inscription provisoire**.

- ⇒ Si le créancier a déjà un jugement (*dans le cas où le propriétaire ne lui paie plus*), et s'il est allé devant le juge pour le paiement de sa créance, alors avec ce jugement il peut demander un nantissement définitif.

## B. Les effets du nantissement

### a. Les droits du créancier nanti (droit de préférence, droit de suite)

Les créanciers nantis ont les mêmes avantages, la même prérogative que les vendeurs du fonds de commerce qui a inscrit le fonds de commerce (*paiement à terme du fonds*).

#### L'avantage du nantissement :

C'est tant qu'on n'est **pas payer complètement de sa créance**, le créancier conserve sa garantie sur l'ensemble des éléments qui sont mentionnés dans le contrat de nantissement. Il conserve sa garantie jusqu'au paiement complet de sa créance.

- Ils ont également un **droit de préférence** qui leur permet d'être payés avant les créanciers ordinaires ou chirographaires, les salariés et la sécurité sociale sur le prix de vente du fonds. Si le fonds n'a plus de clientèle, le nantissement peut saisir la vente du droit au bail. En revanche, le trésor Public passe avant eux. Les créanciers nantis sur les matériels et les outillages passent avant les autres qui ont des nantisements incorporels (*il y a des ordres de paiements*).
- Les créanciers inscrits ont droit à un **droit de suite** qui leur permettent de faire vendre le fonds en quelques mains qu'ils passent et lui permettent de se faire payer par l'acquéreur du fonds. S'ils estiment que le prix de vente est insuffisant, ils peuvent faire une surenchère du dixième de la valeur des éléments incorporels. Après, ils se retrouvent avec un fonds de commerce sur le dos.

### b. La protection des droits du créancier nanti

Pour protéger ces nantis,

- les créanciers vont être informés à chaque fois qu'il va y avoir un **déplacement du fonds**. Si le commerçant oublie d'informer les créanciers du déplacement de fonds, les créanciers nantis peuvent exiger **le paiement immédiat de sa dette**.
- Doit être informés en cas de **changement d'activités du fonds**.
- Il doit être aussi informé en cas de **demande de résiliation du bail par le bailleur** (*souvent parce que celui qui exploite le fonds de commerce ne paye plus ses loyers*) : **le bailleur informe par lettre recommandée les créanciers nantis** (*liste au greffe du Tribunal de commerce*)
- Les créanciers doivent être informés lorsqu'il y a une saisie par un autre créancier des éléments corporel du fonds : les nantis peuvent demander la vente de l'intégralité du fonds.

#### IV) **LE CREDIT BAIL**

On peut vendre le fonds de commerce et on peut le faire exploiter par quelqu'un d'autre (*location de gérance*). On va voir maintenant le crédit-bail.

Un **crédit-bail** est une opération par laquelle un établissement de crédit, qu'on appelle aussi le **crédit bailleur**, va acheter un bien qu'il loue à l'utilisateur, qu'on appelle par le **crédit preneur**, en lui laissant la faculté au terme du contrat

- soit de l'acheter (*option d'achat*)
- ou soit de le restituer.

En pratique, ce n'est pas utilisé par les fonds de commerce car le crédit bailleur est propriétaire d'un fond qu'il n'exploite pas. A l'issue du contrat, il va disposer d'un fonds.

##### a) **Conditions**

Validité du droit de contrats communs : personne capable, ...

##### **Conditions de fonds :**

- Le crédit preneur doit avoir la qualité de commerçant (*inscrit au registre du commerce*) et est tenu d'exploiter lui-même le fond.
- Et donc le crédit preneur versera une redevance au crédit bailleur qui peut être qu'un établissement de crédit.

##### **Conditions de formes :**

- Inscription du crédit preneur au registre du commerce.
- Le contrat de crédit-bail doit faire l'objet d'une publicité d'annonce légale dans les 15 jours de la conclusion du contrat.

##### b) **Effets**

Les effets du crédit-bail pendant la location : le crédit bailleur n'est pas tenu d'exploiter le fonds pendant 2 ans avant de le louer (*parce que c'est une banque*). Il n'y a pas de révisions de loyers, car il y a une redevance fixée d'avance qui ne peut être modifiée.

Au moment de la vente, si le crédit preneur veut acheter le fond à l'issue du contrat ça veut dire qu'il lève l'option d'achat. Dans ce cas-là, on va faire une vente de commerce avec toutes les mentions obligatoires.

## **SECTION III \_ LE BAIL COMMERCIAL**

### **SOUS-SECTION I LES CONDITIONS DU BAIL COMMERCIAL**

### **Définitions :**

Un **bail commercial** est un contrat qui confère au titulaire du fonds de commerce le droit de jouir aux locaux dans lequel il exerce son activité. **Article L.145-1 du Code de commerce.**

Protéger par ce qu'on appelle les champs d'application du statut des baux commerciaux. On a voulu protéger l'exploitant du fonds de commerce dans la durée. Il faut qu'il y ait une pérennité de son exploitation et des garanties.

Le statut des baux commerciaux : Propriété commerciale du local, c'est un terme qui n'est pas vraiment exact mais ça révèle tous les avantages des locataires.

#### **I) LES CONDITIONS RELATIVES AUX PERSONNES (le preneur = le locataire et le bailleur = le propriétaire du bail)**

Il doit être français, doit être immatriculé au registre de commerce et des sociétés en tant que commerçant, ou artisans au répertoire des métiers. Par contre, les baux commerciaux ne s'appliquent pas aux professions libérales et aux agriculteurs.

#### **Exception**

- Pour le propriétaire du fonds qui est locataire mais qui l'a mis en location-gérance.
- S'il y a plusieurs colocataire ou co-preneur, s'il y en a un qui est immatriculé c'est suffisant.

Ça peut être étendu à certains commerçants puisque certaines catégories non-commerçantes peuvent avoir un statut des baux commerciaux.

Le bailleur n'a pas être au commerçant vu que la capacité civile suffit. Si le bailleur est marié et que l'immeuble est un bien commun, il doit demander l'accord de son conjoint. S'il ne le fait pas, le conjoint peut invoquer la nullité du bail dans un délai de 2 ans à compter de la date à laquelle il avait connaissance du bail.

#### **II) LES CONDITIONS RELATIVES A L'OBJET DU CONTRAT**

##### **A. L'exploitation d'un fonds dans les lieux loués**

**Article L.145-1 du Code de commerce** qui prévoit que le statut des baux commerciaux ne s'applique qu'aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fond est exploité.

**Exception dans le cas de location gérance**, c'est le propriétaire du fonds qui n'exploite plus le fonds mais qui reste titulaire du fonds de commerces. Donc c'est lui qui est titulaire du renouvellement du droit au bail, c'est lui qui va signer le contrat.

##### **B. Les conditions relatives aux lieux loués**

Tous les locaux ne peuvent pas faire l'objet d'un bail commercial. Le bail commercial ne **s'applique qu'aux immeubles bâtis** : clos, couvert, solide et fixe. Ca s'oppose à des immeubles mobiles, légères, démontables ou à des emplacements variables.

**Exemple** : Galerie Leclerc \_ Contrat de location avec des commerçants et leurs petits stands pas bâtis qui peuvent changer d'endroit.

Le bail commercial ne **s'applique pas** non plus à **des murs ou un terrain nu** sauf avec l'accord du propriétaire (*bail à construction*)

**Exemple** : Je veux prendre un mur pour mettre une enseigne publicitaire, mais je ne peux pas conclure un bail commercial.

**Il faut qu'il y ait une condition de stabilité dans le local.**



Le bail commercial ne s'applique pas aux locaux qui ne sont **pas affectés à l'exploitation du fonds de commerce**, c'est le cas des vitrines qui exclut toute opération avec la clientèle et permet l'exploitation de marchandises.

Par contre, il y a des exceptions avec **les locaux accessoires à l'exploitation du fonds**. Ils peuvent bénéficier d'un bail commercial s'ils sont nécessaires à l'exploitation du fonds et qui appartiennent au même locataire que les propriétaires principaux (*local où on stocke les marchandises ou une terrasse pour un restaurant*).

### C. Les conditions tenant à la durée du bail (9 ans minimum)

Pour que le statut des baux commerciaux s'applique il faut qu'il soit conclu pour une durée de **9 ans minimum**. Il peut y avoir des durées plus longues (*12 ans par exemple*).

#### Principe :

- Tous les 3 ans, le preneur peut **résilier le bail**. Il faut qu'il le fasse **six mois à l'avance** et donne un congé au bailleur qu'il va le transmettre à un huissier, pour que le bailleur lui résille le bail. **Article L-245-4 du Code de commerce**. Toutefois, cette faculté de résiliation peut être écartée par le contrat. Dans le cas où le bailleur aurait fait des travaux d'aménagement qu'il veut amortir. Une autre exception, quand le bailleur a fait des travaux d'aménagement important.
- Le preneur ou le locataire peut aussi résilier le contrat de bail sans attendre l'écoulement de la période de 3 ans en cas de **départ à la retraite ou d'invalidité**.

Contrairement au preneur, le bailleur ne peut donner congé au preneur avant l'expiration du délai de 9 ans que dans un nombre très restreint de cas qui sont prévu par la loi.

#### Ces hypothèses :

- Construire ou reconstruire
- Surélever l'immeuble s'il est insalubre
- Démolir dans un cadre de projet urbain
- Reprendre les locaux d'habitation qui sont accessoires aux locaux commerciaux. Il faut que les locaux ne soit plus à l'usage d'utilisation.

Si le bailleur, au bout de 9 ans, ne donne pas reconduction alors le bail se renouvelle par tacite reconduction. Mais c'est dangereux pour le preneur qui n'a plus de sécurité.

- ⇒ Si on n'a pas demandé de renouvellement, certes le bail continue d'exister mais le bailleur peut demander au preneur de partir **avec un préavis de 6 mois**. Par contre, il garde **le droit d'indemnité d'éviction** pour partir.

Il faut savoir qu'il existe des contrats qui sont à des durées inférieures ce sont des baux commerciaux mais ils n'ont pas de protection :

- **Bail de 2 ans** : Démarre une activité et il ne sait pas si ça va marcher. Si le locataire reste dans les lieux après la durée de 2 ans alors le bail de courte durée **se transforme en bail de 9 ans**. Sauf si le locataire veut renoncer à l'application de ce bail commercial, il peut conclure un bail de 2 ans.
- **Conventions d'occupation précaire** : Pas de durée minimum. Elles sont précaires car elles peuvent prendre fin à tout moment en raison d'un élément extérieur au parti (*exemple : démolition d'un immeuble ...*) alors le contrat de location va s'arrêter car il n'y a pas de sécurité dans la durée.
- **Contrats de locations saisonnières** : C'est un contrat de location commercial mais pour quelques mois (*stations balnéaires ou stations de montagnes*), là il n'y a pas du tout de protection de statut des baux commerciaux même si, elles sont renouvelées chaque année. Tous les contrats de location ne sont pas forcément des contrats qui bénéficient des statuts des baux commerciaux.

### Cas pratique

Ce parking fait-il parti du bail commercial du local ? Il n'est pas inscrit dans le contrat mais on dit oui car c'est un local accessoire : activité de location de voitures, s'il n'y a pas de parkings il ne peut pas garer des voitures en location. Ce parking fait partie du bail commercial, local accessoire essentiel. Le bailleur ne peut reprendre le parking, il faut qu'il attende la durée de fin du contrat.

## SOUS SECTION II LES MODALITES D'EXECUTION DU CONTRAT DE BAIL COMMERCIAL

### I) L'ENCADREMENT DU LOYER COMMERCIAL

#### 1) Le loyer initial

Le loyer est **négocié et fixé librement par les partis** donc la loi n'impose aucune référence sur le **prix de voisinage** ou le **prix fixé par l'ancien locataire** mais le prix du loyer doit être réel et sérieux (*pas un prix dérisoire*) pour des locaux commerciaux. Il faut qu'il corresponde à **un prix du marché et soit onéreux**.

Le bailleur a intérêt au départ à demander un loyer aussi élevé que possible car c'est ce loyer servira **de référence aux augmentations ultérieures** qui seront règlementées. En plus du loyer, le bailleur peut exiger un **pas-de-porte** : somme d'argent versée par le preneur au bailleur à l'entrée des lieux.

#### 2) La révision du loyer

Ce loyer initial ne va pas durer 9 ans. On va le faire varier suivant des indices.

#### **Système de révision triennale de loyer :**

**Article L 145-38 du Code de commerce** qui prévoit une révision qui ne peut être formé 3 ans ou moins après la date d'entrée de jouissance du locataire. La révision du loyer ne se fait qu'à **compter de la jouissance des locaux** : commencement de l'exploitation. Les autres révisions interviendront tous les 6 ans. Cette révision peut être faite par l'une ou l'autre des parties mais en général c'est le bailleur qui le demande et elle doit être **faite par écrit**. On précise le montant du nouveau loyer et à défaut d'accord, il faudra saisir le Président de Tribunal de Grandes Instances qui fixera le montant du loyer. Le juge, lui, fixera le prix du loyer en fonction de la valeur locative des locaux pour déterminer la valeur à laquelle on estime le loyer.

**La valeur locative des locaux** : c'est apprécier l'intérêt commercial de l'emplacement d'un local commercial et cette valeur va être déterminée en fonction de la rue et du quartier où se situe le local. On va prendre:

- **Les caractéristiques locales** : Délabrée, bien entretenu ...,
  - **Les obligations mises à la charge des parties** : payer des taxes foncières qui diminueront la valeur locative,
  - **Les prix du voisinage** : quels sont les prix pratiqués dans le quartier ? C'est pour ça il y a les fichiers de références prix de location.
  - **Les facteurs locaux de commercialités** : transports tout ce qui peut rendre attrayant le quartier
- ⇒ On peut faire appel à un expert pour ces valeurs locatives. On peut le trouver aussi à la fin du bail. Pour la fixer il faut se référer à la valeur locative du local.

La **valeur locative** tient compte :

- A la fois d'éléments qui sont propres au local considéré (*surface, entretien et aménagement*),
- Aussi aux éléments qui tiennent à son environnement (*moyens de transports, centre commercial ...*)

- Aux conditions particulières du bail (*exercer tout commerce ou pas ?*).

Par contre, si le preneur a fait des investissements ça ne sera pas pris en compte par les valeurs locatives.

A l'origine la révision des loyers révélait de la seule valeur locative mais avec la spéculation immobilière ça entraînait de nombreux conflits. Pour y mettre fin, le législateur appliquait un **plafond** en disant que le montant du loyer révisé ne pouvait pas excéder la variation de l'indice du coût de la construction publiée par l'Insee ou de l'indice des loyers commerciaux.

On applique un **plafond à la révision des loyers**, on multiplie le loyer initial par le nouvel indice du coût des loyers commerciaux puis on le divise par la date à laquelle on a effectué le contrat. Comme ça, on aura un loyer plafonné qui ne pourra pas être supérieur à la révision qui a été publiée tous les trimestres. L'indice des loyers commerciaux ne s'applique pas aux locaux à l'usage de l'exclusion de bureau, pour les usages industriels. La Jurisprudence a jugé qu'il ne pourrait pas avoir de révisions d'un montant inférieur du montant initial.

**Article L145-38 du Code de commerce**, qui prévoit que lorsqu'il y a des modifications des facteurs de locaux de commercialités qui entraînent une variation de plus de 10% de la valeur locative alors le plafonnement ne s'applique pas. Donc on peut réévaluer le loyer à la hausse ou à la baisse sans tenir compte des limites des indices de référence et sera fixé à la valeur locative quel que soit l'évolution de l'indice (*on revient à la valeur locative pour fixer le loyer*).

**Exemple** : création de zones piétonnes, nouvelle ligne de transports ...

- ⇒ Tout événement qui génère une clientèle plus importante et qui peut justifier la demande de plafonnement du loyer par les propriétaires.

La règle c'est le plafonnement avec un prix planché (*on ne peut pas descendre en dessous*).

**Autres exceptions** où le bailleur peut demander une augmentation supérieure à celle qui résulte de l'augmentation des indices :

- **Déspécialisation totale ou partielle des locaux** : Changer la destination du bail, l'activité du fonds ... qui va être accepté par le locataire.  
**Exemple** : Commerce de boucherie à commerce de boulangerie.
- **Sous-location** : Le locataire qui va lui-même relouer à quelqu'un tout ou une partie de son local. Sous-louer une partie du local au locataire pour alléger les charges.
- **Les baux supérieurs à 12 ans** où c'est un bail de 9 ans qui n'a pas été renouvelé : Au bout de 12 ans, déplafonnement du loyer (*un loyer plus élevé*). **Article L 145-34 du Code de commerce**

D'autres clauses contractuelles de révision du loyer

- Si les parties veulent réviser leurs clauses tous les ans au lieu de 3 ans, il y a **une clause d'indexation ou clause d'échelle mobile**. Elle permet de choisir la clause de révision du loyer. Le jeu de la clause ne doit pas aboutir à la clause du loyer et à celle qui aurait dû être appliquée à celle de la clause légale. On doit choisir un **indice qui est en relation directe avec l'objet du bail** ou l'activité de l'une des parties. S'il y a une augmentation ou une diminution très importante de 25% par rapport au prix précédemment fixé, on peut demander **une révision judiciaire**. Le juge fixera le loyer en fonction des valeurs locatives. Une fois que ce loyer est fixé, on peut réindexer tous les ans le loyer avec l'indice qui a été choisi.
- Une **clause de recettes ou clause de loyers variables** : on va faire varier un pourcentage de chiffre d'affaire ou de recettes du locataire, les clauses de recettes sont stipulées par les centres commerciaux (*le loyer augmente en proportion du chiffre d'affaires*). Par contre, ça présente un risque pour le bailleur, si le locataire fait de mauvaises affaires (*va faire un chiffre d'affaire bas alors le loyer sera élevé*) et le preneur ne peut pas faire de plafonnement.

**Nouveau loyer = (Dernier loyer x Nouvel indice)/Ancien indice**

On peut dé plafonner un loyer si c'est un bail de 9 ou 12 ans si la modification est de plus de 10% des facteurs locaux de commercialité.

## **II) JOUISSANCE DES LIEUX LOUES**

### **1. La destination des lieux loués**

#### **a. Déspécialisation partielle**

C'est l'activité pour laquelle le bailleur et le locataire se sont entendus pour qu'elle soit exercée dans un lieu loué. On le précise dans le bail commercial. Il est possible de préciser dans le bail une seule activité avec des activités connexes ou complémentaires qui pourront s'ajouter à l'activité principale. Il y a des baux qui sont **conclus tout commerce** où tous les commerces sont acceptés.

Mais le locataire n'est pas enfermé dans cette activité car on peut **demandeur la déspécialisation partielle**. **Article L 145-47 du Code Commerce** dans le cas où il y a une seule activité de prévenue où on peut **adjoindre une activité connexe ou complémentaire** à l'activité principale. Le preneur doit le demander au propriétaire par un **acte d'huissier**. Et le propriétaire a deux mois pour répondre à la déspécialisation et s'il ne répond pas son silence vaut acceptation.

Le bailleur ne peut pas s'opposer à la déspécialisation partielle sauf s'il le prouve qu'il n'y a pas de caractère connexe ou complémentaire de l'activité nouvelle qui est demandé par le preneur. S'il y a litige, c'est le tribunal de Grande Instance qui est compétent et va statuer sur la demande de déspécialisation

**Exemple** : Maintenant la Jurisprudence accepte qu'on puisse vendre une activité d'épicerie. Un boucher, qui voulait vendre des sandwiches, a vu que sa demande refusée car les clients d'une boucherie sont différents de celle des personnes qui achètent des sandwiches.

Comme le bailleur a **deux mois pour répondre au locataire**, il ne peut pas commencer son activité avant ces deux mois au risque de se voir opposer la résiliation du bail pour non-respect de la clause de destination du bail. Si le bailleur accepte sa déspécialisation, il peut demander une augmentation du loyer qui prendra effet lors de la prochaine révision triennale.

#### **b. Déspécialisation plénière**

**Changement total d'activité**. Le fond ancien disparaît économiquement pour un fond tout à fait nouveau. Il est demandé par le locataire quand son fonds de commerce n'est pas économiquement viable et qu'il veut commencer une nouvelle activité.

Quand il y a une déspécialisation plénière, l'opération peut être libre quand le bail contient **tout commerce** : il choisit son activité comme il entend sans demander l'autorisation au bailleur. Par contre, je suis obligée de demander l'autorisation si je n'ai qu'une seule activité autorisée. Je dois aussi avertir les créanciers inscrits dans le fonds de commerce à chaque changement s'il n'y a **pas tout commerce**. Je le fais par acte d'huissier. Le bailleur dispose de 3 mois pour répondre. S'il y a un refus du bailleur on saisit le Tribunal de Grande Instance qui va trancher afin de voir si la nouvelle activité est compatible avec les caractères de l'immeuble.

#### **Conséquences :**

En cas de déspécialisation plénière, on va avoir **un dé plafonnement du loyer pour le bailleur**, le bailleur peut obtenir une nouvelle fixation du loyer et une indemnité s'il trouve qu'il y a un préjudice. Le loyer sera **fixé à la valeur locative**. On va regarder dans le quartier quelle est la valeur locative, le montant peut être supérieure par rapport à la valeur qu'on a trouvée avec les indices. Le plafond le protège mais s'il voit que la valeur locative avec les indices est inférieure, il a intérêt à demander une révision légale.

Les créanciers inscrits peuvent obtenir de nouvelles conditions pour sauvegarder leurs intérêts et une sûreté reportée sur le nouveau fonds. Ils vont demander que leur inscription soit transportée sur le nouveau fonds de commerce.

Quand il y a un litige, le tribunal va se décider par rapport à la conjoncture économique des caractéristiques et de la situation de l'immeuble. On doit tenir compte des clauses de non concurrence ou d'exclusivité qui sont souscrits par le bailleur au profit d'autres locataires dans le même immeuble.

En cas de déspecialisation plénière, il n'y a **pas besoin d'attendre la période de révision triennale** pour augmenter le loyer ou dé plafonner le loyer. Il peut le faire à n'importe quel moment.

## 2. La cession du bail

C'est l'acte par lequel le locataire va céder le bénéfice de son contrat de location à un tiers.

**Droit au bail :** Créance dont dispose le locataire commerçant à l'encontre du bailleur lui permettant d'exiger la jouissance des lieux loués qui servent à l'exploitation du commerce.

### a. La cession du droit au bail à l'acquéreur du fonds de commerce

On est dans un cas où l'exploitant ne veut plus exploiter donc il va vendre son fonds de commerce. Il va céder son droit au bail avec l'accord express du bailleur. Il faut savoir que le Code de commerce dit qu'il est interdit de refuser la cession. Le bail commercial peut être cédé avec le fonds de commerce même si le bail prévoit une clause contraire. **Article L 145-16 du Code de commerce** prévoit la nullité des clauses qui interdisent un bailleur de refuser les cessions de droit au bail quand on vend le fonds de commerce. Toute clause contraire est nulle. Le bailleur peut demander à être informée.

On n'autorise cette cession car on ne peut **pas vendre le fonds de commerce sans son bail**. C'est le point de rattachement de la clientèle. Le bailleur peut demander un droit de préemption (*droit de priorité*) et puis il peut rajouter une clause d'agrément. S'il refuse, il faut qu'il ait un motif.

Le bailleur peut prévoir une **clause de garantie du paiement des loyers**. Ce n'est pas agréable pour celui qui vend le fonds de commerce car il va être garant des loyers qui seront dûs par l'acquéreur du fonds de commerce pendant toute la durée du bail. Ce n'est pas valable après pour les renouvellements. Cette clause ne se poursuit pas en cas de renouvellement au-delà de 9 ans. On doit signifier par d'acte huissier (=copie d'acte de cession « signification en vertu de l'article ... ») la cession du bail au bailleur pour que la cession lui soit opposable.

### b. La cession isolée du droit au bail

**Cédée le droit au bail sans le fonds de commerce.** On ne possède que le droit au bail. On est dans le cas où il veut transférer son fonds de commerce dans un autre local ou un fonds de commerce qui n'a pas plus de valeurs donc on va vendre le droit au bail. En principe, ce droit au bail est toujours autorisé. On va transférer l'ensemble du contrat avec les mêmes charges et les mêmes obligations : il transmet son contrat de location en cours. Il va se faire payer un droit au bail par le nouvel locataire, le bailleur n'a rien mais celui qui va céder son droit au bail (*l'ancien propriétaire*) va recevoir un certain prix qui va correspondre à l'emplacement.

**Pas-de-porte :** Prix qu'on paie au propriétaire dans le cas où le local est vide.

**Droit au bail :** Prix qu'on verse à l'ancien locataire en contrepartie d'un bail commercial.

La loi permet aussi au commerçant de céder librement son droit au bail lorsqu'il prend sa retraite. Il y a des cas où le propriétaire peut interdire la cession isolée du droit au bail mais c'est rare.

### 3. La sous-location

Contrat par lequel une personne qui va le mettre à disposition d'un autre moyennant un certain prix.

#### a. Les conditions de la sous-location

Les conditions : **Article L 145-31 du Code commerce** qui interdit la sous location du bail commercial sauf clause contraire dans le bail. Cette interdiction explique que cette sous-location ne va pas dans le même sens que la loi qui veut protéger le propriétaire du fonds de commerce.

On peut y déroger si dans le bail on y est autorisée alors c'est le contrat qui va prévaloir. Mais si le bailleur refuse d'autoriser la sous-location le preneur n'a aucun recours judiciaire (*il ne peut pas aller devant le juge contester*). La sous-location est possible qu'en cas d'accord express du propriétaire des murs pour sous-louer. Si le preneur veut quand même sous louer sans demander l'autorisation du bailleur, il s'expose **à la résiliation de son bail**, le bailleur va donc le sanctionner ou il peut voir le bailleur refuser le renouvellement du bail s'il n'a pas donné son autorisation à la sous-location.

⇒ ***On ne fait pas ce qu'on veut !***

Il faut qu'il l'agrée le sous-locataire au niveau de la personne. Un agrément peut être *tacite (pas écrit clairement)* dans la mesure où le propriétaire a demandé un supplément de loyer du fait de la sous-location.

#### b. Les effets de la sous-location

**Le sous loyer ne peut pas être supérieur au loyer principal.** Le locataire qui veut sous louer ne fait pas de bénéfices. Donc le preneur ne peut ***pas spéculer sur la sous-location***. Et si malgré tout le sous loyer est supérieur, le bailleur peut demander à réévaluer le loyer principal.

**L'article L 145-32 du Code de Commerce**, le sous locataire bénéficie du droit au renouvellement de son contrat à l'égard du sous locataire principal dans la mesure où le locataire principal doit avoir ce droit aussi vis-à-vis de son bailleur. En cas de non-renouvellement sans juste motif de son contrat, le sous-locataire a droit à une ***indemnité d'éviction***, elle répare le préjudice de la perte du fonds de commerce.

Le lien entre le propriétaire des locaux et le sous locataire : il existe une obligation de renouveler le bail seulement si le propriétaire a expressément ou tacitement autorisé la sous-location. Si la sous-location a été faite dans le dos du bailleur, on ne pourra pas demander un renouvellement. Il faut que le contrat de sous location ait la ***même échéance que le bail principal***.

Les clauses interdisent la cession du bail sont nulles. Par contre si c'est juste une cession du bail isolée, elle est quand même valable. La sous-location est interdite par la loi sauf autorisation du bailleur ou convention contraire.

### **CAS PRATIQUE**

Un commerçant possède deux librairies et il veut recentrer son activité sur un seul et nouveau local. Alors il voudrait céder la première librairie à quelqu'un qui exerce la même activité et sous-louer la deuxième librairie. Ce commerçant veut savoir s'il peut céder sa librairie et s'il peut sous-louer la deuxième ? Est-ce que son bailleur peut s'interposer entre ces opérations ?

- ***Dans le 1<sup>er</sup> cas***, le propriétaire ne peut pas s'y opposer car c'est une cession de fonds de commerce avec le bail. Mais s'il y a une clause contraire, elle n'est pas valable. Il peut céder dans tous les cas ce fonds de commerce.

- **Dans le 2<sup>e</sup> cas**, il faut regarder dans le contrat s'il y a quelque chose de prévu. Si non, on demande un recours express au bailleur. Concernant la sous-location, la loi l'interdit donc le bailleur peut l'interdire, on ne peut que se plier à cette obligation.

### III) **LE RENOUVELLEMENT DU BAIL**

#### 1. **Le congé**

##### **Les conditions de forme :**

Au bout de notre bail (9 ans), les parties doivent exprimer leur position pour l'avenir et peuvent mettre fin au bail sous réserve de donner un congé par un acte d'huissier avec un préavis de 6 mois avant la fin du contrat. Si le congé est donné par le locataire, ça veut dire qu'il va mettre fin au bail et la jouissance des lieux et ça l'oblige à quitter les lieux sans indemnité et de manière irrévocable (*peut pas changer d'avis*).

Le congé, qui est délivré par le bailleur, a plusieurs modalités :

- Le point commun avec le locataire : il va mettre fin au congé en cours.
- Soit le congé va apporter une offre de renouvellement (*faire un nouveau bail*)
- Soit le bailleur refuse le renouvellement (*il doit indiquer s'il offre ou s'il refuse de verser une indemnité d'éviction*)

Le preneur peut aussi faire un **renouvellement du bail** si le locataire ne veut pas partir. Sa demande de renouvellement doit être formulée **six mois avant la fin du bail**. Le bailleur a trois mois pour répondre, s'il ne répond pas son silence vaut acceptation de renouvellement du bail. Dans le congé du bailleur, il doit mentionner les motifs dans lesquels il donne les congés, et s'il propose de renouveler le bail il doit indiquer les conditions de son offre. Le locataire peut contester cette décision (*l'offre de renouvellement*) devant le Tribunal dans un délai de 2 ans. On voit si on veut modifier les clauses ou les conditions de l'ancien contrat.

Le bail se reconduit tacitement pour une **durée indéterminée**. Le locataire a intérêt à redemander le renouvellement du bail parce que si on arrive à 12 ans, il n'a plus de plafond et il n'est pas protégé par les indices. Quand le bailleur ne donne pas de congé alors le locataire a tout intérêt à redemander un renouvellement ou soit à demander un congé pour éviter le plafonnement à la 12<sup>e</sup> année.

#### 2. **Conditions d'existence du droit au renouvellement**

C'est seulement le propriétaire du fonds qui est **bénéficiaire du droit au renouvellement**. Bien qu'il n'exploite pas lui-même le fonds en location gérance, c'est le propriétaire qui a droit au renouvellement du bail.

**Exception**, au propriétaire du fonds qui a donné son fonds en sous location-gérance. Le droit au renouvellement va bénéficier à tous ces successeurs ou ces héritiers que ce soit des personnes physiques ou morales qui ont la qualité de locataire des locaux et de propriétaire du fonds pour avoir droit au renouvellement.

- Le sous-locataire peut avoir un droit direct au renouvellement du bail à l'égard du bailleur en cas de **sous-location local**.
- Mais si c'est une **sous-location partielle**, là il conserve son droit à son renouvellement pour l'ensemble du local y compris pour la partie qu'il sous-loue.
- Le commerçant doit être **immatriculé au registre du Commerce et des sociétés ou aux répertoires des métiers** s'il exerce un métier manuel. Dans les exceptions, il y a toujours les locataires-gérants. Si on a plusieurs locataires, il suffit qu'il y en ait un qui soit immatriculé au registre du commerce. Pour les autos entrepreneurs, ils ne peuvent pas bénéficier du droit au renouvellement car ils ne sont pas immatriculés.

- Le commerçant locataire doit **être de nationalité française** pour demander le renouvellement ou doit **ressortir d'un état membre de l'Union Européenne**.
- Le fonds de commerce doit être **exploité pendant au moins 3 ans consécutifs** avant le terme du bail. C'est une condition d'existence de la clientèle. En cas de défaut d'exploitation du fonds, on perd le droit de renouvellement.

⇒ **Il faut que tous ces conditions soient réunies pour demander un renouvellement.**

**Mais il y a quelques exceptions** : maladie, maternité, minorité de l'exploitant ...

**Exemple** : Un mineur qui a hérité du fonds de commerce et qui ne peut pas l'exploiter lui-même. Ce sont des motifs illégitimes qui permettent de renouveler le bail même si on ne l'a pas exploité pendant 3 ans.

En cas de défaut d'exploitation, le bailleur ne peut refuser le renouvellement qu'après avoir adressé **une mise en demeure au locataire** qui est resté sans effet pendant plus d'un mois. S'il ne reprend pas l'exploitation, dans ces cas-là, ça justifie le **refus du bailleur**. L'exploitation personnelle du fonds n'est plus exigée. Si le fonds fait objet d'une cession au cours des trois dernières années (*ie le fonds de commerce a été vendu*), c'est l'acquéreur du fonds qui devient titulaire du droit au renouvellement. Le renouvellement concerne aussi les baux de courte durée qui peuvent être renouvelé pour une **durée maximale de 2 ans**. Toutes les clauses qui ont pour effet de faire échec au droit du renouvellement du bail sont nulles.

## LES ARRETS

- **Arrêt-253**: il faut être immatriculé au registre du commerce pour avoir droit au bail commercial
- **Arrêt-254**: changement d'activité sans demander l'autorisation au bailleur, la cours de cassation a dit que le bailleur avait connaissance de cette nouvelle activité et ne s'y est pas opposé. Ne justifie pas la résiliation du bail car tolérance du bailleur par rapport au changement d'activité.
- **Arrêt-255** : un locataire a vendu son droit au bail sans informer le bailleur alors qu'il a un droit de préférence. Faute grave, la cession a été résiliée.
- **Arrêt-18** : quand on a fixé à l'origine un loyer bas ...
- **Arrêt-16** : on recherche s'il y a une incidence favorable sur le commerce en question pour savoir si on peut dé plafonner le loyer.
- **Arrêt-4 et 5** : clause de non concurrence, la CDC rappelle que ses clauses doivent être limitées dans le temps et dans l'espace.
- Interdiction pour l'exploitant d'un fonds d'exercer un fonds similaire à celui qui a été cédé ...activité de location salle traiteur et brasserie mais il exerçait une activité de réception
- **p6 arrêt sur les franchises** : indemnité d'éviction, est-ce que le franchisé à une clientèle personnelle. Un franchisé a droit à une indemnité d'éviction car c'est lui qui a le droit au bail.
- 

## 3. Procédure de renouvellement

### a. Le principe du maintien des conditions du bail

La demande de renouvellement met fin au bail en cours. Et le bail renouvelé est donc un nouveau contrat qui en général est identique au bail précédent. Donc le principe est que le renouvellement du bail s'effectue aux clauses et aux conditions du bail venu à expiration. On peut quand même modifier certaines clauses du bail sur le loyer notamment sur la durée (*on peut faire un bail de 12 ans avec un risque de déplafonnement du loyer*) ou le montant du loyer si les partis sont d'accord. Mais sinon, la durée du bail de loyer renouvelé est donc de 9 ans sauf en cas d'accord pour une durée plus longue.



## **b. Le loyer du bail renouvelé**

Le loyer du bail renouvelé doit correspondre à la valeur locative sans pouvoir excéder la variation de l'indice trimestriel du cout de la construction ou de l'indice des loyers commerciaux.

Donc il y a un principe du renouvellement du bail mais il y a beaucoup d'exceptions. Exceptions plus nombreuses que celle qui existe en cas de révisions triennale ou de plafonnement. On peut plafonner s'il y a une modification des éléments constitutifs de la valeur locative sans qu'il soit nécessaire que la modification ait entraîné une augmentation de 10% de la valeur locative.

Il y a une règle de plafonnement qui est écarté pour certains baux : les baux de monovalent ou les baux à l'usage exclusifs de bureaux ou pour des baux supérieurs à 9 ans en cas de tacite reconduction ou en cas de baux soumis à des locaux avec des recettes (*soumis au CA*).

## **4. Refus de renouvellement : problématique de l'indemnité d'éviction**

### **a. Le refus de renouvellement justifié**

C'est toujours par les bailleurs et c'est strictement contrôlé par la loi. **Article L 145-17 du Code de commerce** donc qui envisage plusieurs cas de refus de renouvellement justifiés et qui dispensent le bailleur de verser une indemnité d'éviction.

- **Le premier motif de refus** : Il tient **au comportement du preneur ou du locataire**. Dans le cas où le preneur n'a pas respecté les clauses du contrat ou les lois du bail ; il faut que ça constitue un motif grave et illégitime : retards réitérés dans le paiement des loyers, violation du contrat de bail avec une sous-location qui n'a pas été autorisé, un défaut d'entretiens de locaux qui entraînent de graves réparations, une cessation de l'exploitation du fonds sans raison ... Il faut que le manquement à ces obligations au preneur soit poursuivie ou renouvelé un mois après une mise en demeure adressé au locataire
  - ⇒ Il faut le mettre en demeure si un mois après il ne respecte pas ces obligations donc ça va constituer un motif grave
- **Le deuxième motif de refus** : **Le droit de reprise du bailleur**. C'est un droit de reprise qui concerne les locaux d'habitation qui sont accessoire au local commercial pour y habiter ou loger accueillir les membres de sa famille. En pratique, c'est difficile de le faire car la plupart du temps ils sont nécessaires à l'exploitation du local et si ce n'est pas divisible c'est un peu compliqué.
- **Le troisième motif de refus** : Si le bâtiment **est insalubre ou menace de ruine**. Mais si l'immeuble n'est pas reconstruit, le locataire a droit une indemnité d'éviction.

### **b. Le refus de renouvellement doit s'accompagner d'une indemnité d'éviction**

On est dans le cas où le bailleur veut absolument récupérer son local mais il n'y a pas de fautes graves commises par le locataire. Il est obligé dans ces cas-là de **verser une indemnité d'éviction**. Alors cette indemnité doit couvrir/réparer le préjudice qui est égal à la perte du fonds de commerce. **Article L 145-14 du Code de commerce**. On est toujours dans l'idée des statuts des baux commerciaux, donc que la clientèle est attachée à l'emplacement. Si le fonds de commerce est déplacé, on perd de la clientèle d'où l'indemnité d'éviction.

La valeur de calcul de l'indemnité d'éviction est estimée à partir de la valeur marchande du fonds de commerce en fonction du chiffres d'affaires, de la valeur du droit au bail sans le fonds, de la qualité de l'emplacement qui est perdu (*plus il est numéro 1, plus il sera cher*),... On va rajouter à ça les frais de réinstallation et de déménagement, des frais et des droits de mutations à payer pour des fonds de même valeur.

Le bailleur peut faire baisser l'indemnité si le locataire trouve un local proche ou si on lui offre un local équivalent. Parfois il peut regretter cette décision, et accepte le renouvellement ça s'appelle **le droit de repentir**. S'il y a eu un jugement, le bailleur a 15 jours pour exercer ce droit

de repentir : il revient sur sa décision et accepte de renouveler le bail. Quant au locataire, il a trois mois pour quitter les lieux après avoir reçu son indemnité d'éviction.

#### **IV. RESILIATION DU BAIL COMMERCIAL EN CAS D'INEXECUTION DU BAIL**

Le renouvellement c'est au bout de 9 ans mais on s'occupe toujours six mois avant. Comment on peut mettre fin au bail en cas d'inexécution du bail ?

##### **1. Les obligations du bailleur**

Il a trois obligations :

- **Obligation d'information** : Lors de la signature du bail, le bailleur a une obligation de fournir des diagnostics techniques qui concernent l'existence de risques environnementaux (inondations ...), naturels et technologiques qui doivent être annexés au bail. Présence d'amiante, de termites, ... Il faut aussi fournir des diagnostics performances d'énergétiques (*chauffage, électricité ...*)
- **Obligations de délivrance** : Elle impose au bailleur de remettre au preneur le local qui doit être conforme à sa destination contractuelle. On fait un Etat des lieux et une remise des clés. Le local doit correspondre à la description qu'on a faite dans le contrat (*dans le bail*)
- **Obligation d'entretien et de réparation** : liste de réparations qui sont à la charge du propriétaire et du locataire mais qui n'existent pas dans les baux commerciaux. **Article 606 du Code Civil** qui met à la charge du bailleur les grosses réparations (*murs, voutes, charpente, couverture, ...*) tout ce qui concerne la structure des immeubles. Mais il y a des baux qui mettent en charge ses réparations au locataire. Le bailleur doit délivrer un local en bon état : il doit faire toutes les réparations nécessaires. Il y a des travaux qui sont imposés par l'administration ou par la réglementation : ravalement de la façade, mise en norme en matière d'hygiène et de sécurité (*les portes coupe-feu*), ... Par exemple si vous avez des gouttières trouées, c'est le bailleur qui doit faire les travaux.
- **Obligation de garantie** : Cette garantie recouvre les garanties des vices qui affectent les biens loués et la garantie du fait du bailleur qui ne doivent pas troubler la jouissance du preneur.

##### **2. Les obligations du preneur**

- User des locaux loués suivant la destination c'est-à-dire exercé les activités prévues dans le bail
- Payer le loyer
- Menus entretiens : assurer l'entretien, l'immeuble, les réparations ...

##### **3. Les fondements de la résolution du bail**

###### **a. L'action résolutoire**

L'exercice de l'action résolutoire suppose la constatation par le juge de l'inexécution de l'obligation contractuelle (*non-paiement des loyers, non réparation, ...*) donc ça suppose d'aller en justice pour résilier le bail. S'il y a un retard de loyer, on va délivrer un commandement par un huissier et le locataire aura un mois pour payer. Si un mois après il n'a toujours pas payé, on va dire que le bail est résilié mais il faut le faire constater par un juge donc on va saisir le Tribunal de Grandes Instances. Le juge va apprécier si l'inexécution est suffisamment grave pour prononcer la résolution du bail. Mais s'il y a des non-paiements il sera expulsé.

⇒ **Dans les baux, on prévoit toujours une clause résolutoire.**

Quand il y a une ouverture de procédure collective, si le locataire a des difficultés financières ou qu'il est en liquidation judiciaire et financière. Le bailleur ne peut pas obtenir la résolution du bail et il peut être forcé à administrer le bail par l'administrateur judiciaire.

⇒ **Pourquoi le législateur le protège ? Il lui donne une chance d'exercer son bail.**

La clause résolutoire s'applique pour **non-paiement du loyer**(régulariser) mais aussi pour **un défaut d'entretien** : on va faire une sommation (*faut être huissier pour le faire*) de mettre fin à l'infraction des obligations du bail. Il a un mois pour mettre fin à l'infraction et se mettre en conformité, s'il ne l'a pas fait on fait appel au juge.

Une fois que le bail est résilié, il doit quitter les lieux mais s'il prend plusieurs mois on lui donne une **indemnité d'occupation**.

#### **b. La protection des créanciers inscrit sur le fonds en cas de résiliation du bail.**

Le bailleur doit informer les créanciers qui sont inscrit au fonds de commerce son intention de résilier le bail. Ça permet aux créanciers d'arrêter la résiliation du fonds en exécutant à la place du preneur ses obligations pour que le bail ne soit pas résilié (*payer le loyer*) ou d'avoir d'autres garanties de leurs débiteurs (*des cautions ...*).

Une obligation de notifications des résiliations à l'exception de la résiliation triennale du preneur. La résiliation ne devient opposable aux créanciers inscrits qu'un mois après la notification qui leur ait faite.

**Et s'il l'oublie?** En absence de notifications par le bailleur, la résiliation sera inopposable aux créanciers. Le bailleur sera condamné à reverser aux créanciers le montant de la créance ou à des dommages et intérêts si la perte de valeur du fonds consécutive à la résiliation du bail prive les créanciers de tout paiement.

On cherche toujours à protéger les créanciers. S'il n'y a pas de notifications, cette résiliation reste valable entre le bailleur et le locataire.

#### **4. La résiliation à tout moment ou amiable**

Elle est prévue par la loi en faveur du locataire qui prend sa retraite ou qui bénéficie d'une pension d'invalidité. Mais le fonds n'a pas de valeur et qu'il trouve personne il peut résilier.

Il y a des résiliations amiables qui est prévue à tout moment en rédigeant un avenant au bail où les partis décident à tout moment de mettre fin au bail on appelle ça la résiliation amiable.

## **SECTION 4 \_ LES CONTRATS DE L'ENTREPRISE**

### **SOUS SECTION I \_ LE CONTRAT DE VENTE**

#### **Qu'est-ce qu'une vente ?**

Une **vente** est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à payer. **Article 1582 du Code de Civil**. La vente est parfaite entre les partis dès qu'on est convenu de la chose et du prix bien que la chose n'ait pas encore été livré ni le prix payé. **Article 1583 du Code Civil**.

La vente est un **contrat consensuel**(*fait par les deux parties*)et **synallagmatique**(*les deux parties s'engagent*). C'est un contrat à **titre onéreux** car s'il n'y a pas de contrepartie d'argent ce n'est pas une vente mais une donation par exemple. La vente ne porte que sur un bien corporel (voiture ...) ou incorporel (brevets, ...), meubles ou immeubles mais elle ne concerne pas les services.

La vente est souvent précédée d'avant contrat comme :

- Une **promesse unilatérale**(*une seule partie qui s'engage*) :
  - ✚ De vente : seulement le vendeur qui s'engage de vendre mais l'acheteur non
  - ✚ D'achat : seulement l'acheteur qui s'engage à acheter mais le vendeur non

- Une **promesse synallagmatique** : les deux parties s'engagent, l'un vend et l'autre achète. Lorsqu'il y a consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix.

## I) **LA FORMATION DU CONTRAT**

### A. **Les conditions de fonds**

#### 1. **La chose**

##### a. **La chose doit être déterminée**

La vente doit porter sur un corps certain. Si la vente porte sur des choses pas individualisées, la détermination se fait en désignant l'espèce et la quantité

**Exemple** : des céréales

##### b. **La chose doit exister.**

Si au moment la chose vendue a péri en totalité, la vente est nulle mais s'il y a qu'une partie qui a péri alors l'acquéreur peut soit abandonner la vente ou demander la partie conservée en faisant déterminer un autre prix. Pour la vente d'une chose future, elle est valable ; ça peut être la vente d'une chose à fabriquer, la vente d'une récolte à venir, ou d'un immeuble à construire.

##### c. **La chose doit être dans le commerce.**

Certaines choses ne peuvent pas être aliénées (*les éléments du corps humains, des produits contrefaits, ou des biens du domaine public*). La clientèle est un ensemble d'être humain.

##### d. **La chose doit être appropriée**

La chose doit appartenir à un propriétaire sur lequel porte la vente donc la chose d'autrui est nulle.

#### 2. **Le prix**

##### a. **Le prix doit être déterminé ou déterminable.**

- Soit le prix de vente va être déterminé par les parties ensemble on appelle ça de **gré à gré**
- Soit par le vendeur sans pouvoir être discuté, on appelle ça **une vente à prix fixé**
- Soit le prix est fixé par les acheteurs, on appelle le **prix fait par enchère**

Si le prix n'est pas déterminé, il doit être déterminable mais à condition qu'il ne soit pas laissé à l'arbitraire d'une des parties. Le prix peut être indexé par un indice qui a un rapport avec l'objet du contrat. Soit le prix peut être fixé par un tiers (*un expert par exemple*) qui est désigné par les partis. Si le tiers ou l'expert ne peut pas la faire, l'estimation du juge ne peut pas se substituer à un tiers désigné par les parties pour fixer un prix donc la vente ne se fait pas.

##### b. **Le prix doit être réel et sérieux.**

Le prix doit être réel, il ne doit pas être simulé (*dans le but d'éviter des droits au fisc*) ou fictif. Il doit être sérieux donc il ne faut pas qu'il soit dérisoire par rapport à la chose vendue. A défaut de prix réel et sérieux, la vente peut être frappée de nullité. Ça peut être le cas de vente pour un euro symbolique.

### B. **Les conditions de forme**

En principe, il n'y a pas d'exigences particulières sauf pour garantir l'information d'une des parties ou pour assurer la publicité de ses garanties à l'égard des tiers. Il y a certaines ventes qui requièrent des ventes solennelles sous peine de nullité. Dans ce cas, il est nécessaire de rédiger un écrit avec certaines mentions pour valider l'acte de vente.

**Par exemple**, la vente d'un fonds, la vente d'un immeuble, les cessions de brevets ou de marques qui nécessitent des écrits, les ventes aux enchères publiques qui nécessitent de publicités.

Il y a aussi un formalisme informatif pour protéger le consentement du consommateur et aussi d'un formalisme au niveau de la preuve du contrat. Pour les ventes immobilières, il y a des fichiers immobiliers. Comme au-delà de 800€ il faut faire un écrit.

## II) LES EFFETS DE LA VENTE

### A. Les effets translatifs de la vente

#### a. Le transfert de propriété

##### 1. Les effets du transfert de propriété entre les parties

En principe, le transfert de propriété s'opère dès la rencontre des volontés des parties sur la chose et le prix par leur seul consentement. Si la chose n'est pas entre les mains de l'acheteur, le vendeur doit lui livrer la chose.

- ⇒ Et pour les **choses de genre**(récolte)non individualisés, ça prendra du retard jusqu'à leur individualisation.
- ⇒ Pour les **choses futures**, le transfert de propriété sera retardé jusqu'à leur achèvement.

Les parties peuvent décider de retarder le transfert de propriété par une **condition suspensive** (*acte de vente \_ si je veux acheter une maison ; option d'un prêt*). Quand on prévoit une condition suspensive, on décide de subordonner le transfert de propriété à la réalisation d'un évènement futur et incertain.

**Exemple** : Vente sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt

Si l'évènement ne se réalise pas, le transfert de propriété ne peut pas avoir lieu. S'il se réalise, le transfert de propriété est censé avoir lieu dès la formation du contrat par le jeu de la rétroactivité. Par contre, les risques ne sont transférés qu'à l'acheteur qu'au jour de la réalisation de l'évènement.

Pour retarder le transfert de propriété, on peut aussi recourir à **une clause de réserve de propriété**. Elle a pour objet de différer le transfert de propriété du bien déjà livré au jour du paiement intégral du prix. Tant que le vendeur n'a pas été intégralement payé, il reste propriétaire de la chose.

**Exemple** : Je vends du matériel et le paiement va s'échelonner dans le temps. Quand la facture n'est pas réglée intégralement, le fournisseur reste propriétaire.

##### 2. L'opposabilité du transfert de propriété au tiers

En matière mobilière (*de meuble*), le possesseur de bonne foi de la chose est présumé en être le propriétaire. C'est à celui qui conteste ce droit d'en apporter la preuve contraire.

En matière les immeubles, comment on va opposer au tiers la propriété d'un immeuble ? C'est à la publication de la conservation des hypothèques pour être opposable aux tiers.

#### b. Le transfert des risques

Ce sont les risques liés à la perte de la chose qui peut être brulée, perdue ... sont en principe transférés à l'acheteur dès qu'il en devient le propriétaire ie dès que les parties se sont mises d'accord sur la chose et sur le prix.

**Qu'est-ce qui se passe pendant le transport des marchandises ?** Elle va voyager à ses risques et périls. Pendant le transport de marchandises, les risques sont supportés par l'acheteur sauf condition contraire. Par exception, les risques ne sont pas supportés par l'acheteur si le transfert de la chose a été retardé dans le cas d'une promesse de vente ou dans une clause de réserve de propriété. Les risques ne sont pas aussi supportés par l'acheteur si le vendeur n'a pas livré la chose.

## B. Les obligations des parties

### a. Les obligations du vendeur

**Obligation d'information et du conseil \_ Article 1602 du Code Civil.** Elle est de nature très contractuelle et concerne les caractéristiques du bien vendus, son prix et ses délais de livraison. Elle concerne aussi des droits de la consommation. Si ce n'est pas respecté, il peut y avoir une nullité de la vente pour **erreur**(*trompé sur la marchandise, mauvaise description*), pour **dole**(*mensonge ou tromperie*), ou pour **mise en œuvre de la garantie des vices cachés**(*défaut cachés*).

Cette obligation d'information et de conseil sera avant le contrat et elle s'étend de la période de la formation du contrat et avant la délivrance du bien lorsqu'elle porte sur les conditions d'utilisation de la chose, sur son installation et les précautions de l'emploi. **Article 1134 du Code Civil.** C'est considéré comme une obligation de résultat.

### b. L'obligation de délivrance

**Article 1603 du Code Civil \_** Le vendeur doit délivrer une **chose conforme** à ce qu'il a été prévu au contrat tant en ce qui concerne sa qualité que sa quantité. La délivrance consiste en la remise effective de la chose entre les mains de l'acheteur qui a lieu dès l'instant de la formation du contrat ou dans un délai raisonnable. Et en cas de litige, c'est à l'acheteur d'établir que la chose délivrée n'est pas conforme à l'intention des parties.

Dans ces cas-là, il y a des manquements possibles des choses non-conforme : soit on engage sa responsabilité contractuelle, soit on demande des dommages et intérêts, l'exception d'inexécution (*si le vendeur n'a pas livré quelque chose de conforme alors moi acheteur je ne paie pas*), ou résiliation du contrat.

\*cours du 7.03.14\*

### c. L'obligation des garanties

**Article 1603 du Code Civil,** il y a deux aspects dans ses garanties :

- La possession paisible de la chose vendue
- La garantie des vices cachés

#### 1. La garantie contre l'éviction

Le vendeur doit garantir l'acheteur. De ce fait,

- Il ne doit pas troubler la jouissance paisible de l'acheteur
- Il doit le **garantir des troubles de droits** c'est-à-dire le préserver (*que quelqu'un d'autre ne vient pas revendiquer sur la chose vendue*).
- Ca comporte aussi le **trouble de faits**(*exemple : un détournement de clientèle dans le cadre de vente de fonds de commerce*).
- Le vendeur doit aussi garantir l'acheteur **des troubles de droits provoqué par des tiers**(*exemple : l'action des contrefaçons*)

Les sanctions possibles qu'encourt le vendeur en cas de manquement d'obligation de ces garanties. **Article 1629 du Code civil.**

- En cas **d'éviction totale**, il peut y avoir un anéantissement rétroactif de la vente donc il y aura une restitution des prix et un remboursement de l'acheteur de tous frais de toutes natures engendrées par la banque.
- En cas **d'éviction partielle**, l'acheteur peut demander à la résolution de la vente et le vendeur devra verser des dommages et intérêts.

#### 2. La garantie contre les vices cachés. Article 1641 du Code Civil

Le vendeur doit garantir à l'acheteur **des défauts cachés de la chose qui a été vendue** (*meuble, immeuble, chose neuve ou d'occasion*). Il faut que la chose cachée au moment de la vente rende la chose impropre à son utilisation normale

**Exemple** : présence de termites dans les charpentes qui remettent en cause toute la solidité des bâtiments, consommation excessive de carburant, ....

L'acheteur a **un délai de deux ans** et à compter, non pas de la vente mais, du vice caché il doit montrer que ce vice est inhérent à la chose. Elle est non apparente au bien. Ce vice doit être antérieur à la vente.

Les actions possibles du vendeur en cas de manquement à cette garantie ? L'acheteur a le choix entre plusieurs possibilités **Article 1644 du Code Civil** :

- L'acheteur rend la chose et se fait restituer le prix on appelle ça **l'action rédhibitoire**.
- Soit il garde la chose et se faire rendre une partie du prix, on appelle ça **l'action estimatoire** (*on se fait estimer le préjudice*).
- L'acheteur préfère peut être obtenir une réparation/remplacement de la chose viciée ou obtenir des dommages et intérêts si le vice lui a causé des dommages.

Si le vendeur :

- Est de **bonne foi** (*qu'il ignore les vices*). Il doit rembourser à l'acheteur le prix et les frais occasionnés par le contrat de vente.  
**Exemple** : un immeuble avec un droit d'enregistrement et de mutation.
- Est de **mauvaise foi** (*il connaît les vices de la chose vendue*). Il doit restituer le prix de vente avec des dommages et intérêts. En Jurisprudence, les vendeurs professionnels sont toujours assimilés à des vendeurs de mauvaise foi. Ils ne peuvent pas réduire leur responsabilité dans les clauses.

Il existe une autre garantie plus rare : **une garantie conventionnelle**. Ce sont des garanties qui peuvent augmenter, limiter ou supprimer la garantie légale mais elles ne sont valables que si le vendeur ignore le vice. Dans les contrats passés entre professionnelles et consommateurs, il y a toujours des garanties commerciales qui sont écrites. Le professionnel est toujours tenu par des garanties légales des vices cachés.

#### **d. L'obligation de sécurités**

Le vendeur fabricant est tenu à mettre sur le marché des produits conformes. En cas de dommages causés par un défaut de sécurité des produits mis en circulation, on peut mettre en cause la responsabilité du vendeur qui est apprécié sévèrement.

### **3. L'obligation des acheteurs**

L'acheteur a deux obligations :

- Payer le prix (**article 1593 du Code Civil**) au jour et au lieu décidé par les parties. Si les parties n'ont rien prévu le paiement s'effectuera au lieu de la délivrance.
- On peut verser un acompte (*on ne peut pas l'annuler*) ou des arrhes.  
Si l'acheteur ne veut plus de la vente, il peut abandonner le contrat de vente. Si le vendeur renonce à la vente, il doit verser le double des arrhes. Quand on verse un acompte, dans ce cas la vente est ferme et définitive et les parties ne peuvent se dédire.  
⇒ La sanction possible de l'acheteur en cas de non-paiement du prix : résiliation de la vente.

#### **L'obligation de retirement**

Elle consiste pour l'acheteur de prendre livraison de la chose vendue. Les sanctions possibles contre l'acheteur :

- Le vendeur peut lui faire sommation (= *on lui ordonne*) **d'enlever/de retirer** la chose vendue.

- Le vendeur peut demander à un juge l'autorisation de **mettre la chose en dépôt**.
- Le vendeur peut faire **prononcer la mise en résolution de la vente** et obtenir des dommages et intérêts. (*exemple : denrée alimentaire*)

## SOUS-SECTION 2 : Les contrats passés entre professionnelles

### I) **LES CONTRATS DE DISTRIBUTION**

Pour la distribution de ces produits, l'entreprise a plusieurs choix :

- Soit faire appel à ses salariés (*pouvoir de subordination*)
- Soit à des intermédiaires de la distribution (*ce sont des agents commerciaux, des commissionnaires ou des courtiers*)

**Le courtier** : C'est un intermédiaire qui rapproche des personnes désirant contractés. Ils les mettent en présence, les conseillent mais ils n'interviennent pas en tant que représentant de l'une ou l'autre des parties.

**Les commissionnaires** sont des intermédiaires professionnelles dans la formation des contrats mais ils vont conclure le contrat pour le compte de son client.

Elle peut aussi **unir ses efforts à d'autres distributeurs** pour augmenter son efficacité commerciale. Et les distributeurs, quand ils se réunissent comme ça, forment des **centrales d'achat** qui sont en réalité des groupements aux distributeurs.

#### A. La distribution intégrée

##### 1. La coopération commerciale

Le contrat porte sur la fourniture par un distributeur à son fournisseur de services qui sont différents de simples achats et de ventes.

**Exemple** : Animation commerciale, promotions ...

Il doit faire l'objet d'un ***écrit en double exemplaire*** détenue par chacune des parties. Le non-respect de cette formalité est très sévère car on s'expose à verser une amende entre 15000 et 75000 euros. La durée du contrat est libre.

##### 2. La concession exclusive (= distribution exclusive)

La **concession** est un contrat par lequel le concédant (*le fournisseur titulaire d'une marque*) réserve à un concessionnaire, qui est un commerçant indépendant, une distribution exclusive de ses produits sur un territoire déterminé à condition qu'ils acceptent de ne distribuer que ses produits et de respecter sa politique commerciale.

Donc dans ce contrat on a **une exclusivité réciproque** mais il y a quand même des exceptions d'où cette notion relative. Parfois, il y a certains concessionnaires qui peuvent aussi être concessionnaires d'autres marques.

##### a. La validité du contrat de concession exclusive

C'est un contrat d'adhésion qui ne permet pas aux concessionnaires de négocier des clauses du contrat (*ce sont des contrats types qu'il faut prendre ou laisser*). Le législateur a voulu protéger les concessionnaires.

Le concédant doit communiquer **20 jours avant la signature** un document qui donne aux concessionnaires des informations qui lui permettent de s'engager en conséquence de causes. Ces informations doivent nous renseigner de l'ancienneté, de l'expérience de l'entreprise, des perspectives de développement du marché concerné, de l'importance du réseau d'exploitation (*comment y a-t-il de concessionnaires ?*), et bien sûr de la durée du contrat, des conditions de renouvellement, des conditions de résiliation ou des cessions de contrats.



La sanction est la nullité du contrat car on a vicié le consentement du concessionnaire et le concessionnaire peut demander des dommages et intérêts.

Le contrat doit avoir un objet déterminé, il s'agit donc **d'un contrat cadre**. Il donne lieu à des fournitures de marchandises et à la réalisation de ventes successives mais il n'est pas qualifié de contrat de vente.

**Exemple** : Le concédant s'engage à fournir ces voitures aux concessionnaires, et celui-ci lui promet de le vendre.

La fixation du prix des marchandises vendues n'est pas une condition de validité du contrat.

#### **b. Le contenu du contrat (la clause d'exclusivité)**

Le concédant s'engage à vendre ces produits et à les fournir sans les modalités de prévu en respectant la zone d'exclusivité. Il s'oblige à apporter une assistance aux concessionnaires dans le suivi de gestion (*organisation de campagnes publicitaires*). Mais le concédant n'est pas responsable de la non-compétitivité de ces produits liés aux aléas du marché.

Le concessionnaire s'engage à acquérir les produits selon la quantité convenue c'est ce qu'on appelle **la clause de quotas**. Il doit s'engager à constituer des stocks et de **ne pas faire de concurrence déloyale au concédant**. Ils s'engagent à appliquer les méthodes de ventes arrêtés par le concédant. Il doit ménager les lieux de vente et former son personnel. Il doit assurer un service après-vente de qualité.

### **3. La franchise**

La **franchise** est un contrat par lequel un fournisseur, qu'on appelle le **franchiseur**, permet à un distributeur, qu'on appelle le **franchisé**, de bénéficier en échange de redevances des signes de ralliements dont il est titulaire, de son savoir-faire et de son assistance commerciale.

C'est un contrat qui lie deux commerçants indépendants. C'est un contrat à titre onéreux (*redevances versées*) et intuitu persona.

La différence avec le contrat de concession exclusive :

- La clause d'assistance est beaucoup plus forte. On donne les compétences, des méthodes commerciales et techniques, un savoir-faire (*concession : concessionnaires achètent le produit*). Il n'y a pas forcément de clauses d'exclusivité territoriales (*plusieurs magasins d'une même enseigne dans un même département*).
- Le contrat de franchise est très répandu que ce soit dans les hôtelleries, ...

Ça permet aux fournisseurs de **créer un réseau de distributions** sous son nom ou sous sa marque à moindre frais. Les franchisés vont supporter les coûts d'installations et profiter de son expérience (*expliquer la gestion des stocks, ...*), de sa notoriété et de sa clientèle.

**L'avantage du consommateur** : Ça lui permet d'accéder à des produits et services connus.

#### **a. Validité du contrat**

Pour le franchiseur, il a une obligation précontractuelle de renseignement qui porte sur la nature des services offerts, de leurs tarifs, du nombre de franchisés, de leur qualité des produits, etc. Le contrat de franchise obéit aux mêmes règles des droits communs des contrats, la clause des contrats doit être licite.

Un contrat de franchise qui porterait sur une marque pas connue peut être annulé faute de clause. Si le savoir-faire obtenu par le franchiseur n'est pas très technique on peut aussi annuler le contrat de franchisés. Le franchiseur est libre de refuser un candidat à la franchise sous réserve que ce refus ne soit pas discriminatoire.

**Exemple** : Une personne qui parle mal en français, on peut le refuser car il faut bien s'exprimer pour vendre.

## b. Le contenu du contrat

Le franchiseur va transmettre au franchisé l'utilisation de signes distinctifs ce qui suppose qu'il soit propriétaire (*l'enseigne de la marque*). Le franchiseur s'engage à communiquer son savoir-faire donc ses connaissances techniques et commerciales. Il y a une formation continue du franchisé et de son personnel. Ca consiste à élaborer les campagnes de publicités, des conseils en gestion et des conseils juridiques. Si un contrat ne réunit pas toutes ces obligations principales alors il ne peut pas être qualifié de franchise cependant le contrat n'est pas nul. Le franchiseur peut concéder au franchisé une exclusivité territoriale déterminée mais ce n'est pas une obligation.

A titre principal, il doit exploiter personnellement la franchise car on a vu que c'était un contrat intuitu personae (*lui-même*). On peut prévoir dans le contrat une clause qui autorise le franchisé à céder son contrat à ses tiers sous réserve d'obtenir l'agrément du franchiseur.

**Autre obligation : rémunérer le franchiseur.** Généralement il y a un droit d'entrée et ensuite il y a des redevances liées au chiffre d'affaires. Il doit aussi respecter les normes définies par le franchiseur sur le choix des emplacements des locaux. Il doit aussi accepter le contrôle du franchiseur pour voir si tout est respecté et aussi respecter la confidentialité quant aux savoirs faire.

Autre obligation qui peut être liée par une **clause d'approvisionnement exclusive** auprès du franchiseur ou auprès d'une entreprise qui lui est rattaché. On peut prévoir aussi une clause de non-concurrence post contractuelle ie après la cessation du contrat, le franchisé ne pourra pas vendre des produits concurrents. La clause de non-concurrence est limitée dans le temps et dans l'espace.

Un franchiseur peut-il créer un site internet malgré une clause d'exclusivité ? La Cour de Cassation a dit que la création d'un site internet n'est pas assimilable à un point de vente.

## 4. La distribution sélective

Ça se rapproche **de la distribution exclusive**. Un concédant va distribuer ses produits aux concessionnaires sauf qu'il n'y a pas d'exclusivité.

La distribution sélective est un contrat par lequel le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants. Ca ne comporte pas d'interdictions pour les distributeurs de vendre des produits concurrents.

**Exemple :** Parfumerie à Sephora.

Ca concerne essentiellement les produits de luxe, de marques, de hautes technicités, etc. Ça permet aux fournisseurs de s'assurer de la bonne condition de ses produits. Pour les distributeurs, c'est l'avantage de vendre des produits concurrents.

### a. La sélection des distributeurs

La sélection va s'effectuer sur la base de critères objectifs et de caractères qualitatifs. Par exemple la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel, de la nature des installations, etc. Il faut ne pas donner lieu à une discrimination injustifiée.

**Critères qualitatifs :** Incompatibilité des enseignes. On a atteint un seuil de distributeurs importants donc on pourra en refuser. En revanche, si on impose des exigences professionnelles à un produit qu'il n'a pas de lieu d'être alors la sélection est jugée illicite.

### b. Les obligations du distributeur

Ils s'obligent à respecter les directives du fournisseur, à valoriser la marque, à maintenir le niveau de qualité de standings de ces magasins. En cas de manquement, il peut voir son contrat résilier ou un non-renouvellement.

## **B. Les groupements des distributeurs.**

Les distributeurs se regroupent entre eux.

**Quel est l'intérêt pour les distributeurs de se regrouper entre eux ?** Conditions d'achats plus avantageuses que celles qu'ils obtiendraient de manière isolée. On a des **groupements d'intérêts économiques** (GIE) avec des sociétés commerciales.

### **1. Les centrales d'achats**

La centrale d'achat agit comme un concessionnaire et à ce titre, elle va acheter de la marchandise aux fournisseurs au nom et pour le compte de distributeurs affiliés sans conclure de contrat de vente avec les fournisseurs. Elles obtiennent des prestations très avantageuses en raison des quantités commandées et des services rendus par exemple la garantie de paiement.

#### **Avantage :**

- Les remises sont opérées sur les prix de ventes et profitent aux distributeurs. Ou des ristournes qui sont calculées sur l'ensemble des commandes.
- Les centrales d'achats peuvent s'unir entre elles pour former/constituer une superbe centrale.

La centrale va s'engager à respecter les instructions des distributeurs qu'on appelle les **commettants**. Elle peut être liée par la clause d'exclusivité ce qui va l'empêcher d'affilier les concurrents des distributeurs qui sont déjà regroupés et par qui elle est liée par des contrats de commissions. Le distributeur s'engage à verser des commissions à la centrale. Elle peut exiger une clause d'exclusivité de distributions ce qui veut dire que le distributeur s'approvisionne que par elle (*avantage : gros volume de commande*).

### **2. Les centrales de référencement**

Elle agit comme des courtiers. Elle va négocier les conditions d'achats avant de mettre en contact les fournisseurs référencés et les distributeurs affiliés. Elle agit comme un intermédiaire. La centrale renseigne les fournisseurs sur la solvabilité des distributeurs. Elle n'est pas tenue de garantir leur solvabilité.

Les fournisseurs s'engagent envers la centrale à livrer aux distributeurs les marchandises convenues et une fois le rapport, les fournisseurs et les distributeurs entretiennent des relations directs de vendeur à acheteur. Mais il peut y avoir des abus, comme le référencement d'un fournisseur ou son désavantage.

## **SOUS-SECTION 3 : Les contrats passés entre professionnels et consommateurs**

Les règles sont très différentes. Le consommateur est plus faible que les professionnels, il faut donc **le protéger**. Plusieurs règles spécifiques pour le conseiller.

### **A. La notion de consommateur**

Il n'y a pas de définitions légales de consommateurs.

Considérer comme consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Il agit pour des besoins personnels ou familiaux. Le professionnel ne peut pas se prévaloir du droit de protecteur de la consommation. Le

professionnel qui n'agit pas dans le cadre de sa spécialité n'est pas considéré comme consommateur non plus. Ils sont visés par le droit communautaire.

## B. Le formalisme informatif

Le consommateur a des droits spécifiques pour lui garantir un consentement éclairé (*droits de délais de réflexion*). Le législateur a imposé aux professionnels un formalisme strict.

### 1. Le domaine

Il se rapporte à l'offre préalable, à l'objet du contrat et au droit de rétractation.

#### a. L'offre préalable

Elle est formulée par écrit et c'est une procédure qui nécessite un écoulement de délai impératif avant la conclusion du contrat afin d'éviter l'extorsion d'un consentement précipité.

Les domaines d'expiration :

- La souscription d'un service de communication électronique
- Le crédit à la consommation, immobilier, etc. Il y a un délai de réflexion.
- Prêt hypothécaire

#### b. L'objet du contrat

**Article L 111-1 du Code de la consommation**, tout professionnel de biens ou de prestataires de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur au courant des caractéristiques essentielles du bien ou du service. Cette obligation va être complétée par de nombreux textes législatifs et complémentaires dont l'objet est de faire connaître aux consommateurs toutes les caractéristiques comme le prix, les conditions de la vente, etc.

#### c. Les délais de réflexion

Le législateur a voulu compléter l'obligation de l'offre par **un délai de réflexion** durant lequel le consommateur ne peut pas accepter l'offre de contracter. Ça concerne certains domaines en matières de crédit immobilier (*exemple : durée de 10 jours pendant laquelle on ne peut pas accepter l'offre*). C'est pour protéger le consommateur et le laisser réfléchir avant d'accepter ou pas.

Il ne faut pas confondre :

- **Le délai de réflexion** : pas droit d'accepter l'offre pendant une certaine période
- **Le délai de rétractation** : Permet aux consommateurs de revenir sur son droit de consentement après avoir accepté les termes du contrat. Résilier le contrat sans se justifier sans indemnité.

Pour exercer le droit de rétractation : le consommateur doit respecter un formalisme. Il faut déjà qu'il ait une information écrite sur les conditions de sa rétractation et doit remettre un formulaire détachable aux professionnelles (*exemple : vente à distance ou à domicile*). Pour éviter toute contestation sur le point de départ, la loi exige en cas de démarchage à domicile que tout exemplaire des contrats doit être daté par la main du client.

- On a un délai de rétractation de 7 jours par exemple dans le domaine de la vente à distance, démarchage 7 jours également. Si on veut changer de fournisseurs aussi. Le contrat de crédit à consommation aussi.
- 14 jours : démarche financier et vente à distance portant sur des contrats à services financiers.
- Contrat de jouissance d'immeubles à contrat partagé 10 jours

### 2. Les procédés

*Comment va se manifester ce formalisme ?*

#### a. L'écrit

Forme nécessaire à l'extériorisation de la volonté. Obligation de recourir à l'écrit qui est imposé aux organismes d'enseignements à distance, aux assureurs à domicile, aux agences immobilières ... à de nombreux domaines.

#### b. Les mentions

**Qu'est-ce qu'on doit mentionner dans les actes ?** Recueillir tous les renseignements à l'identité des parties, à l'objet du contrat, aux prestations réciproques, à la garantie légale contre les vices-cachés... Quand c'est des contrats de prêts, il faut qu'il y ait l'indication des taux effectifs.

#### c. Rédaction dans les contrats de clause claire et compréhensible

C'est dans un souci d'assurer les consommateurs pour que celui-ci achète en toute connaissance de cause. Il faut des caractères assez gros/apparents, une lisibilité des mentions étiquetages, une interdiction d'emplois d'abréviations, une obligation d'emploi de la langue française (*dans le mode emploi par exemple*), etc.

#### d. La mention manuscrite qui est parfois imposée par le législateur

Le consommateur va devoir écrire une **mention manuscrite** sur le contrat. On va l'obliger à écrire certaines phrases. Ça sera le cas en matière de crédit immobilier, de crédit à la consommation ou de réduction du délai de rétractation.

#### e. Les modèles types

Parfois le législateur peut **imposer des modèles types** avec un formulaire détachable de rétractation. Il y a des modèles imposés par la loi ce qui permet une uniformisation des contrats.

#### f. Confirmation par écrit

C'est une obligation imposée par les professionnels. Ça permet de confirmer par écrit, dans un autre support, les indications données au titre des informations préalables (*identité, adresse, prix, frais, etc.*).

### 3. Les sanctions

Les sanctions du non-respect de toutes ces règles protectrices :

#### ▪ **Sanctions pénales** :

- ✚ Dans le domaine du démarchage à domicile, amende de 4550 euro.
- ✚ Si le professionnel a exigé un versement avant l'expiration du délai de rétractation, 30000 euro.
- ✚ Contrat de jouissance d'immeubles à contrat partagé.

#### ▪ **Sanctions civiles** : Si le formalisme n'a pas été respecté, le professionnel encourt l'annulation du contrat et des dommages et intérêts s'il y a eu préjudice.

*\*cours du 14.03.14\**

### 4. Les clauses abusives

Dans les contrats, on dit que les parties sont libres. Ça prévoit que les conventions légalement formées tiennent loi à ceux qui les ont faites. **Article 134 du Code Civil**

#### **Conséquences :**

- Un juge ne peut modifier le contrat sauf en cas de lésion (*différence de valeurs entre les prestations des deux parties*) ou d'absence de contrepartie (*une partie avec bcp d'obligations mais aucune charge*).
- Quand il y a une **clause claire et précise** dans les contrats, elle doit produire son effet normal mais pour des contrats entre professionnelles et consommateurs, on a souvent affaire à des cas d'adhésion ou standardisés (*pas de négociation : le consommateur se voit imposer le contrat à prendre ou à laisser*). On lui impose les contrats qui peuvent contenir des clauses qui sont contraire aux intérêts des consommateurs.

Pour rétablir cet équilibre, toute une législation s'est établie pour supprimer ces clauses : clauses abusives. On va supprimer ces clauses qui sont vite abusives mais ça n'a aucun effet sur le contrat.

**Clause abusive (code de la consommation L132-1)** qui définit une clause abusive qui a pour objet ou effet de créer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties aux contrats. Ces clauses sont réputées non écrites (*on fait comme si elle n'existait pas*).

La **loi de la modernisation du 4 août 2008** qui a établi deux listes de clauses :

- Les clauses dites noires
- Les autres dites grises

#### **a. Le domaine d'application des clauses abusives**

##### **La qualité des contractants :**

L'interdiction ne concerne que les contrats conclus entre les professionnels et les non-professionnels (*donc les consommateurs*). Ils ne peuvent pas évoquer cet article du code de la consommation.

##### **Nature et forme du contrat :**

Sur les clauses des contrats, elles sont indifférentes sur la nature et des types de contrats car elle concerne tous types de contrats. Il peut s'agir de vente, de location, de bons de commandes, de bons de garanties, de bons de livraisons, de factures, de billets, de tickets, etc. Il faut que ça contienne des stipulations librement ou pas négocié et des références à des conditions générales (*souvent au dos des factures*).

#### **b. L'appréciation du caractère abusive de la clause**

C'est un décret de 2009 qui va établir une liste de deux clauses :

- **Première liste :** 12 clauses qui sont dites noires c'est-à-dire interdites. Elles sont toujours considérées comme abusives.
- **Deuxième liste :** 10 clauses dites grises c'est-à-dire qu'elles sont présumé abusives. En cas de litige, il appartient au professionnel d'en prouver le contraire (*abusive ou pas*).

Si une clause litigieuse ne relève d'aucune des deux listes, le consommateur peut toujours saisir le juge à charge de prouver le caractère abusive de la clause, et le juge pourra déclarer la clause non écrite. Dans ces cas-là elle ne s'appliquera pas au contrat. Le juge va apprécier le contrat dans son ensemble et se référer à toutes les clauses du contrat.

A noter que les associations de la défense des consommateurs peuvent aussi saisir les juges pour ordonner la suppression des clauses abusives dans les contrats proposés aux consommateurs.

La première liste, les clauses noires, est tiré du **Code de la consommation R132-2**, et la deuxième liste, les clauses grises, **du Code de la consommation R132-1**

##### **Dans ces listes de clauses interdites (noir) :**

- La clause qui constate l'adhésion du non-professionnel (*consommateurs*) à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte et dont il n'a pas eu connaissance avant la conclusion du contrat.
- Une clause qui réserve au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relative à sa durée, le prix du bien à livrer ou aux services à rendre.
- Celle qui accorde aux professionnels le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes aux stipulations du contrat.
- Si le consommateur est obligé d'exécuter ses obligations alors que le professionnel ne l'exécuterait pas

### Les clauses dites grises qui sont présumées abusives :

- Une clause qui va imposer aux consommateurs qu'ils n'exécutent pas ces obligations, une indemnité d'un montant manifestement disproportionné.
- La clause qui reconnaît aux professionnels la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable.
- Celle qui supprime ou entrave l'exercice d'action en justice par le consommateur en l'obligeant de saisir qu'une juridiction d'arbitrage et non un juge de droit commun.

## SECTION IV : LA REGULATION DU MARCHE PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Il y a une liberté de circulation mais le droit français et communautaire a instauré des règles pour faire respecter une éthique des affaires et des droits de la concurrence entre les entreprises.

En France, c'est inspiré du droit communautaire où on va mettre des règles pour respecter l'éthique des affaires, veiller que la concurrence ne soit pas restreinte ou faucher à l'intérieur du marché.

### SOUS-SECTION 1 : Les pratiques anticoncurrentielles

#### Définitions :

- **Le marché pertinent ou de référence** : un marché où se confronte l'offre et la demande de produits ou de services susceptibles de répondre à un même besoin.
- **Les pratiques restrictives de concurrences** (*restreindre la concurrence*) : comportements qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.
- **De position dominant** : une situation dans laquelle une entreprise qui exerce une activité commerciale dispose du pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché et bénéficie d'une indépendance de décisions que ces concurrents n'ont pas.

#### **I) Les pratiques prohibées donc interdites**

##### **A. Les attentes anticoncurrentielles**

Qu'est-ce qui est interdit ? Ce qui est interdit est un accord ou une action concertée par au moins deux entreprises qui a pour objet ou pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

#### Deux conditions :

- **Accord entre deux entreprises autonomes** qui peut être express ou tacite, ça peut être un contrat de franchise ou de distribution, la mise en place de structure commune (*crée une troisième entreprise ou un regroupement*)... Si deux entreprises se mettent d'accord sur un barème de prix pour évincer un concurrent commun.  
Il faut qu'elles soient autonomes et donc ont un pouvoir de décision chacune. Ce n'est pas le cas entre une société mère et sa filiale car la filiale n'a pas d'autonomie financière et commerciale, il n'y a pas d'entente illicite car on considère la société mère et fille comme une seule entreprise.
- Il faut qu'il y ait pour objet ou pour effet un effet négatif sur la concurrence : porter atteinte à la concurrence.

**Exemple action anticoncurrentiel :** Le code de commerce évoque les actions visant à limiter l'accès aux marchés ou le libre exercice de la concurrence par le biais d'autres entreprises. Il y a aussi des actions qui visent à limiter ou à contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique. On a des actions qui visent à répartir les parts de marchés ou les sources d'approvisionnement (*Si des producteurs de céréales ont de bonnes récoltes et se concertent pour rien vendre. Alors la rareté des produits amènera à une hausse des prix du produit.*)

**Tout accord entre entreprises n'est pas toujours réprimé selon l'atteinte au marché. Il appartient au juge de statuer sur les atteintes réelles à la concurrence voir si c'est trop limitée ou pas.**

### **B. Abus de positions dominantes**

Une seule entreprise ou plusieurs est concernée. **Article 86 du Traité de Rome** qui définit l'abus de dominations qui est faite pour plusieurs ou une seule entreprise d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. On a une société qui a une puissance économique très importante qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien de la concurrence sur ce marché.

#### **Conditions :**

- **Existence d'une position dominante** qui est apprécié par rapport un marché de référence. En théorie sur les marchés, les biens et services sont substituables donc la concurrence se fait naturellement mais dans ce cas de position dominante, elle est dans un monopole. Elle peut augmenter ses tarifs en ayant pas peur de perdre sa clientèle ou ses parts de marchés et sans être contrer.  
Le critère de l'abus est la possibilité de s'abstraire du marché et d'obliger les concurrents à s'aligner sur son propre comportement (*ses prix par exemple*).
- **Existence d'un abus de position dominante** suppose que le comportement ou la structure mise en place produise des effets anticoncurrentiels (*effet d'existence tangible*).

#### **Exemple :**

- ✗ Refus de vente, rupture de la relation commerciale qu'au seul faite que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions non justifiées, etc.
- ✗ Le fait pour un distributeur qui a une position dominante de déréférencer un de ses fournisseurs (*refuser de travailler avec lui*) et de cesser toutes négociations commerciales sans raison légitime.
- ✗ Une entreprise qui dispose des avancées technologiques augmente ses prix sans craindre une érosion de sa clientèle.

### **C. Abus de dépendance économique**

**Article L420-2 du Code de commerce**, qui interdit l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'Etat de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise client ou un fournisseur. L'abus existe dès que le partenaire est soumis à des conditions commerciales ou à des obligations injustifiées. L'Etat de dépendance s'apprécie par la relation contractuelle entre les deux entreprises. Un partenaire n'est pas en situation de dépendance s'il y a des solutions alternatives : vendre à des partenaires économiques.

Liste de pratique des abus de dépendance économiques **L-442-6 :**

- Obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commerciale un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial rendu.

**Exemple :** prix disproportionné par rapport à la contrepartie, demandé aux fournisseurs de participer à un investissement dans le cadre de la rénovation d'un magasin, de rapprochement d'enseignes, de s'aligner sur d'autres concurrents avec des produits similaires moins chers, etc.



- Soumettre un partenaire commercial à des obligations qui créent un désavantage dans les relations : le consommateur peut obtenir des dommages et intérêts.
- Par rapport aux prix des modalités de paiement, ... qui ne relèvent pas aux obligations d'achat et de vente

La Jurisprudence a dégagé des caractères de la dépendance économique :

- Notoriété de la marque du fournisseur,
  - Parts de ses produits ou des services dans le chiffre d'affaire de ses partenaires,
  - Importance de sa part de marchés, ...
- ⇒ **On réunit tous ces critères pour avoir des dépendances économique.**

#### D. Pratique des prix abusivement bas

Cette pratique est dangereuse car elle permet à une entreprise plus puissante que les autres d'affaiblir ou d'éliminer ses concurrents. Cette pratique est interdite par **l'Article L-420-5 du Code de commerce**, interdite par le fait pour une entreprise d'offrir ou de pratiquer des prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de productions, de transformations, ou de commercialisations dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou effet d'éliminer d'un marché ou d'y empêcher l'accès à une autre entreprise.

Cette infraction créée par une loi de 1996 pour éviter le dumping des entreprises fabriquant elle-même des produits qu'elles vendaient et qui ne pouvaient pas être sanctionnés sur le fondement de la revente à perte. Mais il n'y a pas de sanctions pénales contrairement aux autres pratiques concurrentielles.

La prohibition des prix abusivement bas n'est pas applicable qu'au prix de vente aux consommateurs (*deux professionnels peuvent se vendre des produits à prix bas*) et aux prix des prestations de services.

## II) L'EFFET JUSTIFICATIF DES PRATIQUES ANTI-CONCURRENTIELLES

### A) Les exemptions légales

Dans deux cas les pratiques concurrentielles échappent aux interdictions, **article L420-4 du Code de commerce**. Ca prévoit que les prohibitions peuvent échapper aux pratiques anticoncurrentielles justifiées dans deux cas :

- **Le premier cas** sur le fait que la pratique incriminée a pour effet d'assurer un progrès économique par notamment la création ou le maintien d'emplois. Pour ***être exempté***, Ce type de pratique doit réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte et qu'il n'y ait pas d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (*certain concurrent peuvent disparaître mais pas tous*). De plus, cette pratique ne doit imposer à cette concurrence que des restrictions indispensables pour atteindre l'objectif de progrès. ....
- **Deuxième cas** : Quand l'exemption résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire accordé par décrets à certaines pratiques après un avis de l'autorité de la concurrence.

### B) La règle de raison

Inspirée par le droit communautaire, ça permet de déterminer si une pratique anti concurrentiel peut être racheté, la règle consiste à faire le bilan concurrentiel de la pratique en question. Et on va mesurer les effets positifs et négatifs de cette pratique sur la concurrence.

Si au terme de ce bilan on voit que sa renforce le concurrence, la pratique sera légitimée dans la mesure où les entraves à la concurrence sont proportionnées et indispensables aux objectifs poursuivis.

**Exemple** : dans le cas des contrats de distribution sélective, cela peut entraver la concurrence entre les distributeurs qui sont membres du réseau mais ces contrats peuvent intensifier au contraire la concurrence entre les fabricants. Elles sont valables dans la mesure où les critères

de sélections du membre se fait par rapport à des critères objectifs (*applicable par tous*) et qu'ils ne contiennent pas de mesures discriminatoires.

### III) SANCTIONS DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Elles sont sanctionnées si elles ont un impact négatif sur le marché, sont proportionnel à la gravité des faits reprochés et ont l'importance du dommage causé à l'économie et à l'importance de l'entreprise elle-même (*son chiffre d'affaire*). L'autorité de la concurrence peut sanctionner ces abus :

- Elle a un **pouvoir d'injonction** (*elle peut ordonner quelque chose*). **Article L464-2 du code de commerce** : elle peut ordonner aux entreprises de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un certain délai. Elle peut aussi soumettre la validité d'une pratique à certaines conditions particulières  
**Exemple** : Sauvegarde de l'emploi...
- Elle a un **pouvoir de sanction pécuniaire** vis à vis de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle.
  - ✗ Si le contrevenant n'est pas une entreprise, elle peut infliger des amendes jusqu'à 3 million d'euro (*c'est le plafond*).
  - ✗ Mais si c'est une entreprise, la sanction est plafonnée à 10% du chiffre d'affaire mondiale hors taxe qui a été réalisé au cours de l'un des exercices précédant les pratiques illicites.
- Il y a une limitation de l'amende si l'entreprise est dans une procédure de liquidation. Ça ne peut excéder que 750000 euros.
- Il y a une **loi de 2001** qui conduit à un allègement de sanctions si l'entreprise ne conteste pas l'infraction qui lui est reproché et s'engage à modifier à l'avenir son comportement donc la sanction peut être réduite de moitié.
- Des mesures conservatoires visant à suspendre la pratique litigieuse en interdisant tout de suite la pratique concurrentielle si elle porte atteinte grâce à l'économie ou un secteur particulier. Elle peut aussi sanctionner les entreprises qui vont entraver l'enquête engagée.
- L'autorité peut ordonner la publication de certaines décisions dans certains journaux. Si la société est condamnée, il y aura une publication sur le site internet de l'autorité et journaux.

⇒ **A côté de l'autorité de la Concurrence, il ya aussi le pouvoir d'injonction et de transaction du Ministre de l'Economie pour traiter les pratiques anticoncurrentielles de portée locale.**

Mais il ya aussi des sanctions de juridiction, faites par des juges, qui peuvent être fait devant ces juridictions civiles ou commerciales, la victime peut demander réparation donc dommages et intérêts **article 1382 du Code Civil**.

- Le juge va pouvoir prononcer la nullité de tout engagement convention ou clause contractuelle qui se rapporte à une entente prohibée. Dans ce cas-là, c'est l'acte ou la clause illicite qui va être privé d'effets rétroactivement.
- Le juge peut aussi accorder des dommages et intérêts à la victime de la pratique anticoncurrentielle et il peut ordonner la publicité de la décision de condamnation.

On peut aussi saisir la juridiction pénale (*c'est la victime qui saisit*) qui à son tour peut être saisi par la **DGCCRF** (*direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes*) qui peut être saisi par l'autorité de la concurrence.

Les peines devant la juridiction pénale :

- Condamné à une peine d'emprisonnement de 4 ans de prison et une amende 75000 euros. Quand c'est une personne morale, c'est le dirigeant qui va payer.

- Les atteintes les plus minimales à la concurrence ne sont pas sanctionnées. Si la pratique ne dépasse pas 10% sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique prohibée.

#### IV) L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

##### A. Organisation de l'autorité de la concurrence

Elle est composée **d'un collège de 17 membres** issus de différents milieux qui sont donc nommé pour un ***mandat de 5 ans***. Il y a un président nommé pour ces compétences juridiques et économiques après avis des commissions du Parlement qui sont compétents en matière de concurrences.

C'est le président qui représente l'autorité qui peut agir en justice en son nom. Il y a aussi un rapporteur général nommé par le ministre de l'économie qui va diriger les services d'instruction (*nommé des enquêteur et rapporteur ...*).

Il y a aussi un conseiller auditeur qui est un magistrat chargé de veiller au droit de la défense et de l'exercice des parties. Il va recueillir les observations des parties et dresser un rapport qui va rendre compte de ses observations et qui contiennent des propositions éventuelles au président de l'autorité.

##### B. Les attributions de l'autorité de la concurrence

Elles sont définies dans **l'article 1 461-1 du code de Commerce** qui disposent qu'elles sont chargés de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européens et internationaux. Ca couvre les pratiques anticoncurrentielles.

On a 3 attributions :

- L'autorité peut s'autosaisir de toute question de concurrence et formuler des recommandations au Ministre de l'Economie pour mettre en œuvre les mesures nécessaires au bon fonctionnement concurrentiel des marchés.
- Elle a une fonction consultative. Elle sera consultée par les commissions parlementaires sur toute question concernant la concurrence et les propositions de loi. Mais elle sera aussi consultée par le Ministre de l'économie des entreprises, des syndicats, des organismes (*chambre de commerce, industries etc.*) ou encore des collectivités locales. Et aussi par le juge pour lui demander son avis. Elle doit être consultée obligatoirement sur des projets de textes réglementaires qui porteraient gravement atteinte à la concurrence. **Par exemple:** Des nouveaux régimes sur l'exercice d'une profession à laquelle on va soumettre une profession à des restrictions ou d'établir des restrictions dans des zones, imposer de manière uniforme des conditions de vente, ou de prix restriction.
- L'attribution en matière de contrôle des concentrations des entreprises : elle se prononce sur l'ensemble des modifications de concentration. Elle peut soit les autoriser soit les interdire ou soit les autoriser sous certaines conditions. C'est le ministre de l'économie qui détient le mot finale quant à la décision de concentration.

L'autorité a l'obligation de rendre compte de ses activités devant les commissions du parlement en matière de concurrence.

### SOUS-SECTION II : Les pratiques restrictives de concurrence

#### A. Notion de pratique restrictive

Une pratique restrictive et une pratique anti concurrentiel se diffèrent selon leur effet économique.

- Une pratique restrictive porte atteinte à la concurrence au niveau microéconomique.
- Une pratique anticoncurrentielle porte atteinte à la concurrence sur un marché de référence et donc au niveau macroéconomique.

Il n'y a pas de définitions légales mais il y a juste une liste de comportements jugés contraires à la libre concurrence entre entreprises (*liste anticoncurrentielle*). Ces pratiques sont des délits pénaux ou civils et sont donc sanctionnés par des juridictions civiles et pénales sans qu'il soit nécessaire de passer par l'autorité de la concurrence.

## **B. Les différentes pratiques restrictives**

### **a. La revente à perte**

**Article L442-2&3 du Code de commerce** qui impose l'interdiction de revendre au-dessous du prix d'achat effectif. Cette interdiction ne concerne que ceux qui revendent de produits en l'état et les commerçants. Mais pas les producteurs qui peuvent légalement vendre les produits qu'ils fabriquent ou transportent à perte car ce sont des produits périssables.

**Exemple :** Grande surface qui fabrique du pain dans un supermarché, échappe à l'obligation de ne pas vendre à perte car elle ne se contente pas d'être commerçant et de vendre des produits en l'état.

### **Définition du prix d'achat effectif par la loi Chatel de 2008 :**

Il faut prendre le prix unitaire net facturant sur le prix d'achat puis enlever l'ensemble des autres avantages consentis par le vendeur (*rabais, remises, etc.*) et enfin majorer l'ensemble des taxes spécifiques à la revente et les prix de transport

- La revente à perte est un délit pénal sanctionné par une amende de 75000 euros et elle peut être doublée en cas de récidive.
- Pour les entreprises, l'amende peut être portée à 10 fois le taux maximum applicable aux personnes physiques.
- Les victimes, les concurrents, peuvent obtenir en outre des dommages et intérêts et la cessation de la pratique de revente à perte.

*\*cours du 21.03.14\**

Les exceptions de l'interdiction de la revente à perte \_ **Article L442-4 I du Code de commerce,**

- La vente volontaire ou forcée (*par des saisies, enchères..*) qui est motivée par la cessation ou le changement de l'activité du commerciale. Ils peuvent liquider tout le stock en revendant à perte.
- Une revente à perte sans aucune sanction : les liquidations, les soldes (*démarques très importantes*), la revente de produits périssables menacés d'altération rapide (*alimentation, fleurs, etc*), la revente de produits saisonniers (*je vais tout brader en aout par exemple*), démodée ou obsolètes.

### **b. La pratique de prix imposé**

Entre un fabricant et un distributeur, un fabricant veut imposer au distributeur un prix de vente. Or c'est interdit, c'est un délit pénal puni de 15000 euros. Cette interdiction est régie par **l'article L442-5 du Code de commerce** qui nous dit que « *par toute personne d'imposer directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, aux prix d'une prestation de services ou à une marge commerciale* ».

**Exemple :** Une livraison de produits pré-édités par un franchiseur à ses franchisés avec une étiquette mentionnant le prix. Un refus de livraison au motif qu'il estimait trop bas le prix pratiqué par le revendeur.

Des fabricants ou franchiseurs livrent un produit et conseillent de vendre à tel prix le kilo, avec normalement une marge de manœuvre pour le distributeur qui doit être libre de fixer lui-même le prix. C'est un prix de revente déguisé sous rétorsions commerciales mais en réalité, ces prix conseillés sont des prix que les distributeurs voulaient. C'est une clause interdisant au revendeur toute remise promotionnelle sur les produits.

Par contre, le prix maximal de revente n'est pas interdit. Le franchiseur peut établir un prix de revente maximal. Par contre, le taux de marge doit permettre au distributeur de ne pas vendre à perte.

### c. Les pratiques abusives

**Article L442-6 du Code de commerce**, « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait par tout producteur, commerçant ou industriel. »

#### Toute une liste de comportement abusive :

- Obtenir d'un partenaire commercial un avantage qui ne correspond pas à un service effectivement rendu comme la participation sans contrepartie au financement d'une campagne commerciale/paiement pour référencement d'achat/investissement.
- Soumettre à un partenaire commerciale des obligations qui crée un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties. Avantage : Préalablement à une passation de commande, il faut que la personne s'engage à acheter un volume d'achat très important ou payer pour être référencé chez un distributeur.
- Rompre brutalement une relation commerciale établie sans préavis.
- Ne pas communiquer ses conditions générales de vente.
- Refus de vente ou prestation de services entre professionnelle ont été supprimées. Des professionnelles peuvent refuser de vendre de la marchandise entre eux, mais le refus est toujours sanctionné si c'est mis en vente.

Toutes ces pratiques abusives sont prohibées.

Il y a aussi un principe de non-discrimination entre les professionnelles qui refusaient de vendre les mêmes prix entre parties réelles. Mais ce principe a été supprimé. Un professionnel peut refuser de vendre à un autre, mais il peut y avoir une discrimination dans les tarifs c'est **la liberté de négocier les prix**. Ils peuvent appliquer des tarifs différents entre les partenaires économiques par la loi du 4 août 2008 ; les entreprises ont toute liberté de discrimination dans la négociation des prix dès que le concurrent sur le marché n'est pas affecté. Si on est d'accord sur un prix, l'autre professionnel n'a pas intérêt à le changer.

Deux exceptions concernant cette liberté de négociations

- **Article L441-2-1 du Code de commerce**. Pour les produits agricoles périssables, les animaux vivants produits de pêches, un distributeur ou de prestataires de service ne peut bénéficier de services, de remises ou de rabais ou de prévoir la rémunération de services rendus à l'occasion de leur revente et ne relevant pas des obligations de rachats et de vente qui sont propres à favoriser leur commercialisation. Limitation à la libre négociation commerciale car on est dans le domaine des produits périssables.
- Les délais de paiement, il y a eu beaucoup de problème car les distributeurs abusaient des fournisseurs en payant tard, ils avaient besoin de trésorerie pour vivre. Le législateur a imposé que les paiements se fassent à 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. **Article L441-6 du Code de commerce**. Il y a une amende de 15000 euros si on ne respecte pas ces délais de paiements.

On a aussi des nouvelles clauses qui ont été ajoutées aux listes des clauses nulles faisant partie des pratiques abusives et qui peuvent être déclarés nulles :

- Une clause qui prévoit pour un producteur, un commerçant ou un industriel la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables qui sont consentis aux entreprises concurrentes par le cocontractant qui est nul car ça va à l'encontre à la liberté de la négociation des prix.
- Une clause qui a pour objet de permettre de bénéficier une remise de manière rétroactive.
- Une clause qui permet d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de la commande.

**Exemple :** Les grandes surfaces le font (*on va vous référencer mais avant il faut nous payer*).

Quand on a subi de tels préjudices par rapport aux pratiques abusives, on peut aller voir le **Tribunal de Grandes Instances** ou le **Tribunal de Commerce**.

- On peut demander au juge d'ordonner la cessation des pratiques abusives,
- de déclarer nulle une clause du contrat ou tout le contrat s'il est illicite (*contraire à la loi*),
- de prononcer le remboursement des sommes indûment perçue par l'auteur de la pratique abusive,
- d'ordonner la réparation des préjudices subis par les victimes (*pertes de stocks en cas de rupture brutal d'une relation commerciale sans justificatif, de chiffres d'affaires etc.*).
- Le juge peut aussi prononcer une amende civile et le montant de l'amende ne peut pas être supérieur à 2 millions d'euros, ou il peut demander le triple des sommes indument versée par l'auteur de la pratique (*si j'ai versé 50000€ pour être référencer il peut multiplier par 3 car cette somme était abusivement versée*).
- Le juge peut publier ou afficher la décision de condamnation.
  - ⇒ Ces juridictions peuvent aussi être saisies par le ministre de l'économie ou par le ministère public c'est-à-dire l'Etat. Elles peuvent aussi demander un avis à la commission d'examen des opérations commerciales.

#### **d. Le manquement à l'obligation de transparence tarifaire et contractuelle**

##### **1. La facturation \_ Article L441-3 du Code de commerce**

- Qui dit que tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facturation par l'obligation légale de faire une facture dès qu'on achète quelque chose dans un cadre professionnel.
- Elle pèse également sur l'importateur et doit être exécuté dès la demande de l'acteur dès la réalisation de la vente ou la prestation de services.
- Elle est **rédigée en double exemplaire** (*acheteur et vendeur*).
- Elle doit mentionnée tous les éléments permettant **d'identifier les parties** (*nom, adresse, date de la vente ou de prestations de services...*) et **l'objet de contrat** (*dénomination précise de ce qui est vendu, quantité, prix unitaire hors taxe, éventuelle réduction de prix*).
- Enfin elles **mentionnent les conditions de règlement du prix** (*date de règlement, taux de pénalité si on règle en retard, le taux d'escompte*).

#### **Sanctions :**

Infraction de 75000 euros, **article L 441-3 du Code de Commerce**. L'amende peut être portée à 50% de la somme facturée. Pour les personnes morales, elles peuvent être exclues des marchés publics pour une durée de 5 ans ou plus (*elles ne pourront pas répondre à des appels d'offre*).

##### **2. Les conditions générales de ventes (CGV)**

**Article L442-6 du Code de commerce**, qui oblige tout producteur, de prestataire de services, de grossistes ou d'importateurs de communiquer ses conditions générales de ventes CGV à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services en faisant la demande pour une activité professionnelles.

Les conditions générales de vente sont le socle de la négociation commerciales et doivent comprendre plusieurs informations : les conditions de ventes, les barèmes des prix unitaires, la réduction de prix, et les conditions de règlements.

Il peut y en avoir des différentes selon les catégories d'acheteurs ou demandeurs de produits ou de prestations de services. Mais elles ne concernent pas les conditions de vente pouvant être convenu entre un producteur et un acheteur. En ce qui concerne le délai de règlement, il doit respecter les délais légaux de paiement 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date de

la facture. Dans les conditions de règlements, on doit aussi préciser le taux d'intérêts des pénalités de retard et la date de règlement.

Les sanctions pénales en cas de manquement à la communication ou de non conformisme aux délais de paiement : Exposé à une amende de 15000 euros. **Article L441-6 du Code de commerce**

### **3. L'accord commercial fournisseur-distributeur**

**La loi du 4 aout 2008** qui impose aux fournisseurs et aux distributeurs ou aux prestataires de services d'établir un écrit qui va indiquer les obligations auxquelles ils se sont engagés au vue de fixer le prix à l'issue des négociations. Ces obligations concernent les conditions particulières de l'obligation de vente des produits et les conditions liées à la revente des produits ou services aux consommateurs. Soit il y a une convention unique soit il y a un contrat cadre annuel qui peut être revu chaque année. En cas de non-respect de l'obligation d'accord commercial, on s'expose à une amende pénale de 75000 euros. **Article L441-7 du Code de commerce.**

### **C. La commission d'examen des pratiques commerciales**

Pour lutter contre les pratiques restrictives de la concurrence, la loi RRE (*nouvelle régulation économique*) du 15 mai 2001 qui a créé cette commission pour lutter contre les pratiques restrictives de concurrence. Elle va examiner les relations commerciales entre les producteurs, les fournisseurs et les revendeurs.

C'est une fonction **purement consultative**, elle va émettre des avis, des recommandations sur des pratiques et des documents commerciaux afin de savoir si elles sont conformes au droit et pour rendre ses avis, elle a des pouvoirs d'enquêtes. Elle peut être saisie par le Ministre de l'économie, par l'Autorité de la concurrence, par des organisations professionnelles ou syndicales, des associations de consommateurs et par toute personne qui s'estimerait victime de cette pratique restrictive de concurrence.

Elle peut être aussi consultée par des juridictions dans le cadre des pratiques abusives **L442-6**. Ça permet au juge de faire une enquête par l'intermédiaire de cette commission. Quand on lui demande son avis, elle a un délai maximum de 4 mois pour faire connaître son avis à compter du jour où elle est saisie. Si on est devant un juge, toute décision est suspendue jusqu'à la réception de l'avis de la commission. Mais le juge reste libre de sa décision il n'est pas obligé de suivre l'avis de cette commission. **L'avis de cette commission ne lie pas le juge.**

La commission a aussi un rôle d'observateur régulier des pratiques commerciales. En tant qu'observateur elle va rendre un rapport annuel d'activité qui est rendu public aux assemblées parlementaires et au gouvernement. Ce rapport contient le bilan de la lutte judiciaire contre les différentes pratiques restrictives.

## **SOUS-SECTION III : La prévention des agissements anticoncurrentielles dans les concentrations d'entreprises**

### **I) LA NOTION DE LA CONCENTRATION**

Une **opération de concentration** consiste à rapprocher deux ou plusieurs entités économiques antérieurement indépendantes. Elles sont visées à **L430-1 du Code de Commerce** qui énonce trois hypothèses d'opérations de concentrations :

- La **fusion entre deux entreprises** antérieurement indépendantes. Une société qui va absorber l'autre : évalue avec un commissaire les actifs, mais les fusions entre filiales d'un même groupe d'une société sont exclues du régime des concentrations.

- La **prise de contrôle** soit de l'ensemble soit d'une partie soit d'une ou plusieurs entreprises par une autre entreprise au moins : une entreprise exerce une influence déterminante sur plusieurs autres. Soit on peut racheter des éléments d'actifs soit on peut entrer au capital social.
- Quand deux entreprises ont moins vont créer une autre entreprise. **Création d'une entreprise commune** par deux entreprises au moins. L'entreprise créée doit effectuer toutes les fonctions d'une entreprise économique autonome (*pouvoir de décisions, ...*).

Les opérations de concentrations ne sont pas illicites en elle-même mais elles le deviennent dès lors qu'elles portent atteinte à la concurrence sur un marché. Quand il y a une entrave à la concurrence, les concentrations à faibles dimensions ne sont pas concernées.

**Article L430-2 du Code de commerce** ; les opérateurs sont contrôlés à partir d'un seuil fixé **Quels sont ces seuils ?** Il faut que le chiffre d'affaire total mondial hors taxe de l'ensemble des entreprises concernées soit supérieur à 150 Millions d'€. Et d'autres parts, il faut que le chiffre d'affaire total réalisée en France soit supérieur à 50 Millions d'€.

⇒ Il faut que ces deux conditions soient cumulatives et réunies pour qu'il y ait un contrôle de la concentration.

Il y a **deux seuils de notifications complémentaires** à l'**Article L430-2** qui a été introduit par la loi du 4 août 2008 concernant les entreprises d'exploitations de commerce de détails. On a des seuils moins importants.

- Si les opérations de concentrations font un chiffre d'affaire total mondial supérieur à 75 millions d'euro et en France 15 millions dans ces cas-là, il y a un contrôle de l'autorité de la concurrence.
  - Il existe un autre seuil qui concerne les concentrations appliquant une activité effectuée en départements en collectivité d'outremer
- ⇒ Quand l'opération a une dimension communautaire, elle n'est pas soumise à la procédure française. Ça ne relève pas de la compétence de la concurrence française, elle sera contrôlée au niveau de la communauté européenne.

## **II) LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS**

Se fait à priori avant que les opérations de concentration se fasse ou se réalise en raison des forts risques d'atteintes à la concurrence.

### **A. Le contrôle de l'autorité de la concurrence**

**Article L430-3 du Code de commerce**, qui dit que les opérations de concentrations doit être notifier par l'autorité de la concurrence avant sa réalisation. La notification intervient quand les parties sont en mesure de présenter un projet abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment quand elles ont conclu un accord de principe. Cette obligation de notifications incombe aux personnes par rapport aux parties qui incombent le contrôle de toute ou partie d'une entreprise commune. L'autorité va se prononcer sur les notifications qu'elle a reçu, son contrôle va s'effectuer en deux phases :

- **La phase 1** : Première appréciation par l'autorité de la concurrence des opérations qui lui sont notifiés. A ce stade, elle peut interdire ou autoriser la concentration. Si elle l'autorise, elle peut être simple ou assujetti à des engagements pris par les entreprises pour maintenir l'emploi par exemple ou assortie d'une injonction. L'autorité a 25 jours pour prononcer ses engagements à compter de la notification.
- **La phase 2** : Ça correspond à un examen approfondi de l'opération de concentrations. Cette **phase n'est pas obligatoire** mais on est dans des hypothèses où c'est un peu plus compliqué d'apprécier une autorité de concurrence vu qu'elle ne peut pas se prononcer toute de suite. Elle va faire un bilan concurrentiel de l'opération consistant à faire un examen approfondi sur les effets d'une opération sur l'effectivité de la concurrence.



Si le bilan concurrentiel est négatif (*atteinte à la concurrence établie*), l'autorité va alors faire un bilan économique de l'opération. Ce bilan économique va consister à comparer les effets positifs et négatifs pour déterminer si la contribution de l'opération au progrès économique est plus importante que les atteintes portées à la concurrence.

**Exemple :** Rachat de SFR par Numéricable, le bilan économique est positif car Bouygues aurait augmenté ses investissements pour un progrès économique dans la fibre et le maintien des emplois même s'il y a la restriction de la concurrence.

Après ces bilans, l'autorité va soit interdire soit autoriser l'opération en obligeant les parties à souscrire à des engagements de nature à apporter des contributions suffisantes au progrès économique pour compenser les atteintes à la concurrence. L'autorité a un délai de 65 jours pour rendre sa décision à compter de l'ouverture de l'examen approfondi. **Article L430-7 du Code de commerce.** Cet article prévoit aussi que dès que les parties ont connaissance de l'examen approfondi de leur proposition de concentration, ils ont la possibilité de proposer des engagements pour réduire l'impact des effets anticoncurrentiels. Le délai peut être rallongé.

En cas de non-respect des délais, le ministre doit être informé. L'autorité est tenue à publier la liste des opérations qui ont été autorisées.

Les sanctions en cas de manquement à la notification de concentrations de la part des entreprises à l'avantage concurrentiel.

- **Article L430-8,** L'autorité de la concurrence peut enjoindre sous astreinte de notifier l'opération à moins de revenir dans un état antérieur à la concentration.
- En outre, les sanctions pécuniaires pour les personnes morales à 5% du chiffre d'affaire hors taxe réalisée en France lors du dernier exercice clos et les personnes physiques maximum 1,5 millions d'€.
- Elle peut de même les enjoindre (*obliger, donner l'ordre*) sous astreinte d'exécuter une injonction ou un engagement dès lors que les délais fixés ont été dépassés.
- Elle peut également retirer sa décision ayant autorisé la réalisation de l'opération s'il y a un cas de notification incomplète ou inexacte.
- Si une opération de concentration donne lieu à un abus de position dominante ou à l'exploitation d'un état de dépendance économique l'Autorité de la Concurrence peut enjoindre à l'entreprise de modifier tous les actes à l'origine de ses abus.

## **B. Les pouvoirs du ministre de l'économie dans le contrôle des opérations de concentration**

Il va contrôler les opérations de concentration. Il a un droit de regard sur ces opérations de concentration et peut demander un examen approfondi de ces opérations de concentration.

**Article L430-7-1,** qui prévoit que l'autorité autorise une opération de concentration à l'issue de la phase une, le ministre de l'économie peut, dans un délai de 5 jours à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'autorité, demander à celle-ci de procéder à un examen approfondi de l'opération de concentration.

La loi prévoit aussi, que dans un délai de 25 à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'autorité, le ministre peut **évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général** autre que le maintien de la concurrence et le cas échéant qui compense l'atteinte à la concurrence.

Ces motifs d'intérêt général :

- Le souci d'assurer le développement industriel
- De créer ou de maintenir des emplois

Le ministre prend donc une décision motivée après avoir entendu les observations des parties. Sa décision peut être assortie de conditions d'engagements des parties et des suspensions de l'opération de concentration pendant les délais d'intervention du ministre (*on ne peut rien faire sans décision du ministre*). Sa décision peut aller au-delà ou à l'encontre d'une décision de l'Autorité de la concurrence. Il y a une publicité des décisions motivées du ministre dans le bulletin officiel de la concurrence et de la répression des fraudes.

Si on veut contester la décision du ministre on **peut saisir le conseil d'Etat**, les parties peuvent faire ce recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté pris par le ministre, lorsqu'il a prononcé des injonctions aux entreprises pour modifier, compléter l'opération projetée, prendre des mesures propres à assurer ou rétablir une concurrence suffisante.

## SOUS-SECTION IV : La concurrence déloyale

Dans les pratiques de la concurrence déloyale, les rapports sont horizontaux (*entre concurrent sur le même niveau*). Dans les pratiques restrictives de la concurrence on est sur des rapports verticaux (*fournisseur, vendeurs, grossiste, etc.*)

### I. LA NOTION DE CONCURRENCE DELOYALE

#### 1. **Théorie de la concurrence déloyale**

On ne peut pas adopter un comportement contraire aux usages du commerce ou aux lois en vigueur : comportement déloyale. La théorie de la concurrence déloyale a été élaborée par la Jurisprudence c'est-à-dire les tribunaux mais le législateur n'a pas légiféré pour condamner les actes de concurrence déloyale. Contrairement aux pratiques restrictives, il n'y a pas d'articles à part celui du **1382 du code civil** : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige son auteur à le réparer* »

Les juges autorisent les victimes à procéder aux règles. On ne peut pas dire que les entreprises ont des droits propres sur la clientèle, la démarche de cette clientèle est licite dès qu'elle s'accompagne d'aucune acte de concurrence déloyale.

Pareillement pour **la liberté de fixer les prix**, on peut fixer un prix inférieur à son concurrent dès lors que les prix ne soient pas dérisoires et que cette pratique n'excède pas les usages du commerce. La déloyauté est une faute même si elle n'est pas intentionnelle et oblige à réparer l'opération du préjudice subi. Les actions en concurrence sont destinées à réparer un préjudice mais elles sont aussi préventive car elles sont prononcées pour faire cesser un trouble commercial en garantissant le demandeur contre le risque d'un détournement éventuel de sa clientèle par exemple. Comme la concurrence déloyale est du fait des juges, son cadre augmente sans cesse avant qu'il n'y ait pas de préjudice dès lors qu'il n'y a pas de perte de clientèle mais maintenant même en dehors de toute perte de clientèle. C'est une notion qui évolue, les juges admettent la concurrence déloyale même s'il y a une perte de clients. L'action peut aussi concerner des entreprises sans clientèle commune.

#### **Le préjudice :**

- Une perte de clientèle
- Atteinte à la notoriété de l'entreprise
- Exploitation à ces dépends d'une clientèle identiques ou distinctes.

Donc cette théorie permet d'agir contre ses opérateurs économiques. Il ne faut pas qu'il y ait un rapport étroit de concurrence entre les entreprises (*celle qui sont concernées*) pour qu'on puisse agir en concurrence déloyale. C'est une action qui peut être exercé en parallèle avec d'autres actions comme l'action en contrefaçon l'atteinte sur des brevets, des dessins, des modèles...

## 2. Le domaine de la concurrence déloyale

### a) Différence entre la concurrence déloyale et concurrence illégale

**Déloyale** : Contraire soit aux usages du commerce soit aux lois ou règlements. Et **illégal** : Fonder sur une loi.

On dit que la concurrence illégale quand elle est illimitée par des dispositions législatifs ou réglementaires. On a évoqué précédemment plusieurs comportements qui sont déloyaux également mais qui sont sanctionnée par la loi notamment pénale : la revente à perte (**Article L442-2 du Code de commerce**), les pratiques commerciales déloyales (**Article L121-1 du Code de la consommation**), ou les ventes et prestations à la boule de neige.

⇒ Les ventes et prestations : c'est interdit quand on vend à bas prix sachant que le consommateur peut trouver un certain nombre d'autres acheteurs.

Dans ces procédés déloyaux mais prévus par la loi, la victime doit établir la matérialité des faits délictueux et le préjudice direct qu'elle subit pour introduire une action en justice. Une association de consommateur peut aussi saisir en justice pour défendre les intérêts de ce qu'elle représente et sur le fondement des articles qui interdisent ces reventes à perte, les pratiques commerciales déloyales et les ventes et prestations à la boule de neige.

### b) Distinction entre concurrence déloyale et clause de non concurrence

La clause de non concurrence va limiter la liberté de la concurrence dans une convention (*un contrat*). Les parties peuvent s'interdire toutes activités concurrentes soit durant toute l'activité du contrat soit après l'expiration de la convention pendant une certaine période.

On la retrouve :

- Dans les contrats de travaux entre employés et salariés (*interdire d'aller travailler pour un concurrent*),
- Dans les contrats de VRP, un agent commercial, un dirigeant ...
- Dans les contrats de distribution, dans les contrats de vente de location de gérance de fonds de commerce. Dans ce cas-là, on appellera cette clause par **la clause de non rétablissement** pour éviter que celui qui vend son fonds de commerce et s'installe à côté et lui pique sa clientèle.

Il ne faut pas confondre ça avec la concurrence déloyale car la clause de non concurrence interdit l'activité concurrentiel, elle se base sur un contrat (*engager les personnes contractuelles qui est obligée de respecter cette clause*). Au contraire, la concurrence déloyale sanctionne un comportement déloyal qui n'a pas de base contractuelle et il faut qu'on agisse dans le fondement des articles et faut apporter la preuve d'un préjudice.

⇒ Prouver le comportement déloyal et le préjudice.

Il faut savoir qu'un tiers qui est complice de la violation d'une clause de non concurrence peut engager aussi sa responsabilité délictuelle. Dans ce cas-là il faut verser des dommages et intérêts à l'entreprise concurrente qui a subi ce préjudice.

### c) Distinction entre la contrefaçon et la concurrence déloyale

On peut protéger une invention, un produit ou une marque **auprès de l'INPI** (*institut national de la propriété industrielle*) pour être propriétaire du produit qu'on a inventé.

L'action contrefaçon permet de **défendre son droit patrimonial** contre toute fabrication, importation ou mise en vente du produit qui est protégé par son brevet. Ça permet aussi de défendre toute reproduction de son modèle, d'usage ou d'imposition d'une marque sans son autorisation. Ces droits sont reconnus par le code de la propriété industrielle. Ça leur donne une base légale pour agir en contrefaçon et donc interdire la reproduction des gens qui veulent faire des produits similaires.

On sanctionne la violation d'un droit privatif (*propriétaire de cette marque, brevet, dessins...*) qui est protégé par la loi. Lorsqu'on agit en concurrence déloyale, on n'est pas forcément propriétaire d'un produit ou d'une marque et on n'a aucun droit sur un produit car on a rien déposé. On peut agir en contrefaçon et en concurrence déloyale parallèlement de deux manières mais avec des bases différentes.

## II) LES ACTIONS EN CONCURRENCE DELOYALE

### A. Les conditions de recevabilité

#### 1. Existence d'une faute

Quand on agit en justice il faut prouver une faute et une injustice. Ce sont des conditions préalables appelées **les conditions de recevabilité**.

#### Comment on peut la définir ?

- Pratique contraire soit aux lois soit aux règlements soit aux usages du commerce.
- Pas nécessaire d'établir l'existence d'un élément intentionnel, peu importe la mauvaise foi de l'auteur de l'acte constitutif de concurrence déloyale dès lors que la faute, la négligence ou l'imprudence est démontrée.

**Exemple :** Un commerçant qui va faire des liquidations en dehors de toute période de solde alors qu'il n'est pas en travaux ou en faillite sera sanctionné.

La faute doit être prouvée et ne doit pas résulter de simples présomptions : elle doit être établie et pas présumée. La faute est constituée par un acte de concurrence qualifiée de déloyale.

*Faut-il que la victime soit en rapport de concurrence direct avec l'auteur de la concurrence déloyale ?*

#### 2. Situation de concurrence variable

En général, l'acte de concurrence est défini comme la captation d'une clientèle. En principe, les actions de concurrence déloyale supposent l'existence d'une clientèle commune entre l'entreprise fautive et l'entreprise victime. Toutefois, il y a une évolution des relations économiques, la Jurisprudence admet que les actions en concurrence déloyale ne sont plus dans tous les cas subordonnées à l'existence d'un rapport de concurrence entre les parties.

- ⇒ Elle peut être constituée en dehors de l'existence d'une clientèle commune et entre des parties qui ne se trouvent pas au même niveau du processus économique (*fournisseurs/distributeurs, fabricants/revendeurs, etc.*). La cour de Cassation dit que la seule condition de recevabilité d'une action en concurrence déloyale **réside dans l'existence d'une faute génératrice d'un préjudice**.

Selon les catégories des axes de concurrences déloyales, il y a des axes de concurrence qui supposent une clientèle commune quand il y a un risque de confusion entre des produits identiques ou analogues.

Quand il y a un acte de concurrence déloyale qui est le dénigrement (*jeter le discrédit sur le concurrent*) d'une entreprise envers une autre, il suffit que la clientèle finale soit identique.

#### 3. Préjudice et lien de causalité avec la faute

L'entreprise qui est victime d'acte de concurrence déloyale doit établir des caractères nés & actuels (*préjudice réalisée = perte de clients actuels*) et l'étendu du préjudice (*évaluer ce préjudice*). Il suffit à la victime de prouver la faute car elles sont très proches. Il faut établir un lien de causalité entre la faute et le dommage dont la réparation est demandée.

#### **Exemple :**

- Installation d'une entreprise concurrente : détournement de clientèle qui engendre une perte de chiffres d'affaires. Preuve pour la victime.

- Copie servile de modèle vendu à un prix inférieur et le fait que l'entreprise concurrente remporte un marché.

Le préjudice peut être matériel il s'agit d'un **préjudice commercial** qui résulte de la perte de clientèle et qui entraîne une baisse du chiffre d'affaires. On a aussi une atteinte portée à une enseigne par une campagne dénigrante (*dégager une image négatif*) qui va imposer un dommage aux éléments incorporels (*enseignes*), donc on va demander réparations par un préjudice moral car il y a une atteinte à l'enseigne d'une entreprise.

### **Le préjudice peut être tant moral que financier.**

**Exemple :** Le plagiat d'une émission de télévision. Le préjudice moral était la dépréciation de son image. Un préjudice matériel de produit qui entraîne une baisse de la vente qui est liée à l'image de la marque d'une entreprise.

### **Comment évaluer ces préjudices ?**

Comme dans tout procès civil, on peut **recourir à des expertises ou à des études spécifiques**. Le juge dispose d'un **pouvoir de dépréciation**, c'est lui qui va décider. Le préjudice va être évalué le jour où le jugement sera rendu. On va se baser sur la perte subie ou le gain manqué, on prend en compte l'incidence du comportement déloyale sur l'activité future de la victime.

- ⇒ L'acte déloyal peut produire ces effets après les jugements : dépréciation d'une marque qui pourrait porter atteinte à l'image de la marque bien après la cessation des actes de déloyales concurrentes.

Quand elle est commise par plusieurs personnes, ils vont tous être responsables et tous réparer les dommages subis. Avant ça, le juge va déterminer la part de responsabilité de chacune de ces personnes.

## **B. La mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale.**

### **1. Le caractère subsidiaire (=exercer ces actions en même temps qu'une autre) de l'action en concurrence déloyale**

Ces actions tendent à sanctionner **les abus dans l'usage de la liberté du commerce**, et elles sanctionnent un devoir celui de se **comporter illégalement**. Ces actions sont ouvertes aux personnes physiques, morales ou organismes professionnels à l'exclusion de l'association de la protection des consommateurs. Les victimes n'ont aucun droit patrimonial sur les produits ou les marques qui font l'objet d'acte de concurrence déloyale. On peut parallèlement exercer une action contrefaçon ou une action en diffamation dans le cas de dénigrement.

Quand le fait d'offrir à une clientèle des produits protégés par un droit de propriété intellectuelle constitue un acte de concurrence déloyale. On est dans le cas de concurrence déloyale lorsque l'auteur cherche à créer une confusion dans l'esprit de la clientèle commune ou à détourner la clientèle via une pratique des prix inférieurs à celles des concurrents.

### **2. La compétence et la procédure**

- Quand il y a un litige qui se déroule entre deux commerçants, on va saisir le **Tribunal de Commerce** qui va avoir les compétences pour saisir cette action en concurrence déloyale.
- Sinon on va saisir **les juridictions civiles** lorsque l'une des parties n'est pas commerçante.
- S'il y a un litige entre un employé et son ancien employeur (*employé qui s'installe ailleurs et pique la clientèle de son ancien employeur*), ça va relever **du conseil de Prud'homme**.

Le tribunal territorial compétent est le lieu où le dommage est subi. On peut agir en référé (*dans des procédures d'urgences*) quand on veut obtenir la cessation des pratiques préhensibles.

- Quand le préjudice a été subi dans toute la France, le dommage se matérialise en tout lieu donc il n'y a pas de compétences territoriales limitées. Quand l'acte de concurrence

déloyale est réalisé à partir d'un site internet, on peut saisir n'importe quel juge dans toute la France.

- Quand il y a une présence de clause de non concurrence, c'est le conseil des Prud'hommes qui a les compétences. Après la rupture de contrat de travail entre un employé et un employeur, c'est **le Tribunal de commerce** qui intervient mais avant c'est **le Conseil de Prud'homme**.

Pour faire cesser les actes de concurrences déloyales, on peut **saisir le juge référé** qui va ordonner la suspension de l'action déloyale en cas d'urgence, en cas de dénigrement d'une entreprise ou pour prévenir un dommage imminent sur le marché des produits contrefaits.

Les conséquences d'une concurrence déloyales ont une double vocation indemnitaire et préventive.

- **Indemnitaire** : la victime va demander des dommages et intérêts et peut demander une injonction à l'encontre de l'auteur des actes déloyaux, demander la publication du jugement qui sanctionnera l'auteur du comportement déloyal afin d'avertir la clientèle des procédés déloyaux. La réparation des préjudices doit être intégrale : réparer les préjudices moraux (*qui peuvent résulter de l'image de la marque de l'entreprise*), financier, etc.  
**Exemple** : Défense d'utiliser une enseigne, interdiction d'utiliser une marque, interdiction de commercialiser des arques des produits imités, etc.
- **Préventive** : Ordonner toute de suite la fin des agissements déloyaux. Si on sait qu'il y a des produits contrefaits pas encore mis sur le marché, on intervient avant pour cesser toute action.
  - ⇒ Le jugement de condamnation peut être assorti d'une astreinte (*faire cesser des actes de concurrence déloyale. C'est une sanction pécuniaire*). Si les actes de concurrence déloyale continuent après le prononcé de la condamnation, cela constitue à une faute nouvelle qui donnera lieu à des dommages et intérêts.

### III) **LES ACTES DE CONCURRENCES DELOYALES**

On peut classer en 4 catégories les actes de concurrences déloyales : **confusion, désorganisation, dénigrement et parasitisme**. On a essayé de les classifier : Les deux premiers actes : relation de concurrence et les deux derniers actes : pas de relation de concurrence. C'est une liste pas limitative et on peut trouver d'autres actes qui ne sont pas forcément dans ces catégories.

#### A) **La confusion**

En général, la concurrence loyale oblige le **commerçant à individualiser ses produits**. Il ne doit pas user de procédés dont l'objet est d'entraîner une confusion dans l'esprit de la clientèle entre des entreprises concurrentes ou entre leurs produits.

La confusion résulte de **l'imitation les signes de ralliements** de la clientèle ou des produits concurrents. Peu importe la mauvaise foi de l'auteur de la concurrence, il n'est pas nécessaire de rechercher à opérer une confusion avec une entreprise concurrente. La mauvaise foi n'a pas à être démontrée. Il faut que la ressemblance soit suffisante pour entraîner un risque de confusion dans l'esprit des clients.

Les juges doivent rechercher si au vue de ces analogies ou des ressemblances l'impression d'ensemble qui est de nature à créer un risque équivoque dans l'esprit des clients (*n'ont pas les deux produits sous les yeux par exemple*). Le juge se réfère au client type moyennement vigilant et attentif.

#### 1. **Le signe de ralliement de la clientèle**

Pour capter la clientèle de ses concurrents, l'opérateur va **imiter les signes distinctifs de l'entreprise** de sorte que le consommateur soit susceptible de se méprendre sur l'identité de celui à qui il s'adresse.

**Première signe distinctif : L'enseigne** (grande importance pour rallier la clientèle) et **le logo**. Celui qui individualise son établissement doit le faire en usant d'une dénomination ou d'un emblème qui n'indique pas seulement le genre du commerce. La dénomination doit être spéciale et non générique. Le commerçant a le droit d'empêcher un autre commerçant de se servir d'une autre enseigne pour un commerce similaire. La protection varie selon la nature du commerce et la notoriété de l'enseigne.

Il y a une concurrence déloyale, que si l'utilisation de l'enseigne crée une confusion du public entre deux établissements du même genre s'adressant au même client. Les ressemblances doivent être suffisantes pour créer une confusion dans l'esprit du client.

**Exemple :** Une enseigne qui a une grande notoriété à Paris \_ si une entreprise en Province prend le même nom mais n'a pas de client commun alors il y a concurrence déloyale.

**Deuxième signe distinctif : Le nom commercial** est une appellation sous laquelle une personne physique ou morale exerce son activité commerciale et leur protection est assurée par le biais de la concurrence déloyale. Contrairement aux marques, elle n'est pas protégée mais on peut la protéger par une action de concurrence déloyale. Le droit sur le nom commercial s'acquiert de son usage public, si l'usage cesse le droit se perd. On peut faire une action de concurrence déloyale, si la dénomination est originale dans le secteur économique demandé. C'est aussi conditionné par les actes géographiques des concurrents. Celui qui usurpe ou imite le nom commercial, et qui crée un risque de confusion entre les clientèles communes d'entreprises réalisant la même activité commet un acte de concurrence déloyale.

⇒ Il faut vraiment qu'il y ait un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle commune pour que l'imitation soit considéré comme déloyale.

Il y a aussi une protection pour l'usage des noms des domaines reprenant le nom commercial ou le nom de dénomination sociale d'un tiers afin de désigner un site internet proposant des produits concurrents. Ca constitue un acte de concurrence déloyale.

**Troisième signe distinctif : La publicité.** On est dans l'hypothèse où une entreprise imite un slogan publicitaire comme la publicité est un élément attractif de la clientèle, la reprise d'un slogan publicitaire est un acte de concurrence déloyale dès lors qu'il y a confusion ou risque de confusion dans l'esprit de la clientèle.

**Exemple :** Reproduction de documents commerciaux destinés à des professionnels.

Pour qu'il y ait une imitation fautive, il faut qu'il y ait une originalité certaine de la publicité. Les éléments nécessaires à la production du produit ne sont pas pris en compte.

## 2. Les produits

On veut entretenir une confusion dans l'esprit de la clientèle pour **entrer dans une assimilation de ses produits**, on va chercher à imiter les conditionnements les emballages, les étiquettes et plus généralement les éléments extérieurs du produit. On vise à détourner la clientèle et faire une présentation trompeuse du produit, en le faisant croire qu'il est plus avantageux que celui du concurrent.

**Exemple :** Mention \_ date de péremption plus longue que celui du concurrent.

Il n'est pas nécessaire que ce soit une copie servile du produit, il peut avoir des aspects différents du moment qu'il y a un risque de confusion. On peut copier casi-servile des tarifs du concurrent en se plaçant à un prix inférieur pour attirer la clientèle.

### a. L'originalité du produit

Pour que l'imitation soit retenue, il faut que le **produit imité soit original**. En effet, rien n'interdit de commercialiser des produits identiques mais dans ces cas-là si c'est un produit de moins bonnes qualités, il faut que le client en est conscience ce qui exclut la confusion. Donc la copie servile d'un produit banale en raison de son caractère exclusivement utilitaire n'est pas en elle-même consécutif de concurrence déloyale.

**Exemple :** Banalité d'un modèle de vestes, d'ailerons de voitures, etc. Copie justifié par une norme technique. Banalité d'une publicité d'assurance avec un panneau publicitaire → Pas d'originalité.

La reproduction à l'identique d'un produit n'est fautive que si elle est réalisée **dans le but de tromper la clientèle** sur l'origine de la marchandise et ainsi de la détourner.

**Exemple :** la couleur de la copie est identique à l'original.

#### **b. Recherche d'une norme qui est sur la normalisation du produit**

Quand des pièces sont fabriquées par des produits concurrents qui sont interchangeable avec celle d'un produit similaire. Cela ne constitue pas en soi une faute de concurrence déloyale.

**Exemple :** Télévision \_ Fabricants dans des pays asiatiques qui fabriquent des pièces (composant, etc.) pour des marques différentes.

Un fabricant peut concevoir ses produits de façon à permettre une utilisation indifférenciée avec ceux d'une autre entreprise. En outre, le consommateur doit pouvoir réunir des produits de fabricants différents pour constituer des ensembles correspondant à ses goûts et à ses besoins.

**Exemple :** jeu de constructions, gouttières, ...

⇒ **Recherche de normalisation des produits qui n'est pas considéré comme déloyale.**

Deux entreprises peuvent chercher à rendre compatible deux produits sans qu'il y ait confusion chez les acheteurs moyens.

#### **c. Confusion au niveau de la marque**

La marque désigne l'origine du produit ou du service et donc elle peut faire l'objet d'une protection par le biais de l'action contrefaçon si on a déposé la marque à l'INPI. On peut faire une action en concurrence déloyale ou de contrefaçon pour protéger la marque contre toute contrefaçon mais ça dépend si la marque est considérée comme originale. Il doit exister une ressemblance entre les produits lors de la vente.

Lorsque la marque est complexe, tous ces éléments sont protégeables :le choix de l'emplacement des signes sur des produits similaires, le choix de figure géométrique, etc.

### **B) Désorganisation (de l'entreprise et de la production)**

La désorganisation de l'entreprise concerne un opérateur en particulier.

**Désorganisation :** Le débauchage de salariés, la divulgation du savoir-faire, de secrets de fabriques, de méthodes commerciales, la désorganisation des circuits commerciaux (violation de réseaux de distributions), la création d'une entreprise nouvelle dans les conditions susceptibles de détourner la clientèle, etc.

La désorganisation est réprimée par la loi quand elle résulte d'une action de concurrence déloyale : vente à perte.

#### **1. La création d'une entreprise concurrente**

Les clients peuvent être démarchés par les concurrents. Il faut que le démarchage de la clientèle soit loyal. Les salariés peuvent créer une société concurrente de celle de leurs entrepreneurs, s'il n'y a pas de clause de non-concurrence et s'il y a une liberté de concurrence à l'égard de son ancien employeur.

#### **Limite :**

- Le salarié ne doit pas développer une activité concurrente dans la mesure où il détourne la clientèle.
- La liberté d'entreprendre limitée par une clause de non concurrence.



### a. Une concurrence déloyale.

L'entreprise nouvellement créée doit s'abstenir de toute acte de concurrence déloyale, et de démarchage de la clientèle par des manœuvres déloyales. Si on a un ancien salarié qui démarché systématiquement les clients de son ancienne entreprise dans ce cas-là c'est un acte de concurrence déloyale. L'entreprise nouvelle ne doit pas gagner sa clientèle par l'usage des procédés fautifs.

**Exemple :** S'approprier des secrets de fabrications auprès d'un ancien ou actuel employeur, pratiquer un pillage systématique d'informations de projets et de documents causant un préjudice commercial et financier.

Interdiction de créer une nouvelle société concurrente dans ces conditions :

- de se faire passer pour son activité concurrente
  - de maintenir une confusion dans l'esprit de la clientèle,
  - de dénigrer l'ancien employeur,
  - de pratiquer le débauchage des employés des anciens employeurs afin de s'approprier de son savoir-faire technique
  - de reconstituer l'ancienne force de vente.
- ⇒ Partir avec les fiches clientèles, les fiches techniques des produits concurrents, etc.

### b. L'engagement de non-concurrence

Voir sa liberté de créer une entreprise par une clause de non-concurrence. Ce qui va interdire et empêcher aux anciens salariés après la rupture du contrat de travail de créer une entreprise concurrente. Ces clauses concernent les cédants du fonds de commerce et les franchisés.

Les conditions de validité à la clause de non-concurrence à ses contrats de travaux concernent des salariés qui ont le savoir-faire, les secrets de fabriques, ou les méthodes commerciales de l'entreprise. Cette clause lui interdit de créer ou d'exercer une activité concurrente à celle de son ancien employeur. L'interdiction de concurrence est valide pendant la durée du contrat, il ne peut pas s'associer à une activité concurrente de son employeur.

Comme on restreint la liberté, on va limiter cette clause dans le temps et dans l'espace et de plus, le salarié a le droit à **une contrepartie pécuniaire**. L'employeur a une obligation de verser en échange une contrepartie financière à cette obligation de non-concurrence : il va donc être indemnisé.

Quand il n'y a pas de contrepartie financière, le salarié peut **demandeur la nullité de cette clause**. Le salarié peut aussi demander des dommages et intérêts si la clause de non-concurrence lui a causé un préjudice : il ne peut pas trouver un travail ailleurs que dans les entreprises concurrentes de son ancien employeur. S'il ne respecte pas cette clause, il engage sa responsabilité et l'employeur peut le saisir en concurrence déloyale.

Clauses de non-concurrences dans les ventes ou dans les locations de fonds de commerce : **la clause de non rétablissement**. Le vendeur qui s'engage à ne pas rétablir son fonds de commerce à proximité de son ancien permet de protéger l'acquéreur. Cette clause **existe aussi en location de gérance du fonds de commerce**, la validité de ces clauses est soumise à deux conditions :

- Limiter son objet ie ne pas être disproportionné. La clause interdirait toute activité illicite.
- L'interdiction doit concerner un commerce de même nature, et là aussi elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace. Il faut qu'il y ait au moins une limitation nécessaire.

### c. Les clauses de non concurrence pour les contrats commerciaux et les locations commerciales.

**Exemple :** dans les concessions. Lorsqu'il y a 2 partenaires, elle consiste à interdire à l'une des parties au contrat, pendant un certain temps et/ou dans un certain secteur géographique, d'exercer une activité professionnelle susceptible de concurrencer l'autre partie.

## 2. Le débauchage.

Il y a une liberté d'embauche pour l'entreprise, il faut que l'embauche des anciens salariés de ses concurrents s'effectue dans des conditions régulières et qu'elle ne soit pas fautive.

Le principe de la liberté du travail autorise un salarié à mettre fin à son contrat de travail pour exercer une activité pour le compte de son nouvel employeur. Tant qu'il est encore soumis au contrat de travail il peut commencer à négocier un nouveau contrat de travail avec un nouvel employeur, mais l'employeur ne peut pas embaucher un nouveau salarié qui est encore dans les liens de son contrat de travail ou qui est lié par une clause de non concurrence.

Quand le démarchage est déloyal, c'est lorsque des offres d'emploi au salarié d'un concurrent sont répétées de façon systématique. Dans ce cas on cherchera à désorganiser l'entreprise concurrente, on doit rechercher l'existence d'une faute en regardant si le débauchage est intentionnel, s'il y a des preuves de manœuvre frauduleuses (*pression, promesses d'avantage matériel ou des rémunérations anormalement élevée faite par le concurrent*).

2 catégories de débauchage fautif :

- Débauchage massif ou systématique des concurrents dans un court laps de temps.  
**Exemple :** débauchage d'une entreprise de 52 salariés de l'équipe commerciale sur 300. Il y a une captation des fichiers clients, donc ça peut entraîner une cessation de l'activité de l'entreprise victime.
- Débauchage en vue de détourner le savoir-faire du concurrent.

## 3. La désorganisation de la production et de l'activité commerciale.

### a. Concernant l'appropriation du savoir-faire ou des secrets de fabrique des concurrents.

On va s'approprier ou divulguer les secrets de l'entreprise concurrente ce qui va désorganiser sa production. Donc acte de concurrence déloyale ! Mais ça peut aussi être le fait d'un salarié qui divulgue un secret ou crée une entreprise concurrente avec ce savoir-faire. Le secret de fabrique est défini comme un procédé de fabrication qui offre un intérêt commercial. Si on révèle un secret de fabrique c'est un délit pénal, c'est 2 ans d'emprisonnement dont 30000€ d'amende. Si on a toute les preuves on va en pénal, sinon on va action de concurrence déloyale.

**Article du code du travail L1227-1** qui prévoit les sanctions précédentes.

Le savoir-faire est un ensemble d'informations et de connaissances qui résultent de l'expérience d'une l'entreprise. On ne peut s'approprier un savoir-faire, c'est déloyal si on constate des agissements parasites. Par exemple c'est quand on bénéficie de recherches de l'entreprise concurrente pour copier un produit.

On peut détourner le savoir-faire d'un concurrent :

- Débauchage du (des) bon salarié qui a le savoir-faire.
- La constitution d'une entreprise concurrente par d'anciens salariés.
- L'espionnage commercial, on peut recopier des documents administratifs.

**Contrat de franchise** : le franchisé est tenu à un contrat de confidentialité, il ne doit pas divulguer le savoir-faire qui lui a été appris. A l'expiration du contrat de franchise s'il n'y a pas

de clause de non concurrence il pourra utiliser le savoir-faire qui lui a été communiqué à condition de ne pas commettre de concurrence déloyale.

#### **b. Concernant l'activité commerciale.**

La concurrence déloyale permet de condamner tous les désorganisations de l'activité commerciale qui ne sont pas en accord avec les textes de loi :

- Le masquage des panneaux publicitaires des concurrents.
- Le détournement de commandes.
- La reprise massive des produits du concurrent.
- L'utilisation du répertoire ou des fichiers d'une entreprise.

Le fait d'embaucher d'anciens salariés d'une entreprise concurrente ne suffit pas à établir la déloyauté il faut des preuves.

#### **c. La pratique du prix d'appel.**

Elle consiste à revendre des produits à un prix très bas, avec une marge bénéficiaire extrêmement réduite afin d'attirer la clientèle et de l'orienter vers d'autres produits car les produits concernés par cet appel sont en stock insuffisant. Le prix d'appel est condamnable car il peut être qualifié de publicité trompeuse à l'égard du consommateur. Si c'est une revente à perte c'est interdit par **l'article L442-2 du code de commerce**. La pratique d'une revente à perte est condamnable selon **les articles 1382-1383**, car elle désorganise le marché.

#### **d. La captation de clientèle.**

Les procédés déloyaux sont :

- Les actes de confusion : on limite les produits, la marque, le fait pour un associé d'indiquer que son entreprise n'existe plus pour le profit de son nouvel employeur.
- Le détournement de répertoire et de fichiers clients.
- L'utilisation abusive d'une appellation.  
**Exemple** : « compote fraîche » utilisation abusive car si le concurrent mais que le mot compote ça veut dire qu'elle n'est pas fraîche.
- Des incitations à ne pas recourir à certaines entreprises.

On n'est pas obligé d'avoir un rapport direct entre l'auteur de la faute et la victime.

**Exemple** : Un tiers peut par exemple détourner un répertoire de fichier au profit d'une autre personne qui en bénéficiera.

### **C. Le dénigrement.**

Il consiste à jeter le discrédit sur une personne ou sur un produit. On a 4 éléments qui doivent être réunis pour constituer le dénigrement:

- Il faut une personne qui soit identifiée ou identifiable.
- Le dénigrement doit porter sur un produit ou sur un service.
- On doit avoir une information malveillante ou péjorative.
- On doit avoir une diffusion de l'information à la clientèle.

Il ne faut pas confondre le dénigrement avec la critique. Le droit de libre critique dépend du caractère objectif, neutre et motivé des propos tenus.

**Exemple** : la critique gastronomique permet une libre association des produits tant qu'on ne tombe pas dans le dénigrement.

Mais la critique ne doit pas être abusive, l'abus est révélé par l'intention anticoncurrentiel de son auteur. La critique ne doit pas non plus être excessive. Pour les critiques humoristiques et caricaturales on s'est demandé si elles étaient valables, un constructeur français a dénoncé les guignols, la cour de cassation a dit qu'il n'était pas interdit de pratiquer la satire envers une entreprise ou une marque dès lors qu'il n'y a aucun risque de confusion avec la réalité.

Le dénigrement doit se distinguer de la diffamation qui elle ne concerne qu'une personne physique ou morale, contrairement au dénigrement qui ne touche que les produits et services.

Le dénigrement peut être direct ou indirect. Il peut être indirect si on suggère que les produits de son concurrent sont dépourvus de qualité par rapport à un produit qu'on va vendre.

### **1. La condition d'une personne identifiée ou identifiable.**

L'entreprise n'a pas besoin d'être nommément désignée, il suffit qu'elle soit reconnaissable ou parfaitement identifiable. Une clientèle finale identique peut être suffisante.

#### **a. Le dénigrement est constitutif de concurrence déloyale dès lors qu'il porte atteinte à l'image d'un opérateur économique.**

#### **b. Le dénigrement peut porter sur des produits ou des services.**

On va chercher à donner des informations de comparaison. Une entreprise dénigre les produits ou services d'un concurrent pour en détourner la clientèle. Il peut aussi y avoir dénigrement en dehors de toute situation de concurrence.

#### **c. Une information malveillance.**

On peut venter ses produits de manière excessive lorsqu'on ne porte pas préjudice aux autres opérateurs économiques identifiables. L'information revêt un caractère malveillant ou péjoratif dès lors qu'une appréciation portée sur une activité professionnelle est tendancieuse et que l'information n'émane d'une information exacte sur les avantages et inconvénients des différents modes de distribution mais d'un concurrent qui dénigre les procédés commerciaux d'un autre opérateur économique. On a une volonté de tourner en dérision, de dénigrer ou de discréditer les produits concurrents notamment en portant des accusations sur l'incompétence de l'entreprise concurrente ou l'insuffisance technique notoire de ses produits ou des allégations mensongères sur des produits ou services. On ne peut pas non plus faire état auprès de sa clientèle d'un différend qui nous opposerait à notre concurrent.

#### **d. Il faut une diffusion publique de l'information à la clientèle.**

Tout dénigrement qui serait confidentiel est exclu de l'action concurrence déloyale car elle ne peut pas porter atteinte à l'image du concurrent. Ce n'est pas le cas si un document interne à l'entreprise est diffusé aux salariés, il perd son côté concurrentiel si il atteint les clients. Les moyens de divulguer sont nombreux (*internet, tracts etc...*).

Il est interdit dans une campagne de détourner le slogan d'un concurrent.

Il faut se demander dans quel cas la publicité comparative ne constitue pas un acte de concurrence déloyale. Elle présente un double avantage car elle stimule la concurrence entre les entreprises et elle améliore l'information des consommateurs, par contre elle comporte un risque de concurrence déloyale. Depuis, il y a eu une évolution de la jurisprudence (*qui au départ interdisait la publicité comparative*), elle a déclaré licite la publicité à condition que la publicité porte sur des prix de produits identiques qui sont vendus dans les mêmes conditions.

### **D. Le parasitisme**

C'est une entreprise qui va profiter de vos expériences, des efforts financiers etc...

En langage juridique : **le parasitisme économique** consiste à se placer dans le sillage d'autrui, à s'appuyer sur les efforts et initiatives d'un opérateur économique concurrent ou non pour conquérir une clientèle. Il a un comportement suiveur, ça se traduit par la reprise de manière identique ou quasi-identique des éléments ayant contribué au succès d'une entreprise afin d'en profiter sans consentir d'efforts financiers, intellectuels ou promotionnels.

Un tel comportement est contraire aux usages du commerce et engage la responsabilité de son auteur sur le fondement de la concurrence déloyale. On va agir sur le fondement de deux **articles du code civil (1382 et 1383)**.

**a. On peut le caractériser par l'usurpation du travail d'autrui.**

On va utiliser la valeur économique d'un tiers pour s'introduire sur un marché. Le parasite va chercher à bénéficier, en adoptant un comportement suiveur, de l'avantage concurrentiel. L'usurpation du travail d'autrui va se manifester de plusieurs façons :

- La copie servile ou quasi-servile d'un modèle.  
**Exemple** : tissus, couvert, forme originale, comme le LV de Vuitton.
- L'imitation de l'œuvre.  
**Exemple** : un conditionnement de parfum. De l'œuvre graphique d'autrui. Ou de la fragrance d'un parfum. Appropriation du contenu d'une base de données ou du site internet.
- L'imitation de l'ambiance.  
**Exemple** : imitation d'une formule publicitaire, ambiance d'un magasin de parfumerie ou d'un concept d'émission de télévision.
- Détournement d'investissement en matière de recherche et développement ou en matière commerciale.

**b. L'usurpation de la notoriété d'autrui.**

On sera dans le cas où le parasite cherche à profiter d'une renommée sans consentir d'efforts. S'illustre en matière de marque notoire, il peut s'agir aussi de la reproduction d'une formule dont la renommée a été faite par un effort publicitaire. Utilisation d'un nom d'une marque dans un slogan publicitaire ou imitation illicite d'une marque notoire. On peut usurper une renommée en déposant une dénomination similaire à la marque connue mais pour des produits différents. Cela a des conséquences dommageables pour les clients qui vont associer les produits.

On peut aussi usurper la notoriété d'autrui notamment sur internet sous forme de cyber squattage : consiste à déposer des noms de marque notoire comme nom de domaine afin d'empêcher le titulaire de la marque d'en faire usage. C'est interdit par le code de la propriété intellectuelle et aussi sur le fondement de la concurrence déloyale. Toujours selon l'article 1382 du code civil.

**c. Le trouble commercial.**

**Le parasite devient compétitif grâce à ses économies, qui lui permettent de ne pas engager des dépenses de publicité, recherche etc...** Cela lui permet de pratiquer des prix inférieurs par rapport à la concurrence. On a une économie injustifiée est un dommage causé au parasite. On peut démontrer l'enrichissement sans cause du parasite et le parasite doit établir l'atteinte économique à une valeur qui lui est propre. On doit démontrer une utilisation ou une exploitation illicite des investissements, du travail ou de la réputation d'autrui pour caractériser le parasitisme. L'entreprise parasitée peut se plaindre de la dévalorisation ou de la dépréciation de son produit en raison de la qualité médiocre de la reproduction servile par le parasite. L'usurpation du travail ou de la renommée d'autrui peut également avoir pour résultat une banalisation de l'œuvre ou de la marque. Il peut entraîner une perte de rentabilité des investissements réalisés, la perte clientèle n'étant pas nécessaire pour caractériser le préjudice commercial. Le parasite pratique des prix inférieurs et l'entreprise vend des produits contrefaits de qualité moindre à des producteurs. Alors que le créateur peut être obligé de vendre les siens à des détaillants.