

QUESTIONS DE DROIT COMMERCIAL 2009 (BAC 3) – 1^{ère} partie

I. – Questions susceptibles d’être posées dans la partie écrite

1. – Droit commercial général

- Exposez les raisons économiques de l’existence généralisée du droit commercial.

- Satisfaire le principe de liberté du commerce et de l'industrie.

Il s'agit de la liberté économique qui est liée à la liberté politique.

Quel est le statut de cette liberté économique?

Issu du décret d'Allarde (1971), le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a acquis valeur constitutionnelle en France.

En Belgique, à la différence de la Suisse ou de l'Italie, il n'y a pas de consécration, dans la Constitution, de ce principe. L'article 23 de la Constitution reconnaît 'le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle'. Mais cette liberté de choisir son "activité professionnelle" paraît s'entendre comme un "droit au travail" et non comme une consécration de la liberté de commerce et d'industrie.

En adhérant au Marché Commun, la Belgique a reconnu implicitement la liberté d'entreprendre et la libre circulation des personnes, des services, des capitaux et des marchandises. Dans le cadre communautaire, la liberté du commerce et de l'industrie s'impose donc, eu égard à la primauté du droit communautaire, au législateur belge qui ne pourrait plus la méconnaître ou l'anéantir. Même en l'absence de consécration, ce principe a valeur constitutionnelle.

En outre, la loi du 8 août 1988 dispose que, dans l'exercice de leurs compétences, les Régions doivent respecter les "principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté du commerce et de l'industrie" (art.6, §1er).

- Satisfaire un besoin de rapidité.

La multiplication des échanges commerciaux doit s'opérer le plus simplement et le plus rapidement possible pour augmenter la production et la distribution des richesses ("le temps, c'est de l'argent"). La consommation courante repose sur une multitude de petits actes, répétitifs, qui supposent également simplicité et rapidité. Sous réserve de la consommation de masse, les actes de vente dans la vie courant prennent du temps. Ce qui n'est pas le cas en ce qui concerne le droit commercial où l'urgence est permanente.

Deux conséquences découlent de ce besoin de rapidité:

→ Dans la mesure où la rapidité induit la simplicité, on se fonde sur le **consensualisme** et sur la liberté des preuves. Dès son origine, le droit commercial était moins formaliste que le droit civil et plus préoccupé par l'équité et la bonne foi.

→ Le **formalisme** afférent à certaines opérations commerciales peut tendre à réduire les coûts de transaction et à éliminer toute cause de discussion. La forme prévue est souvent simplifiée à l'extrême. Le formalisme doit s'entendre comme une "standardisation", c'est pourquoi il rencontre le souci de simplicité.

Par ailleurs, le droit commercial se préoccupe moins que le droit civil de ce qui a trait à la capacité, aux vices de consentement et à la protection de la volonté (le mineur émancipé incapable pouvait s'engager dans domaine du commerce, ce qui assurait la rapidité des transactions commerciales).

Trois règles fondamentales marquent le droit des conflits commerciaux et témoignent de son pragmatisme fondé sur la rapidité et l'efficacité:

- * les délais de **prescription** sont plus courts en droit commercial.

Cette brièveté s'explique par le besoin de rapidité qui implique, en matière de prescription, de ne pas permettre des actions en justice, et les remises en cause corrélatives, trop longtemps après que l'opération ait été conclue et exécutée. (ex: Sans en droit des sociétés quant aux actions en responsabilité).

- * le juge commercial dispose d'un pouvoir de **réfaction** limité du contrat qui lui permet, en cas de vice, d'éviter l'annulation en se contentant de refaire le contrat quant au prix (sans pouvoir modifier les autres clauses et conditions du contrat).

- * le principe de la **liberté des preuves** prévaut en droit commercial. Il permet d'établir la teneur des transactions par toutes voies de droit. Cette liberté de preuve se justifie par plusieurs raisons: les obligations commerciales naissant, s'exécutant et s'éteignant très vite, les commerçants sont présumés prudents et ils sont astreints à la tenue de livres comptables (facture)

-satisfaire le besoin de sécurité

il s'agit d'une sorte de conséquence du besoin de rapidité car plus les actes sont rapides, plus les risques sont grands.

Dans un premier temps, ce besoin a consisté en une armature de règles sanctionnatrices plus rigoureuses qu'en droit commun car il y a des risques systémiques de contagion et de rupture au niveau des échanges commerciaux.

La faillite est née comme la sanction de celui qui manquait à sa parole et n'honorait pas ses dettes. Elle servait de sanction et de dissuasion.

En outre, afin d'assurer la fiabilité des échanges, la pratique a créé des instruments dont le formalisme est destiné à assurer la sécurité des paiements

L'autre aspect du besoin de sécurité est l'aspect préventif: le renforcement du crédit.

A ce besoin de sécurité est lié le besoin de renforcer le crédit et la confiance qui ne sont possibles que si la loi pourvoit la protection efficace des créanciers et leur garantit la parfaite exécution des engagements commerciaux.

Le crédit est indispensable car, à défaut de capitaux propres, il permet d'entamer plus rapidement une activité. Tout d'abord, il est indispensable quand l'entreprise veut étendre son activité ou moderniser son exploitation. Et dans la gestion quotidienne, l'entreprise est entraînée à vivre, à tout le moins partiellement, en quête de crédit. Pour obtenir ce crédit, il faut instituer des règles protectrices des créanciers.

-Satisfaire aux principes d'équité et d'éthique

Il ne faut pas confiner le droit commercial dans une perspective purement utilitariste. Il existe des règles générales destinées à encadrer, de manière souple et libérale, l'activité commerciale afin que, dans une perspective d'égalité, l'exercice de cette liberté par les uns ne porte pas atteinte à l'exercice de la même liberté par les autres.

La liberté du commerce et de l'industrie suppose la liberté de la concurrence qui doit s'exercer loyalement. La liberté peut être pervertie par un usage abusif. C'est pourquoi est née la théorie de la concurrence déloyale: tout acte déloyal engage la responsabilité civile de son auteur au profit de ceux qui en ont été les victimes.

- Quelles sont la portée et l'utilité du concept de « but de lucre » en droit commercial ?

La cour de cassation a opté pour la conception subjective (tout acte accompli par un commerçant est présumé être un acte de commerce en raison de la qualité de celui l'ayant posé), définissant l'acte de commerce par le but de lucre ou la spéculation.

La notion d'acte de commerce importante pour déterminer le champ d'application du droit commercial. Mais elle n'est pas définie de manière abstraite par le Code de commerce. Celui-ci se borne à procéder à une énumération empirique et hétéroclite d'actes réputés commerciaux. La Cour de cassation définit donc l'acte de commerce par le but de lucre ou la spéculation. Des actes de commerce qui entrent dans la définition légale ne seront donc pas qualifiés comme tel si l'absence de tout but de lucre est établie. => code de commerce crée une présomption de but de lucre (peut être renversée). C'est le juge qui apprécie si cette preuve contraire est administrée. Ainsi, le curé qui exploite un bassin de natation dans le cadre des services qu'il rend à la population ne sera pas considéré comme commerçant bien que son exploitation soit une entreprise de spectacle public, acte de commerce aux termes du Code, parce qu'il n'a pas de but de lucre.

- Quelles sont les conséquences de la qualité de commerçant quant aux droits et obligations ?

Obligations

A. Solidarité

>< **1202 C.civ.** : Les codébiteurs commerciaux sont présumés solidaires s'ils sont tenus d'une même obligation. La règle s'appliquera à la caution (**art 2011 du C.civ.**). Cette règle est instaurée pour inciter le créancier à contracter en voyant les commerçants agir en commun.

B. Mise en demeure

>< 1139 C.civ. : pas de formalité pour la mise en demeure. Il peut résulter de tout écrit par lequel le créancier manifeste sa volonté d'exiger l'exécution de l'obligation.

C. Mandat

>< 1986 C.civ. : pas présumé gratuit.

D. Gage

Plus simple qu'en droit civil (à part le gage sur fonds de commerce). Gage sans dépossession du débiteur.

E. Réfaction du prix dans les ventes commerciales

Quand un acheteur a reçu moins que ce que le contrat devait lui procurer, il devra se contenter d'une réduction du prix sauf si la quantité/qualité était vraiment indispensable. Pas de résolution du contrat.

F. Intérêt des comptes courants

>< 1154 C.civ. : règle de l'anatocisme (lire article). En droit commercial, les intérêts peuvent produire des intérêts même pour les comptes courants.

G. Prescription

- 2272 C.civ. : 1 an pour les marchandises d'un marchand vendues à un particulier, si fournitures peu importantes (ne vaut pas pour des factures envoyées de façon habituelle).

- L.1/5/1913 sur le crédit des petits commerçants et artisans et sur les intérêts moratoires : entre un artisan et un particulier : prescription d'1 an à dater de l'année civile dans le cours de laquelle les fournitures ont lieu (que pour les « petits commerçants »).

- Analysez les grands principes de la protection du fonds de commerce dans le temps.

Section 1 : Introduction

- Loi du 30 avril 1951 règle le contrat de bail commercial, son corps est repris dans le Code civil
- C'est une matière à cheval entre le droit civil et le droit commercial :
 - dans le chef du bailleur : l'acte est de nature civile
 - dans le chef du locataire : l'acte est de nature commerciale
 - Ex : Location : acte mixte
- Monopole du juge de paix du lieu de la situation du bien pour les litiges dans la matière : CSQ : divergence de principe non tranchée entre acte civil et acte commercial.
- Souci du législateur :

- protéger l'activité du commerçant et son patrimoine essentiel qui est le fonds du commerce
- La proximité avec la clientèle est importante
- Le déplacement du commerce aurait des conséquences néfastes sur la clientèle du fonds du commerce
- Stabilité dans la durée du fonds de commerce
- Les contrats de ce type sont longs et c'est la loi qui impose cette longévité
- Les renouvellements sont favorisés par la loi
- Une série des délais doivent être respectés (caractère impératif de la loi) dans le chef du preneur et du bailleur MAIS Dérogation possible.

Section 2 : La propriété commerciale

§1^{er}. Une œuvre personnelle dans la propriété d'autrui

Le commerçant inscrit une œuvre personnelle dans la propriété de l'autrui.

→ Il voudra consolider cette œuvre par

- Un Bail long à durée garantie ;
- Une liberté non entravée par l'arbitraire du propriétaire ;
- Droit de préférence pour le renouvellement ou une indemnité d'éviction lorsque le preneur doit quitter les lieux, due par le bailleur (très élevée).
-

§2. Propriété commerciale

La doctrine a développé la notion de « propriété commerciale » (formule exagérée). L'on entend par là que le droit d'exiger un renouvellement dans le chef du commerçant est plus fort que dans le chef d'un simple locataire.

§3. A l'origine : droit d'occupation perpétuelle

→ Le sénat et la chambre ont réduit ce droit à 3 renouvellements : 36 ans d'occupation

§4. Arguments légitimant le droit à une indemnité d'éviction lorsque le bail est non renouvelé et entraîne la perte du fonds de commerce

→ Abus de droit de la part du bailleur : argument rejeté

→ Enrichissement sans cause : argument rejeté pour de nombreuses raisons :

Objections :

- idée de renouvellement aurait une plus grande valeur locative
- en gardant le même prix et en remplaçant un bailleur par un autre, le bailleur ne s'enrichit pas
- Des faits étrangers au bailleur (travaux dans le quartier) peuvent provoquer l'augmentation des prix des loyers
- Dans le L de 1951 les indemnités d'éviction qui se calculent en fonction du nombre d'années sont forfaitaires dans son principe et dans son montant

→ Idée d'entreprise : le bailleur a admis que son bien reçoive une affectation commerciale donc il commet une faute en refusant que cela continue.

→ Indemnité d'éviction : Une sorte d'indemnité d'expropriation

§5. Loi de 1951 : forme d'équilibre entre la propriété du bailleur et la fixité/stabilité du fonds de commerce.

Section 3 : Synthèse de la loi

§1^{er}. Champ d'application (art.1^{er} de la loi)

- Il s'agit des biens immeubles
- Le lieu doit être occupé par le preneur ou par son sous locataire
- Le lieu doit être affecté à

Un commerce de détail

Et doit être en relation directe avec la clientèle

Si cette relation n'existe pas, la protection n'est pas la même car la zone géographique est peu importante

EX : les grossistes, les laboratoires ne méritent pas la même protection que les commerces de détails (cinéma, hôtels...)

→ La jurisprudence est très abondante à ce niveau : garagiste, photographe, maisons de haute couture, déménageurs...

§2. Grands principes contenus dans la loi

A. DURÉE MINIMUM DE NEUF ANS

1. Droit à une occupation durable

- La durée minimum de 9 ans est une disposition impérative :
 - Une clause prévoyant un délai inférieur à 9 ans est nul
 - Une clause prévoyant un délai supérieur à 9 ans est permis
- On avait imaginé à l'origine un droit d'occupation perpétuelle
- Le législateur s'est finalement arrêté sur trois renouvellements

2. Résiliation du bail

- Elle est permise pour le preneur (Art 3, al 3) à l'expiration de chaque triennat (3 ans) avec préavis de 6 mois par lettre recommandée ou exploit d'huissier(disposition impérative).
- Le bailleur peut résilier à l'issue de chaque triennat, mais avec un préavis d'un 1 an et il faut qu'une clause prévoit cette résiliation. La résiliation ici n'est permise que si le bailleur exerce lui-même un commerce dans l'immeuble loué.
- Les deux peuvent prévoir de commun accord la résiliation

Conditions :

- Il faut un acte authentique
- Ou bien passer par le juge de paix pour faire une déclaration de résiliation

3. La révision légale

- Lorsqu'en raison des circonstances nouvelles (art.6), la valeur locative a augmenté ou diminué de 15 %, une adaptation est permise à chaque triennat.
- Pour obtenir l'adaptation, le bailleur doit introduire devant le juge de paix dans les 3 derniers mois du triennat en cours. Celui-ci statue en équité pour fixer le loyer.
- Les circonstances nouvelles sont des circonstances indépendantes de l'activité et de la volonté du bailleur et du preneur
- La jurisprudence considère que les circonstances nouvelles existent si elles ont un caractère de continuité influençant la valeur locative pendant au moins trois ans

➔ La crise générale qui affecte un secteur d'activité, comme le secteur du cinéma, peut être considérée comme une circonstance nouvelle.

- Pour éviter la lourde procédure, les parties peuvent prévoir des clauses d'indexation pour pouvoir faire varier les montants des loyers en fonction des coûts de la vie

B. TRANSFORMATION DES LOCAUX (ART.7 À 9 L.51')

- Le preneur dans le droit commun des baux ne peut pas apporter des transformations sans dispositions conventionnelles l'autorisant à la faire.
- Le Commerçant jouit d'une grande liberté lui est accordée : lorsqu'il le juge utile pour amélioration du rendement, le preneur peut transformer.
- Freins à cette prérogative :
 - L'ampleur des travaux ne peut pas être supérieure à un montant équivalent à 3 ans des loyers
 - C'est le juge de paix qui autorisera les travaux si le bailleur s'y oppose
 - Le preneur engage sa responsabilité pour les dégâts causés à l'immeuble (art.8)
 - Le bailleur ne pourra pas exiger la remise en pristin état

C. VENTE DE L'IMMEUBLE

- Il n'est pas interdit au bailleur de vendre l'immeuble
- Les protections sont plus importantes pour les preneurs du bail commercial que pour les locataires ordinaires où le maintien dans les lieux dépend de la date certaine du bail (Art. 1743CC)
- Atténuation par la loi du risque qu'encourt le commerçant :
 - Le nouvel acquéreur doit se prononcer le plus vite possible : 3 mois avant l'achat
 - Une occupation effective de six mois remplace la condition de date certaine (art.12)
 - Pour expulser le preneur il faut démontrer la raison légitime comme par exemple :
 - ➔ Occuper soi-même le bien
 - ➔ Rénovation pour raison de vétusté
 - ➔ Manquement du preneur à ses engagements

D. CESSION DU BAIL

- Droit commun : Article 1717 du Code civil permet d'insérer dans le contrat de location une clause interdisant la cession du bail ou la sous-location
- La cession du commerce est rendue plus difficile, la Loi de 1951 dispose que l'interdiction de céder le bail ne peut jouer quand il y a en même temps cession du fonds. En effet, la cession du fonds de commerce inclue la cession du bail.
- Droit d'opposition du bailleur à la cession:

- En invoquant un motif légitime au bail tout à fait intuitu personae ;

EX : le cessionnaire est réputé comme étant un mauvais commerçant

EX : le cédant venait d'entrer dans les lieux et où le bailleur aurait l'impression qu'il y a plus de spéculation dans le chef du preneur initial que la volonté d'exercer un commerce

- l'opposition du bailleur doit être motivée
- Le cessionnaire devient le locataire direct du bailleur mais le preneur initial reste solidaire des engagements (logique car cession de dette n'existe pas) de son successeur jusqu'au renouvellement suivant.

E. RENOUVELLEMENT DU BAIL (À LA FIN DES 9 ANS)

- Un non renouvellement doit s'accompagner d'une indemnité d'éviction
- La loi prévoit un dialogue entre le preneur et le bailleur avec les délais à respecter

EX : les notifications doivent se faire soit par lettre recommandée soit par exploit d'huissier

- La demande de renouvellement doit être faite au plutôt 18 mois avant l'échéance et au plus tard 15 mois après l'échéance.
- Selon la jurisprudence, pour que la demande de renouvellement soit justifiée, il faut que le preneur ait envie de continuer le commerce et que l'offre qu'il fait (les nouveaux loyers) soit sérieuse.
- Le bailleur peut formuler **4 réponses différentes** à la demande de renouvellement:

➔ 1. Il oppose un refus non motivé

Le bailleur doit alors payer une indemnité d'éviction équivalente à 3 années des loyers et plus si elle n'est pas suffisante pour réparer la perte du fonds.

➔ 2. Il excipe de l'offre d'un tiers

- Le bailleur doit signifier par lettre recommandée ou exploit d'huissier au preneur dans les trois mois (art.24) de la demande l'existence de l'offre alternative du tiers et ses termes.
- Le preneur a alors le choix entre :

- a) *renoncer au bail* ;
 - b) *s'aligner sur l'offre alternative* (art.21 à 23) : Le preneur en place est alors préféré au tiers
 - c) *Conteste la sincérité ou le caractère sérieux de l'offre* du tiers en plaçant la mise en scène. EX : -manque de sincérité : offre émanant d'une société où le bailleur a des intérêts
- l'offre est fictive et n'a pour seul objet que d'obtenir l'augmentation des loyers

→3. Il accepte le principe du renouvellement mais il le subordonne à des conditions différentes

- Le preneur a le choix entre :
 - a) *Faire connaître son désaccord* dans les 30 jours de la réponse qui lui a été donnée et cite le bailleur devant le juge de paix compétent.
 - Si non respect du délai de 30 jours: pas de renouvellement et pas d'indemnité d'éviction
 - C'est le juge qui fixera les conditions du nouveau bail, il pourra préciser le contenu du contrat.
 - Le preneur au vu de cette décision renouvellera ou pas.
 - b) *Rester silencieux* mais son silence ne vaut pas acceptation, il peut perdre le droit renouvellement car :
 - Le preneur doit agir dans les 30 par une acceptation ou par introduction d'une action devant le juge de paix (art.18)
 - c) *Preneur accepte les conditions* du bailleur :
 - Il doit notifier cet accord au bailleur dans les 30 jours ;

→4. Il oppose pour refus un motif légitime : 2 catégories légales de motifs

a) Motifs légitimes invoqués pour ne pas payer d'indemnité d'éviction

- Le bailleur ou ses proches entendent d'habiter les lieux
- Le bailleur ou ses proches entend d'exercer l'activité commerciale, mais différente de celle qui est exercée par le preneur

→Objectif : éviter que le bailleur s'accapare la clientèle

- Le bailleur veut démolir l'immeuble car délabré
- Le preneur a manqué à ses obligations
- Le preneur n'a pas intérêt à demander un renouvellement
-

EX : le preneur occupe un local voisin ou une maison voisine

b) Motifs légitimes pénalisés par une indemnité

- L'immeuble va être affecté à l'habitation par autrui
→ 1 an d'indemnité
- Rénovation de l'immeuble sans aucune raison de délabration
→ 1 an d'indemnité

F. OBSERVATIONS

a) Indemnité due ou augmentée pour faits postérieurs à la sortie du commerçant et non révélée

- L'occupation personnelle par le bailleur s'accompagne de l'activité du commerce similaire
→ 2 ans d'indemnité
- Le bailleur ne concrétise pas son intention de reconstruire le bien dans les 6 mois du refus de renouvellement (sauf cas de force majeure),
→ L'indemnité peut être de 3 ans
- Le bailleur ou le nouveau preneur exercent un commerce similaire dont ils n'avaient pas avisé le commerçant expulsé
→ 3 ans d'indemnité

b) Indemnité d'éviction est à priori un forfait légal

c) Si le preneur arrive à démontrer que l'indemnité légale est insuffisante et que le bailleur tire un énorme profit du non renouvellement du bail, la loi permet un complément d'indemnité

- En quoi le droit commercial se préoccupe-t-il de la protection de la partie faible ?

Plusieurs éléments dans divers domaines démontrent que le droit commercial se préoccupe de la partie faible.

- 1) Au XXème siècle, se sont développées des législations protectionnistes: A plusieurs reprises, l'Etat est intervenu comme garant de l'intérêt de personnes en situation de faiblesse: protection des travailleurs dès la fin du XIXème siècle, protection des épargnants à la suite de la crise boursière de 1929, protection des consommateurs dès la fin de la Seconde Guerre mondiale.
- 2) Acte mixte. Pour déterminer les règles du régime juridique applicable, il faut qualifier la nature de l'acte – commercial ou civile – dans le chef de celui auquel on entend en faire valoir ses effets. La partie non-commerçante bénéficie ainsi d'une certaine protection, principalement dans 2 domaines:
 - en matière de compétence: le commerçant devra souvent engager une procédure judiciaire à l'encontre d'un particulier non-commerçant devant le tribunal de première instance, tandis que ce dernier pourra citer le commerçant devant le tribunal de commerce;

- en matière de preuve des engagements souscrits: celui qui a posé un acte de commerce devra appliquer les règles du droit civil pour prouver ses prétentions à l'égard du non-commerçant, tandis que ce dernier pourra invoquer l'assouplissement des règles de preuve admis par le droit commercial (en matière commerciale, preuve libre).
- 3) Certaines obligations imposées aux commerçants : la publicité des conventions matrimoniales, les obligations de compétences professionnelles, l'obligation de tenir une comptabilité, l'obligation d'être titulaire d'un compte auprès de l'office des chèques postaux ou d'une banque.
 - 4) Le régime applicable en matière de preuve, qui déroge au droit civil, de telle sorte que le non-commerçant (partie faible) bénéficie d'un régime plus souple:
 - le principe dit de la preuve libre (**article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce**): la preuve peut être administrée par toutes voies de droit. Cette règle vaut tant pour la preuve entre commerçants que pour la preuve par un non-commerçant contre un commerçant
 - le droit commercial tolère des modes spéciaux de preuve en plus de ceux énoncés par le Code civil:
 - la facture acceptée (article 25, alinéa 2, du Code de commerce): la facture peut, sous certaines conditions, établir l'existence et le contenu de la vente qu'elle constate à l'égard du cocontractant commerçant qui l'a acceptée;
 - la comptabilité (articles 20 et s. du Code de commerce): toutes les entreprises commerciales doivent tenir une comptabilité. Celle-ci peut être autorisée par le juge comme mode spécial de preuve entre commerçants.
 - 5) Les règles particulières régissant la prescription libératoire dans les transactions conclues par un commerçant. En effet, l'action des « marchands » contre les « non-marchands » pour les marchandises qu'ils leur vendent est soumise à un délai plus bref que celui de droit commun (10 ans), à savoir 1 an (**art 2272, alinéa 2 cc**). Cette courte prescription repose sur la présomption que le non-marchand a payé la créance litigieuse au moment où il a acquis les marchandises.
 - 6) cession-vente du fonds de commerce. Le cédant est soumis à plusieurs obligations à l'égard du cessionnaire: ces obligations sont celles de tout vendeur et figurent aux **arts 1602 à 1649 cc**: il s'agit de la délivrance d'une chose conforme, de la garantie des vices cachés et de la garantie d'éviction.
 - 7) Le bail commercial : impérative. Par conséquent, les conventions qui restreignent la protection que le législateur accorde à l'une ou l'autre partie sont frappées d'une nullité relative, pouvant être couverte par celui que la loi protège et pouvant être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation.
- On retrouve cette volonté protectrice des droits du preneur particulièrement dans les dispositions régissant la durée du bail et dans celles concernant les transformations réalisées par le preneur dans les lieux loués.
- Durée du bail commercial, le législateur assure au preneur une protection plus grande que ne le fait le droit commun:

- **art 3, alinéa 1^{er}, de la loi**, « la durée du bail ne peut être inférieure à neuf années ». Il s'agit d'une disposition impérative à sens unique dans l'intérêt du preneur.
 - Les parties ont la possibilité de mettre anticipativement fin au bail selon les conditions précisées par l'article 3. Il apparaît que le preneur peut résilier plus facilement le bail que le bailleur, celui-ci n'étant autorisé à le faire que si certaines conditions sont réunies. Les parties peuvent aussi à tout moment mettre fin au bail de commun accord, mais avec l'intervention d'un notaire ou d'un juge de façon à ce que les parties – et spécialement le preneur – soient éclairées sur leurs droits et obligations.
 - Le preneur a de plus le droit de solliciter, moyennant le respect de certaines conditions, 3 renouvellements du bail d'une durée de 9 ans en principe.
 - indemnités d'éviction octroyées notamment lorsque le preneur a régulièrement manifesté sa volonté d'user de son droit de renouvellement et se l'est vu refuser (**art25 de la loi**) ou lorsqu'il y a résiliation par le bailleur ou le nouvel acquéreur du bien (**art 26**).
- Transformations réalisées par le preneur dans les lieux loués, les **arts 7 et 9** prévoient le droit du preneur, moyennant le respect de certaines conditions, d'imposer au bailleur l'exécution de travaux de transformation.

2. – Droit des sociétés

- Quelles sont les caractéristiques de la société ?

Conformément à la définition de l'article 1, la société présente les caractéristiques suivantes:

- Mise en commun de quelque chose (art.1 + art 19,cs) : c'est donc bien un contrat d'intérêt commun. Les parties poursuivent un intérêt commun. Ce qui distingue ce contrat des autres contrats dans lesquels, les intérêts sont antagonistes.
- Pour exercer une ou plusieurs activités déterminées: c'est ce critère qui permet de faire la différence entre les sociétés civiles ou commerciales.
- Dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect : cette condition exprime une caractéristique fondamentale de la société, à savoir le but de lucre. Ici il s'agit d'un but de lucre au sens de la poursuite d'un bénéfice ou d'un avantage direct ou indirect. Ce but est commun à toute société, qu'elle soit civile ou commerciale.
- L'article 1 ne se réfère pas formellement à l' « animus societatis » souvent présenté comme une caractéristique essentielle de la société. Toutefois, l'article 1 précise que la société doit être constituée pour l'intérêt commun des parties.

- Analysez les caractéristiques spécifiques du contrat de société.

§1. Participation aux bénéfices et contribution aux pertes

A. PARTICIPATION AUX BÉNÉFICES (**ART.1^{ER}**)

- Soit accroissement du patrimoine (bénéfice direct) soit réalisation d'économies (bénéfice indirect).
- Exception : La société sociale n'a pas pour but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial. Cela veut dire que les bénéfices sont parfois totalement exclus des statuts, parfois sont prévus de manière très limitée.
- L'ASBL peut réaliser des bénéfices, elle n'est pas créée pour produire des pertes. Toutefois, l'ASBL ne distribue pas aux associés les bénéfices à ses associés. Les bénéfices devront être introduits dans un projet social. L'ASBL peut avoir une activité commerciale à titre accessoire uniquement par rapport à l'activité désintéressée.
- La proportion dans laquelle chaque associé est gratifié peut varier. En principe, il y a une proportion entre l'apport et ce qu'on reçoit en retour mais on pourrait très bien dissocier les deux.

B. CONTRIBUTION AUX PERTES (ART 32)

- La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des pertes est nulle (art. 32, al.2)
- Est nulle également la convention selon laquelle les apports d'un associé peuvent être totalement pris pour les pertes.
- Une telle convention contiendrait une clause léonine

➔ Clause qui a pour objet de porter atteinte au pacte social ou qui produit les mêmes effets ou tend aux mêmes fins

- Seule la clause est réputée non écrite (SA Art. 455)
- Ensemble du statut est considéré nul (pour certaines entreprises)
- L'article 32 est d'ordre public
 - Cette disposition ne peut pas être couverte
 - Un associé ne peut pas renoncer à la couverture de l'article 32

Certains auteurs, en se fondant sur les articles 1 et 32, cs, établissent une distinction de degré entre la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes. Si un associé ne participe pas aux bénéfices, tout le contrat de société est nul parce que c'est l'essence même du contrat de société. Si un associé ne contribue pas aux pertes, tout le contrat n'est pas nul mais seulement la clause prévoyant l'affranchissement des pertes le sera. Dans les SA (art. 455), SPRL (art. 228), SCA (art. 657, qui renvoie à l'art 455), SCRL (art. 404) ces clauses sont réputées non écrites.

- Analysez les conséquences attachées à l'acquisition de la personnalité morale.

- Quelles sont les caractéristiques des sociétés dépourvues de la personnalité juridique ?

- Comparez la stabilité du gérant/administrateur dans les sociétés à forme commerciale

1) Dans les sociétés sans PJ :

Le gérant statutaire : révoqué qu'à l'unanimité des associés ou en raison de motifs légitimes. Si la révocation doit être décidée à l'unanimité, le gérant concerné s'il est associé doit aussi y consentir et dispose donc d'un droit de veto. A défaut d'accord de sa part, c'est le trib qui tranchera .

Le gérant non statutaire : révocable ad nutum.

2) Dans la SNC :

Un associé gérant statutaire : révoqué que pour une cause légitime tant que dure la société. En dehors de cette hypothèse il ne peut pas être révoqué de l'accord unanime des associés car il faudrait qu'il marque lui mm son accord quand à sa révocation.

La révocation d'un gérant statutaire : prononcée par les tribunaux sur base de l'art 1184 cc et entraîne la résolution pour l'avenir du contrat de société (sauf dispo contraire des statuts).

Le gérant mandataire : révocable à l'unanimité mais les dispo statutaires pourraient soumettre cette décision à une simple majorité.

3) Dans la SA : les administrateurs sont révocables ad nutum

4) Dans la SPRL :

Les gérants statutaires : nommés à durée indéterminée et irrévocables sauf motifs graves.

Les gérants non statutaires : irrévocables ad nutum => + stable que dans SA

5) Dans la SCRL : tout associé peut être exclu pour juste motifs ou pour tout autre cause indiquée dans les statuts. Le statut de l'administrateur de la SCRL peut être statutairement stabilisé => + stable que SA et SPRL.

- Comparez les trois types de sociétés sans personnalité juridique.

S'ils font le choix de ce type de société, les associés n'auront pas de limitation de responsabilité.

1) Les définitions

Ⓢ Société de droit commun : Avant la loi du 13 avril 1995 (abolition de la théorie des cadres légaux réglementaires), la société de droit commun n'existait pas. Si un groupe de personnes faisaient une activité commerciale, c'était une SNC irrégulière car non respect des règles de création. Depuis 1995, il faut déposer les extraits au greffe et la société de droit commun peut donc avoir un objet civil ou commercial (art. 46). Quand il est commercial, elle est soumise aux dispositions du droit commercial (càd associés tenus envers les tiers solidairement quand commercial et par parts viriles quand objet civil) art. 52.

Ⓢ Société momentanée : Elle a pour objet de traiter une ou plusieurs opérations sociales déterminées (art. 47). Elle se limite à un nombre restreint d'opérations.

- ☉ Société interne : société silencieuse car elle ne dit pas qu'elle est une société. C'est une société par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom (art. 48).

Caractér fondamentale : le participant reste en retrait et le gérant opère sans divulguer l'existence du ou des participants (catégorie particulière d'associés qui ont une resp limitée).
 Quand plusieurs gérants : solidairement responsables à l'égard des tiers. Les participants ne peuvent intervenir dans la gestion à l'égard des tiers mais ont quand mm la possibilité d'accomplir des actes isolés à titre perso ou à titre de mandataires du gérant. L'immixtion des participants dans les relations avec les tiers -> risque de requalification de la société en SDC (et donc responsabilité sol des associés) ou la responsabilité perso des participants ayant accompli les actes en cause.

1) Caractéristiques communes aux 3 sociétés sans PJ

Ce sont toutes les trois des formes purement contractuelles du droit des sociétés.

2.1) L'absence de capacité

- Tous les AJ : par les associés
- Les obligations des associés : en principe tenus des dettes contractées dans le cadre de l'activité sociale. Il s'agit des actes accomplis par une personne ayant le pouvoir de les accomplir en vertu des R de gestion et de représentation de contrat et ayant effectivement agi pour compte des autres associés. (art 50 code).

Ils sont aussi tenus quand ils ont concouru à l'engagement dont la dette est issue ou quand l'acte a tourné au profit société (art 50).

- la représentation en justice : par les associés agissant conjointement ou en leur nom. Seuls les associés peuvent être assignés. Le tiers contrt peut agir contr un seul des associés avec lequel il a conclu ct.

2.2) L'absence de patrimoine commun

Cette société : Aucun créancier ou débiteur et le cr ayant traité avec la société sera des lors amené à entrer en concours avec les créanciers propres de chaque associé.

Une indivision préméditée : biens affectés par les associés à l'activité = indivision volontaire et organisée.

Associés peuvent décider de faire un compte unique indivisible

Indivision : fin à diss société

Parts des associés dans l'ind : possibilité d'être saisies et exécutées sans formalisme particulier par créanciers personnels.

Droits des créanciers persos : droits des créanciers personnels : reportés sur la part qui reviendra à leur déb lors du partage patri commun (art 38 code).

Créanciers sociaux : recours sur l'ensemble des biens faisant partie de la propriété coll + recours sur les patris persos des associés en % de l'obli de ces associés à la dette (part virile : par tete).

2.3) L'absence de la dénomination sociale

La société interne car caractère occulte

La soc momentanée : associés sous leur nom propre et mentionnent numero d'inscription au registre des PM

La société de droit commun : peut se choisir une dénomination sociale mais si objet comm : celui agissant sous une déno sociale est présumé agir pour compte de l'ensemble des associés.

2.4) L'absence de siège social et de nationalité

Mais ces sociétés peuvent faire élection de domicile pour exécution contrats conclus avec tiers. Seuls les associés dvt être cités au lieu de leur domicile ou au lieu exécution obli.

Pas de nationalité de société régie par la lex contractus déterminée par choix des partenaires ou à défaut par lieu de la prestation (siège de fait de la société).

3) Conditions de validité

Les mêmes pour toutes les sociétés sans PJ.

3.1) Les conditions de fond du droit commun des contrats : les associés doivent avoir la capacité de contracter, leur consentement doit être exempt de vice et le contrat doit avoir un objet certain et une cause licite (la société momentanée a la particularité d'être créée pour la réalisation d'opérations déterminées). Ces conditions du droit commun des contrats s'appliquent aux contrats de sociétés mais le contrat de société a aussi des conditions propres :

- pluralité d'associés
- apports
- réalisation des apports et ses vicissitudes
- bénéfices et plus value
- affectio societatis

3.2) Pour ce qui est des conditions de forme, le contrat qui instaure une société sans personnalité juridique est un contrat consensuel (simple accord entre les fondateurs).

Concernant la preuve, entre partie, elle se fait pas les modes de preuve du droit civil ou commercial (art. 49) et vis-à-vis des tiers par tout moyen de droit.

En cas de non respect des conditions de validité, le contrat de société est nul.

4) Administration

Même régime pour les 3 càd que chaque associé dispose du pouvoir individuel d'administration = mandat tacite. Cependant les autres associés : droit de veto (qui ne peut être opposé aux tiers) sous réserve de la tierce complicité.

Ils peuvent toutefois nommer un ou plusieurs gérants statutaires pour administrer la société et ainsi renoncer à leur pouvoir (nommé à l'unanimité). Ce gérant aura un pouvoir plus étendu et les associés ne pourront pas s'opposer à ses actes sauf en cas de fraude. Enfin, il ne peut être révoqué qu'à l'unanimité des associés ou en raison de motifs légitimes (art 33 al 2 code). Le gérant non statutaire : révocable ad nutum

Un des associés ne peut obliger les autres sauf si procuration expresse ou que la chose tourne au profit de la société. A défaut de procuration donnée par l'ensemble des associés : le pouvoir d'administration induit un certain pvr de représentation qui peut se fonder sur la gestion d'affaires. Les associés peuvent confirmer à l'unanimité les actes accomplis sans pvr de représentation.

Déc associés : à l'unanimité. Possibilité de prévoir un régime de majorité pour décs d'intérêt commun mais statuts peuvent prévoir des voix proportionnellement à l'importance de l'accord.

5) Fin du contrat

Même chose pour les 3 càd

soit dissolution d'office (art 39 aller à 4).

soit volontaire (art 39, 5°)

soit par décision judiciaire (dissolution pour justes motifs) (art 45).

- Comparez les deux types de sociétés à responsabilité illimitée

1) Définition

☉ société en nom collectif (SNC)

Elle se situe entre les sociétés sans PJ et celles avec PJ.

= la société que contractent des associés responsables et solidaires et qui a pour objet social d'exercer une activité civile ou commerciale. Les associés sont indéfiniment et solidairement engagés sur leurs biens personnels au paiement des dettes de la société (art. 201).

- une société de personnes (l'intuitu personae) a un rôle essentiel (la personnalité et la solvabilité des associés est importante car ils sont tenus solidairement). Cela a des csq :

- cession de parts interdite sauf consentement unanime des associés
- société dissoute quand un évènement grave affecte un associé
- statuts modifiables que par décision unanime des associés
- nullité de l'engagement d'un associé entraîne la nullité de tout le contrat

Ainsi, si la société cesse ses paiements, les créanciers pourront se servir sur le patrimoine propre des associés.

Elle a une dénomination sociale, elle comporte la liste des noms des associés.

Les associés sont solidairement tenus avec la société et entre eux, càd que les tiers pourraient poursuivre n'importe lequel des débiteurs solidaires et que la faillite d'une snc justifie la faillite des associés

☉ société en commandite simple (SCS)

C'est l'ancêtre de la SA, forme primitive de la limitation de responsabilité. Elle unit des associés ayant des qualités différentes : les commandités forment entre eux une snc tandis que les commanditaires ont fait un apport qui constitue la stricte mesure de leur responsabilité. Il s'agit donc de la société que contractent sous une dénomination sociale un ou plusieurs associés responsables indéfiniment et solidairement des engagements sociaux (commandités) et un ou plusieurs associés ne s'engageant qu'à concurrence d'une mise déterminée et qui risquent donc une mise (commanditaires). Un des éléments essentiel est l'intuitu personae. Les commanditaires font donc un apport mais ne sont tenus du passif qu'à concurrence de leur

apport qui peut être en nature ou en espèces, mais cela ne lui fait pas acquérir la qualité de commerçant. Dès qu'il a réalisé son apport, il ne supporte plus aucun autre engagement et les tiers n'ont d'intérêt que pour la consistance de l'apport ; son identité n'a plus d'importance.

- ⇒ Toutes les deux sont des sociétés à responsabilité illimitée.
- ⇒ Les associés prennent des risques et sont tenus indéfiniment et solidairement.
- ⇒ L'intuitu personae est très fort. Enfin, le régime de la dénomination sociale est similaire.

2) Gérance

☉ SNC :

Elles peuvent se passer de gérant et donc chaque associé gère un peu tout sauf qu'ils ne peuvent administrer les biens.

Les associés peuvent être révoqués ad nutum. Mais, la société, et donc les associés peuvent aussi désigner un gérant.

Si c'est un gérant statutaire, il a une assez grande stabilité car pour être révoqué, il doit l'accepter lui-même sauf s'il commet de graves violations des statuts.

Le gérant peut aussi être mandataire et a alors moins de stabilité que le statutaire car peut être révoqué ad nutum, mais pour compenser cela, il peut démissionner.

Les gérants ont bcp de pouvoirs sauf certains actes précis qui leurs sont interdits et quand ils agissent, ils ont l'exclusivité des pouvoirs donc les associés ne peuvent faire que conseiller ou contrôler.

Le statutaire est aussi plus stable que les autres types de gérants car on ne peut s'opposer à ses actes que s'ils violent les statuts. Cependant, la stabilité d'aucun gérant n'est totale car ils répondent tous de leurs fautes envers la société et leur responsabilité vis-à-vis des tiers peut être engagée sur base de l'article 1382.

☉ SCS :

Le gérant bénéficie ici d'une grande stabilité (ce qui le distingue des autres) car il a un monopole de gestion, le commanditaire ne pouvant pas intervenir sauf dans certains cas rares. En cas de faute, il est tout de même responsable solidairement et indéfiniment vis-à-vis des tiers.

- ⇒ En fait, quand dans la snc, le gérant est statutaire, cela se rapproche de la scs ; ils ont tous deux bcp de pouvoirs et une bonne stabilité. Seulement, dans la snc, il n'y a pas toujours de gérance, les associés peuvent gérer la société eux même alors que dans la scs, le commanditaire ne peut pas gérer sauf quelques rares cas.

3) Cession des parts

☉ SNC :

L'interdiction de principe de céder ses parts est une caractéristique importante. La cession n'est possible qu'avec l'accord des autres associés ; cependant, les statuts peuvent apporter certaines dérogations et faciliter la cession de parts. Le cédant reste responsable de ses engagements pris avant la publication. Dès la cession, le cessionnaire devient responsable du passif qui naîtrait.

☉ SCS :

Il y a dans cette société un intuitu personae très important ce qui justifie une inaccessibilité des parts, mais les associés peuvent arrêter d'autres modalités à l'unanimité. La cession est sans effet sur les engagements pris avant la publication.

- ⇒ Dans les deux cas, il y a une inaccessibilité des parts, mais dans les deux cas également, ce système est modifiable. De même, chacun reste responsable de ce qui se passe avant la cession.

4) Répartition des bénéfices et des pertes

🌀 SNC :

Les statuts déterminent librement le mode de répartition du profit, à défaut de clause, les profits sont proportionnels aux apports. Si la société distribue des profits fictifs (càd prélevés sur le capital), cela ne porte pas préjudice aux créanciers puisque les associés sont tenus des dettes sociales sur leur fortune personnelle. La clause qui affranchit de toute contribution aux pertes est nulle mais si elle ne fait que limiter, elle vaut.

🌀 SCS :

Les associés sont libres de déterminer la répartition des profits et la contribution aux pertes. A défaut de clause, la contribution aux pertes se fait dans la même proportion que la répartition des profits. Les commanditaires n'ont pas la qualité de créanciers et ne peuvent donc pas exiger le remboursement de leur avance ; ils n'ont droit à aucun remboursement si la société périclité.

Quand le commanditaire apporte une somme d'argent, il arrive qu'un intérêt lui soit promis ; cet intérêt constitue une sorte de dividende privilégié. S'il y a perte, la clause d'intérêts fixes menace l'intégrité du capital qui s'apparente au versement de dividendes fictifs (sorte de restitution indue d'apport). Les créanciers ont alors une action directe en remboursement de ces dividendes fictifs ([art. 206 al.2](#)). Le commanditaire est alors obligé de restituer les sommes indûment payées et peut agir contre les autres associés.

- ⇒ Dans les deux cas, les associés sont libres de la répartition des profits et s'ils ne prévoient pas de clause, la répartition est proportionnelle.
- ⇒ Les deux excluent aussi les clauses léonines qui affranchiraient complètement des pertes.
- ⇒ Concernant les profits fictifs, ils ne portent dans aucun des deux cas préjudice aux créanciers.

5) Dissolution

Les causes de dissolution sont identiques pour les SNC et la SCS !

Les causes :

- expiration du temps pour lequel la société a été fondée
- extinction de la chose ou consommation de l'objet social
- concentration des parts en une main (condition de pluralité d'associés plus remplie)
- décès, interdiction, déconfiture, faillite ou dissolution d'un associé. L'intuitu personae étant important, cela impose la dissolution. Mais il existe des clauses qui atténuent cela comme la clause de continuation de la société entre les associés survivants, la clause de continuation de la société avec les héritiers, la clause de continuation avec un des héritiers, la clause de conversion des héritiers en commanditaires.
- La volonté d'un associé de résilier est aussi une cause de dissolution pour autant qu'il soit de BF

- La dissolution peut aussi découler d'un juste motif apprécié par le tribunal comme le manquement fautif d'un associé, l'infirmité, la mésintelligence grave entre associés.

- Comparez les trois types de sociétés à responsabilité limitée

SA (art.437)	SPRL (art.210)	SCRL (art.350)
Société de capitaux. Parts cessibles.	Caractère hybride. Caractère fermé d'une société de personnes: - transmissibilité des parts restreinte, - stabilité de son organe de gestion, - interdiction de faire appel au public et de créer des parts au porteur. Mais au niveau de son organisation juridique, fonctionne comme la SA et est soumise à un formalisme rigoureux.	Variabilité du nombre d'associés et d'une partie du capital sans modification des statuts.
Acte authentique. Capital minimum: 61 500€.	Acte authentique. Capital minimum: 18 550€.	Acte authentique. Capital minimum: 18 550€.
Tous les comparants ne doivent pas être fondateurs.	Comparants = fondateurs.	Comparants = fondateurs.
Contrôle des apports en nature.	Contrôle des apports en nature.	Contrôle des apports en nature.
Rédaction obligatoire d'un plan financier.		3 associés minimum.
- titres nominatifs ou dématérialisés - actions* - obligations - parts bénéficiaires* * avec ou sans droit de vote	- titres nominatifs - parts, avec ou sans droit de vote Interdiction parts bénéficiaires.	- titres nominatifs - parts Interdiction parts bénéficiaires.
Titres en principe négociables; clause d'incessibilité valable.	Cession des parts limitée légalement mais on ne peut interdire la cessibilité.	Titres cessibles. Code prévoit procédures d'admission, de démission et d'exclusion.
- conseil d'administration - comité de direction - délégués à la gestion journalière	Chaque gérant est un organe à lui seul alors que les administrateurs d'une SA ne sont pas individuellement des	Le statut de l'administrateur peut être statutairement stabilisé. Les statuts déterminent

Administrateurs nommés et révocables ad nutum, sans préavis, sans indemnité, par l'AG.	organes. Situation du gérant plus stable que celle d'un administrateur. Gérants nommés par les associés. - statutaires => révocables que pour motifs graves (art.256). - non statutaires => révocables ad nutum.	librement les pouvoirs de l'organe de gestion.
Protection des tiers de BF (art.522 et 526): restrictions apportées aux pouvoirs du conseil d'administration ne sont pas opposables aux tiers.	Idem SA	Idem SA
Gestion des conflits d'intérêts (art.523).	Idem SA	Règles du mandat.
Régime de responsabilité des administrateurs (art.527 à 530).	Idem SA	Idem SA
Prescription (art.198): 5 ans.		
Procédures de convocation et information préalable. Droit de vote: modalités variables. Action en nullité des décisions.	Moins grand formalisme que dans les SA car tous les associés sont connus par les gérants.	Les statuts peuvent prévoir la modification des statuts à la majorité simple (>< SA et SPRL: $\frac{3}{4}$)
- augmentation du capital: AG ou conseil d'administration (technique du capital autorisé) Anciens actionnaires protégés par le droit de souscription préférentiel. - réduction du capital: AG en veillant au respect de l'égalité entre actionnaires et ne peut causer un préjudice aux créanciers	- augmentation: AG - réduction: AG	- parts variables: pas besoin de décision de l'AG ou du conseil d'administration - parts fixes: idem SPRL (càd augmentation et réduction par décision AG)

3. – Le paiement et le crédit

- Quelles sont les mesures du droit commercial qui contribuent à la sauvegarde du crédit ?

- 1) L'obligation pour toute entreprise commerciale de tenir une comptabilité qui doit permettre de faire le point sur sa solvabilité.
- 2) L'institution de la faillite. Celle-ci fait prévaloir l'égalité entre les créanciers, ce qui est un principe générateur de crédit.
- 3) Le droit des affaires multiplie la publicité des actes et des statuts : contrat de mariage des commerçants, registre de commerce (voir infra pour l'évolution de celui-ci et son intégration dans la Banque-Carrefour), statuts des sociétés commerciales, convocation des assemblées générales dans la presse, publication des jugements de faillite, publicité des protêts, etc.
- 4) La présomption de solidarité qui permet d'atteindre l'un quelconque des hommes d'affaires lorsqu'ils ont traité en commun. Le principe civil de la solidarité qui doit être expresse (art. 1202) est donc répudié.
- 5) Le crédit du gage sans dépossession. créancier est protégé sans pourtant que le débiteur soit privé de l'utilisation de son élément actif (ex. : nantissement du fonds de commerce).
- 6) Le mécanisme de la lettre de change.
 ui permet de mobiliser une créance à court terme sur le tiré, que ce soit par le jeu de l'escompte dans le cadre duquel un banquier avance le montant ou sous forme d'un endossement au profit d'un créancier du tireur, la traite devenant alors une monnaie paiement. Cette construction triangulaire d'un crédit purement chirographaire n'est réalisable que par la rigueur inconditionnelle de l'échéance et par la solidarité de tous ceux qui ont apposé une signature sur la traite.
- 7) L'intangibilité du capital des sociétés. les sociétés car il est le gage minimum offert à la saisie des créanciers et forme l'assiette de la solvabilité minimum quand la société est une société à responsabilité limitée.
- 8) L'importance de l'apparence.
- 9) Les fabricants et vendeurs professionnels sont présumés connaître les défauts mêmes cachés des choses qu'ils vendent (obligation de résultat).

- **Quelles sont les fonctions de la lettre de change, eu égard à ses caractéristiques spécifiques ?**

- **Enoncez et expliquez brièvement les règles communes aux engagements cambiaires.**

- **Exposez les principes régissant le crédit documentaire confirmé.**

- **Exposez les principes régissant la garantie bancaire à première demande.**

4. - Droit des contrats commerciaux

- **Analysez les principales catégories de contrats commerciaux. Donnez quelques exemples.**

- **En quoi le législateur se préoccupe-t-il de la protection de la partie faible ?**

Plusieurs éléments dans divers domaines démontrent que le droit commercial se préoccupe de la partie faible.

- 1) Au XXème siècle, se sont développées des législations protectionnistes: A plusieurs reprises, l'Etat est intervenu comme garant de l'intérêt de personnes en situation de

faiblesse: protection des travailleurs dès la fin du XIXème siècle, protection des épargnants à la suite de la crise boursière de 1929, protection des consommateurs dès la fin de la Seconde Guerre mondiale.

- 2) Acte mixte. Pour déterminer les règles du régime juridique applicable, il faut qualifier la nature de l'acte – commercial ou civile – dans le chef de celui auquel on entend en faire valoir ses effets. La partie non-commerçante bénéficie ainsi d'une certaine protection, principalement dans 2 domaines:
 - en matière de compétence: le commerçant devra souvent engager une procédure judiciaire à l'encontre d'un particulier non-commerçant devant le tribunal de première instance, tandis que ce dernier pourra citer le commerçant devant le tribunal de commerce;
 - en matière de preuve des engagements souscrits: celui qui a posé un acte de commerce devra appliquer les règles du droit civil pour prouver ses prétentions à l'égard du non-commerçant, tandis que ce dernier pourra invoquer l'assouplissement des règles de preuve admis par le droit commercial (en matière commerciale, preuve libre).
- 3) Certaines obligations imposées aux commerçants : la publicité des conventions matrimoniales, les obligations de compétences professionnelles, l'obligation de tenir une comptabilité, l'obligation d'être titulaire d'un compte auprès de l'office des chèques postaux ou d'une banque.
- 4) Le régime applicable en matière de preuve, qui déroge au droit civil, de telle sorte que le non-commerçant (partie faible) bénéficie d'un régime plus souple:
 - le principe dit de la preuve libre (**article 25, alinéa 1^{er}, du Code de commerce**): la preuve peut être administrée par toutes voies de droit. Cette règle vaut tant pour la preuve entre commerçants que pour la preuve par un non-commerçant contre un commerçant
 - le droit commercial tolère des modes spéciaux de preuve en plus de ceux énoncés par le Code civil:
 - la facture acceptée (article 25, alinéa 2, du Code de commerce): la facture peut, sous certaines conditions, établir l'existence et le contenu de la vente qu'elle constate à l'égard du cocontractant commerçant qui l'a acceptée;
 - la comptabilité (articles 20 et s. du Code de commerce): toutes les entreprises commerciales doivent tenir une comptabilité. Celle-ci peut être autorisée par le juge comme mode spécial de preuve entre commerçants.
- 5) Les règles particulières régissant la prescription libératoire dans les transactions conclues par un commerçant. En effet, l'action des « marchands » contre les « non-marchands » pour les marchandises qu'ils leur vendent est soumise à un délai plus bref que celui de droit commun (10 ans), à savoir 1 an (**art 2272, alinéa 2 cc**). Cette courte prescription repose sur la présomption que le non-marchand a payé la créance litigieuse au moment où il a acquis les marchandises.
- 6) cession-vente du fonds de commerce. Le cédant est soumis à plusieurs obligations à l'égard du cessionnaire: ces obligations sont celles de tout vendeur et figurent aux **arts 1602 à 1649 cc**: il s'agit de la délivrance d'une chose conforme, de la garantie des vices cachés et de la garantie d'éviction.

- 7) Le bail commercial : impérative. Par conséquent, les conventions qui restreignent la protection que le législateur accorde à l'une ou l'autre partie sont frappées d'une nullité relative, pouvant être couverte par celui que la loi protège et pouvant être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation.

On retrouve cette volonté protectrice des droits du preneur particulièrement dans les dispositions régissant la durée du bail et dans celles concernant les transformations réalisées par le preneur dans les lieux loués.

▪ Durée du bail commercial, le législateur assure au preneur une protection plus grande que ne le fait le droit commun:

- art 3, alinéa 1^{er}, de la loi, « la durée du bail ne peut être inférieure à neuf années ». Il s'agit d'une disposition impérative à sens unique dans l'intérêt du preneur.
- Les parties ont la possibilité de mettre anticipativement fin au bail selon les conditions précisées par l'article 3. Il apparaît que le preneur peut résilier plus facilement le bail que le bailleur, celui-ci n'étant autorisé à le faire que si certaines conditions sont réunies. Les parties peuvent aussi à tout moment mettre fin au bail de commun accord, mais avec l'intervention d'un notaire ou d'un juge de façon à ce que les parties – et spécialement le preneur – soient éclairées sur leurs droits et obligations.
- Le preneur a de plus le droit de solliciter, moyennant le respect de certaines conditions, 3 renouvellements du bail d'une durée de 9 ans en principe.
- indemnités d'éviction octroyées notamment lorsque le preneur a régulièrement manifesté sa volonté d'user de son droit de renouvellement et se l'est vu refuser (art25 de la loi) ou lorsqu'il y a résiliation par le bailleur ou le nouvel acquéreur du bien (art 26).

▪ Transformations réalisées par le preneur dans les lieux loués, les arts 7 et 9 prévoient le droit du preneur, moyennant le respect de certaines conditions, d'imposer au bailleur l'exécution de travaux de transformation.

-Comparez, quant à leurs caractéristiques principales, le courtier, le commissionnaire, le représentant de commerce, l'agent, le concessionnaire et le franchisé.

- Analysez les principes de la résiliation du contrat de concession à durée indéterminée.

5. – Droit des pratiques du commerce

- Quels sont les objectifs du droit régissant les pratiques de commerce ?

La loi a un double objectif.

L'objectif le plus ancien est de préserver les commerçants établis contre des formes de concurrence trop vives (promotions, liquidations, soldes, ventes à perte, etc.). Il est donc différent de l'objectif de la loi du 5août 1991 sur la protection de la concurrence économique qui veut éviter qu'une entreprise puisse dominer le marché.

Le second objectif de la loi est la protection du consommateur. Il est devenu essentiel et la loi a été considérée comme consacrant "le triomphe du consumérisme".

- Comment le droit commercial contribue-t-il à la protection des consommateurs ?

Le droit commercial contribue à la protection des consommateurs par certaines lois dont celle du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

- Pourquoi et à quelles conditions la publicité comparative est-elle autorisée ?

La jurisprudence européenne a toujours insisté sur la possibilité pour le consommateur de pouvoir faire un choix basé sur la qualité et le prix des produits et de pouvoir les comparer. L'appréciation de ces conditions s'opère au regard du consommateur d'attention moyenne. La publicité comparative vise à mettre en évidence de manière objective les avantages d'un produit ou service par rapport à d'autres produits ou services concurrents, et ainsi à stimuler la concurrence entre les fournisseurs de biens et de services dans l'intérêt du consommateur. La publicité jouit dès lors d'un *a priori* favorable et les conditions requises pour que la publicité comparative soit licite doivent être interprétées dans le sens le plus favorable à celle-ci. Conditions à l'article 23bis.

II. – Questions susceptibles d'être posées dans le cadre de la partie orale

1. - Droit commercial général

- Analysez la conception « subjective » et la conception « objective » de la commercialité.

Conception objective: le droit commercial est "réel", "objectif" quand il s'applique à tous les actes de commerce, et ce peu importe par qui ils sont posés. Le droit commercial serait le droit d'une catégories d'actes et non d'une classe professionnelle. Il faut considérer, dans cette conception, les actes caractéristiques de la vie commerciale, càd les "actes de commerce". Cette conception est claire pour certaines opérations mais très peu d'actes sont prédéterminés à la vie commerciale. Pour les qualifier, on doit voir à quelles fins ils ont été accomplis car ils ne deviendront des actes commerciaux que lorsqu'ils ont été passés par des commerçants.

Dans les trois premiers articles qui délimitent le champ du droit commercial, le Code de commerce recourt à trois notions rangées dans l'ordre d'importance que leur donne le législateur: l'acte de commerce, la profession de commerçant et la notion d'entreprise.

Le droit commercial s'applique à une catégorie d'actes, qui confèrent à leur auteur, lorsqu'ils sont accomplis d'une manière habituelle et à titre de profession, la qualité de commerçant, laquelle à son tour, engendre diverses conséquences, notamment l'attribution réflexive du caractère commercial à des actes qui, par leur nature propre, seraient des actes civils.

Le législateur a donc adopté pour déterminer le domaine du droit commercial le système de la réalité (critère objectif) combiné avec un élément de personnalité (critère subjectif) : le droit commercial régit les actes de commerce, quelque soit la personne qui les accomplit, mais la répétition d'actes commerciaux à titre professionnel attribue la qualité de commerçant à leur auteur, ce qui engendre un certain nombre de conséquences.

Conception subjective: le droit commercial se définit par le but de lucre, càd par l'intention de celui qui pose un acte.

Ayant admis que la liste légale des actes de commerce n'était pas limitative, il a fallu rechercher un dénominateur commun entre tous ces actes.

Le premier critère retenu par les juristes est objectif: est acte de commerce l'activité qui s'insère dans la circulation des richesses. Ce critère est apparu trop extensif.

Le second critère est subjectif: c'est la "spéculation" entendue dans le sens d'accomplir un acte ou d'exercer une activité dans le dessein d'en tirer un profit. Ce critère est restrictif puisqu'il exclut toutes les activités économiques qui n'ont pas de but intéressé.

La Cour de cassation belge a opté pour la conception subjective, définissant l'acte de commerce par le but de lucre ou de spéculation. Ce qui implique que des actes de commerce entrant dans la définition légale échapperont à cette qualification si l'absence de tout but lucratif est établie. Selon la Cour, les actes énumérés par l'article 2 du Code de commerce sont réputés "commerciaux" parce que le législateur présume qu'ils sont accomplis dans un but de lucre. Quant aux Cours et tribunaux, ils demeurent encore divisés concernant l'application de cette théorie du but de lucre.

Quoiqu'il en soit, le but de lucre reste, d'une part, le critère de distinction entre professions commerciales et professions libérales et, d'autre part, le critère qui oppose la société commerciale aux autres groupements.

- Parmi les sources du droit commercial, quelle est la place de l'autorégulation ?

- Quelles sont la portée et l'ampleur de la codification du droit commercial ?

A. Les ordonnances royales de 1673 et de 1682.

L'autorité royale considérait que la réglementation du commerce rentrait dans la police générale du Royaume. A l'époque de Louis XIV, les marchands français ont réclamé la rédaction des usages du droit commercial, devenus différents selon les régions, et ce afin de les uniformiser sur l'ensemble du royaume.

L'ordonnance de 1673 qui régit le commerce en général et l'ordonnance de 1682 qui régit le commerce maritime ont été retranscrites dans le Code de commerce. Elles présentent plusieurs particularités:

- 1° elles manifestent le passage d'un droit coutumier à un droit écrit.
- 2° elles ont pour vocation de régir l'ensemble de la matière commerciale.
- 3° elles ont réalisé "une nationalisation du droit commercial" (jusque là international).
- 4° elles visaient la personne du commerçant et créaient un droit professionnel

B. La révolution française.

La Révolution française a conservé les tribunaux de commerce car leur système d'élection correspondait au système que les révolutionnaires ont tenté de mettre en place. Dès lors, le droit commercial tel qu'il provenait des deux ordonnances royales est resté en vigueur.

La Révolution est à l'origine de l'émergence de principes politiques et économiques nouveaux. Elle a permis la consécration juridique des théories économiques libérales. Au nom du principe de liberté, elle a proclamé la liberté, elle a proclamé la liberté du commerce.

En 1791, deux textes fondamentaux du droit commercial sont apparus:

- Loi Chapelier supprime les corporations.
- Décret d'Allarde a imposé le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

C. Le Code commerce

La codification napoléonienne fut le point d'aboutissement de la phase de codification du droit commercial. Le projet d'établir un Code de commerce a été entrepris en 1806 pour aboutir en 1807 et entrée en vigueur en 1808. Le "Code de boutiquiers" était incomplet car peu de dispositions étaient consacrées aux sociétés, rien ne réglementait le commerce de banque, les assurances et le transport. Ce code était également archaïque car il constituait une copie des ordonnances royales. Il fut dépassé par le capitalisme industriel et les idées sociales dès 1900. Il apparaît aujourd'hui comme un assemblage de diverses lois.

REM: nouveauté qui provient de l'intervention de Napoléon, le commerçant en faillite devait immédiatement être mis en prison.

- Exposez les principes de l'attribution de la qualité de commerçant aux personnes physiques.

§1. Acquisition de la qualité de commerçant

Sont commerçant ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle, à titre principal ou à titre d'appoint (**art.1 C. Com.**)

A) Accomplissements d'actes de commerce à titre professionnel

Sera commerçant celui qui accomplit des actes de commerce dans le but d'en tirer des moyens d'existence (et pas par l'immatriculation au registre de commerce). La profession peut se faire à titre d'appoint.

B) Accomplissements des actes de commerce en son nom et pour son compte

Le gérant d'un magasin n'est donc pas commerçant car il accomplit des actes de commerce au nom et pour le compte de l'entreprise qui l'emploie.

- Le mandataire n'est pas commerçant sauf si le mandat constitue une activité commerciale.
- Le prête-nom est commerçant car il agit en son propre nom.
- La femme mariée (**art.10 C.Com.**) n'est pas commerçante si elle se borne à détailler les marchandises du commerce de son mari.

C) Licéité ou illicéité du commerce

Il n'est pas requis que le commerce soit licite. Ex : un architecte qui agit comme entrepreneur, c'est interdit. Il sera cependant considéré comme commerçant.

D) Activités notoires ou clandestines

Une activité clandestine peut constituer un commerce

E) Immatriculation au registre de commerce (intégré aujourd'hui dans la Banque-Carrefour)

Il ne faut pas nécessairement y être inscrit.

§2. Incapacité et interdiction

A) Incapacités

- Le mineur : il ne peut être autorisé à faire le commerce. Lorsqu'il hérite d'un fonds de commerce de ses parents, son tuteur peut poursuivre l'exploitation s'il a l'autorisation du conseil de famille (art.8). Souvent, un conjoint survivant poursuit le commerce sans les autorisations judiciaires.
- L'interdit : Pas commerçant mais son tuteur peut continuer le commerce hérité (par extension analogique de l'article 8).
- Personne sous conseil judiciaire : l'assistance du conseil doit être spéciale pour chaque opération, ce qui est incompatible avec la profession de commerçant. Le prodigue ou le faible d'esprit pourrait accomplir des actes de commerce isolés.
- Interdit légal : pas de capacité d'administrer (art.22) mais son curateur pourrait continuer le commerce.
- Conjoint : Chaque époux peut devenir commerçant sans l'accord de l'autre mais chacun peut s'opposer à l'exercice par l'autre d'une activité commerciale qui porterait préjudice à ses intérêts moraux ou matériels ou à ceux des enfants mineurs (art. 216 C.civ.). La femme doit avoir autorisation de son mari pour utiliser le nom de celui-ci. Un époux accomplit seul tous les actes de gestion (pouvoirs d'administration, de jouissance et de disposition (art.1415-1417 C.civ.)). Toutefois, en cas de régime matrimonial de communauté, il faut accord des deux pour de nombreux actes (1418 et 1422 C.civ.).

B) Incompatibilités

Avec certaines professions. Ex : avocat, notaire, expert-comptable,...

C) Etrangers

Ils doivent avoir une carte professionnelle sauf les ressortissants de l'Union européenne et ceux des Etats membres de l'Espace économique européen. Pour les autres, l'autorisation est valable cinq ans et peut être retirée par le ministre des affaires économiques. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le C.E. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprise dans les conditions définies par le législateur belge pour ses ressortissants.

D) Interdictions professionnelles

Si condamnation pour matière de faillite (art. 489-489ter C.P.) ou pour abus de biens sociaux (492bis C.P.), le juge peut décider une interdiction d'activités commerciales (de 3 à 10 ans).

E) Compétences professionnelles

Loi du 10 février 1998 régit l'accès aux petites et moyennes entreprises :

- PME = - pas plus de 50 employés par an
 - max 25% des actions en possession d'autres entreprises
 - C.A. annuel < 7 millions d'euros ou total du bilan annuel < 5 millions d'euros.
- Toute PME doit prouver qu'elle a les capacités entrepreneuriales (connaissances de gestion de base et compétence professionnelle). Ces preuves résultent de titres, certificats de stage, ... et seront prouvées devant des jurys centraux. Des attestations seront délivrées par les chambres des métiers et négoce. N.B. : Connaissances de gestion de base = droit commercial, comptabilité, TVA, notions de fiscalité et en droit civil, les baux.
- L'art.37 de la loi prévoit la création de centres agréés d'accompagnement et de simplification administrative pour les PME.
- La preuve de la compétence professionnelle devra être fournie par le chef d'entreprise, par la personne qui exerce la direction technique journalière (d'office pour une personne morale), ou par son conjoint ou partenaire avec lequel il cohabite depuis au moins 3 ans.
- Pour la fixation de compétences professionnelles, il faut une demande du conseil supérieur des classes moyennes (A.R. 28 mai 1979) ou d'un bureau interfédéral de celui-ci. Le conseil supérieur de commerce des classes moyennes est composé de membres désignés par les bureaux interfédéraux, les chambres des métiers et négoce ainsi que les fédérations nationales interprofessionnelles agréées.

§3. Perte de la qualité de commerçant

A) Cessation de l'activité

Il n'y aura maintien de la qualité de commerçant que s'il fait encore des actes qui sont la continuation de l'activité et s'ils sont assez nombreux. Les sociétés, elles, sont réputées exister pour leur liquidation. Normalement, la cessation entraîne radiation du registre de commerce mais, l'oubli de cette formalité n'empêche pas la perte de qualité de commerçant.

B) Faillite

Ne fait pas perdre qualité de commerçant mais peut s'accompagner d'une cessation.

C) Décès

Si l'héritier continue le commerce, il acquiert la qualité de commerçant.

D) Faillite après cessation de l'activité

Possible si la cessation remonte à une époque où il était encore commerçant.

- Une association sans but lucratif peut-elle se livrer à des activités commerciales ?

L'accomplissement d'actes entrant dans l'énumération des articles 2 et 3 du Code de commerce n'est interdit à une ASBL que si celle-ci les accomplit comme le ferait une société, c'est-à-dire avec un but lucratif (enrichissement des associés ou répartition des profits entre eux). Il ne suffit pas, pour qu'elle enfreigne la loi, qu'une ASBL ait pour objet de poursuivre ses activités suivant des méthodes commerciales en vue de constituer un excédent des recettes sur les dépenses. La loi est enfreinte si l'association tend à s'enrichir elle-même - ce qui conduit indirectement à l'enrichissement de ses membres. C'est en ce sens que la Cour de cassation considère que le régime fiscal favorable des ASBL est lié à l'exercice d'activités dépourvues d'esprit de lucre, ce qui suppose que l'association ne recherche ni son propre enrichissement ni celui de ses membres, qu'à tout le moins l'enrichissement de l'association n'est pas une fin en soi. Pour que l'activité lucrative soit compatible avec le statut des ASBL, il faut encore, selon une conception restrictive, qu'elle soit « accessoire », c'est-à-dire qu'elle soit moins importante que l'activité désintéressée, que les bénéfices ainsi réalisés soient affectés à cette activité principale et qu'une telle affectation soit un moyen nécessaire, voire indispensable, à la réalisation du but désintéressé.

En s'appuyant sur l'esprit de la loi nouvelle, qu'une ASBL peut exercer des activités lucratives, pourvu que les profits retirés de celle-ci soient intégralement affectés au financement de son but désintéressé.

- Exposez les critères de l'acte de commerce.

Les auteurs du Code de commerce ont ajouté à la compétence des tribunaux de commerce les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. D'où la nécessité de définir les actes de commerce -> Loi du 3 juillet 1956 :

- la détermination du caractère commercial est d'ordre public. L'énumération des articles 2 et 3 du Code de commerce est donc limitative. Cependant, la définition de chaque catégorie d'actes est d'interprétation large (mais pas d'interprétation par analogie).
- Le fait de savoir si un acte est commercial ou pas relève de l'interprétation du juge, mais si celui-ci reconnaît à un fait un caractère légal déterminé. L'interprétation du juge n'est pas souveraine car sa qualification est susceptible de contrôle par la Cour de cassation.

Dans la liste légale, on peut distinguer les actes de commerce par nature, les actes de commerce par la forme, les actes de commerce par relation et les actes mixtes.

- Analysez les actes de commerce « par nature » et « par relation ».

Par nature

§ 1 : Les Actes Isolés :

A) Actes de commerce par leur cause

Ces actes seront commerciaux en raison du mobile qui les inspire :

- *Achats d'objets mobiliers pour les vendre ou les louer (art 2,al.2 C.Com):*

Il faut une intention commerciale spéculative : acheter pour revendre plus cher ou louer et louer pour sous-louer. Cela est valable pour tout objet mobilier. De plus, la revente ou la sous-location peut s'accompagner d'une transformation ou de travaux.

- *Achat d'un fond de commerce pour l'exploiter :*

Depuis la **loi du 3 juillet 1956**, la question ne fait plus aucun doute. Auparavant, on se demandait si l'achat d'un fonds de commerce n'était pas un acte préparatoire au commerce. Par contre, il semble que l'achat d'un fonds de commerce soit le seul acte préparatoire à être considéré comme un acte de commerce. Les autres actes (ex : un emprunt bancaire) ne le sont pas (ce ne serait pas conciliable avec le caractère limitatif de la liste des actes de commerce) à moins qu'il n'y ait eu un véritable acte commercial antérieur.

- *Actes accessoires d'une opération commerciale :*

Tout acte qui est accompli en vue de compléter une opération commerciale acquiert un caractère commercial (ex : un prêt ou un dépôt).

B) Actes de commerce par leur objet

Ce sont les actes normalement accomplis par des commerçants :

- *Opération de banque* : Prêter au moyen de fonds récoltés en qualité d'intermédiaire (pas de ses fonds personnels). Ex : Un notaire qui prêterait les fonds de ses clients accomplirait une opération de banque.

- *Opération de change* :

Peut être :

- Soit un change manuel qui fournit des monnaies nationales ou étrangères contre d'autres monnaies.
 - Soit un change tiré qui fournit de l'argent sur une autre place que la place où l'on traite.
- *Commission* : une personne s'engage, moyennant rémunération, à accomplir en son propre nom mais pour le compte de quelqu'un d'autre, une opération juridique relative à la circulation des biens.
- *Courtage* : acte de celui qui, moyennant rémunération, sert d'intermédiaire entre deux personnes pour leur permettre de conclure une opération juridique. Le courtier n'est le représentant d'aucune des parties. N.b. : le courtage est acte de commerce, contrairement au mandat (où le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant) qui est un acte civil.
- *Opération relative à la navigation (art 3 C.Com.)*: elles sont toutes réputées commerciales. Ex : achat, construction, engagement de marins
- *Prestations artisanales accompagnées de la fourniture de marchandises* :
Les actes des artisans ne sont pas des actes de commerce à moins qu'ils ne s'accompagnent de fourniture de marchandises. Ex : L'électricien : oui, le laveur de vitres : non.

§ 2 : Actes Commerciaux par entreprise

Ils doivent être accomplis dans le cadre d'une structure professionnelle permanente :

- *Entreprises de manufacture et d'usine* : il s'agit des entreprises de production, que le produit provienne du fonds appartenant au producteur ou qu'il soit acheté ailleurs. Le critère est la transformation/l'enrichissement des produits : Ex : une sablière extrait du sable et le revend sans transformation : action civile ; le charbon est extrait et transformé en produits dérivés : acte de commerce ; la carrière ou la briqueterie sera commerciale car elle livre briques ou pavés, après transformation.

- *Entreprises de travaux publics et privés* : il peut s'agir de travaux immobiliers ou mobiliers. La qualification a été appliquée à un laboratoire d'analyse médicale (Liège, 17 juin 1981) et celle-ci a été déclarée en faillite. Les travaux de laboratoires n'auraient pu échapper à la qualification d'entreprise de travaux que s'ils avaient été l'accessoire d'une activité civile principale.

- *Entreprise de transport* (art 3 C.Com. pour le transport par eau)

- *Entreprise de fourniture* : entreprises qui fournissent produits et fournitures, souvent à des acheteurs réguliers. Ex : hôtels, restaurants mais aussi les maisons de repos ou les entreprises de pompes funèbres. Les fournitures doivent être consommées et non susceptibles de réutilisation. N.b. : l'édition peut être classée parmi les fournitures, sauf si l'ouvrage est commandé par celui qui veut l'acquérir.

- *Agences et bureaux d'affaires* : l'agent d'affaires assiste ses clients en traitant par une recherche ou un conseil, des matières organisées par la loi (ex : fiscalité) et manie des instruments juridiques. Ex : ingénieurs conseils, conseillers en matière de lois sociales, Certaines personnes seraient mieux classées parmi les entreprises de travaux : généalogistes, traducteurs, bureau d'étude faisant publicité pour l'installation d'usines.

N.B. : Le régisseur de biens immobiliers exerce une activité civile s'il n'a pas d'organisation commerciale. Par contre seront commerçants l'agence de recouvrement, le détective privé ou l'agence matrimoniale.

- *Etablissements de ventes à l'encan* (ex : salles de ventes publiques)

- *Etablissements de spectacles publics* (ex : cinémas, secteur de la pêche, théâtres, ...)

- *Assurances à primes* :

But= Le total des primes doit dépasser le total des sinistres et frais. Cela diffère de l'assurance mutuelle (activité civile) où les assurés s'assurent les uns les autres. Csq : Une assurance maritime, même mutuelle, est commerciale. Alors qu'une société mutuelle, même composée de commerçant, n'exerce pas d'activités commerciales.

- *Entreprises immobilière* : elles sont commerciales si leur objet=achat et vente d'immeuble (art.2, alinéa 8 C. Com.). L'achat d'immeubles pour les louer reste une activité civile même si la location s'accompagne de services, pourvu qu'ils demeurent accessoires.

Par relation

1. Présomption (art.2, in fine)

Sont des actes de commerce « toutes obligations de commerçant, qu'elles aient pour objet des immeubles ou des meubles, à moins qu'il soit prouvé qu'elles aient une cause étrangère au commerce ». Cela couvre : les dettes du commerçant (ex : emprunt), l'obligation de payer prix d'un immeuble, l'obligation résultant de l'obligation de l'indu, les obligations résultant de la responsabilité civile résultant d'un accident, l'engagement résultant de la cession de fonds de commerce,...

L'engagement résultant par exemple de la cession d'un fonds de commerce sera commercial. C'est peut-être le dernier acte que le commerçant accomplira en cette qualité. La présomption jouera, même si le commerce n'est qu'une activité d'appoint (activité immobilière exercée par un employé).

2. Renversement de présomption

Il faut que l'acte ait une cause étrangère au commerce du commerçant. En effet, le commerçant peut réaliser un certain nombre d'actes pour son usage privé. Si son acte est intentionnel, il faut en déterminer le mobile (ex : un commerçant achète une tv mais pour l'utiliser à sa maison). Si l'acte est non intentionnel, le contexte permettra de décider.

- Définissez l'acte de commerce « mixte ».

Acte conclu entre un commerçant et un particulier. Il n'est commercial que pour le commerçant. L'obligation du particulier demeure civile. Csq : l'action du commerçant contre le particulier sera portée devant le tribunal civil tandis que l'action du particulier contre le commerçant le sera devant le tribunal de commerce.

- Peut-on dire que l'exercice de la profession de commerçant implique une certaine publicité ?

§1. Publicité des contrats de mariage et de certains jugements

Lire **art. 12, 14 et 15 du Code de commerce**. Ceux-ci mentionnent une communication, une remise ou une transposition au greffe, mais cela se fait désormais à la Banque-Carrefour.

§2. Du registre de commerce à la Banque-Carrefour des entreprises

A)Contexte

Loi du 16 janvier 2003 : création de la Banque-Carrefour, modernisation du registre de commerce, création de guichets d'entreprises agréés. Le but était de centraliser les infos utiles sur chaque commerçant mais c'est aussi devenu un tableau statistique des professions, un point de contrôle fiscal, une vérification des autorisations et un moyen de détecter les commerces clandestins. Grâce à cette loi, les entreprises ne seront plus tenues d'effectuer plusieurs fois les mêmes formalités auprès d'administrations différentes.

B)Loi du 16 janvier 2003

- Champ d'application : les entreprises au sens large : commerciales, artisanales, personnes morales, pers. physiques (assujetties à la TVA, à la sécu sociale),...

- Contenu : Ce sont les facteurs de lenteur, de complexité et de charges financières décourageant l'esprit d'entreprise qui ont poussé le législateur à moderniser le système :

- Banque-Carrefour : ce registre simplifie les procédures administratives et simplifie l'organisation des services publics. Ces caractéristiques sont :

1. Intégration de l'ensemble des banques de données et registres (énumération p 93 syllabus.)

2. Numéro d'identification unique : avant, les entreprises recevaient un numéro par service public. L'utilisation de ce numéro est obligatoire dans les relations que les entreprises ont avec les pouvoirs publics. Au numéro d'identification seront liées les infos de base des entreprises (énumération à l'art. 6).

- Modernisation du registre de commerce : devient un sous-ensemble de la Banque-Carrefour. Ce sous-ensemble comprend les données des entreprises commerciales et artisanales (art.1, 8°). Le registre n'existe donc plus physiquement mais les nécessités d'enregistrement préalable ou de communication de tout changement restent de mise. Désormais, l'immatriculation (avant : devant greffe du tribunal de commerce) et les autorisations à l'accès à la profession (avant : Chambre des métiers et négoce) se feront devant un guichet d'entreprise

- Guichets d'entreprise : Rôle = inscrire les entreprises dans la BCE, intervenir dans la législation relative à l'accès à la profession, fournir certains services (Le conseil ou l'accompagnement, la demande d'inscription à la TVA et à l'ONSS). N.b. : lire articles 42, 44 et 50 de la loi.

- Protection de la vie privée : BCE est soumise à la L.8/12/1992 sur protection de vie privée.

- Entrée en vigueur : Le Roi la fixe (art.87). Les entreprises qui, au 1^{er} janvier 2003 étaient enregistrées comme des entreprises commerciales ou artisanales auprès de la BCE avaient certaines obligations (art. 11, al 1 et 13 de la loi).

- Quelles sont les règles de preuve particulières au droit commercial ?

Principe de liberté des preuves

- Le rythme des affaires fait qu'il aurait été illogique d'imposer un écrit.

- Les commerçants sont présumés habiles et prudents. C'est pourquoi il ne semble pas nécessaire d'imposer certaines précautions prévues par le droit civil (ex : 1341 ou 1348 C.civ.).

- De plus, les commerçants sont astreints à la tenue de livres qui relatent jour par jour leurs opérations.

Quand l'acte est mixte, c'est le particulier qui peut prouver par toutes voies de droit. La règle de preuve dépend de la nature de l'acte litigieux et non de la juridiction saisie.

A) Preuve testimoniale toujours admissible (art.25)

On a parfois admis comme preuve le rapport non contradictoire d'un expert. Or cela serait impossible en droit civil. La liberté des témoignages et présomptions entraîne que :

- Elles sont admissibles même si l'enjeu > à 375 euros.
- Ces preuves ne doivent pas être écartées même contre le contenu d'un écrit. La liberté des preuves n'empêche pas le juge d'accueillir avec scepticisme les éléments qui lui sont soumis. La preuve par témoin pourrait être confrontée à un commencement de preuve par écrit. Dans certaines matières, un écrit est tout de même exigé : constitution d'une société, contrat d'assurance,

B) Preuve littérale pas soumises aux articles 1325, 1326 et 1328 C.c.

- >< 1325 : pas d'exigence, d'autant d'originaux que de parties.
- >< 1326 : pas besoin de rédiger la formalité du « bon pour » car il y a un besoin de rapidité mais la raison prépondérante est que les commerçants ont toujours l'attention éveillée sur ce qu'ils signent.
- >< 1328 relatif à la date certaine et formule 3 possibilités (voir article). En matière commerciale, les conventions peuvent avoir une date opposable en dehors de ces 3 cas. Ex : dans le cas de deux baux commerciaux successifs, le premier prime même si le second a été enregistré avant le premier. 2 cas expriment ce principe très important :
 - La Cour de Gand a admis la liberté de prouver la date certaine en matière de faillite.
 - Une société a fait dépôt de marchandises mais celles-ci ont été saisies par des créanciers. Le trib. Civil de Bxl. admet que la société prouve la date par des avis de débit des chèques postaux et une lettre adressée à l'époque au bailleur.

- Exposez les principes de la preuve par facture.

A) Facture

Etat détaillé indiquant la nature, la quantité, le prix unitaire et le prix total, le lieu de paiement des marchandises qui ont fait l'objet du marché. La facture se caractérise par une affirmation de créance : pour toute créance née d'activités professionnelles, commerciales ou civiles, et qu'il est d'usage de constater par facture.

B) Facture acceptée

- L'acceptation peut être expresse ou tacite (silence circonstancié).
- La portée de l'acceptation tacite est parfois délicate :

On considère que les clauses imprimées au verso en caractères minuscules ne sont pas nécessairement acceptées par l'acheteur. La présomption d'acquiescement est plus fragile. Un contrat s'est noué à la commande et l'ajout de conditions supplémentaires = modification unilatérale du contrat.

C) Facture régulière

Une facture irrégulière fiscalement (ex : sous-facturation) ne peut servir de preuve (17-18 C.J.) alors des factures non numérotées (alors que le Code TVA l'impose) sont acceptées.

D) Facture tardive

Une facture envoyée trop longtemps après l'achèvement des travaux perd sa force probatoire.

E) Conditions générales

La facture ne forme preuve des conditions générales qui figurent au verso que si le lecteur est invité par une mention au recto de se reporter au verso. De plus, elles doivent figurer sur le bon de commande. Il en serait autrement si le destinataire avait reçu plusieurs factures contenant ces conditions générales sans protester. A l'inverse, celui qui n'a pas appliqué ses propres conditions générales pendant des années ne peut le faire subitement.

F) Langue ([art.52 L.18juillet 1966](#))

Dans la langue de la région où l'entreprise a son siège d'exploitation.

- Exposez les principes de la preuve par la comptabilité.

- **1330 C.c.** : « les livres des marchands font preuve contre eux ».

- **20 Code Com.** : « la compta peut faire preuve entre commerçants ».

A) Livres invoqués comme preuve contre le commerçant qui les tient

Que le demandeur soit commerçant ou un particulier.

B) Livres invoqués comme preuve par le commerçant

- >< un particulier : les registres des marchands ne font pas preuve contre des particuliers mais rien n'empêche le juge d'y voir une présomption de fait. Cela permet également de déférer au particulier le serment supplétoire (**1367 C.c.**).

- >< un autre commerçant : c'est un combat à armes égales. **Art. 20** : le demandeur va puiser dans ses propres écritures la preuve de sa prétention.

Conditions : - Une compta régulière (sinon ce sera juste une présomption).

- ça doit être un litige pour faits de commerce.

Limite : Jamais de force probante absolue car le juge a toujours un pouvoir d'appréciation.

C) Manières de produire en justice les livres de commerce

- Communication = remise intégrale de la comptabilité. Cela peut poser des dangers d'indiscrétion. Les cas où la communication peut être prononcée par le juge sont limitativement énumérés par la loi (**21 Code.com**) : succession, communauté, faillite et partage de société.

- Représentation : une partie verse aux débats certaines pages qui concernent le différend. Mais il est parfois impossible de dire à l'avance quelles pages devront être ouvertes en justice. Si le demandeur sollicite la représentation de manière précise, il pourra prendre connaissance lui-même alors que s'il la sollicite d'une manière qui implique un examen préalable de l'ensemble

- Analysez la solidarité entre commerçants.

- La solidarité est de droit entre les commerçants tenus à une même obligation => solidaires à moins que convention n'y déroge (exception au DC des oblis contract).

- Règle ni d'ordre public ni impérative

- Règle d'origine coutumière justifiée pour assurer le crédit commercial et reconnue par la cass.

- champ d'application :

- est seule visée la solidarité passive et principe ne vaut qu'entre codébiteurs commerçants.
- Une même obligation contractuelle . (selon la cass : elle joue quand bien même les débs commerçants ne seraient pas obligés en vertu d'un contrat unique, il suffit qu'ils soient tenus à une même chose càd à une même dette qui repose sur une cause jur unique et pas d'office un même contrat. **ex** : la caution qui s'oblige à satisfaire l'obli pcipale).

- plusieurs dispos légales confirment la règle coutumière. **Ex** : en matière de cession bail comm ; le locataire reste tenu solidairement avec le cessionnaire envers le bailleur des obligations relatives au bail ; lettre de change,...

- Présentez quelques usages commerciaux.

1) mise en demeure par la seule échéance du terme => aucune formalité ne doit être accomplie (mais un écrit reste utile et fréquent que convs particulières dérogent à un tel usage et imposent le recours à l'écrit). (DC : sommation **1139 cc**).

2) remplacement unilatéral : les sanctions seront cependant mises en œuvre aux risques et périls du créancier commerçant. (DC : jud ou conv **1143 et 1144 cc**).

3) anatocisme en matière de comptes courants : cette règle ne s'applique pas aux parties en relation de compte courant sauf lorsque celui-ci cesse. => elle s'applique donc selon la doc dominante, à une capitalisation des intérêts lors de chaque arrêté périodique de compte envoyé par le banquier à son client. (DC : **1154 cc**).

4) les usages en matière de vente :

- la transfert de propriété s'opère simultanément à celui des risques au moment où le vendeur accomplit son obligation de délivrance
- le vendeur doit délivrer la marchandise dans un délai raisonnable suivant la conclusion du contrat
- frais délivrance chose : à charge de l'acheteur
- parties commerçantes doivent protester immédiatement en cas de vice apparent (une telle clause ne peut sortir ses effets que si vendeur est de bonne foi).
- Sanctions de la non-conformité de la chose livrée : si chose est de qualité /quantité légèrement inférieure à celle prévue mais que contrat conserve une utilité pour l'acheteur => l'acheteur ne pourra exiger que la réfaction du contrat (diminution du prix en proportion de la moins value des marchandises
- Cas graves de non-conformité ou absence totale de livraison : acheteur est autorisé à se faire livrer la chose par un autre vendeur aux frais du vendeur et sans sommation préalable.

5) le contrat de mandat : pas présumé être un contrat à titre gratuit.

- Exposez les règles particulières régissant la prescription dans les transactions commerciales.

En principe la prescription des obligations contractuelles : délai de 10 ans (**2262 bis cc**) mais arts **2271 à 2275cc** : série de créances professionnelles (avocats, notaires,...) : délais plus brefs variant de 6 mois à deux ans.

-> **art 2272, al2 cc** : l'action des marchands contre les non marchands pour les marchandises qu'ils vendent : délai d'un an. Il y a une prescription présomptive de paiement en ce sens que le législateur présuppose qu'il est d'usage que de telles créances ne se constatent pas par écrit et sont rapidement payées. => courte prescription car la créance litigieuse a été payée par le non marchand au moment de l'acquisition des marchandises.

- disposition dérogatoire (donc stricte interprétation).
- Champ ratione personae : seuls les non marchands peuvent se prévaloir à l'égard des marchands.
 - ⇒ JPD : fait correspondre la notion de marchand à celle de vendeur professionnel (les entreprises publiques tombent dans le champ en ce qui concerne leurs actes comm de vente) et celle de non marchand : à celle de consommateur (finalité non professionnelle => qualité de commerçant n'exclut pas la prescription abrégée si ce dernier achète des marchandises à des fins privées).
- champ ratione materiae : l'art vise la vente (jpd parfois hésitante quant à l'application pour le contrat d'entreprise lorsque le professionnel fournit les matériaux).

->atténuations au principe : possibilités d'écarter la prescription abrégée :

- 1) L'interversion de la prescription : **l'art 2274 cc** pose la règle selon laquelle les prescriptions abrégées ne sont plus applicables (on revient au DC) « en cas de reconnaissance écrite de la dette ou encore en cas d'assignation devant le tribunal ». => la présomption cesse ainsi quand le débiteur reconnaît ne pas avoir payé ce qui est dû. Dès qu'un écrit existe, quelle que soit sa forme et établit la créance, le délai de prescription doit être prolongé à concurrence du délai de droit commun : la prescription décennale devient seule applicable à dater de l'acte opérant interversion. ! Reconnaissance écrite.

2) Le serment et l'aveu

- 2.1) Le serment : L'écoulement du délai de prescription libère le débiteur : il ne prouve pas le paiement, mais l'effet du temps éteint le droit du créancier à revendiquer en justice le paiement de sa créance. **L'art 2275 cc** : prévoit que le créancier qui se voit opposer une prescription abrégée peut déférer le serment décisoire (serment différé par une des parties à l'adversaire pour en faire dépendre la solution du litige).
- 2.2) L'aveu : L'aveu du débiteur résulte des actes de la procédure ou de tout autre acte établissant sans équivoque que la créance n'est pas éteinte par un paiement.

->Loi du 1^{er} mai 1913 sur le crédit des petits commerçants et artisans et sur les intérêts moratoires : art 5 : prescription d'un an pour leur action par rapport à des non marchands à dater de l'année civile au cours desquelles les marchandises ont été vendues ou travaux fournis.

⇒ combinaison des régimes : il faut combiner art 2272 cc et l'art 5 de la loi. Un même fondement explique les deux règles : ce sont des prescriptions présomptives de paiement. La combinaison ne viole pas les arts 10 et 11 Const.

- Quelles sont la nature et les caractéristiques du fonds de commerce ?

Section 1 : Droit à la clientèle

Fonds de commerce= ensemble de biens corporels et incorporels unis par une destination commune : l'exploitation d'un commerce. Pour le posséder, il faut détenir tous les éléments propres à retenir la clientèle. Il y a différence entre :

- clientèle commerciale/industrielle qui tient peu à la personne des exploitants et beaucoup aux conditions matérielles de l'établissement (emplacement, accès, stock,...).
- Clientèle civile, attachée à une personne. Ex : avocat, médecin. Celui qui se retire d'une profession libérale ne peut promettre au successeur la clientèle.

La loi de 1919 sur le nantissement de fonds de commerce est la première à parler du fonds de commerce. Plusieurs éléments propres à attirer et conserver une clientèle se trouvent unis dans une même main et sont affectés à une exploitation (ex : marchandises, nom commercial, marques, brevets,...). L'ensemble est valorisé et c'est cette valeur additionnelle qui donne le trait d'un fonds de commerce. C'est une entité économique (« goodwill »).

Le fonds de commerce est une propriété incorporelle (la clientèle=résultante) qui est précaire car :

- le commerçant est toujours exposé à voir la clientèle se détourner de son établissement. La clientèle est changeante ; c'est une valeur et non un droit.
- Il faut une exploitation régulière. La valeur de la clientèle repose sur un courant d'affaires et sa fidélité. Ex : une crise, une absence,... font disparaître le fonds de commerce.

Section 2 : Explications théoriques du concept

- Grunzweig : Universalité juridique (Faux pour 4 raisons : p.106 syllabus)
- Fredericq : Universalité de fait : Par l'unité de destination, des choses simples, matérielles et immatérielles, sont traitées « in globo » soit pour l'application de certaines règles légales soit pour mesurer la portée d'une convention.
- Rippert/Lippens : assemblage de valeurs disparates : pas de lien entre les éléments d'un fond.

La deuxième théorie semble celle à retenir.

Section 3 : Caractéristiques d'un fonds de commerce.

§1. Nature mobilière

Il tombera dans la communauté (sauf si un époux se le réserve) et sera transmis par héritage.

§2. Nature incorporelle

- >< 2279 C.c. : pas de don manuel d'un fonds de commerce.
- aucune saisie-exécution du fonds. Il faudra vendre les éléments distincts.

§3. Bien non consommable

- Le fonds persiste malgré des modifications intervenant dans sa composition.
- Il fera l'objet d'un usufruit et non d'un quasi-usufruit. L'usufruitier ne pourra le vendre.
- Dans le cas de gérance, la même obligation de restitution existe. Dans le cas de gérant-locataire, le fonds, comme tel, est à restituer, même si aussi bien le stock que le matériel furent renouvelés.

Section 4 : Eléments constitutifs

L'énumération de la loi du 25 octobre 1919, article 2 n'est pas exhaustive. Le fonds de commerce doit comprendre tous les éléments contribuant à acquérir/conserver la clientèle.

§1. Eléments incorporels

A) Droit au bail

Important car la valeur du fonds dépend souvent de l'emplacement. Le propriétaire-bailleur a un droit réel alors que le commerçant-locataire a un des droits personnels. N.b. : il n'y évidemment pas de bail quand le commerçant est proprio.

B) Enseigne, nom commercial

Un nom patronymique peut au fil du temps revêtir une forme commerciale (devient pécuniaire et cessible) et être protégé contre la concurrence déloyale.

L'enseigne peut être protégée quand c'est une marque, un dessin ou un modèle.

C) Licences d'exclusivité, dessins, modèles, brevets, marques, know-how

Ce sont des éléments incorporels du fonds de commerce.

D) Marchés en cours

Ils sont englobés dans la cession. Ex : contrat de brasserie, contrat de raccord téléphonique,...

§2. Eléments corporels

Marchandises, outillage, mobilier d'agencement, livres de commerce. On ne transmet pas les créances et dettes (sauf les créances éléments de productivité et pas résultats d'activités).

L'immeuble ne fait pas partie du fonds de commerce : le cédant, s'il était proprio, devra faire un double contrat : cession de fonds et cession d'immeuble (bail ou vente). Les immeubles par destination (= matériel immobilisé comme le guichet d'une banque, un mobilier de cinéma,...) peuvent être cédés dans le même acte.

- Comment céder un fonds de commerce ?

Les parties sont libres d'englober à leur gré les éléments qui sont compris dans la cession. Il n'y a cependant pas de vente du fonds de commerce si l'élément déterminant de l'achalandage n'est pas cédé: ce n'est pas que la clientèle soit l'objet de la cession mais elle en est assurément la cause. Le cessionnaire vise à poursuivre une exploitation.

Le « droit » à la clientèle peut être vendu isolément: ce serait le cas d'une tournée de laitier, ce dernier vendant la liste de ses clients et ne liquidant rien de son matériel, ou une entreprise de ventes par correspondance qui céderait son fichier.

- Pas de règles mais l'élément déterminant de l'achalandage doit être cédé (la clientèle n'est pas l'objet de la cession mais en est assurément la cause).
- Une vente d'éléments isolés n'est pas une cession de fonds de commerce.
- La clientèle, le bail, ... peuvent être l'élément déterminant. Encore faut-il que l'élément déterminant soit cessible.
- La cause doit être licite.
- Pas les espèces et créances sauf si une clause expresse les comprend (sauf les créances facteur de productivité (ex : banques et assurances)). La remarque pourrait-elle être généralisée? La créance fait naître un rapport avec le client-débiteur et l'octroi d'un crédit est l'amorce de relations ultérieures. L'exclusion des créances est normale.
- Parfois le vendeur exagère son chiffre d'affaires pour augmenter valeur du fonds. Il utilise des manœuvres dolosives, le dol pourra être plaidé. Souvent réfaction du prix. Cependant, le dol incident est parfois accepté. N.B. : il y a une obligation de résultat pour les éléments objectifs (matériel, bail,...) et une obligation de moyens pour la clientèle.

- Quelle est la portée d'une clause de non rétablissement ?

§1. Principe

Presque dans toutes les cessions, une clause expresse indique que le cédant ne pourra plus exercer un commerce similaire dans un rayon de « x » kilomètres et pendant « y » années. Si pas précisée, cette clause est toujours sous-entendue. Dans ce cas, les tribunaux doivent trouver un point d'équilibre entre le droit pour l'acheteur de s'attacher par le temps la fidélité et le droit naturel du vendeur de retravailler dans un secteur qu'il connaît bien (cela dépendra des circonstances)

N.B. : parfois le cédant contourne l'interdiction en ne faisant pas concurrence ouvertement :

- si employé chez commerçant rival : il faut voir s'il a contact avec la clientèle.
- s'il participe à une société, il faudra voir si son rôle y est actif et externe. Si l'objet est analogue, il pourra engager sa responsabilité contractuelle.

- semble également être une violation du devoir d'abstention le cas où des héritiers reprennent contacts avec les clients ou reprennent le nom de l'ancien proprio du fonds de commerce. Le même principe est de mise en ce qui concerne l'épouse de l'ancien détenteur du fonds de commerce.

§2. Cessions successives.

Le sous-acquéreur peut invoquer la cause de non-rétablissement contre le premier cédant.

- Comment mettre en gage un fonds de commerce ?

Section 1 : Le problème qui se posait au législateur

§1^{er}. Le commerçant en besoin de crédit

Seul actif de sa fortune : Fonds de commerce et il ne peut :

A) Ni le donner en gage selon le droit commun

- Qu'implique le gage : le dessaisissement du fonds de commerce entre les mains du créancier.

➔ Impossible car :

- Fonds de commerce : son outil de travail
- Le commerçant doit poursuivre son activité

B) Ni le donner en Hypothèque

- Il n'est pas possible de recourir à l'hypothèque car elle exige de porter sur un bien immeuble. Comme l'immeuble est fixe l'on peut imaginer que le gage immobilier reste entre les mains du débiteur
- Le seul exemple convenable est l'hypothèque maritime grevant un navire (bien meuble assimilable à un immeuble) : Il s'agit d'un bien qui se déplace, l'on peut l'identifier dans l'espace.
- Le fonds de commerce est un bien meuble, il ne peut pas faire l'objet d'hypothèque. Il présente toutefois un élément de fixité.

§2. Loi du 25 octobre 1919 : équilibre entre gage et hypothèque

- Le débiteur commerçant reste en possession du commerce
- On assure une publicité du gage par l'inscription à la Conservation des hypothèques (même si ce n'est pas une hypothèque).
- La dépossession est symbolique : celui qui a donné son fonds en gage est considéré comme le gardien des éléments du gage (art.8 de la loi)

Section 2 : Qualité obligatoire du prêteur sur fonds de commerce

- Le seul créancier qui peut bénéficier de ce gage est la banque ou tout autre établissement de crédit.

- Les banques étant soumises à un contrôle strict sont présumées avoir un comportement plus respectable par rapport aux autres créanciers ou usuriers.
- L'on a également éviter une cohésion entre le commerçant endetté et un des créanciers qui soutiendrait que le fonds lui a été remis en gage : on a craint l'organisation d'une absence de maîtrise sur le fonds de commerce du débiteur.
- L'on considère que la créance protégée par le nantissement est toujours commerciale dans le chef de la banque et dans le chef du commerçant
- L'on accepte que le fonds de commerce puisse être donné en gage en garantie de paiement des dettes non commerciales

Section 3 : Conditions de forme (art. 4 à 6)

- Conditions de forme permettant d'assurer la publicité du gage :
 - Un écrit : acte notarié
 - L'inscription à la conservation des hypothèques qui rend opposable aux tiers le nantissement

Ce nantissement (= la mise en gage du fonds de commerce) est valable 10 ans, au delà, il faut une nouvelle inscription
- L'article 2 considère que c'est le fonds de commerce dans son ensemble qui doit être donné en gage

Section 4 : Eléments compris dans le nantissement (art. 2)

- L'article 2 considère que c'est le fonds de commerce dans son ensemble qui doit être donné en gage
- Concernant les marchandises, il n'y a que la moitié du stock qui peut être comprise dans le gage
- Raisons :
 - Les marchandises s'écoulent et les stocks sont reconstitués. Cela veut dire que le stock est perpétuellement en cours de fongibilité
 - Un droit de suite serait difficilement praticable
 - Il faut laisser au commerçant une partie de son avoir commercial vierge de nantissement. Il faut laisser la possibilité au commerçant de faire d'autres crédits.

Section 5 : Protection du créancier gagiste (Art 8 et 11)

§1^{er}. Sanction pénale contre le débiteur

- Le débiteur devient le **gardien** du fonds de commerce et l'on pourrait le sanctionner pénalement en considérant qu'il s'est rendu coupable d'abus de confiance (491 CP) s'il soustrait certains biens du gage du commerce.
- Mais si Bonne foi : le commerçant peut toujours vendre marchandises ou remplacer outillage.

§2. Déchéance du terme

- Déchéance du terme (1188 CC) : le commerçant qui réduit de mauvaise foi la consistance du gage doit payer sa créance immédiatement

§3. Droit de revendication du créancier

- Droit de revendication (similaire à celui qui est reconnu au bailleur qui peut saisir les meubles dans l'immeuble loué) : le banquier peut saisir les matières premières, matériel et outillage lorsqu'ils ont été placés sans son consentement
 - La saisie est nécessaire parce qu'il n'y a pas possession entre les mains du gagiste comme dans le gage ordinaire
 - Différence avec bailleur : le créancier gagiste sur fonds de commerce doit céder le pas aux acquéreurs de bonne foi. Le bailleur lui prime sur un tel acquéreur.

§ 4. L'acquéreur de bonne foi prioritaire non protégé

- L'acquéreur du fonds de commerce de bonne foi n'est pas protégé (sauf si acquéreur d'un bien corporel car art. 2279 CC).
 → La jurisprudence a admis que le banquier avait un droit de suite lorsque le fonds de commerce est aliéné totalement (*in globo*). L'acquéreur de bonne foi ne peut pas s'opposer à la banque.

EX : Une friture est déplacée et devient restaurant. Le fonds de commerce est donc global. L'acquéreur n'est pas protégé.

- Analysez les facultés de résiliation du bail commercial

Le bail peut valablement prendre fin avant le terme de neuf années. Outre l'application des modes de dissolution de droit commun, il y a possibilité de mettre anticipativement fin au bail selon les conditions de **l'art 3**.

1) la résiliation amiable (**art 3 al 4**) : mettre fin au bail de commun accord. D et Jpd considèrent que la loi veut protéger le preneur uniquement et que donc lui seul :

- peut se prévaloir de la nullité de la résiliation amiable et imposer l'exécution jusqu'à son terme par conséquent.
- Couvrir la nullité (ne peut se voir obligé de soulever la nullité)

2) la résiliation par le preneur (**art 3 al 3**) : dispo impérative en faveur du preneur. Accorde au preneur le droit de mettre unilatéralement fin au bail à l'expiration de chaque triennat moyennant un préavis de six mois signifié par exploit d'huissier ou notifié par lettre recommandée.

3) la résiliation unilatérale par le bailleur (**art 3 al 5**) : faculté plus limitée de résiliation unilatérale ; ne peut résilier qu'à trois conditions cumulativement réunies :

- la bail doit reconnaître au bailleur une telle faculté
- le congé doit être donné par exploit d'huissier ou par lettre recommandée à la poste à l'expiration d'un triennat et respecter un préavis d'au moins un an
- avoir un motif légalement défini et ensuite réaliser ce motif

Arts 25 et 26 :

L'occupation doit intervenir dans un délai de six mois suivant le départ du preneur et l'act devra être maintenue pendant deux ans (sinon bailleur : indemnités d'éviction à moins que motif grave).

Le commerce doit être un commerce similaire à celui du preneur évincé (ce dernier peut prétendre à une indemnité égale à deux ou trois ans de loyers selon qu'il a eu connaissance ou non de l'intention du bailleur au moment de l'éviction).

=> impératif aussi en faveur du preneur, la conv initiale ne peut qu'alourdir ces conditions.

- le preneur devant un préavis peut adresser un contre préavis => le congé prend fin ensuite du congé donné par le preneur (**Cass**).

4) la résiliation unilatérale par l'acquéreur du bien loué (**arts 12 à 16**)

L'art 12 invite à distinguer selon que le contrat renferme une clause autorisant le nouvel acquéreur du bien à mettre anticipativement fin au bail.

- si elle est présente : la résiliation ne peut être mise en œuvre que moyennant respect de certaines conds :

- nouvel acquéreur doit adresser un congé au preneur et ce moyennant un préavis d'un an donné dans les trois mois de l'acquisition
- Il doit faire état dans ce congé de l'un des motifs limitativement autorisés par l'art 16, 1° à 4° de la loi.

Une indemnité d'éviction pourra être due (**art 26**).

- si elle est absente : DC s'applique (**arts 1743 à 1751 cc**). L'acheteur est tenu de respecter le bail ayant date certaine antérieure à l'acquisition. (1743 cc) mais **art 12 al 2** : protection supplémentaire : pour le loc qui ne peut en faire état mais occupe les lieux depuis plus de six mois.

- Analysez le renouvellement du bail commercial.

1) la nature du droit reconnu au preneur

Le preneur a un droit à demander le renouvellement, non à l'obtenir. Il a le droit d'obtenir par préférence à toute autre personne la continuation de son commerce dans les lieux loués.

Le renouvellement : simple possibilité (le bailleur a le droit de refuser : **art 16** et de demander la restitution du bien, quitte à payer une indemnité d'éviction : **art 25**)

- Peut demander à trois reprises le renouvellement du bail (art **13 §1^{er}**) (chacun en principe d'une durée de neuf années).

- Continuation du meme commerce

- Effets :

- le renouvellement emporte naissance d'un nouveau contrat (dépourvu des éventuelles suretés accordées dans le premier bail).
- Caractère exprès du consentement (différent de la reconduction).
- Parties sont autorisées à déroger à la durée de neuf ans qui s'attache à la conclusion de tout nouveau bail. Pour les trois premiers renouvellements, si la durée reste en principe de neuf ans, la loi permet aux parties de prévoir une durée différente dans deux situations :
Elles peuvent s'accorder sur une durée inférieure ou supérieure à la condition que leur accord soit constaté dans un acte authentique ou une décision de justice (art 13 al 1^{er}) OU prévoir une durée inférieure à neuf ans quand le bailleur est mineur au moment du renouvellement ; dans ce cas la durée peut être limitée à concurrence de la période restant à courir jusqu'à ce qu'il accède à la majorité (art 13 al 2)

2) les formalités de la demande de renouvellement adressée par le locataire

Pas automatique : le preneur doit le demander au bailleur dix huit mois au plus, quinze mois au moins avant l'expiration du bail en cours. L'art 14 al 1^{er} ajoute l'idée que la demande de renouvellement est nulle (nulla) si elle n'indique pas la manière dont le bailleur doit notifier son refus motivé de renouvellement ou les conditions différentes ou l'offre d'un tiers. C'est une disposition impérative en faveur du bailleur, seul habilité à soulever la nullité des clauses qui limiteraient davantage ses droits.

2) la position du bailleur à la réception de la demande

- à trois mois pour prendre sa décision
- quatre situations peuvent se présenter :
 - il peut ne pas réagir dans le délai imparti => son consentement sera alors présumé (art 14 al 1^{er})
 - accepter expressément le renouvellement aux conditions soumises par le preneur => un nouveau contrat de bail est né à ces conditions
 - accepter le principe du renouvellement mais le soumettre à d'autres conditions ; si le preneur souhaite alors réagir : il a trente jours. Plusieurs situations envisageables :
 - ➔ soit le preneur ne réagit pas ou ne le fait pas dans le délai : perte de son droit au renouvellement du bail
 - ➔ soit il accepte les conditions proposées par le bailleur : bail renouvelé
 - ➔ soit il refuse expressément les conditions du bailleur : il doit alors saisir le JP dans les trente jours pour qu'il tranche le litige et fixe les conditions du bail renouvelé
 - le bailleur peut refuser le renouvellement -> trois situations :
 - ➔ soit le bailleur refuse le motif, bailleur sera tenu de payer au preneur une indemnité d'éviction (trois ans de loyer). (Art 16 IV)
 - ➔ soit le bailleur refuse en excipant l'offre d'un tiers : voir art 21 et s : engagement du tiers de payer au preneur l'indemnité

d'éviction. Le preneur pourra alors renoncer à sa demande de renouvellement ou ne pas répondre dans le délai légal, le tiers est alors préféré, ce qui n'exclut pas l'indemnité d'éviction (art 23). il pourra aussi offrir les mêmes conditions que le tiers, et là il sera alors préféré au tiers (art 21 al 4). il peut encore contester la réalité de l'offre du tiers (art 21 al 5 et 22). + art 25, 4° à 6°.

➔ Soit le bailleur refuse le renouvellement pour l'un des six motifs prévus par la loi (art 16 I ; 2°, 3°, 4°, 5°, 6° + 16 II et 16 III).

- formes de réponse du bailleur : Il répond en respectant les conditions de fond et forme (voir art 14)
- l'indemnité d'éviction et son régime : le preneur qui a régulièrement manifesté sa volonté d'user de son droit au renouvellement et qui se l'est vu refuser : droit à une indemnité d'éviction dans les conditions de art 25 (Toute éviction ne donne pas lieu à indemnité : voir les situations énumérées).

Quand l'indemnité est due, le preneur ne pourra en principe pas prétendre au versement d'une autre indemnité ayant le même objet et fondée sur une autre base.

De manière générale, les indemnités : rattachées à trois catégories :

- certaines compensent les inconvénients liés à l'éviction elle-même
- certaines compensent les efforts réalisés par le preneur et dont le bailleur ou le nouvel acquéreur pourront tirer profit (art 25 al 1^{er} 2° et 5°)
- certaines sanctionnent la faute ou fraude du bailleur (art 25 al 1^{er} 3°, al 1^{er} 6°).

Le montant de la loi prévoit un forfait (pourra être augmenté ou réduit exceptionnellement. Majoration suppose deux conditions cumulatives dont la preuve incombe au preneur : établir que l'indemnité est manifestement insuffisante et que le bailleur tire profit de son éviction).

Droit de rétention au profit du preneur : art 27

Délai de prescription : art 28 (doit être intentée dans l'année).

- Analysez la reconduction du bail commercial.

A défaut de renouvellement, le bail expire de plein droit à l'échéance du terme. Si le preneur qui ne peut plus solliciter le renouvellement reste dans les lieux loués -> bail reconduit et y fait place un nouveau bail de durée indéterminée (art 14 al 3). Les autres conditions sont celles du bail originaire.

Particularité : consentement tacite des parties.

Il s'ensuit que sous l'angle du preneur, la détention devra être effective et non équivoque quant à sa volonté de poursuivre le contrat. Pour le bailleur : s'assurer que son silence est circonstancié.

Art 14 al 3 : impératif ; les parties ne peuvent exclure la reconduction du bail.

Cet art prévoit la résiliation unilatérale du bail reconduit par le bailleur. Le preneur : droit de résiliation unilatérale (théorie générale des obligations contractuelles : art 1736 cc puisque pas de disposition spéciale pour le preneur : résiliation par le preneur moyennant préavis d'un mois).

Constitution : ? préj : conformité des arts 14 et 1736 aux arts 10 – 11 constitution :

- la différence de traitement repose sur un critère objectif (qualité de la partie)

- l'application du DC de 1736 : pas une mesure disproportionnée.

2. - Droit des sociétés

- Quels sont les finalités du droit des sociétés ?

4 finalités :

- 1) offrir aux agents économiques une structure juridique de coopération (dotée ou non de la PM) qui leur permette de collaborer sur pied d'égalité à l'exercice d'une activité en vue de réaliser et de partager les bénéfices qui en résultent.
- 2) assurer la protection des créanciers de la société et la prise en compte des intérêts légitimes de tous ses partenaires
- 3) mise en place des mécanismes légaux permettant aux associés de contrôler l'activité des administrateurs-managers. La principale fonction du droit des sociétés : développer des stratégies efficaces susceptibles d'appréhender et de régler les conflits d'intérêts entre ceux qui gèrent la société (adm et dirigeants) ceux qui la contrôlent et en surveillent la gestion (act majoritaires) et ceux qui lui ont apporté le produit d'une épargne personnelle ou collective (actionnaires mineurs et investisseurs).
- 4) Garantir une allocation optimale des ressources : organiser un régime de cessions de contrôle permettant d'exercer un contrôle externe sur la société.

- Quelle est la thèse explicative de la société commerciale qui est la plus séduisante ?

Il y a trois théories :

1) Selon la théorie contractuelle (prévalait au 19^{ème}), la société était analysée comme un contrat, l'élément central était l'autonomie de la volonté.
Inconvénient : incapacité à expliquer les mécanismes propres de la société (la personnalité morale, théorie de l'organe,...).

=> la société se forme au départ d'un contrat mais plus la société se développe moins cette théorie l'explique.

2) théorie institutionnelle : Cette théorie semble plus séduisante que l'autre car elle tend à appréhender la société comme une institution et à fixer dans la perspective de son intérêt propre et de sa finalité spécifique, les conditions légales de sa création, son fonctionnement et sa liquidation. Se focalise sur l'organisation de la société avec notamment une répartition hiérarchique des pouvoirs entre les divers organes et son corollaire.
Inconvénient : ne permet pas d'appréhender la notion de société de manière globale.
Mais contrairement à la contractuelle, on tient compte de la finalité de la société, de la manière dont elle peut être créée sans se limiter aux contrats qui peuvent influencer le régime des sociétés.

3) La théorie fonctionnelle : repose sur une analyse de la fonction de la société : la personnalité m est le véhicule de l'entreprise et la société n'est qu'une technique d'org de l'entreprise. Reconnaît des mérites aux théories contr et instit tout en restant proche de l'inst.

=> Aucune d'entre elles ne permet de rendre compte à elle seule de toute la complexité du phénomène sociétaire.

- Quel est le critère distinctif de la « société » et de l'« association » ?

Le but de lucre. En effet, une des caractéristiques de la société est son but de lucre à savoir le but de se procurer un bénéfice patrimonial direct ou indirect, tandis que l'association ne peut rechercher ni son propre enrichissement ni celui de ses membres. Si elle réalise des bénéfices, elle les affecte exclusivement à la réalisation de son objet social.

- Quelles sont les grandes catégories de sociétés commerciales ?

§1. Petites entreprises et petites sociétés

Cette distinction existe pour déterminer la manière dont l'entreprise effectue ses comptes

Petites entreprises	Petites sociétés
définition et notion : - personnes physiques ou sociétés en nom collectif ou en commandite simple - CA n'excède pas 500 000€ - Peuvent établir les comptes simples	définition et notion : - Pas dépasser plus de 50 travailleurs - <u>CA max</u> 730000 € hors TVA - total bilan : 365000 € - Si la moyenne annuelle <u>atteint 100 travailleurs au moins</u> , la société sera d'office considérée comme grande entreprise même si les autres critères ne sont pas dépassés - <u>Les petites sociétés non cotées</u> disposent de la possibilité d'effectuer les comptes simplifiés - <u>Dans la réglementation des PME</u> il y a d'autres seuils qui doivent être respectés
Bases légales <u>Législation comptable</u> : art.5 L.17 juil.75	Bases légales <u>Art. 15 Codes des sociétés</u>

Entreprise	Société
Notion plus large : - comprend des personnes physiques – commerçants - support juridique d'une entreprise dans laquelle il y a des travailleurs	Notion plus restreinte : - ne comprend pas des commerçants personnes physiques - ne concerne que les associés qui s'y trouvent

§2. Sociétés isolées et sociétés faisant partie d'un groupe

- Le fait qu'une société s'intègre dans un groupe implique que la législation spécifique lui soit applicable L'article 6 définit ce qu'est un petit groupe de société. L'article 6 définit les sociétés mères-filles et leurs relations. Cet article est important pour l'application des articles 524, 620 et 627.

EX : la filiale cotée est contrôlée par la société-mère malgré son indépendance juridique. Cela implique dans cette filiale d'instaurer une série des protections à l'égard des créanciers minoritaires

EX : l'entreprise-mère est parfois rendue responsable des faits de ses filiales

§3. Sociétés faisant ou ayant fait appel à l'épargne publique

- Application qu'aux sociétés anonymes (= société des capitaux dans laquelle la personnalité des associés n'est pas déterminante)
- Une société qui fait appel public à l'épargne est celle qui fait un appel public par une
 - offre publique en souscription (438 CS)
 - offre publique en vente : elle propose à la vente
 - s'inscrit dans un marché financier et obtient une cote : une société cotée est celle qui fait nécessairement appel public à l'épargne (art. 4)

§4. Sociétés commerciales et sociétés civiles à caractère commercial (Art 3 CS)

- La nature d'une société civile ou commerciale est déterminée par son objet

EX : une SPRL est à caractère commercial, mais peut être civile ou commerciale par objet. Par exemple, le médecin a une SPRL à caractère commercial, mais poursuit un objet civil.

EX : la SPRL dont l'objet est commercial : société commerciale dont l'objet est commercial

EX : la SPRL commerciale sans forme civile : elle n'a pas de personnalité juridique

EX : la société civile à forme civile : médecin qui ne constitue pas de SPRL, mais qui rédige un contrat civil.
- L'adoption de la forme commerciale est la seule façon d'acquérir la personnalité juridique

§5. Société spéciales

- C'est le cas de la société agricole qui est une société civile avec une personnalité juridique. C'est donc une exception (art. 2 et 789 CS)

- C'est le cas de groupement d'intérêt économique : il est considéré comme une société, mais dont l'objet est accessoire et limité qui vise à développer l'activité économique de ses membres et d'accroître l'activité.

EX : la société qui fabrique les bouteilles et dont les membres sont des brasseurs.

§6. Sociétés avec et sans personnalité juridique

- En dehors de la société agricole, les sociétés civiles, les sociétés de droit commun, la société momentanée et la société interne n'ont pas la personnalité juridique (art.2)

§7. Société momentanée

- Elle n'a pas de personnalité juridique : elle entre en concurrence avec un entrepreneur pour décrocher un marché public. Elle est momentanée, parce que la vie de la société s'achève en même temps que l'accomplissement du marché public.

§8. Société interne

- Celle qui pour l'extérieur ne se présente pas comme une société existante
- Entre deux ou trois personnes il y a une société, mais cela ne se sait pas à l'extérieur

§9. Sociétés de personnes ayant la personnalité juridique et sociétés de capitaux

- Comparez les « sociétés de capitaux » aux « sociétés de personnes ».

La distinction n'est pas vraiment tranchée, parce qu'il y a des sociétés hybrides, comme la SPRL.

Cette distinction repose sur la distinction entre la société à responsabilité limitée et la société à responsabilité illimitée.

A) SOCIÉTÉS DE PERSONNES :

Les sociétés de personnes sont constituées INTUITU PERSONNAE : la personnalité de leurs membres est déterminante au moment de fonder la société et lors de l'admission des autres associés.

Société à responsabilité illimitée	Société à responsabilité limitée ou hybride
En ce qui concerne le caractère déterminant de l'intuitu personnae: ➔ + fort Les associés sont <u>tenus personnellement des dettes sociales</u> car la connaissance réciproque de l'identité des débiteurs solidaires est nécessaire pour que chacun puisse apprécier la solvabilité des co-associés et évaluer les risques qu'il court. 2 caractéristiques résultant de la nature personnelle	En ce qui concerne le caractère déterminant de l'intuitu personnae: ➔ - fort Les associés <u>n'engagent ici que leurs apports</u> . Le caractère intuitu personnae n'a pas la même portée financière mais justifie encore que les associés soient identifiables et que les titres représentatifs du capital ne soient pas librement cessibles. Caractéristiques :

de la société :

- 1) Incessibilité des parts sans le consentement de tous les associés, même à un autre associé ;
- 2) Dissolution de la société en raison d'évènements touchant la personne d'un associé (décès, interdiction, faillite)

Types de sociétés de personnes à responsabilité illimitée:

- La société en nom collectif
- associés tenus indéfiniment et solidairement des engagements sociaux et sont commerçants si la société a un objet commercial
- La société en commandite simple
- comprend des commanditaires qui ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports
- comprend de commandités qui gèrent et sont indéfiniment responsable

- Les sociétés coopératives à responsabilité illimitée

➔ Ici exception aux deux caractéristiques résultant de la nature personnelle :

- cessibilité des parts à des associés ;
- la dissolution ne résulte pas d'évènement personnel à un associé

Statuts ➔ modification à l'unanimité

Associés ne peuvent faire concurrence à la société ➔ principe de l'exécution de bonne foi (pas appliqué aux sociétés de capitaux)

- 1) Cessibilité des parts à certaines conditions
- 2) Pas de nullité en cas de vice de consentement d'associé
- 3) Pas dissolution lors du décès d'un associé

Types de sociétés de personnes à responsabilité limitée :

- Société privée à responsabilité limitée
- La société en commandite simple
- Les sociétés coopératives à responsabilité limitée

// avec sociétés de Capitaux

- Sont représentées par des organes dont limitations de pouvoirs sont inopposables à tiers ;
- Elles offrent à leurs associés la possibilité limiter leur responsabilité à leurs apports tout en leur imposant des obligations corrélatives de protection de capital qualifiées de « d'intangible ».

Différence avec sociétés de Capitaux :

- Pas avoir recours à l'appel public à l'épargne pour se financer.

Modification des statuts ➔ plus facilement

B) SOCIÉTÉS DE CAPITAL

- Sociétés dans lesquelles la personnalité de l'associé n'est pas importante. ➔ Prééminence de la dimension patrimoniale.
- Sociétés de capitaux sont :
 - Société anonyme ;
 - Société en commandite par actions comprenant des commandites et commanditaires (= actionnaires) possédant des actions et pas des parts
- Il arrive que, soit dans les statuts, soit dans les conventions ultérieures, des règles d'approbation par le Conseil général autorise l'adhésion d'un nouvel associé. Pratique dans laquelle la personnalité de l'adhérant sera prise en compte.
- Toutes les sociétés de capitaux sont à responsabilité limitée
- Caractéristiques :
 - Les actionnaires n'engagent que leur apport (sous réserve des obligations des commandités)
 - Intangibilité du Capital : on protège le capital contre éventuelle volonté des actionnaires de reprendre l'argent

EX : lorsque l'actif net est en dessous du capital, il n'y a pas de distribution de l'argent, car cela toucherait alors au capital commun mis par tous les associés.

- Les causes de nullité affectant la personne des associés n'affectent en aucun cas l'existence de la société.
- La cession des actions entre vifs est libre.
- La modification des statuts → possible moyennant la majorité qualifiée. Les actionnaires peuvent renforcer les exigences de majorité ou s'en tenir au régime commun qui est l'unanimité.
- Les organes ont le pouvoir de représentation qui ne peut pas être limité par les statuts ou dont les limitations par les statuts ne sont pas opposables à tiers.
- Doivent avoir un Capital minimum

- Quel est le critère décisif pour affirmer qu'une société est « commerciale » ?

Pour savoir si on a affaire à une société civile ou une société commerciale, c'est l'objet statutaire qui est le critère décisif et non l'activité réellement exercée par la société (art. 3, § 2): Donc si l'objet est commercial on a une société commerciale et si l'objet est civil, on a une société civile

- Quelles sont les conditions de validité (forme et fond) du contrat de société ?

Section 1 : Forme du contrat

- Si le contrat de société est consensuel : l'écrit n'est nécessaire que pour satisfaire les exigences de preuve. (art. 49) Les sociétés civiles sont soumises aux règles du droit civil - > voir objet statutaire.
- Le Code des sociétés n'impose pas l'écrit pour les sociétés momentanées ou les sociétés internes même si elles font.
- Pour les sociétés dont l'ambition est d'acquérir la personnalité juridique, l'écrit est obligatoire car il doit être déposé au tribunal de commerce
- Pour les sociétés des personnes, groupement d'intérêt économique, société agricole le choix est laissé entre acte authentique et l'acte sous seing privé. Pour ce dernier il faut autant d'originaux que les parties au contrat.
- Lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée (Capitaux et hybride), le législateur exige l'intervention d'un notaire. Ce dernier est censé offrir la garantie de vérification de la consistance du capital. Pour cela, les fondateurs doivent déposer un plan financier. Les modifications apportées aux contrats doivent également être passées chez le notaire
- Exigences sanctionnées par la NULLITE

Section 2 : Conditions de validité

§1. Pluralité de fondateurs

- Il en faut 2 au minimum SAUF pour les coopératives où il faut 3.
- Disposition sanctionnée à peine Nullité
- Exception pour la SPRLU où un seul associé va créer la société, mais il ne fait pas de contrat et passe directement à l'acquisition de la personnalité juridique

- La réunion de toutes les parts entre les mains d'un seul associé n'entraîne pas la disparition des sociétés hybrides. Mais cela entraîne la dissolution de la coopérative et de personnes.
- Depuis 1987 et la réforme de la législation relative des régimes matrimoniaux, les époux comptent séparément comme les associés s'ils détiennent chacun individuellement des actions au porteur.

§2. Capacité (art. 1108 CC)

- Un mineur devra agir par le biais de son tuteur et il faudra l'accord du juge de paix pour l'apport de l'immeuble, même si il est émancipé.
- L'apport d'un bien propre et d'un bien commun peut être effectué par chacun des époux puisque chacun dispose d'un pouvoir de disposition. Mais L'accord des deux époux est requis.

§3. Absence de vices de consentement (art. 1110 CC)

- Dans certains cas le vice de consentement peut justifier l'annulation de la société
- Pour les sociétés des capitaux, le vice d'un n'entraîne pas la disparition, pas de conséquence sur la validité de la société.
- Pour les sociétés intuitu personae le vice de consentement peut entraîner la nullité, sauf si il est démontré que la personnalité de l'associé n'est pas importante.
- L'erreur peut porter sur la valeur des parts car ce sont les actions qu'on acquiert et non pas la société. Le dol si recours a des manœuvres frauduleuses pour associer une personne.

§4. Objet et cause

- La cause est l'attribution des droits de l'associé : droits sociaux reçus en contrepartie de leur apport.
- L'objet est l'activité économique, il doit être licite ou en accord avec l'ordre public et dans le commerce → Si pas : Nullité. L'objet statutaire est la cause de l'obligation.
- Dans les sociétés de capitaux c'est l'objet statutaire qui est pris en considération et non pas l'activité pour voir la licéité de l'objet.

EX : une société civile à forme commerciale peut être contraire à l'ordre public puisqu'elle viole la déontologie de l'art de guérir dans le cas où c'est un médecin et un pharmacien qui s'associent pour fournir des médicaments.

- La cause n'est pas importante pour les sociétés de capitaux

EX : on ne peut pas annuler la société de capitaux si son activité est illicite, mais son objet statutaire est licite comme un hôtel, mais qui se livre à des proxénètes.
Objet licite mais pas la cause

- Quelle est la portée de la prohibition des pactes léonins ?

- Clause léonine
→ Clause qui a pour objet de porter atteinte au pacte social ou qui produit les mêmes effets ou tend aux mêmes fins, clause qui affranchirait un associé des pertes ou qui attribuerait tout à un.

- Seule la clause est réputée non écrite (SA Art. 455)
- Ensemble du statut est considéré nul (pour certaines entreprises)

- L'article 32 est d'ordre public

- Cette disposition ne peut pas être couverte
- Un associé ne peut pas renoncer à la couverture de l'article 32

- La prohibition s'étend

- Aux statuts
- Aux conventions annexes aux statuts

EX : si un associé stipule dans une convention annexe que c'est un prêt qu'il a consenti et non un apport, cela sera nul

- Cas particulier : Opération de portage/ Convention de portage

➔ Convention aux termes de laquelle une personne s'engage contre rémunération à porter temporairement des actions (= à les détenir)

- Si la valeur des actions baisse, il obtiendra la valeur investie initialement
- A priori, toutes les conventions de portage ne tombent pas sous le coup de l'article 32. : si la convention de portage ne porte pas atteinte au pacte social, sa validité ne sera pas remise en cause sous prétexte qu'elle pourrait contrevenir à l'art 32.

➔ *Tombent sous le coup de l'article 32 :*

- les conventions conclues entre les souscripteurs à l'occasion de la souscription du capital ou d'une augmentation de capital lorsqu'elles ont pour effet de garantir à l'un d'entre eux à récupérer la mise initiale se quels que soient les résultats des activités sociales. On considère que cette convention est contraire à la notion de société qui comprend l'aléa du risque
- on utilise le critère de l'indépendance causale : la convention peut avoir une clause spécifique
- prohiber les conventions qui portent atteinte au pacte social.

A la lecture de la doctrine et jurisprudence belge et française en la matière, on peut soutenir qu'une opération de portage sera d'autant plus inattaquable au regard de l'art 32 lorsque plusieurs des caractéristiques suivantes sont réunies : (plus on remplit de critère et moins la nullité sera prononcée par le juge...)

- La clause de portage est conventionnelle et non statutaire, ce qui réduit l'apparence d'atteinte au pacte social.
- Le portage concerne des actions déjà émises, qui ont donc déjà subi les aléas de la société durant un certain temps, et non des actions à émettre.
- Le portage est relativement court.
- Quand le portage est partiel.
- Le portage est organisé dans le cadre d'une cession et non d'une souscription d'actions.

- Dans le préambule de la convention de portage, on explique bien quelle est l'intention des parties pour accréditer l'idée qu'il n'y a pas atteinte au pacte social. On peut par exemple expliquer que l'opération de portage est motivée par la volonté du donneur d'ordre de ne pas apparaître comme actionnaire de la société.

- Analysez le régime des apports en société ?

Les apports (art 22)

Qu'elle soit d'origine contractuelle ou individuelle, la société implique des apports. Celui qui n'effectue aucun apport n'acquiert pas la qualité d'associé.

L'apport constitue dès lors une opération par laquelle une personne met à la disposition soit de la société si elle est pourvue de la personnalité morale, soit de l'ensemble des associés si elle ne dispose pas de la personnalité, certains éléments patrimoniaux et les soumet aux aléas sociaux.

Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter (art. 22). Les apports peuvent ne pas être faits de manière égale. L'apport doit porter sur un objet réel et licite. Il doit revêtir une valeur objective.

Il y a deux temps dans l'apport

→ *La souscription* : l'actionnaire s'engage de transférer dans le patrimoine de la société un certain nombre des biens. Elle porte sur l'intégralité de l'apport.

→ *La libération* : l'exécution de la promesse : moment où le bien quitte le patrimoine de l'associé pour entrer dans le patrimoine de la société. Elle peut porter sur une partie de l'apport (= 1/2 de l'apport)

Il est différent d'une vente car il n'y a pas un prix à payer par le bénéficiaire de l'apport.

Vente	Apport
Contrepartie = prix	Contrepartie = titres, actions, parts qui représentent le montant que constitue l'apport

- quasi-apports sont des ventes auxquelles on applique la réglementation des apports. Elles se font dans les deux premières années d'existence de la société.
- Un associé ne peut pas subir un alourdissement de ses engagements. Son seul engagement est de libérer la part souscrite.

Principe : On ne peut pas imposer aux associés de souscrire plus, c'est-à-dire de faire de nouveaux apports pour renforcer la société.

B. TYPES D'APPORT

1. Apport en espèces

- Il s'agit d'apport en euro
- La somme doit être bloquée sur un compte spécial ouvert au nom de la société (on garantit l'existence de l'apport)
- Art. 23 : les intérêts sont dus de plein droit à compter de la date prévue.

2. Apport en nature

- a. Tout apport qui n'est pas en espèce
- b. Biens susceptibles d'évaluation économique
- c. L'actionnaire doit
 - i. Justifier l'utilité de l'apport pour la société
 - ii. Justifier sa valeur économique
- d. Il y a un contrôle effectué par le commissaire-réviseur de la société
- e. Certains actionnaires ont parfois procédé à des ventes et le régime des quasi-apports permet de ramener les apports sous forme d'apport en nature

3. Apport en industrie

- a. N'est possible que pour les SR illimitée
- b. Apport des qualités humaines peut faire objet d'un apport en industrie, il ne peut pas s'agir d'apport en nature. Il s'agit d'apport en savoir-faire
- c. Celui qui fait un apport en industrie s'interdit d'exploiter son savoir faire ailleurs (art.24). Obligation de non-concurrence.

Ex : brevet (droit intel.) qui vient consacrer juridiquement un droit sur des recherches est un apport en nature mais les recherches données par un associé sans découverte seront un apport en industrie.

C. *SANCTION* :

- Les créanciers ont le droit de forcer les associés à réaliser leurs apports (art 199).
- Ils ont une action oblique.
- Ils peuvent se débarrasser du créancier en lui remboursant sa créance à sa valeur après déduction de l'escompte.

A. *APPORT ET CAPITAL*

Apport	Capital social
<ul style="list-style-type: none"> - Fait partie de l'<u>actif social</u> - Un apport fait en fraude des droits de créanciers pourra être annulé par la <u>voie de l'action paulienne</u> - <u>la valeur des apports peut subir des variations selon le marché.</u> 	<ul style="list-style-type: none"> - Est inscrit au <u>Passif</u> - = <u>à la valeur initial des apports</u> → cette valeur variera et les apports pourront être remplacés par d'autres biens. - <u>Reste inchangé</u> sf augmentation de capital....

- Le concept d'*affectio societatis* a-t-il encore une utilité ?

C'est la simple volonté de conclure un contrat de société. té. Cette notion peut paraître inutile puisque le contrat de société requiert le consentement, il est évident qu'il implique l'intention de créer une société. C'est plus un sentiment, une intention qu'un concept, un acte juridique. L'*affectio societatis* est généralement défini comme la volonté qu'ont les cocontractants de coopérer sur pied d'égalité, par leur collaboration, à la réalisation du but commun, en acceptant le partage qu'elle comporte.

Si on conjugue « *affectio societatis* » avec « *ius fraternatis* » « la collaboration entre associés » cela renforce le principe de bonne foi et de loyauté des conventions : les associés sont censés aimer la société et d'agir de bonne foi à l'égard des autres associés.

La sanction si elle fait défaut ne peut être la nullité de la société. En effet, la nullité ne peut être prononcée que dans les cas prévus à l'article 454 (pour les SA) et 227 (pour les SPRL.)

- Examinez le régime des nullités du contrat de société.

- Sociétés hybrides et sociétés des capitaux
 - Absence d'acte authentique
 - L'illicéité de l'objet ou contraire à l'ordre public
 - L'absence de 2 ou trois fondateurs
 - Le vice de consentement peut avoir une conséquence sur le nombre des associés et peut donc provoquer la nullité
 - L'absence de la dénomination de la société
 - L'absence de mention relative au capital et aux apports dans les statuts

EX : la jurisprudence française persiste à déclarer nulle la société dont le but est la fraude à la loi. Une société fictive (les créanciers n'ont pas donné leur consentement) est nulle, mais non inexistante cela permet au fisc d'agir.

1. SA, SCA et SPRL

La nullité ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi. Ces cas sont énumérés aux articles 227 et 454.

2. Société coopérative

Les causes sont aussi énumérées limitativement par l'article 403.

3. Société sans personnalité juridique, SNC et SCS

Pour ces sociétés, le droit commun s'applique.

A. Annulation pour violation des conditions de fond.

On parle ici d'un vice de consentement ou l'illicéité de la société ou sa contrariété à l'OP et aux bonnes mœurs.

B. Annulation pour violation des conditions de forme.

Lorsque la société n'a pas été constituée par acte authentique ou par acte sous seing privé OU l'acte sous seing privé n'a pas respecté l'art 1325 du code civil.

C. Annulation de la société à la suite de l'annulation de l'engagement d'un associé.

Cette annulation est due en raison du caractère *intuitu personae* de la société

D. Clauses léonines (art. 32).

E. Nullité en droit commun

Application de certains mécanismes du code civil.

- La nullité doit être prononcée par une décision judiciaire.
- Elle est opposable aux tiers qu'à partir de la publication.
- La nullité entraîne la dissolution de la société et donc ouvre une période de liquidation.
- Pour restreindre le nombre des sociétés nulles, le tribunal peut accorder un délai de régularisation.

- Distinguez spécialité « légale » et spécialité « statutaire ».

A. La spécialité légale.

Le principe est que les personnes morales ne peuvent accomplir que les actes correspondant aux finalités en vue desquelles le législateur les a instituées. Cette spécialité légale restreint donc leur capacité. Cependant, le principe n'a qu'une portée limitée notamment pour les SA, les SCA et les SPRL, tellement la notion de but de lucre est interprétée de manière large.

Du point de vue de la loi : la société a une capacité en principe strictement limitée à la réalisation d'un bénéfice patrimonial direct ou indirect. Les comportements altruistes ne sont donc pas autorisés sauf à démontrer qu'ils ont des conséquences favorables sur la société. (exemple : octroi de subsides à des fêtes ou à un concours). Sanction=nullité.

Donc, on considère que la société commerciale ne peut faire des libéralités. Exceptions : Mécénat, donation ; sponsoring ; fiscalement, les actes philanthropes sont permis. Ces exceptions sont accomplies de manière individuelle en vue d'atteindre le but social de la société (améliore son image, sa réputation).

B. La spécialité statutaire.

La société ne peut accomplir que les actes juridiques entrant dans le cadre de son objet social (càd activité décrite dans ses statuts).

Cette spécialité statutaire constitue en réalité une limite au pouvoir de représentation des organes de la société. Ceux-ci n'agissent en cette qualité et ne s'identifient avec la société que s'ils restent dans les limites de leurs fonctions telles qu'elles sont définies par la clause statutaire relative à l'objet social.

Le droit européen a limité les conséquences du dépassement de l'objet social pour les SA, SCA, SPRL. Ce dépassement n'aura d'effet que dans l'ordre interne de la société. En effet, dans des sociétés, les dépassements de l'objet social sont inopposables aux tiers de bonne foi càd ceux qui n'avaient pas connaissance du dépassement. L'art. 526 confirme ce principe pour les SA. Donc en définitive, le dépassement de l'objet social n'apparaît que comme un élément d'appréciation de la responsabilité de ses organes

- Comment une société peut-elle acquérir la personnalité morale ?

C'est par la technique juridique qu'on attribue la personnalité à une société.

Au départ, c'est une création de l'homme mais ses conditions d'existence ne peuvent être déterminées que par la loi.

Les sociétés ont en principe la même capacité que les personnes physiques :

- une société peut être administrateur d'une autre société : elle désigne alors une personne physique, qui la représente, pour siéger effectivement au sein du conseil d'administration ; (art. 61, § 2)
- elle peut subir une atteinte à son honneur et un préjudice moral ; depuis 1999, responsabilité pénale ;
- elle jouit des droits inhérents à la personnalité morale et en possède tous les attributs.

Il y a une distinction à faire dans le temps :

- Avant la L. 13 avril 1995 : la personnalité juridique pouvait s'acquérir en concluant un contrat de société à forme sociale
- Depuis la L. 13 avril 1995 : il faut accomplir des formalités : la société acquiert la personnalité juridique par le dépôt de ses statuts au greffe du tribunal de commerce du lieu de son siège social (art 2, §4).

En l'absence de ce dépôt, elle est soumise aux règles concernant la société de droit commun, purement contractuelle et dépourvue de personnalité.

La théorie des cadres légaux obligatoires disparaît ou du moins se réfère désormais à la société de droit commun. Lorsqu'on gère ensemble en dehors de la personnalité juridique, il faut établir des écrits

- Quel est le sort des opérations conclues pour une société en formation ?

Dans la phase qui précède l'élaboration des statuts, les promoteurs de la société sont amenés à prendre des engagements au nom et pour le compte de la société en formation.

Les promoteurs ne seront pas tenus personnellement si :

- la société acquiert la personnalité juridique dans les deux ans suivant le dépôt;
- les engagements sont repris par elle dans les deux mois de l'acquisition de la personnalité juridique.

Ces deux conditions sont cumulatives donc les deux doivent être remplies.

L'engagement est alors réputé avoir été contracté par la société dès l'origine (art. 60). Cet article doit être interprété de manière large. Il s'applique à l'engagement résultant tant d'un contrat que d'un acte unilatéral. Il s'applique aussi quelle que soit la qualité en vertu de laquelle les personnes concernées ont agi. La responsabilité solidaire pèse sur tous ceux qui ont pris l'engagement, indépendamment de leur participation éventuelle à la constitution ultérieure de la société et quel que soit le titre auquel ils sont intervenus. Elle ne concerne cependant pas les fondateurs de la société qui ne seraient pas intervenus.

L'art 60 n'est pas d'ordre public donc on peut y déroger pour aggraver ou amoindrir la responsabilité du ou des promoteur(s).

Condition suspensive ou condition résolutoire ?

Pour des raisons pratiques on a opté pour la solution selon laquelle les promoteurs sont engagés sous la condition résolutoire d'acquisition de la personnalité juridique de la société. Cela veut dire que les promoteurs peuvent exploiter le fonds de commerce.

Dans le cas de contrats synallagmatiques à prestations successives, l'engagement sous condition résolutoire est plus pratique.

Une fois que la société a repris les engagements, c'est elle qui devient liée. Et si elle devient insolvable, ce sera problématique pour les créanciers, les promoteurs étant déliés.

- Analysez les conséquences attachées à l'acquisition de la personnalité morale.

Elle aura un nom, un siège, une nationalité, un patrimoine propre. La société est engagée par ses organes et assume la responsabilité pénale et la responsabilité civile.

§1. Le patrimoine social

C'est la somme des différents apports qui ont été effectués.

Dans les sociétés à responsabilité limitée (SRL), il se distingue clairement du patrimoine des associés, les créanciers de la société ne pouvant exercer leur droit que sur ce patrimoine social.

Ce n'est que dans les seuls cas où la loi prévoit la responsabilité illimitée des associés que les créanciers pourront aussi agir contre les associés et que les créanciers de la société pourront aller au-delà si les actifs de la société sont insuffisants.

Dans les deux types de sociétés, les créanciers personnels d'un des associés ne peuvent atteindre le patrimoine de la société. Ils pourront saisir les parts ou actions mais pas les biens sociaux.

La société n'a qu'un patrimoine. Ce patrimoine doit être affecté à la réalisation de l'objet social et à la satisfaction de l'intérêt commun des associés et de la société elle-même.

- Une société est un être moral créé en vue d'une activité lucrative et ne saurait rien posséder qui ne soit affecté à cette fin ;
- Tous ses avoirs, quelle qu'en soit l'origine, ont nécessairement un caractère professionnel.

§2. Représentation de la société par ses organes

A. Principe

La personne morale est incarnée par les personnes physiques qui sont ses organes, dont les pouvoirs sont déterminés par le Code, l'objet social et les clauses statutaires (art. 61).

Il y a un effet plus fort que celui qui existe entre mandant et mandataire.

L'art 61 stipule le principe de la transparence de l'organe :

- Ses actes engagent la société et ses pouvoirs sont limités par l'objet social.
- Il exprime la volonté de la personne morale d'une manière immédiate et ne doit pas disposer d'une procuration.
- Il « est » la personne morale qui s'incarne en lui.

Les statuts ne peuvent créer des organes qui ne seraient pas prévus par la loi :

- La loi limite le nombre d'organes.

- La société peut attribuer l'organe à une personne donnée (c'est rare)

On distingue :

- ⇒ Les organes de délibération : c'est l'AG. Elle agit dans l'ordre interne de la société.
- ⇒ Les organes de décision relative à la gestion de la société c'est-à-dire tant les actes d'administration que les actes de disposition.
- ⇒ Les organes de représentation : elles sont en principes identiques aux organes de gestion. cependant, dans les sociétés par actions et à responsabilité limitée, les statuts peuvent confier les fonctions de représentation ~ un ou plusieurs administrateurs ou gérants (art. 522, art. 257 et 657).
- ⇒ Les organes de contrôle. Ce sont les commissaires (art. 130 et suivants). Dans les petites sociétés qui n'ont pas l'obligation de désigner un commissaire, chaque associé est investie des pouvoirs de contrôle.

Le commissaire-réviseur est un organe de contrôle.

- Pour la SPRL et la Coopérative : il s'agit du gérant.
 - Pour la société en commandite, c'est uniquement le commandité qui est l'organe de gestion.
- ⇒ Les organes de liquidation. , Ce sont les liquidateurs qui ne sont désignés qu'au moment de la dissolution de la société et qui sont chargés de la liquidation de celle-ci (art.184 et s).

B. Comparution de la société en justice

La société comparait en justice par un organe ponctuel, une personne physique qui a reçu la qualité de l'organe. Conformément à la théorie de l'organe, la société représentée par son organe comparaît dès lors en personne (art. 728, CJ).

C. Détermination des organes de la société

Les organes sociaux sont déterminés par la loi.

- Pour les sociétés en nom collectif : un ou plusieurs gérants ;
- Pour les sociétés en commandite : les commandités ou une partie d'entre eux ;
- Pour les sociétés anonymes : le conseil d'administration et le ou les délégués à la gestion journalière formant, le cas échéant, un comité de direction ;
- Pour les SPRL : un ou plusieurs gérants ;
- Pour les coopératives : un ou plusieurs gérants.

D. Responsabilités

1. Responsabilité des organes

En vertu du principe de la transparence des organes, ceux-ci ne contractent aucune responsabilité personnelle en raison de la gestion de la société (art. 61). Cette immunité de principe connaît cependant des limites. On peut engager la responsabilité personnelle des administrateurs ou des gérants à l'égard de la société soit pour faute dans l'exécution de leur

mandat ou faute de gestion (art. 527 SA et 262 SPRL), soit pour violation du Code des sociétés ou des statuts (art. 528 SA et 263 SPRL).

En interne, ils peuvent cependant être responsables vis-à-vis de la société.

2. Responsabilité de la société

La responsabilité de la société peut être contractuelle et aquilienne pour autant que l'organe ait agi dans les limites de ses compétences et de ses attributions (« dès que l'acte illicite entre dans la sphère de compétence de l'organe »).

Lorsque l'organe ne respecte pas les statuts et le Code des sociétés, il peut être responsable à l'égard non seulement de la société, mais également à l'égard des tiers. Cette responsabilité est solidaire. La société sera engagée en vertu de 1382 et non 1384, l'organe n'étant pas un préposé de la société mais s'identifiant à celle-ci.

3. Responsabilité pénale

Elle existe depuis 1999 et vise les personnes morales de droit privé et de droit public. Les sanctions pénales doivent être adaptées. Amendes jusque mise en liquidation d'une société (Art. 5 CP).

§3. Nom des sociétés

La société est désignée par une dénomination sociale qui doit être différente de celle de tout autre société (art. 65).

Le nom des sociétés est protégé. Il évite le risque de confusion des sociétés et tout intéressé peut le faire modifier et réclamer des dommages et intérêts s'il est identique ou si la ressemblance peut induire en erreur (risque de confusion).

Nom de la société	Nom commercial
Protégé par 65	Ex : les restos de même chaîne
Risque de confusion abstrait	Risque de confusion concrète : <ul style="list-style-type: none"> ➤ Similarité d'objets sociaux ➤ Similarité de zone d'activité ➤ Similarité de clientèle

Il ne faut pas nécessairement que ce soit des dénominations originales, mais il faut qu'elle soit suffisamment distinctive pour être protégée par rapport à une dénomination.

Le risque de confusion est un risque qui doit s'apprécier dans l'abstrait, sans qu'il faille vérifier que les sociétés concernées soient des concurrentes, qu'elles exploitent des entreprises semblables ou qu'elles aient une implantation ou un rayon géographique identique ou comparable. On s'intéresse uniquement au risque de confusion abstrait.

FUSSE SUSSE

§4. Domicile de la société

Le domicile est le siège social de la société et peut avoir une influence quant à

- la nationalité ;

- la compétence judiciaire ;
- la compétence de l'administration fiscale.

Pour la jurisprudence, le siège social est le siège réel et non le siège statutaire.

Les art 56 et s. consacrent la théorie du siège réel. Cet article a été abrogé par le Code de droit international privé et a été remplacé par plusieurs dispositions :

- Art 4 CDIP définit le domicile de la personne morale : c'est le lieu où la personne morale a son siège statutaire ;
- Art 4, §2, 2° définit la résidence habituelle : c'est le principal établissement : le centre des affaires, le centre de décision et à titre subsidiaire, le siège statutaire ➔ siège réel ;
- Art 109 énonce les critères de compétence des tribunaux : on utilise les deux critères ;
- Art 110 règle la question du droit applicable et se réfère au principal établissement depuis la constitution de la société.

Le déplacement du siège social :

Il n'est en principe opposable aux tiers que s'il a fait l'objet de la publicité que prescrit le Code des sociétés. Il faut aussi que le déplacement corresponde à la réalité.

- Si l'on reste dans la même commune, le Conseil d'administration le fait ;
- Si l'on change de commune, c'est l'Assemblée générale qui est compétente car il faut changer des statuts ;
- Si l'on effectue le déplacement transfrontalier, les règles sont complexes.

§5. Nationalité de la société

La nationalité d'une société constitue son critère de rattachement à une législation nationale qui détermine les conditions de sa création, de son fonctionnement et de sa dissolution. Elle détermine la base juridique applicable à la société.

Plusieurs critères de rattachement :

- Nationalité de la majorité des associés (non retenu en droit belge)
- Critère de l'acte de naissance du lieu de la constitution de la société (retenu en droit anglo-saxon)
- Critère du siège statutaire ou du siège réel
-

Le critère retenu par l'article 110 du CDIP est celui du lieu où la société a son principal établissement (critère du *jus soli*). . Donc toute société dont le siège réel est en Belgique est régie par la loi belge.

- Expliquez la théorie de l'organe.

La théorie de l'organe implique que les sociétés dotées de la personnalité juridique soient engagées directement par les actes accomplis par les organes. Il y a une transparence quand un organe commet un acte, il peut engager la société.

Si l'organe dépasse ses pouvoirs, on considère que les limitations apportées par la société elle-même ne sont pas opposables au co-contractant. C'est la loi qui l'emporte sur les statuts.

L'art 61 stipule le principe de la transparence de l'organe :

- Ses actes engagent la société et ses pouvoirs sont limités par l'objet social.
- Il exprime la volonté de la personne morale d'une manière immédiate et ne doit pas disposer d'une procuration.
- Il « est » la personne morale qui s'incarne en lui.

Les statuts ne peuvent créer des organes qui ne seraient pas prévus par la loi :

- La loi limite le nombre d'organes.
- La société peut attribuer l'organe à une personne donnée (c'est rare).

- La dénomination d'une société est-elle protégée ?

La société est désignée par une dénomination sociale qui doit être différente de celle de tout autre société (art. 65).

Le nom des sociétés est protégé. Il évite le risque de confusion des sociétés et tout intéressé peut le faire modifier et réclamer des dommages et intérêts s'il est identique ou si la ressemblance peut induire en erreur (risque de confusion).

- En quoi le siège social est-il un critère déterminant ?

Le domicile est le **siège social** de la société et peut avoir une influence quant à

- la nationalité ;
- la compétence judiciaire ;
- la compétence de l'administration fiscale.

- Peut-on dire qu'une société possède telle ou telle nationalité ?

La nationalité d'une société constitue son critère de rattachement à une législation nationale qui détermine les conditions de sa création, de son fonctionnement et de sa dissolution. **Elle détermine la base juridique applicable à la société.**

Plusieurs critères de rattachement :

- Nationalité de la majorité des associés (non retenu en droit belge)
- Critère de l'acte de naissance du lieu de la constitution de la société (retenu en droit anglo-saxon)
- Critère du siège statutaire ou du siège réel

Le critère retenu par l'article 110 du CDIP est celui du lieu où la société a son principal établissement (critère du *jus soli*). . Donc toute société dont le siège réel est en Belgique est régie par la loi belge.

- Analysez les causes de la dissolution d'une société.

Section 1 : Causes de dissolution communes à toutes les sociétés

Sauf dans les cas extrêmes, l'inactivité prolongée d'une société n'entraîne pas sa dissolution.

La dissolution n'entraîne pas immédiatement la fin de la société : après la dissolution, la société entre dans la période de liquidation. Le liquidateur peut la continuer provisoirement et apporter à une autre société le patrimoine de la société dissoute.

§1. Dissolution de plein droit (Art. 39)

A. Arrivée du terme statutaire

La société est dissoute par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée.

Cela implique que la société est à durée déterminée.

Si un terme est fixé, rien n'empêche les associés de proroger l'existence (art. 40).

B. Extinction de la chose ou consommation de la négociation ou l'impossibilité de réaliser l'objet social

- Extinction de la chose :

C'est rare aujourd'hui, notamment parce que l'objet social d'une société est défini d'une façon large. C'est le cas par exemple d'une société momentanée qui va se dissoudre parce que l'objet pour lequel elle a été constituée n'a plus de raison d'être puisque la négociation a eu lieu.

- Consommation de la négociation :

C'est le cas d'une société où toute l'activité était centrée sur l'exploitation d'un brevet. Avec l'extinction ou la vente du brevet, elle va être dissoute.

- Impossibilité de réaliser l'objet social :

C'est le cas de la société qui perd tout son patrimoine.

C. Faillite

La faillite, s'il n'y a pas excusabilité, entraîne de plein droit la dissolution de la société et la nomination d'un curateur qui s'apparente à un liquidateur.

§2. Dissolution par la volonté des associés ou par décision judiciaire

A. Décision de dissoudre la société

Les associés peuvent décider de dissoudre la société, dans les conditions prescrites pour les modifications des statuts.

B. Dissolution judiciaire

1. Dissolution pour justes motifs

La dissolution pour justes motifs s'applique à toutes les sociétés, qu'elles soient à durée déterminée ou à durée indéterminée (art. 45). La disposition est impérative.

L'existence et la portée des justes motifs sont laissées à l'appréciation du juge. Cette appréciation ne peut être restreinte, par exemple en limitant la dissolution à des motifs déterminés.

L'action doit être dirigée contre la société. L'action en dissolution n'appartient qu'aux associés et non aux créanciers.

Les justes motifs pouvant entraîner la dissolution sont :

- L'inexécution par un engagé de ses engagements :
Cette inexécution doit compromettre le bon fonctionnement de la société.

- Des difficultés graves d'exploitation :

Ex : activité de la société continuellement déficitaire, sans espoir de redressement.

- La mésintelligence grave :

Pour entraîner la dissolution de la société, cette mésintelligence entre associés doit être persistante et d'une gravité telle qu'elle compromet la situation de la société.

La dissolution judiciaire ne doit pas être prononcée quand il existe d'autres moyens permettant à la société de reprendre une vie sociale normale.

2. Annulation de la société

Le jugement qui prononce l'annulation d'une société produit les effets d'une dissolution (art. 175).

3. Dissolution judiciaire des sociétés inactives

Si une société reste en défaut de déposer ses comptes annuels pour trois exercices consécutifs, le tribunal peut prononcer sa dissolution à la demande de tout intéressé ou du ministère public (art. 182).

- Définissez la société de droit commun, la société interne et la société momentanée.

CHAPITRE 1 – Société du droit commun

La société de droit commun est une société qui ne bénéficie pas de la personnalité juridique. L'art 46 du Code des sociétés précise si son objet est civil ou commercial (art. 46).

Section 1 : Preuve

La preuve de l'existence de ce contrat de société diffère selon que l'objet est civil ou commercial (art. 49).

Section 2 : Engagements

Les articles 50 et 51 règlent les questions de l'engagement :

Un associé n'engage d'autres associés que :

- s'ils lui ont donné un pouvoir (le mandat),
- si la chose tourne à l'avantage de la société (art. 50 et 51).

Si les associés sont tenus envers des tiers :

- La responsabilité est solidaire si l'objet est commercial (art. 52) ;
- La responsabilité est en proportion si l'objet est civil. Simple relation contractuelle des associés.

CHAPITRE 2 – Société momentanée

Section 1 : Notion (art. 47)

La société momentanée a pour objet de « *traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations commerciales déterminées* ». Il s'agit d'une société éphémère et qui n'a aucune personnalité morale. n. Ce qui fait son caractère essentiel c'est qu'elle se limite à un nombre restreint d'opérations. De nombreuses sociétés momentanées sont utilisées dans le domaine de la construction pour la soumission ou l'exécution de travaux.

Exemples : Certains entrepreneurs forment une société momentanée pour déposer des soumissions dans le cadre du marché public, qui obtiennent le marché et le réalisent sous le couvert de la société momentanée. C'est le cas des chantiers publics.

La commercialité de ce type de société découle de l'objet qui est de faire de concert des actes de commerces. Aucune formalité particulière de type « publicité » ne leur est assujettie. Si la société exerce une activité autre que celle qui est inscrite dans son objet, elle sera dissoute de plein droit.

L'absence de personnalité a des conséquences :

- Absence du patrimoine social ;
- Absence de domicile ;
- Absence de créanciers sociaux :
 - Art 53 : les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils traitent ;
 - Il faut assigner individuellement un associé
- Absence de raison ou de dénomination sociale : les associés traitent conjointement, mais ils ne placent pas leurs affaires sous une même raison sociale.

Donc la société momentanée est fort proche de la société en nom collectif et devrait prendre ce statut.

Les rapports entre partenaires sont ceux que leur libre convention a fixée : la convention de société règle les profits et les pertes de chacun des associés, la fin de la société, une clause d'arbitrage, etc.

Section 2 : Causes de dissolution

1. La résolution

En cas de violation des obligations contractuelles qui furent signées.

4. Le décès, la faillite ou la mésintelligence grave d'un des associés

C'est le propre des sociétés intuitu personae.

Section 3 : Faillite

La création d'une société momentanée n'ayant pas pour effet de constituer un patrimoine distinct de celui des associés, les associés sont, en principe, débiteurs directs ou créanciers directs des tiers quant aux obligations qui naissent de leur activité commune.

Ils doivent cependant respecter les effets internes de la convention de société momentanée, notamment la clause de l'indivisibilité des comptes.

CHAPITRE 3 – Société interne

Section 1 : Notion (art. 48)

Les sociétés internes sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers.

Ce sont des « *sociétés par lesquelles une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom* » (art. 48).

L'absence de personnalité morale est un trait essentiel de la société interne.

Le gérant agit seul et il ne divulgue pas ce qui le lie aux autres participants, il n'y a pas de manifestation extérieure : les tiers ne connaissent que le gérant qui se présente à eux.

Elle s'inscrit dans le cadre d'une coopération industrielle, financière ou commerciale. Elles sont caractérisées par leur caractère occulte. Elle n'a aucune vie extérieure. Elle n'est société que vers l'intérieur.

L'*intuitu personae* est important ce qui explique que :

- Les parts sont incessibles ;
- Le contrat de société se résout en cas de décès ou de faillite du gérant.

Exemples :

- certaines conventions de croupier

- Achat en commun d'un stock
- Exploitation d'un brevet
- Appel Mons 1978 : une SPRL et son gérant s'étaient noués des relations internes pour l'exploitation d'une carrière appartenant au gérant.

§1. Comparaison avec une société momentanée

Société momentanée	Société interne
Aucune raison sociale	
Aucune personnalité juridique	
L'associé momentané ne doit pas rester en coulisse.	
	Peut se conclure pour une longue durée et ne doit pas être confinée à quelques opérations.

§2. Comparaison avec une vraie société en commandite

Les tiers peuvent savoir qu'ils sont en présence d'une commandite, ce qu'on interdit au commandité est de s'initier à la gestion et faire croire au tiers qu'il est le gestionnaire.

La société interne n'est que contrat entre le gérant et le participant.

Société en commandite	Société interne
Aucune raison sociale.	
	Aucune personnalité morale.
Il ne faut pas publier la valeur.	
Pas nécessairement une limitation de responsabilité chez le participant comme chez le commanditaire.	

Section 2 : Rapports des participants entre eux

§1. Principe de liberté mais existence d'un risque de société

Les participants conviennent ensemble et librement de ce que chacun d'eux va apporter, de la quote-part des profits ou des pertes, de la portée, de la durée de leur accord, du règlement des profits, etc.

Il doit s'agir d'une société, c'est-à-dire qu'il faut un aléa subi en commun.

Il y a une collaboration en interne entre les parties : les tiers ne le voient pas, mais elle existe. Il est parfois délicat de faire la distinction entre l'apport d'un participant et un prêt. Une « participation » aux bénéfices peut être prévue dans un prêt de rémunération ou comme complément d'intérêt.

Il semble que le meilleur test est de vérifier s'il y a ou non collaboration entre les parties. Cette collaboration peut prendre différentes formes :

- conseil donné par le participant ;
- autorisation dont le gérant doit se munir ;

- contrôle des comptes.

Tout cela avec la limite absolue de ne pas se révéler aux tiers comme un associé.

§2. Apports

Les apports sont indispensables de la part de chaque participant.

Quelle est la forme juridique des apports ?

- Les apports en fonds.
- Les apports en service.
- Les apports en industrie.

Comme la société interne n'a pas de personnalité morale, il n'y a pas de patrimoine autonome auquel, comme dans une société personnifiée, les apports seraient transférés.

Voilà pourquoi s'agissant d'un bien :

- Soit le participant reste le propriétaire du bien, mais il le met à disposition de tous les associés ;
- Soit le participant transfère la propriété du bien en faveur du gérant.
- Soit il se crée une indivision.
→ L'absence de personnalité morale n'entraîne pas l'inexistence d'un patrimoine commun mais celui-ci au lieu d'être propre à la société sera indivis entre les associés.

Quid de la plus-value de l'apport ?

Lorsque l'apport reste la propriété du participant, il y a normalement des profits qui seront partagés entre les participants et l'associé gérant.

Mais que se passe-t-il quand la plus value qui en effet est intrinsèque au bien ne peut être partagée ?

→ La plus value revient à l'associé qui est resté propriétaire du bien.

§3. Gérance

Les participants doivent rester dans l'ombre. On choisira un gérant qui, seul et en son nom, agira au grand jour pour le compte de tous. Le gérant a tous les pouvoirs pour réaliser l'objet social. Il doit être l'un des associés et c'est parfois à tour de rôle qu'un associé devient gérant.

Le gérant n'est pas révocable s'il a été nommé dans le contrat. Dans ce cas là on ne peut le révoquer que pour un motif légitime, mais alors il y aura la dissolution de la société.

Le gérant doit être de bonne foi et se plier aux exigences de la société, il ne peut pas détourner le profit qu'il a réalisé pour son propre compte.

§4. Comptes sociaux

La société est un simple compte de gains et pertes.

Il ne peut y avoir une clause léonine : un associé ne peut pas s'approprier tous les gains ou se prémunir de toutes les pertes.

Mais il n'est pas exclu qu'un des associés limite sa responsabilité, mais dans ce cas là, les tiers ne peuvent pas voir s'opposer une telle clause.

Il n'y a pas vraiment une liquidation à la fin du contrat. Il y a un compte à établir et non un actif à réaliser et à partager. Les dispositions relatives à la liquidation des sociétés sont donc inapplicables, sauf si les parties l'ont voulu.

Section 3 : Rapports avec les tiers

Les tiers ne sont pas au courant de l'existence de l'entreprise.

- Conséquences :

- Les accords entre les associés ne doivent pas être publiés.
- Il n'y a pas d'émission des titres de participation ou de titres négociables.
- Pas de raison sociale, de signature sociale, de siège social, de nationalité, de droit d'action en justice.
- Pas possible de condamner la société en justice.

→ Le gérant n'agit pas comme mandataire mais en son nom propre et il s'arrange par après. Il n'engage activement ou passivement que lui-même.

- Pas possible de déclarer la société en faillite.
- Pas possible de soumettre la société à l'impôt des sociétés car c'est dans le chef des associés que l'impôt sera prélevé.

Si les tiers se doutent qu'il y a une société interne, ce doute ne suffit pas à disqualifier la société interne en une autre forme de société. Ce qui ne doit pas apparaître à la lumière est l'identité des participants. Si le participant est désigné comme mandataire du gérant, il ne révèle pas sa qualité d'associé.

Il est interdit aux associés d'agir comme membres d'une société qui serait un sujet possible de droits ou d'obligations ou qui serait susceptible d'être gérée ou représentée par un organe « social »

- Les sociétés dépourvues de la personnalité juridique ont-elles un patrimoine ? Les créanciers personnels des associés peuvent-ils agir sur les biens « apportés en société » ?

Absence de patrimoine propre. En effet, ces sociétés n'ont aucun créancier ou débiteur : ce sont uniquement les associés - solidairement tenus sur leur patrimoine privé des obligations contractées dans le cadre de la société - qui supportent les dettes et ont les créances. Les créanciers ayant traité avec la société : amenés alors à entrer en concours avec les créanciers propres de chacun des associés.

Indivision préméditée : Les biens affectés par les associés à l'activité = indivision volontaire et organisée, non soumise aux règles de droit commun de l'indivision (et prend fin quand diss société).

Droits des créanciers personnels (créance étrangère à l'act sociale) des associés : ne peuvent se servir sur les bien apportés en société. L'existence de cette indivision a un effet externe sur les créances personnelles des associés. art 38 : les droits des créanciers personnels sont reportés sur la part qui reviendra à leur débiteur lors du partage du patrimoine commun (réalisé à l'occasion de la diss société).

- Quel est le régime juridique de l'administration des sociétés sans personnalité ?

Chaque fondateur doit effectuer un apport à la société ou à tout le moins s'y engager. Les apports doivent être réels (art. 19, al. 2). Toutefois, ils ne doivent pas être de valeur équivalente.

L'apport s'effectue en espèces ou en nature. L'apport en nature est fréquent dans le cadre des sociétés momentanées où l'apport peut ainsi prendre la forme de mise à disposition de personnel. Il peut également s'effectuer en industrie (art. 19, al. 2). Toutefois, dans le cadre d'une société interne, l'apport réalisé par les simples participants ne peut consister en industrie. Dans le cadre d'une société sans personnalité juridique, l'apport de sa force de travail suffit pour constituer un apport.

L'inexécution de son engagement par l'un des associés n'entraîne pas l'inexistence de la société puisque les créanciers possèdent un recours contre le patrimoine propre de l'associé. Les autres associés seront alors créanciers de l'associé qui n'aura pas encore procédé à la libération de son apport (art. 22).

Le contrat de société est synallagmatique. La non exécution par l'une des parties de son obligation permet dès lors à l'autre partie de suspendre sa propre obligation ou encore de demander la résolution judiciaire du contrat uniquement à l'égard de celui qui a manqué à son obligation (sur base de 1184 C.civ.) ou encore la résolution du contrat dans son ensemble sur base de l'article 45 qui parle de justes motifs.

Les associés sont libres de déterminer si les biens ou l'argent apportés à la société sont apportés en jouissance ou en pleine propriété. Cette distinction a de l'importance du point de vue de la théorie des risques (qui supporte le cas fortuit).

Dans la société de droit commun, l'apport se fait en pleine propriété sauf pour les immeubles le plus souvent apportés en jouissance. Pour les sociétés internes et momentanées la règle est que l'apport ne porte que sur la jouissance du bien

- Définissez la société en nom collectif (SNC) et analysez ses caractéristiques.

§ 1. Notion (Article 201)

La société en nom collectif est celle que contractent des associés indéfiniment responsables et solidaires pour exercer une activité soit civile soit commerciale.

Indéfiniment et solidairement → engagés sur leurs biens responsables au paiement des dettes de la société.

§ 2 : Caractéristiques

A. Personnalité morale

- LA SNC a la personnalité juridique et donc un patrimoine propre
- Cela implique que l'associé peut être le créancier ou le débiteur de la société
- Le risque est commun : Si la société est en état de faillite
 - Les biens personnels des associés seront vendus
 - Les associés seront déclarés en faillite
- Les associés d'une SNC sont nécessairement des commerçants dès lors que la société a un objet commercial (même s'ils ne font pas eux-mêmes des actes de commerce.)
- Le montant du capital social ne doit même pas être publié.

Pourquoi la personnalité morale ?

Surtout afin d'éviter que les créanciers personnels des associés n'entament une action directe sur les biens sociaux.

B. Raison sociale

- C'est la liste des noms des associés qui sont membres de la SNC
- C'est la manière dont la société va se manifester à l'égard des tiers → art. 201 « raison sociale », **nom sous lequel la société se manifeste extérieurement comme être moral distinct.**
- Si il y a plusieurs associés, on va rajouter à côté du nom d'un des associés « et compagnie » → marque typique d'une société en nom collectif.
- Rem : raison sociale ≠ enseigne, qui est une dénomination commerciale ; la raison sociale peut aussi devenir le nom de l'entreprise mais elle est, avant le 'nom enseigne', le 'nom signature' de la SNC. Le nom commercial peut être inventé
 - Nom imaginé par les associés
 - Il peut être cédé, mais pas la raison sociale.

C. Solidarité des associés (article 204)

- La solidarité est l'essence de la SNC. On ne peut pas y échapper
- C'est d'ordre public
- **Art 203** : la solidarité de droit commercial commun impliquerait qu'on puisse agir contre n'importe quel des associés, mais l'article 203 exige qu'on puisse obtenir au préalable la condamnation de la société. Mais
 - On peut dans le même jugement condamner la société et l'associé
 - On peut dans un même exploit citer la société et l'associé
- La faillite de la société entraîne nécessairement la faillite des associés car il appartenait à chacun d'eux de payer les dettes sociales.
- La cause de faillite est la même mais les actifs et passifs sont distincts.
- La masse ne sera pas les mêmes
- Les associés sont solidairement tenus, mais ils ne sont pas codébiteurs.

► Cela a de l'importance par rapport à la libération de l'un d'eux : la libération de l'un des associés ne bénéficie pas à la société elle-même.

D. Bénéfices et pertes (art 30)

- Les statuts définissent eux-mêmes le partage des bénéfices et des pertes
- A défaut, on effectue un partage proportionnel (profits proportionnels aux apports)
Les clauses léonines sont interdites (clause qui affranchirait de toute contribution aux pertes)

- Qu'implique la solidarité des associés d'une SNC ?

Les associés sont solidairement tenus et de manière illimitée, mais ils ne sont pas codébiteurs.

► Cela a de l'importance par rapport à la libération de l'un d'eux : la libération de l'un des associés ne bénéficie pas à la société elle-même.

Les créanciers est le patrimoine des associés plus celui de la société (art. 204). Cette solidarité entraîne plusieurs conséquences :

- ⇒ Tout d'abord, on peut poursuivre n'importe quel associé et de la sorte obtenir une condamnation pour tous les associés mais la condamnation de la SNC doit précéder celle des associés (art. 203). Ca permet de vérifier que c'est une dette sociale et éviter des jugements contradictoires devant des juges différents. La jurisprudence admet qu'un même exploit soit lancé à la fois contre la société et contre chacun des associé et qu'un seul jugement soit prononcé pour autant que la société soit la première à être condamnée.
- ⇒ Autre conséquence de la solidarité, la faillite de la société entraîne la faillite des associés. Il faut cependant qu'un jugement les concernant personnellement ait été prononcé. Par contre la faillite de tous les associés n'entraîne pas la faillite de la société mais uniquement sa dissolution.
- ⇒ Une autre conséquence, la contribution à la dette. Si l'un des associés paie une dette de la société, il pourra récupérer auprès des autres associés à la part de chacun d'entre eux, entre lesquels la dette se divise de plein droit.

- Quel est le régime juridique de la gérance d'une SNC ?

Il s'agit de l'organe de gestion

Section 1 : Désignation du gérant

Trois situations peuvent se présenter :

§1. Absence de gérant

- Chaque associé dispose alors un pouvoir d'administration et de disposition.
Chacun d'eux peut alors passer des actes qui engageront les autres, mais un droit de veto existe.

- **Article 36** : chaque associé peut utiliser les biens appartenant au patrimoine de la société à condition qu'ils ne paralysent pas le droit des autres associés d'utiliser ce bien ou portent atteinte aux intérêts de la société elle-même.

§2. Gérant statutaire

Ce gérant ≠ nécessairement un associé mais rare !

Position privilégiée de l'associé-gérant statutaire car sa nomination est inscrite dans les statuts

→ :

- Révocation à l'unanimité
- Révocation uniquement pour un motif légitime
- Résolution du contrat de société en cas de révocation

§3. Gérant mandataire

- Le nom du gérant n'est pas inscrit dans les statuts à l'origine (nommé hors statut).
- Il faut l'unanimité des associés pour le nommer.
- En nommant un gérant, chacun renonce à son droit de gérer la société.
- Le gérant est révocable
 - En principe à l'unanimité
 - Une clause statutaire peut prévoir la révocation à la majorité des associés (majorité par tête et non en fonction des apports)

Section 2 : Pouvoirs

§1. Etendue des pouvoirs du gérant

- Aussi longtemps que le gérant agit dans le cadre de l'objet social, il a tous les pouvoirs → pouvoir d'accomplir tous les actes (acheter, vendre, emprunter, ester en justice).
- Les statuts peuvent limiter ses pouvoirs en prévoyant
 - Au delà d'un certain montant, la signature d'un associé est nécessaire pour engager la société

Excès de pouvoir	Abus de pouvoir / détournement de pouvoir
Le gérant traite au profit de la société, mais ne respecte pas les limites de ses pouvoirs <ul style="list-style-type: none"> ➤ Si l'excès a été connu des tiers, la société ne sera pas engagée SAUF si elle en tire un profit ou a confirmé la manœuvre 	le gérant traite pour le compte de la société, mais il s'approprie le gain obtenu La société sera liée CAR <ul style="list-style-type: none"> ➤ Les tiers n'ont rien à se rapprocher ➤ On peut rendre la société responsable du mauvais choix de ses gérants

- Art 204 instaure une présomption protectrice des tiers
 - Lorsqu'un associé signe sous la raison sociale → l'engagement est présumé souscrit pour le compte de la société
- Lorsqu'un gérant a été nommé, cela n'empêche pas les associés de faire des contrôles

- Le gérant est responsable pour les fautes de gestion qu'il a commis et chaque associé peut agir contre lui en responsabilité pour faute de gestion (en SA seule la société peut agir)

§2. Exclusivité des pouvoirs

Cela signifie que lorsqu'il y'a un gérant, les autres associés n'interviennent plus que pour donner des conseils ou effectuer des contrôles internes.

Rem : si acte d'un associé non-gérant → n'engage pas la société si désignation du gérant est publiée.

Section 3 : Responsabilité du gérant

Le gérant est responsable de ses fautes de gestion → action en resp pt être engagée par tout associé pour la part de dmg qu'il a éprouvée.

- Quel est le régime juridique de la cession des parts d'une SNC ?

La société n'existe qu'entre les personnes qui ont contracté ensemble pour la fonder → *intuitu personae*.

Un associé ne peut pas céder ses parts

- Cela protège les tiers
- Cela protège les associés
- En cas de cession publiée et donc opposable aux tiers, le cédant demeure tenu à l'égard des créanciers pour les engagements pris jusqu'à son retrait. Les actionnaires ont 5 ans pour agir contre le cédant.
- Le cédé est tenu du passif postérieur à la cession.
- Le fisc a parfois soutenu que le cessionnaire était tenu du passif antérieur de la société. Mais cela n'est pas admis par la doctrine.

Raison : les créanciers ne se sont pas fondés sur la présence de l'associé cessionnaire pour contracter avec la société.

Dans le sens où le fisc n'est pas un créancier contractuel, sa défense ne s'avère pas si absurde que cela.

- Définissez la convention de croupier.

Possibilité pour chaque associé de céder librement à un tiers ses droits pécuniaires à l'exclusion de sa qualité d'associé. → Ce tiers = le « croupier ». (Art. 38).

- Elle constitue une convention interne, occulte entre l'associé et celui qui le prend en croupe.
- Hypothèse : celui qui souhaite céder les parts de la SNC n'a pas obtenu l'accord des associés. Pour ce qui concerne ses droits dans la société, il va faire une convention interne. Le croupier n'a d'action que contre l'associé cédant et pas contre la SNC.

L'associé garde l'exercice de toutes ses prérogatives autres que celle de partager les produits financiers de ses parts et il ne peut en aucun cas les céder.

- Conséquence :
 - Concernant les droits politiques, c'est l'associé cédant qui a le seul le pouvoir de les exercer.
 - Le croupier obtiendra le paiement des dividendes.

- La SNC est-elle dissoute par le décès d'un associé ? Les statuts peuvent-ils y déroger ?

En principe, le décès d'un associé provoque la dissolution de la société. Donc si le contrat ne prévoit rien, la société sera dissoute. Elle donne lieu à différentes situations en fonction ce qui a été prévu dans le contrat. Le contrat peut prévoir :

A. Clause de continuation de la société entre les associés survivants

- On enlève le nom de l'associé décédé de la raison sociale.
- Les héritiers reçoivent la valeur de la part du défunt.
- La créance des héritiers va s'exercer contre les autres associés, mais pas contre la société.

B. Clause de continuation de la société avec les héritiers

- C'est une clause pour les associés survivants car ça leur évite de payer la valeur de la part.
- Une telle clause pourrait valoir pour 2 décès successifs.
- Si l'héritier est mineur, se pose le problème de la validité de la clause et de son exécution, car les associés sont des commerçants et un mineur ne peut être commerçant → la société sera dissoute

C. Clause de continuation avec un des héritiers

Il y aura donc une stipulation pour autrui et ce sont les autres héritiers qui auront le droit de créance contre l'héritier ayant la qualité d'associé.

D. Clause de conversion des héritiers en commanditaires

La part que les héritiers recueillent est évaluée et son montant devient une valeur fournie « en commandite ».

Cela permet d'éviter le problème de la clause de continuation avec des mineurs.

Les commanditaires ne sont pas des commerçants.

La valeur investie dans la société par le défunt reste dans la société qui n'est pas dissoute, mais elle est fournie en qualité de commanditaire.

- Définissez la société en commandite simple (SCS) et analysez ses caractéristiques.

Section 1 : Notion

Il s'agit d'une société composite, elle unit 2 ou +sieurs associés ayant des qualités différentes.
Article 202 :

- le ou les commandités, si commerçants forment une société en nom collectif (indéfiniment et solidairement responsables).

- le ou les commandités, qui ne sont pas commerçants mais qui ont fait un apport soumis aux risques de l'affaire. Toutefois, le montant de leur apport constitue la stricte mesure dans laquelle leur resp peut être engagée.

Section 2 : Historique

Les SCS sont apparues en commerce maritime entre un financier (= commanditaire) qui payait le navire ou les marchandises et un marin qui prenait le risque d'acheminer les marchandises à différents ports et qui prenait donc tous les risques alors que le financier ne prenait un risque que pour son apport

Cela permettait à certains aristocrates de se livrer au commerce sans apparaître en tant que tel.

Section 3 : Caractéristiques

→ Traits communs avec la SNC+ commanditaires (art. 205)

- L'incessibilité des titres (des parts sociales) article 209.

La cessibilité limitée comme dans la SNC

- Causes de dissolution sont les mêmes que dans la SNC
- ≠ de la SNC, la commandite fonctionne sous une dénomination sociale de son choix, mais le nom du commanditaire ne peut figurer dans la dénomination sociale.
- Le commanditaire ne peut apporter son industrie, càd son activité car ça supposerait qu'il travaille comme associé et qu'il participe à la gestion.

- Le commanditaire ne peut pas apparaître aux yeux des tiers
- Le commanditaire ne peut pas s'initier à la gestion externe, mais bien à la gestion interne (art. 207).

- Le commanditaire ne peut pas provoquer la faillite de la société
- Le commanditaire n'est pas un commerçant

- En quoi la SCS se distingue-t-elle de la société interne ?

Les tiers peuvent savoir qu'ils sont en présence d'une commandite, ce qu'on interdit au commandite est de s'initier à la gestion et faire croire au tiers qu'il est le gestionnaire.

La société interne n'est qu'un contrat entre le gérant et le participant.

Société en commandite	Société interne
Aucune raison sociale.	
	Aucune personnalité morale.
Il ne faut pas publier la valeur.	
Pas nécessairement une limitation de responsabilité chez le participant comme chez le	

commanditaire.

- Le commanditaire est-il un associé ou un simple « bailleur de fonds » ?

Le commanditaire : véritable associé (dont la particularité est de n'être responsable qu'à concurrence de leur apport).

- Il peut faire un apport en nature, espèces. Il apporte une valeur qui s'incorpore au capital et exprime une quotité de l'avoir social.
- N'a droit à aucun remboursement si la société périclité.
- A un droit de contrôle et de gestion interne
- N'a pas la qualité de commerçant

Apport du commanditaire : gage des créanciers sociaux : dès qu'il a réalisé son apport, il ne supporte plus aucun autre engagement. Si l'apport reste à faire : tiers souhaitent connaître identité du commanditaire (puisque apport vaut ce que solvabilité vaut). L'identité : divulguée par une publication (art 69 al 1^{er} et 5^o du code).

- Comment est sanctionné le commanditaire qui s'immisce dans la gestion de la société ?

En cas d'immixtion accidentelle → le commanditaire est tenu de la dette née de l'opération dont il s'est mêlé. (Art 207, §2, al. 1)

En cas d'immixtion habituelle → il acquiert la responsabilité d'un commandité. Vis-à-vis des tiers, il sera indéfiniment et solidairement responsable (art 207, §2, al. 2) // même sanction si son nom figure dans la raison sociale.

- Quelles protections spécifiques pour les créanciers d'une SCS ?

L'article 206, al. 2 prévoit un recours pour les créanciers sociaux envers le commanditaire. Action prescrite en 5 ans (art. 198).

- Comparez les caractères spécifiques de la SA et de la SPRL.

Caractéristiques principales de la S.A.

Section 1 : Les catégories de titres (art. 460)

- Les actions (art. 476 à 482) représente le capital des sociétés anonymes se divise en actions librement cessibles, assorties ou non d'un droit de vote, avec ou sans mention de valeur. Chaque action représente donc une quotité du capital. Principe de la libre négociabilité des actions.
- Les parts bénéficiaires ne représentent pas le capital social. Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés (art. 483) >< aux actions de la S.P.R.L. qui sont nominatives.
- L'obligation représente une créance. L'obligation n'octroie pas le droit de vote à l'assemblée générale des actionnaires. Il octroie un vote consultatif. L'obligataire a un droit de vote à l'assemblée générale des obligataires.
- Indivisibilité des titres : Les droits résultants d'un titre sont indivisibles. S'il y a plusieurs propriétaires, on fera application de l'article 461 (suspension des droits y afférent).

Section 2 : Transfert de titres

- Ce qui distingue une société de capitaux c'est le principe de la libre cessibilité des titres. Les restrictions aux cessions de titre sont prévues soit par la loi ([art. 508 à 512](#)) soit par la convention des parties, figurent dans les statuts ou dans les conventions extra-statutaires.
- La cession des titres nominatifs ([art. 462 à 465](#)) parfaite solo consensus entre parties, s'opère à l'égard des tiers au contrat de cession, par une déclaration de transfert inscrite dans le registre relatif à ces titres, datée et signée par le cédant et le cessionnaire ou par leurs fondés de pouvoir ([art. 504, al. 1](#)).
- Les titres aux porteurs ([art. 466 à 467](#)) sont des meubles corporels; tant qu'ils existent, ils peuvent être cédés de la main en main.
- Les titres dématérialisés ([art. 468 à 475ter](#)) puisqu'il existe une structure dématérialisée de compte, ils pourront être créés par virement, de compte à compte. Soit le cédant et le cessionnaire ont la même banque (teneur de compte) alors simple débit/crédit. Soit ils ont 2 teneurs de compte agréés différents et dans ce cas, le transfert s'opère avec l'intervention de l'organisme de liquidation: le compte du teneur de comptes dans cet organisme est débité dans les livres de l'organisme centralisateur, tandis que le compte du teneur de comptes du bénéficiaire du cet organisme centralisateur, le compte du teneur de comptes du bénéficiaire du transfert est crédité. A l'égard de la société, l'anonymat est maintenu mais à l'égard du fisc le contrôle est plus grand.
- Le Code règle le statut de 3 types de clauses consistant en des restrictions conventionnelles de la négociabilité des titres : les clauses d'agrément, les clauses péremptoires et les clauses d'inaliénabilité ([art. 510 à 512](#)).

Section 3 : Statut des administrateurs (art. 517 et s.)

- Fonction élective : Les administrateurs sont nommés par l'AG des actionnaires {[art. 518, § 2](#)} sauf cas de [519](#).
- Caractère temporaire de la désignation : Ce qui crée l'instabilité c'est qu'ils peuvent être révoqués ad nutum par l'AG ([art. 518, § 3](#)).
- Incompatibilités et interdictions : En raison d'obstacles légaux ou de nature déontologique, différentes personnes ne peuvent être désignées en tant qu'administrateurs : les notaires, les huissiers de justice, les réviseurs d'entreprises (Délai de viduité de 2 ans pour les anciens commissaires ([art. 133](#))).
- Fonction rémunérée : [art. 517](#).

Caractéristiques principales de la S.P.R.L.

Section 1 : Titres

- Elle ne peut émettre que des parts représentatives du capital et des obligations donc pas de parts bénéficiaires.
- Les parts sont nominatives ([art. 232](#)) >< aux actions de la S.A
- (Puisque la cessibilité est restreinte, il faut contrôler les mouvements)

Section 2 : Transfert de parts (art. 249 à 254)

- **Art 249** : exigence quantitative au terme d'une procédure de notification de la cession. La cession n'est pas libre : il faut notifier l'intention de céder aux autres associés qui doivent donner leur accord. L'agrément doit être donné non seulement par la moitié des associés, mais cette moitié doit représenter les $\frac{3}{4}$ des apports (=du capital).

S'il y a un refus abusif déclaré par le juge, l'associé qui voulait céder peut provoquer la dissolution.

Section 3 : Statut des gérants (art. 255 et s.)

Le gérant peut-être statutaire (pas forcément suite à élections), son nom est inscrit dans les statuts.

Il bénéficie du régime de révocabilité limitée

- Quels sont les traits distinctifs des sociétés coopératives ?

Caractéristiques – principes coopératifs :

- La **variabilité** d'une partie du capital.

La part variable peut être modifiée sans modifier les statuts. Alors que la part fixe doit être modifiée que par la modification des statuts.

La loi prévoit la possibilité d'exclure les associés et la possibilité pour eux de démissionner. Cela implique qu'il y ait une part variable du capital.

- La **double qualité des associés**

Ils sont à la fois apporteurs de capitaux et aussi utilisateurs des services prestés par la coopérative ou consommateurs des produits de celle-ci.

Cela ne reste pas vrai à toutes les coopératives : certaines se sont ouvertes au public- clients.

- Société coopérative = société commerciale mais elle poursuit un but de lucre sans que ce soit la motivation primordiale des associés.
→ Les profits sont parfois distribués comme ristourne à valoir sur les achats.
La part des bénéfices distribuables est limitée par les dispositions légales.
- En principe, le droit de cote n'est pas proportionnel à l'investissement. On applique **le principe démocratique un associé = une voix**. Mais sachant que la liberté contractuelle permet d'instaurer des inégalités, on pourrait imaginer qu'il y ait création des catégories des parts.
- Les coopératives ont surtout connu un succès avant que les SPRL ne puissent être créées. C'était une alternative entre les sociétés à responsabilité *illimitée* et la SA, société plus lourde.
- La loi de 1991 a introduit une distinction entre les coopératives à responsabilité limitée (scrl) et les coopératives à responsabilité illimitée (scris).
- La coopérative européenne fut également créée.

- **Art 350** confirme que le nombre et les apports des associés sont variables → « *la société coopérative est celle qui se compose d'associés dont le nombre et les apports sont variables* ».

Dans une coopérative à responsabilité limitée on est plus exigeant : la part fixe ne peut être inférieure à 18.500€ (**art 403,2°**)

La part variable du capital peut varier sans décision d'un organe : elle peut varier en raison de la sortie ou de l'entrée d'associés (**article 392**)

3. – Le paiement et le crédit

- Analysez le rôle de la facture

Elle a plusieurs rôles :

- 1) Rôle symbolique par l'officialisation de la dette (commerçant rappelle officiellement l'engagement pécuniaire qui les lie => affirmation unil de la créance par le créancier mais pas une MED).
- 2) Rôle probatoire (selon 25 al 2 ccomm : facture = mode de preuve spécial jouissant d'une force probante : refléter le ct conclu entre parties) mais en réalité : que présomption simple (chaque partie pourra démontrer par tvdd que els mentions de la facture ne correspondent pas à ce dont elles ont contractuellement convenu).
- 3) Rôle comptable et fiscal : constate montant TVA => elle est un élément central dans la perception de la taxe.
- 4) Rôle dans l'octroi d'un financement (au profit du commerçant).

- Quelle est la portée des conditions générales annexées à une facture ?

Notion : Les CG : définir le contenu plus précis du régime auquel le commerçant veut soumettre la relation contractuelle, stipulations unilatérales et standardisées.

Régime juridique : CG : restent soumises au DC des contrats (consentement capacité et objet). Certaines font l'objet en outre d'un régime légal (clauses pénales) ou prétorien (clauses lim ou exon de resp) et si ct conclu entre vendeur prof consom : tte clause abusive : nullité.

L'opposabilité des CG : avoir pénétré le champ contractuel : prise de conn et acceptation par le destinataire (mm tacitement).

- condition de connaissance : déterminante quand ct consom vendeur prof mais entre comm : juridictions disent que les CG sont >< à défaut pour lui d'y avoir protester en temps utile. => l'auteur de la facture devra avoir attiré l'attention de l'autre sur le contenu clauses et le destinataire : ne pourra se prévoir de son ignorance lorsque attitude restée passive.

! quand les CG un prestataire de SP sont rgmentaires, l'utilisateur est irréfragablement présumé en avoir eu connaissance.

- condition du consentement : sauf ou la loi prévoit que doit être expresse, la tacite est autorisée. Cpdt en principe seul le silence circonstancié (présomptions graves précises et concordantes) permettra de conclure à une acceptation. Dans son appréciation : jpd : 2 éléments importants : moment commun des CG et qualité destinataire facture (prof ou consomm). NB : juge peut déduire de l'acceptation facture une présomption légale de l'acceptation des obligations qu'elle décrit. En relations suivies d'affaires : CG acceptées avant peuvent voir leur application prolongée par une rel contractuelle postérieure.

Conséq de l'inopposabilité des CG :

- si touchent à un élément substantiel ou essentiel au contrat : validité du ct est contestée à défaut de consentement quant à son objet
- si touchent à un point accessoire : ct valablement formé et les CG in>< seront considérées comme demeurant hors champ contractuel

- Comment se règle la « *battle of forms* » s'agissant des conditions générales ?

CG contradictoires. Dans les relations purement comm.

Solution jur et théories :

- art 1602 cc : CG de l'acheteur devraient prévaloir sur celles de son co-c. -> pas idéal car renferme une R d'interprétation des convs et ici question est autre (existence ct et contenu).
- 3 théories :
 - 1) Last shot theory : sont applicables les CG transmises en dernier lieu. Une partie de la doctrine critique spécialement dans les situations où il n'y a pas eu d'acte d'exécution et donc pas de silence circonstancié.
 - 2) First shot theory : prévaloir les CG comm en premier lieu à moins que l'acceptation de celui qui les a reçues précise qu'il en est autrement.
 - 3) Knock out rule theory : les CG contradictoires s'annulent, il faudra s'en remettre sur ces points annulés au droit supplétif et usages.

Jpd : écho aux quatre théories. Aucune ne peut être une réponse absolue : le juge doit rechercher la volonté réelle des contractants, et appréciation au cas par cas.

Instruments de soft law en droit international des contrats : organismes privés proposent clauses types et prévoient telles ou telles solutions.

- La récupération des créances commerciales est-elle facilitée par le législateur ?

Loi du 2 août 2002 prise en exécution d'une directive européenne.

Objectif de cette loi : lutter contre le retard de paiement dans les transactions commerciales

- Permet d'éviter que les commerçants aient des graves problèmes de trésoreries
- Uniformisation des règles et pratiques pour un bon fonctionnement du marché intérieur

Section 1 : Champ d'application : à la fois + large et + restreint

§1^{er}. Champ d'application +large car application aux :

- Transactions (mot compris comme « relations économiques » et non au sens de l'art.2044 CC°, il vise aussi bien les relations entre personnes privées que les marchés publics)entre entreprises
- Transactions entre les pouvoirs adjudicateurs (Etat belge, collectivités politiques) et entreprises
- Entreprises :
 - Commerçants ou non
 - Professions libérales

§2. Champ d'application + restreint car application seulement aux :

- Aux paiements effectués en rémunération de transactions commerciales (art.3)
 - Créances commerciales **matérialisées** dans une facture
- Les éventuels dommages et intérêts commerciaux ne sont pas couverts par la loi du 2 août 2002

Section 2 : Exigibilité de la dette / Mise en demeure / Taux de l'intérêt de retard / Remboursement des frais de recouvrement / Caractère supplétif et intervention du juge / Autres règles de la directive

Droit commun	Droit commercial
<i>Exigibilité de la dette :</i> Les dettes sont exigibles, sauf exception (volonté contraire des parties), immédiatement	<i>Exigibilité de la dette :</i> La loi fixe un délai de paiement supplétif de 30 jours qui prend cours (Art.4) <ul style="list-style-type: none"> ➤ Soit le jour qui suit la réception des marchandises ou services ou leur acceptation ou vérification ➤ Soit le jour qui suit la réception de la facture ou demande de paiement
<i>La mise en demeure (art. 1153 CC)</i> <u>La mise en demeure est nécessaire</u> pour justifier le paiement d'intérêts moratoires et pour les faire courir	<i>La mise en demeure (art.5)</i> Après 30 jours les intérêts moratoires commencent à courir de plein droit et <u>sans mise en demeure.</u>
<i>Taux de l'intérêt de retard (moratoires)</i> <u>Taux légal de 7%</u> sauf convention contraire entre partie : ce taux n'est pas bien adapté aux conditions économiques	<i>Taux de l'intérêt de retard (moratoires) (art.5)</i> Taux calculé en fonction d'un des taux de référence utilisé par la Banque centrale européenne. <u>Il est plus élevé que le droit commun.</u>

<p><i>Remboursement des frais de recouvrement</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • principe de la non répétibilité des frais d'avocats (art.1023 CJ) et Cass 	<p><i>Remboursement des frais de recouvrement (Art 6)</i> Créancier non payé peut réclamer : <u>dédommagement raisonnable pour les frais de recouvrement incluant :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Les honoraires d'avocat ➤ Les frais payés aux agences de recouvrement <p>Le juge apprécie le caractère raisonnable du dédommagement demandé par le créancier</p> <ul style="list-style-type: none"> • >< principe de la non répétibilité des frais d'avocats (art.1023 CJ) et Cass
	<p><i>Caractère supplétif de la loi</i> Les parties peuvent déroger aux dispositions de la loi :</p> <ul style="list-style-type: none"> - rétablir exigence de mise en demeure - convenir d'un autre délai... <p><i>Intervention du Juge (règle impérative)</i> Art. 7 <u>n'est pas supplétif</u> : Dans un souci de protection du créancier, <u>le juge peut réviser</u> les clauses contractuelles défavorables au créancier. (grandes centrales d'achat).</p> <p>➔ <u>Atténuation de cette protection du créancier et donc protection du débiteur :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Il est interdit au juge d'accorder aux créanciers des conditions plus favorables que les conditions supplétives de loi 2002. - Dispositions du Code civil (art. 1153 et 1231) applicables aux commerçants qui permettent aux juges de réduire les intérêts moratoires et autres clauses si trop défavorables aux débiteurs. <p>➔ <u>Loi crée une action en cessation</u> pour empêcher des actions abusives du débiteur</p> <p><i>Autres règles de la directive (art.4 et 5 directive)</i> ➔ Art 4 prévoit une <u>clause de réserve de propriété en faveur du vendeur</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Le législateur estime que l'article 101 de la loi sur la faillite suffit à cet égard. <p>➔ Art 5 prévoit au profit du créancier <u>un titre exécutoire dans un délai de 90 jours si pas de contestation de la dette</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Les dispositions du Code judiciaire pouvaient aboutir au même résultat (débat succincts et procédure sommaire d'injonction de payer) <p>NB : <u>le droit allemand est plus souple</u> : le tribunal peut émettre une injonction de payer à l'intention</p>

	des débiteur et il émettra dans les délais rapides un titre exécutoire si le débiteur ne conteste pas.
--	--

- Définissez le *factoring* ou affacturage. Sur quels mécanismes repose-t-il ?

Définition et notion :

- **Factoring** : mode de gestion et récupération des créances commerciales.
- L'adhérent va céder toutes créances commerciales au *factor* aux termes d'un contrat cadre qui est un contrat d'adhésion. Pas de bases légales.

Mécanisme de factoring

➔ Les relations des parties vont s'inscrire dans le cadre d'un contrat de compte courant :

- Au crédit du compte : le factor porte le montant des factures transférées et acceptées par lui.
- Au débit du compte : le factor inscrit les versements effectués à l'adhérent et ses commissions.

➔ L'adhérent peut disposer du solde créditeur provisoire d compte courant lors de l'établissement de chaque décompte périodique établi selon les conditions du contrat.

Opposabilité aux tiers du factoring

➔ Par le mécanisme de l'endossement de la facture :

Afin d'éviter la notification à tous les clients :

Les factors font apposer par l'adhérent lors de l'envoi de sa facture une vignette indiquant que le client ne peut se libérer qu'entre les mains du factor.

Ceci ne remplace pas la notification (art.16 L.1919). Mais possibilité de faire signer par le client une fois pour toutes une reconnaissance aux termes de laquelle il ne paiera qu'au factor toute facture qu'il reçoit par lettre recommandée, munie de la vignette.

Seul le paiement au factor est libératoire.

Obligations et droit du factor

➔ droit de sélection du factor : il peut refuser le transfert de certaines factures. (><l'adhérent doit transférer toutes ses factures)

➔ Doit agir de bonne foi

➔ Ne peut refuser des factures systématiquement sans motifs valables

// ***avec mécanisme en France de factoring***

= Subrogation conventionnelle (art.1250, 1°CC)

-Le factor : le tiers subrogé

-Pas de signification de transfert de créance

-la subrogation laisse intacte l'opposabilité des exceptions

- Qu'est-ce qu'une lettre de change et quelle est la différence entre le rapport qui en résulte et le rapport contractuel entre les parties qui signent la lettre ?

La lettre de change peut être définie comme étant « un titre par lequel l'émetteur (le tireur) garanti inconditionnellement au porteur légitime qu'une personne désignée dans le titre (le tiré) lui payera une somme d'argent déterminée »

Dans le contrat de change, la lettre de change est donc le moyen par lequel le contrat s'exécute.

Toute lettre de change suppose l'existence d'un rapport fondamental sous-jacent. Le tireur émet la traite parce qu'il dispose d'une créance sur le tiré. En effet, une personne ne va en principe accepter un ordre de payer que si elle est débitrice de la personne qui lui en donne l'ordre. Le rapport fondamental et le rapport cambiaire, même s'ils existent entre les mêmes parties, sont chacun soumis à des règles qui leur sont propres.

Lorsque la traite est transmise, il existe nécessairement entre l'endosseur et endossataire un rapport fondamental. Si le tireur transmet la lettre de change à un tiers, c'est parce qu'il est lui-même débiteur de ce tiers. Il en est de même si ce tiers transmet son tour la traite.

La création, ainsi que toute transmission de la lettre de change, suppose l'existence d'un rapport fondamental en vertu duquel une personne (le tiré ou ultérieurement endosseur) est obligée envers une autre. A défaut, la traite émise est dite « sans provision ».

Le mécanisme de la lettre de change ne peut être troublé du fait de l'inexistence ou du dépassement d'un pouvoir de représentation. Il importe que quelqu'un soit toujours tenu.

C'est pourquoi l'article 8 de la Loi du 10 août 1953 prévoit que le signataire d'une lettre de change qui a agi en qualité de représentant d'une autre personne, qui n'avait pas le pouvoir de représenter cette autre personne ou qui a dépassé son pouvoir de représentation, est personnellement tenu.

Il semble que, conformément au droit commun du mandat, ce dernier pourrait être exprès ou tacite, dès lors qu'il est fait état de la qualité de représentant dans la lettre de change. Par contre, la question de l'applicabilité du mandat apparent à la lettre de change fait l'objet de discussions.

Il appartient au porteur qui veut agir contre celui qui se prétend représentant d'apporter la preuve de l'inexistence du mandat ou du dépassement de celui-ci.

Après avoir payé, le prétendu représentant dispose des mêmes droits que ceux qu'aurait eus le représenté.

- Quelle est l'influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire ?

Le rapport fondamental exerce une influence sur le rapport cambiaire en ce que, dans certaines hypothèses, il confère au titulaire de la lettre de change certains droits : le porteur d'une lettre de change a un privilège sur la provision. De même, il a, contre le tiré non accepteur mais provisionné, une action directe en paiement de la traite dans la mesure de la provision.

L'influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire doit également être étudiée sous l'angle de l'éventuelle possibilité qu'a le tiré d'opposer au porteur des exceptions sues du rapport fondamental. Cette Question a fait l'objet d'une vive controverse en doctrine. Selon le professeur Jan RONSE, il existe deux sortes d'abstractions : une abstraction matérielle et une abstraction formelle. *L'abstraction matérielle* suppose que la traite a circulé et se trouve entre les mains d'un porteur. En ce cas, le tiré ne peut opposer au tiers porteur les exceptions qu'il trouve dans le rapport fondamental qui l'unit au tireur. *L'abstraction formelle* vise, quant à elle, l'hypothèse où la traite est toujours entre les mains du tireur. En ce cas, le tiré pourrait toujours opposer au tireur - porteur de la lettre de change - les exceptions qu'il tire du rapport fondamental. La traite ne consisterait alors qu'en un simple renversement de la charge de la preuve. Entre parties immédiates, le titre prouve à première vue le bon droit du porteur et c'est le débiteur qui doit établir l'inexistence ou le vice de l'obligation sous-jacente.

Par contre, selon le professeur Jacques HEENEN, l'engagement cambiaire est en toute. Hypothèse abstrait : la règle de l'inopposabilité des exceptions doit s'appliquer aussi bien dans les relations entre le tireur et le tiré que dans celles existant entre le tiré et un tiers porteur. Cette solution trouve son fondement dans l'article 17 de la Loi, qui établit le principe de l'inopposabilité des exceptions, et dans l'article 28. alinéa 2 de la Loi, qui donne au tireur contre le tiré une **action directe** résultant de la lettre de change. L'existence de cette action démontre que le droit cambiaire et le droit des contrats ne doivent pas être confondus, c'est-à-

dire qu'en acceptant la traite, le tiré s'est interdit d'avance toute référence au rapport fondamental.

Par conséquent, le tiré pourrait être condamné à payer la traite et contraint, par après, d'exercer une action distincte pour se faire rembourser si le rapport fondamental était vicié ou inexistant. Dans la thèse du Professeur HEENEN, la « foi est due au titre ». Il faut éviter la résistance abusive des débiteurs de mauvaise foi et mettre en pleine lumière la signification d'une signature cambiaire. Toute discussion au fond se concilie en effet mal avec la création d'un délai de rigueur qui est convenu de part et d'autre et qui consiste aussi en l'octroi d'un crédit de paiement. Une nuance est apportée : Les tenants du caractère abstrait du rapport cambiaire entre parties immédiates admettent toutefois que le tiré, interpellé sur le plan cambiaire, puisse opposer un moyen de défense tiré du rapport fondamental si celui-ci est manifeste, c'est-à-dire, d'évidence première et ne demandant aucune mesure d'instruction.

Dans deux arrêts rendus les 12 novembre 1976 et 30 septembre 1977, la Cour de cassation a estimé que « les moyens de défense tirés de la convention sous-jacente restent opposables entre les parties cambiales immédiatement liées ». La Cour de cassation a donc consacré la thèse défendue par le professeur Jan RONSE : entre parties immédiates, il n'existe qu'une abstraction formelle, Ce n'est qu'une fois que la traite a circulé qu'il existe une abstraction matérielle. Ces arrêts ont été confirmés en 1980 et 1981.

- Que savez-vous de la rigueur cambiaire et de la purge des exceptions ?

La lettre de change pivote sur une date d'échéance. A la date convenue, la traite doit être payée. S'il n'en était pas ainsi, elle ne remplirait plus son rôle monétaire et ne serait plus prise en crédit à court terme. Le respect de cette date d'échéance est absolu et fait partie du mécanisme. Aucun délai de grâce ne peut être accordé à l'un quelconque des débiteurs cambiales. Cette solution est du reste expressément consacrée par l'article 74 de la loi qui prévoit qu'« aucun jour de grâce, ni légal, ni judiciaire, autre que celui prévu par la présente loi, n'est admis ». Cette règle connaît un tempérament consacré par l'adage « le criminel tient le civil en état ». Dès lors, l'échéance cambiaire est suspendue aussi longtemps qu'il existe une instruction. Un véritable obstacle pénal doit exister. Le simple dépôt de plainte est en principe insuffisant pour suspendre l'échéance cambiaire.

La règle de l'inopposabilité des exceptions est consacrée par l'article 17 de la Loi qui prévoit que « les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ».

Cet article consacre ce qu'on appelle communément « la purge des exceptions ». Cette purge des exceptions repose sur l'idée qu'il y a lieu de favoriser la circulation d'un titre dont la vie est dominée par la double exigence de la simplicité et de la ponctualité : le créancier doit accepter le titre comme paiement, le banquier ne doit pas hésiter à l'escompter.

Comment être au courant de la situation qui caractérise les droits personnels du tiré contre chacun d'eux ? Cet objectif est rencontré, sur le plan technique, d'une part en dispensant le porteur de s'informer sur les droits des porteurs avant lui et d'autre part, en interdisant au tiré de se prévaloir contre le nouveau porteur des droits des objections, des moyens qu'il pouvait

faire valoir à l'égard des porteurs précédents. La purge des exceptions est donc, en quelque sorte, une permission d'ignorance quant au passé du titre.

Il faut distinguer l'abstraction formelle de l'abstraction matérielle. L'article de la loi n'empêche pas l'opposition par le débiteur, entre parties immédiatement liées, d'exceptions tirées du rapport fondamental. Par exemple : tous les vices de consentement, la contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs,...

Cinq types d'exception sont toujours opposables : celles déduites du libellé même de la traite; celles fondées sur le droit cambiaire ; celles tirées de l'absence de consentement du débiteur ; celles tirées de l'incapacité du débiteur poursuivi ; celles fondées sur l'extinction de l'obligation cambiaire.

Cette purge des exceptions ne bénéficie qu'au porteur de bonne foi.

La négligence du porteur n'empêche donc pas l'application de la règle de l'inopposabilité des exceptions. Toutefois, cette négligence peut constituer une faute au sens des articles 1382 et 1383 du code civil et le porteur pourrait voir sa responsabilité engagée sur cette base. En ce qui concerne la «connaissance du préjudice» que subira le débiteur, la jurisprudence oscille entre une connaissance in abstracto et une connaissance in concreto. Dans le premier cas, il suffit que le porteur ait connaissance de la perte de la possibilité d'invoquer une exception. Dans le second cas, il faut en outre que la preuve d'un préjudice irréparable soit rapportée.

- Enoncez et expliquez brièvement les règles communes aux engagements cambiaires.

La coexistence, sauf convention contraire, des engagements cambiaires et extra-cambiaires ; l'engagement personnel du signataire de la traite, s'il ne dispose de pouvoirs valables pour engager une autre personne; la rigueur cambiaire ; l'indépendance des engagements cambiaires ; l'inopposabilité des exceptions.

LA COEXISTENCE DES ENGAGEMENTS CAMBIAIRES ET EXTRA CAMBIAIRES

Sauf convention particulière, l'émission d'une lettre de change ne faisait pas disparaître le rapport fondamental extra-cambiaire existant entre le tireur et le tiré.

L'émission d'une lettre de change a toutefois pour effet de suspendre l'exercice des droits cambiaires jusqu'à l'échéance de ladite lettre, du moins si celle-ci est plus éloignée que celle de la créance originaire, il en résulte que le créancier dispose de deux voies de recours contre son débiteur : une tirée du rapport fondamental et l'autre du rapport cambiaire. Le créancier peut même introduire simultanément les deux demandes. Bien entendu, il ne peut se faire payer deux fois. Ces deux voies de recours sont chacune soumises à leur propre régime. Il en résulte que si le créancier fait choix de la voie extra-cambiaire, il n'est pas obligé de faire protester la lettre de change. De même, la prescription de l'engagement cambiaire ne libère pas débiteur de la dette qu'il assume en vertu du rapport fondamental.

L'ENGAGEMENT PERSONNEL DU SIGNATAIRE

Le mécanisme de la lettre de change ne peut être troublé du fait de l'inexistence ou du dépassement d'un pouvoir de représentation. Il importe que quelqu'un soit toujours tenu.

C'est pourquoi **l'article 8 de la Loi** du 10 août 1953 prévoit que le signataire d'une lettre de change qui a agi en qualité de représentant d'une autre personne, qui n'avait pas le pouvoir de représenter cette autre personne ou qui a dépassé son pouvoir de représentation, est personnellement tenu.

Il semble que, conformément au droit commun du mandat, ce dernier pourrait être exprès ou tacite, dès lors qu'il est fait état de la qualité de représentant dans la lettre de change. Par contre, la question de l'applicabilité du mandat apparent à la lettre de change fait l'objet de discussions.

Il appartient au porteur qui veut agir contre celui qui se prétend représentant d'apporter la preuve de l'inexistence du mandat ou du dépassement de celui-ci.

Après avoir payé, le prétendu représentant dispose des mêmes droits que ceux qu'aurait eus le représenté.

LA RIGUEUR CAMBIAIRE

La lettre de change pivote sur une date d'échéance. A la date convenue, la traite doit être payée. S'il n'en était pas ainsi, elle ne remplirait plus son rôle monétaire et ne serait plus prise en crédit à court terme. Le respect de cette date d'échéance est absolu et fait partie du mécanisme. Aucun délai de grâce ne peut être accordé à l'un quelconque des débiteurs cambiaux. Cette solution est du reste expressément consacrée par **l'article 74 de la loi** qui prévoit qu'« aucun jour de grâce, ni légal, ni judiciaire, autre que celui prévu par la présente loi, n'est admis ». Cette règle connaît un tempérament consacré par l'adage « le criminel tient le civil en état ». Dès lors, l'échéance cambiale est suspendue aussi longtemps qu'il existe une instruction. Un véritable obstacle pénal doit exister. Le simple dépôt de plainte est en principe insuffisant pour suspendre l'échéance cambiale.

L'INDEPENDANCE DES ENGAGEMENTS CAMBIAIRES

Les engagements pris par les différents signataires de la lettre de change sont indépendants. Toute personne signant la lettre de change est engagée par sa signature, quelle que soit la validité des autres signatures. Si une lettre de change est signée notamment par des incapables, la nullité de leurs engagements n'emporte pas celle des autres signataires de la traite. Le principe de l'indépendance des signatures est consacré notamment par les **articles 7 et 69 de la Loi** qui prévoient respectivement que « si la lettre de change porte des signatures de personnes incapables de s'obliger, des signatures fausses (...), les obligations des autres signataires n'en sont pas moins valables » et qu'« en cas d'altération du texte d'une lettre de change, les signataires postérieurs à cette altération sont tenus dans les termes du texte altéré, les signataires antérieurs le sont dans les termes du texte originaire ».

L'INOPPOSABILITE DES EXCEPTIONS

- Distinguez la « provision » de la « couverture ».

La *provision* est « la créance extra-cambiale que le tireur possède contre le tiré et en vertu de laquelle il invite celui-ci à payer la traite. Ex : le prix de vente. Valeur abstraite, extra-cambiale du prix de vente. **Art. 80 C.com**

La *couverture* consiste «dans les valeurs (ex. marchandises) que le tiré a reçues du tireur ou d'un tiré et qui lui permettront de payer la lettre ». Ex : les biens vendus. Valeur des marchandises.

La notion de « provision » ne doit pas être confondue avec celle de couverture même si malheureusement, elles sont souvent confondues en pratique. Du reste, la définition légale réalise cette même confusion : « *il y a provision si, à l'échéance, le tiré est en possession d'une valeur ou d'une garantie suffisante pour le couvrir complètement et qui est destinée par le tireur ou le donneur d'ordre à assurer le paiement de la lettre de change* ».

Or, la provision est, dans son sens usuel, la créance extra-cambiale que possède le tireur sur le tiré. La valeur concrète que le tiré reçoit du tireur de façon à assurer le paiement de la lettre de change est la couverture.

Exemple : un vendeur livré, le 1er février des marchandises pour un montant de 1.000.000 de €. L'acheteur accepte une lettre de change tirée sur lui, à concurrence de ce montant, à échéance du 30 mars. La provision est la créance de 1.000.000 de € que le vendeur (le tireur) a sur l'acheteur (le tiré). La couverture constitue les marchandises qui ont été livrées par le vendeur à l'acheteur le 1er février.

Seule la provision joue un rôle dans le rapport cambial, la couverture ne représentant que la contrepartie matérielle de la provision, la cause occasionnelle de celle-ci. Ainsi, un tiré couvert qui n'a pas accepté la lettre de change, n'est pas susceptible de faire l'objet d'un quelconque recours cambial puisqu'il n'est pas entré dans le mécanisme cambial. Par contre, un tiré qui a accepté la lettre de change sans avoir reçu de couverture doit payer la lettre de change que lui présente le porteur. Il ne peut opposer à celui-ci le défaut de couverture pour refuser de payer la lettre de change. En vertu du droit cambial, il doit payer à l'échéance du 30 mars même si les marchandises (la couverture) ne lui ont pas été livrées.

La provision exerce certes un rôle en droit cambial mais celui-ci n'est pas primordial. En effet, si l'article 79 de la loi impose que « *la provision doit être faite par le tireur ou, si la lettre est tirée pour le compte d'autrui, par le mandant ou le donneur d'ordre* », il n'en demeure pas moins que la signature de la lettre de change par le tiré est plus importante que l'existence de la provision une fois que la traite a circulé.

- Analysez le régime juridique de la provision.

§ 1- Quand la provision doit-elle exister?

Selon l'article 80 : La provision doit donc exister non au moment de l'émission de la lettre de change mais à l'échéance convenue. La provision devant exister à l'échéance, il est imaginable qu'avant celle-ci, la provision soit retirée. Tel est le cas lorsque la créance qui résulte pour le tireur du rapport fondamental existant entre lui et le tiré est payée. Il s'agit là toutefois d'une situation anormale, surtout lorsque la traite a circulé. C'est pourquoi, l'article 84 de la loi prévoit que « *le tiré ne peut plus se dessaisir de la provision si le porteur lui en fait défense* ». Si la provision n'est pas constituée à l'échéance, ceci ne rend pas nulle la lettre de change qui demeure valable. Simplement, le porteur qui n'a pas accompli les formalités imposées par la Loi pour exercer ses recours ne sera pas déchu de son recours contre le tireur.

§ 2 - Quels sont les droits du porteur contre le tiré provisionné non accepteur ?

L'article 83 de la loi prévoit que *"le porteur ou le tireur d'une lettre de change a. contre le tiré non accepteur mais provisionné, une **action directe** en paiement de la lettre de change dans la mesure de la provision"*. Cette action fait pénétrer le tireur ou le porteur dans le rapport fondamental puisque le tiré non accepteur n'a pas voulu entrer dans un apport cambiaire.

Ceci a pour conséquence que, d'une part, le porteur de la lettre de change se fera donc payer la créance qu'a le tireur sur le tiré, et le tiré videra ses mains dans celles du porteur, et, d'autre part, le tiré est en droit d'opposer au porteur toutes les exceptions qu'il possède contre le tireur.

L'action directe du porteur contre le tiré provisionné mais non accepteur le fait échapper du concours des créanciers du tireur sur la provision.

§ 3 - Quelle est la nature des droits du porteur sur la provision?

L'article 81 de la loi prévoit que *« le porteur a, vis-à-vis des créanciers du tireur, une créance privilégiée sur la provision qui existe entre les mains du tiré, lors de l'exigibilité de la lettre, sans préjudice de l'application de l'article 17 de la loi sur les faillites »*.

Ceci signifie que, lorsque la provision est fournie durant la période suspecte pour une traite émise antérieurement, la remise de la provision est considérée comme un paiement de dettes non échues ou comme l'octroi d'une sûreté constituée pour garantir la dette antérieure. En application de l'article précité, la remise est, dans les deux cas, inopposable au curateur.

- Quelles sont les conséquences de l'acceptation ?

L'acceptation est l'engagement que prend le tiré de payer la lettre de change suivant les règles du droit cambiaire. C'est par l'acceptation que le tiré entre dans le rapport cambiaire. S'il n'accepte pas la lettre de change, le tiré reste étranger à la lettre de change : il peut être débiteur du tireur mais son obligation n'est pas de nature cambiaire.

L'acceptation est bien plus qu'une reconnaissance de dette. Par son acceptation, le tiré entre dans le rapport cambiaire et participe à l'émission de la lettre de change dans laquelle il prend le rôle de débiteur principal. C'est en effet au tiré que le porteur réclamera le paiement.

Le tiré est tenu d'une manière personnelle et directe à l'égard de tous les porteurs présents et futurs. Chacun d'eux a contre lui un droit indépendant de celui des autres. Même si le tiré accepteur n'a pas reçu provision du tireur il reste tenu de payer le porteur. Dans cette hypothèse, il est en droit de se faire rembourser par le tireur. A l'échéance, le paiement par le tiré éteint tous les droits incorporés dans la lettre de change.

L'acceptation de la lettre de change exerce également une influence sur le rapport fondamental :

- elle consacre l'accord du tireur et du tiré sur un délai de règlement,
- elle indique que l'échéance sera de stricte rigueur,
- elle impose au débiteur de s'incliner devant une exigibilité plus abstraite.

- Définissez l'endossement. Quelle est sa conséquence sur la vigueur de la lettre de change ?

Il consiste en l'apposition sur le dos de la lettre de change de la signature de l'endosseur. La lettre de change étant un instrument de paiement, il convenait de trouver un mécanisme rapide et facile permettant d'assurer sa transmission. Ce mécanisme est l'endossement.

Toute transmission a en principe pour cause une dette de l'endosseur vis-à-vis de l'endossataire. Un lien de droit comparable à celui unissant le tireur et le tiré doit en principe unir l'endosseur et l'endossataire. Au moment de l'échéance, la lettre de change peut, en raison d'une ou plusieurs transmissions être entre les mains d'une autre personne que le tireur. Ce tiers, qui est appelé « le porteur », est celui dont le nom figure sur la lettre de change à la dernière place.

LES EFFETS

§ 1 - Le transfert du titre.

A. Principe

Le premier effet de l'endossement est de transmettre « tous les droits résultant de la lettre de change » (art. 14). Le bénéficiaire du titre change. L'endossataire remplace l'endosseur comme créancier du tiré à l'échéance. L'endossement n'étant pas une cession de créance, c'est la lettre de change qui, lors de celui-ci, est transférée et non le droit de l'endosseur. L'endossataire n'acquiert par conséquent pas une créance mais un titre.

L'endossement de la lettre de change n'emporte pas la transmission de la provision - qui reste la propriété du tireur - mais bien du privilège sur la provision.

B. Exception : deux endossements qui ne sont pas translatifs : l'endossement pour recouvrement et l'endossement pignoratif.

§ 2 - La garantie solidaire de l'endosseur.

La Loi prévoit que l'endosseur, qui participe à la circulation de la traite, en devient garant : il est, sauf clause contraire, garant de l'acceptation et du paiement. Elle est différente de la solidarité commerciale, d'une part, il n'y a pas d'intérêt commun et, d'autre part, ils entrent en scène successivement.

La seule explication est le vœu de la Loi d'organiser une garantie toujours plus importante au fur et à mesure que la lettre de change circule. En circulant, le nombre de garants augmente : toute signature ajoute en effet un nouveau garant dans la chaîne des endossements.

L'endosseur peut s'exonérer tant de la garantie de l'acceptation que de la garantie de paiement. La situation de l'endosseur est donc différente de celle du tireur qui peut uniquement s'exonérer de la garantie d'acceptation et non de celle du paiement. Cette garantie solidaire n'est pas soumise à l'article 1203 du Code civil.

§ 3 - La purge des exceptions. (Art. 17)

Cette purge des exceptions différencie clairement l'endossement de la cession de créance. Le porteur ne peut se voir opposer par les personnes qu'il actionne dans le cadre de la lettre de change les exceptions que celles-ci tirent de leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs précédents.

§ 4 – Conclusion

Double avantage : Il augmente à la suite des transmissions successives, le nombre de garanties sans pour autant multiplier le nombre d'exceptions ; La lettre de change devient ainsi une monnaie commerciale.

- Définissez l'aval. Quels sont les recours qui y sont liés ?

C'est une garantie volontaire qui s'ajoute aux garanties légales dont bénéficie la lettre de change. Renforcer la signature qui était mise en doute. L'aval est la garantie cambiaire par laquelle une personne conforte les obligations d'un autre signataire de la lettre de change. Cette garantie est donnée par une personne qui est soit un tiers soit un signataire de la lettre (art. 30). L'aval est un débiteur indépendant.

La garantie de l'aval se distingue de celle donnée par l'endosseur. Cette dernière est une des conséquences attachées par la loi à la transmission de la lettre de change. La garantie offerte par l'aval suppose une intervention volontaire de ce tiers, intervention qui a pour objet de consentir cette garantie.

L'aval se distingue également de la caution, même si, comme une caution, l'aval garantit l'obligation d'autrui. L'engagement de la caution est accessoire, alors que l'aval est tenu même l'obligation garantie est nulle (art. 32). L'aval est soumis au droit cambiaire.

- Que conseillez-vous à un porteur confronté à un défaut de paiement ?

La loi du 3 juin 1997 sur les protêts

De réaliser un protêt dit *faute de paiement*, c'est la constatation par un huissier que le tiré est en défaut de payer. C'est un constat et non une sommation. La Loi instaure une obligation de protester non seulement quand le tiré n'accepte pas la lettre de change mais aussi quand il ne la paie pas à échéance (art. 44).

De l'établissement d'un protêt dépend la possibilité d'exercer les recours cambiaires. C'est pourquoi, un protêt s'impose en principe même si le tiré est insolvable.

Il existe quatre exceptions.

- Analysez les différents rapports entre les « acteurs » du crédit documentaire.

- Analysez la nature juridique de la garantie à première demande.

- Analysez l'exception de fraude manifeste dans le cadre de la garantie bancaire.

4. – Droit des contrats commerciaux

- Définissez le courtage.

- Définissez la commission.

- Définissez le contrat d'agence commerciale.
- Quelles sont les caractéristiques du contrat d'agence commerciale ?
- Quelles sont les obligations de l'agent et du commettant ?
- Quelles sont les modalités du contrat d'agence quant à la durée ?
- Quels sont les modes de résiliation du contrat d'agence ?
- Dans quelles circonstances/conditions le contrat d'agence peut-il être résilié sans préavis ?
- Quel est le régime de la rémunération de l'agent en cours de contrat ?
- Comment se calculent les commissions de l'agent ?
- Quels sont les faits générateurs du droit à la commission et de son exigibilité ?
- Quelles sont les indemnités consécutives à la cessation du contrat d'agence ?
- Quelles sont les conditions et les modalités de l'octroi à l'agent d'une indemnité d'éviction ?
- Quel est le régime légal de la clause de non-concurrence dans le contrat d'agence ?
- Quel est le critère de la loi applicable au contrat d'agence ?
- Définissez un contrat de concession de vente.
- Quel est le champ d'application et les objectifs de la loi du 27 juillet 1961 ?
- Comment se déterminent le préavis raisonnable et l'indemnité compensatoire dans le cadre d'un contrat de concession ?
- Dans quelles hypothèses le concessionnaire a-t-il droit à une indemnité complémentaire ?
- Quel est le régime légal du renouvellement des contrats de concession à durée déterminée ?
- Analysez les articles 4 et 6 de la loi du 27 juillet 1961.
- Analysez les éléments caractéristiques du contrat de franchise.

- Quels sont les différents types de franchises.
- Définissez un accord de partenariat commercial.
- Analysez les principes de la loi du 19 décembre 2005 sur l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial.

5. – Droit des pratiques du commerce

- Quel est le champ d'application de la loi sur les pratiques de commerce ?

1 - Le vendeur (art. 1^{er}, 6, a), b) et c)). Mais la loi ne s'applique pas à tous les professionnels. Quelques décisions judiciaires ont conclu à la non-applicabilité de la loi parce que la vente de produits ou de services n'était qu'occasionnelle.

La vente peut porter sur des produits ou des services. Par « produits », on entend les biens meubles corporels (art. 1^{er}, 1). Les immeubles et les biens incorporels sont donc exclus. Par « services », on entend toute prestation qui constitue un acte de commerce ou une activité artisanale (art. 1^{er}, 2). Les services financiers sont inclus en principe, sauf exclusion expresse tandis que les instruments financiers sont exclus en principe, sauf inclusion expresse. En revanche, les services des professions libérales ne seront pas visés puisqu'il ne s'agit pas d'actes de commerces.

2 - Le consommateur (art. 1^{er}, 7).

Le critère est celui de la destination du bien, privée ou professionnelle, et pas celui de la compétence de l'acheteur: une société n'est pas un consommateur pour sa voiture. Professionnel qui achète à des fins privées, c'est ok.

3 - Application internationale. La Cour a ainsi décidé que la loi belge sur les pratiques du commerce trouve à s'appliquer soit quand les pratiques visées par cette loi se localisent sur le territoire belge, soit quand leurs effets sont appréciables en Belgique.

- Analysez les deux types d'« actes contraires aux usages honnêtes » (« B to B »).
- Analysez la relation entre vendeurs et consommateurs (« B to C »).
- Analysez la notion de « pratiques commerciales déloyales ».
- Analysez la notion de « pratiques commerciales trompeuses ».
- Analysez la notion de « pratiques commerciales agressives ».
- Que savez-vous des « listes noires » quant aux pratiques trompeuses et agressives ?
- Y a-t-il autorité de la chose jugée par le juge de la cessation à l'égard du juge de la responsabilité ?

- Analysez le lien entre concurrence déloyale et atteinte à la propriété intellectuelle

- Analysez le lien entre concurrence déloyale et violation d'un contrat.

- Quelles sont les modalités de l'action en cessation ?

L'art 95, al 1^{er} nous dit que toute violation d'une dispo de la LLPC pourra faire l'objet d'une action en cessation.

Point de vue compétence judiciaire, c'est le président du tribunal de commerce qui statue sur les actions en cessation (95 + 97 LLPC, 589 C.J.), action formée et instruite selon les formes du référé (art 100).

Qui peut intenter action en cessation ? : - tout intéressé

- groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la perso juridique sauf lorsqu'il s'agit d'une atteinte portée aux intérêts du conso
- association, ministre (art 98).

Que peut-on obtenir ? : La cessation (!) d'un comportement illicite (donc pas de nullité, pas de D et I, c'est le juge de fond qui s'en occupe).

Rem : action en cessation est une exception au principe général qui veut que l'action civile est suspendue pendant l'action pénale car on ne peut pas statuer sur l'action pénale tant qu'il n'y a pas de décision coulée en force de chose jugée au point de vue de l'action en cessation.

- Quelles sont les formes de publicité interdites ?

A. Publicité trompeuse : concernant les effets du produit ou service sur l'environnement (art 23, 1^o et 2^o), la personne du vendeur (art 23, 3^o), par omission volontaire (23, 4^o)

Rem : -une pub peut être trompeuse sans qu'une intention de tromper puisse être reprochée (ex : erreur dans le nom d'un vin présenté dans un catalogue)

La pub trompeuse doit être de nature à influencer le comportement éco du conso moyen

B. Publicité rédactionnelle : art 23, 5^o : la pub rédactionnelle est celle qui ne peut être distinguée d'un article

C. Publicité dénigrante (art.23, 6^o et 7) ou génératrice de confusion (art. 23,8^o)

Rem : le dénigrement doit viser un autre vendeur

D. Publicité en l'absence de stock suffisant (23, 9^o)

On incrimine le comportement du vendeur qui lance une communication publicitaire tout en sachant ou devant savoir qu'il ne sera pas en mesure de répondre à la demande.

E. Publicité relative à l'octroi d'un gain par l'effet du hasard (23, 10^o)

Une exception est prévue pour les loteries autorisées

F. Publicité comparative : (autorisée sous certaines conditions)

« Toute pub qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent, des produits ou des services offerts par un concurrent » (22, al 2)

La qualité de concurrent s'apprécie du point de vue du consommateur moyen
Exigence d'identification du concurrent reçoit une interprétation large.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25/04/99, la pub comparative est autorisée sous certaines conditions (qui doivent être remplies cumulativement, cfr art 23bis, 1° à 5°)

- Analysez les règles spécifiques à la publicité sur internet.

- Quel est le régime légal des clauses abusives ?

- Analysez quelques exemples de « ventes promotionnelles » réglementées.

- les ventes à perte (art. 40, al 1 à 3) sont interdites
- les ventes en liquidation (art 46 à 48), elles ne sont autorisées que moyennant le respect de certaines conditions (art 48)
- les ventes en solde (art 49), autorisée mais à certaines conditions (art 51 à 53)

- Analysez le régime légal des offres conjointes ou jumelées ?

- Quels sont les principes fondamentaux du droit régissant le commerce électronique ?

- Liberté d'établissement : non autorisation préalable (art 4 de la loi du 11/03/03)

Aucune autorisation préalable n'est nécessaire pour l'exercice de l'activité d'un prestataire de service de la société de l'info, sans préjudice des dispositions relatives aux professions réglementées.

- Libre prestation de services en Belgique (art 5 de la loi)

Le prestataire établi sur le territoire belge doit se conformer aux exigences applicables en Belgique. En revanche, les services des prestataires établis dans les autres états membres de l'U.E. peuvent circuler librement sur le territoire belge