

LIVRE I - THEORIE GENERALE DE LA COMMERCIALITE

Le droit commercial = « droit privé d'exception ».

Le droit commercial a souvent été qualifié de « droit d'exception ». Le droit commercial s'est d'abord érigé afin de répondre aux exigences des marchands. Page | 1

Le droit commercial se rapproche de la notion de droit économique.

Droit économique = droit regroupant l'ensemble des règles qui « dans un pays déterminé, traduisent en termes juridiques l'armature et les mécanismes d'activité économique ».

Désormais la protection des consommateurs et le droit de la concurrence s'intègrent dans l'arsenal juridique qui encadre le monde des affaires.

TITRE I – Généralités

Chapitre 1 – Bref historique du droit commercial

Le droit commercial s'est initialement construit comme un droit d'exception propre aux marchands, en particulier italiens, qui couraient de foire en foire, traversaient les mers et faisaient négoce dans les ports hanséatiques ou flamands. Ils étaient protégés par les seigneurs ce qui leur permet d'exercer l'activité commerciale en toute sécurité.

Section 1. Du Moyen-âge au Code de commerce de 1807

La naissance du droit commercial au Moyen-âge : les pratiques des marchands

Le droit commercial éclot au Moyen-âge. Il apparaît en Italie où il s'organise autour de foires dans les villes autonomes du Nord mais aussi en Flandre et dans la Hanse teutonique où l'activité portuaire se développe en parallèle au commerce maritime. L'insécurité des routes et les difficultés des voyages amènent naturellement les marchands à se grouper et à se réunir dans des foires, avec la bénédiction des seigneurs locaux. Le droit qui s'érige alors est résolument « international ».

Enfin, à défaut de trouver écoute et reconnaissance de leurs pratiques auprès des tribunaux suzerains locaux, les marchands créent leurs propres juridictions corporatives, dites aussi consulaires (juridictions de proximité).

Des mécanismes sophistiqués (comme la lettre de change, les premières sociétés commerciales, l'usage des comptes auprès des banquiers ou le paiement par virement) y trouvent leur origine.

Puttermans rappelle ainsi que le mot « banquier » trouve son origine dans l'italien *banca* qui désignait la table sur laquelle le prêteur vénitien ou florentin effectuait ses opérations de compte. Même la prohibition par l'Eglise, du prêt à intérêt qui constituait un frein important au développement du crédit, et donc du commerce, trouva des accommodements grâce à l'ingéniosité des marchands.

L'évolution du langage est particulièrement exemplative de l'origine « professionnelle » du droit commercial : aux mots « marchand » et « marchandise » qui apparaissent à l'origine, vers l'an mil, succèdent, à partir du XIV^{ème} siècle, le terme de « commerce » (pour désigner l'activité des marchands et autres négociants) et, à partir du XVII^{ème} siècle, le substantif « commerçant » (comme nom générique désignant ceux qui exercent cette activité) et l'adjectif « commercial ».

Une évolution à multiples facettes – les premières législations

A la fin du Moyen-âge, le droit commercial a atteint un haut degré d'élaboration. C'est un droit spécifique, se détachant de plus en plus du droit civil. C'est aussi un droit international, qui a su faire émerger une communauté d'intérêts par-delà les frontières des cités. C'est, enfin, un droit professionnel, dont l'usage est réservé aux commerçants, qui en contrôlent l'application au sein des corporations, ainsi que l'interprétation par le truchement de juridictions consulaires.

En France, le 23 mars 1673 ? la première législation uniforme applicable à tous les commerçants français est adoptée : c'est l'ordonnance de Colbert, dite « ordonnance de commerce de mars 1673 » dont la rédaction a été confiée à un commerçant parisien nommé Jacques Savary, d'où le nom de « code Savary » utilisé pendant plus d'un siècle.

La révolution française ne modifia pas les acquis de ces premières législations. Les juridictions d'exceptions, dites « consulaires », qui reposent sur le principe d'un jugement par des pairs, sont maintenues et les ordonnances de Colbert conservées.

Selon certains, le décret d'Allarde des 8-17 mars 1791 fonde l'arrivée du commerce et de ses libertés. Suivra la Loi du Chapelier des 14-17 juin 1791 qui interdit, quant à elle, les corporations, maîtrises et jurandes et prononce ainsi la fin du « droit » commerciale moyenâgeux.

Décret d'Allarde des 8-17 mars 1791 qui proclame la liberté du commerce : « à compter du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements qui sont ou pourront être faits ».

Le processus de codification

La rage codificatrice de Napoléon devait s'étendre au droit commercial. Le code de commerce est adopté le 10-15 septembre 1807. Il entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1808. Lors de l'indépendance belge, il deviendra notre Code de commerce.

La structure du Code

Dans la division de leur œuvre, les rédacteurs du Code de commerce se sont inspirés de l'exemple que leur offrait le Code civil. Le Code est ainsi divisé en quatre livres, chacun en titres, eux-mêmes subdivisés en sections ou chapitres.

Le premier livre est intitulé *Du commerce en général* ; le deuxième est consacré au *Commerce maritime* ; le troisième traite *De la faillite* ; le quatrième entretient *De la juridiction commerciale*.

Un code incomplet et « dépassé »

Le code de commerce s'est vite révélé dépassé en raison des prodigieux développements du commerce, de l'industrie et de la banque lors de la révolution industrielle du XIX^{ème} siècle.

Certaines législations antérieures n'avaient pas été intégrées dans le Code de commerce. Il en fut de même, ensuite, de manières émergentes (comme la propriété intellectuelle), mais aussi d'institutions pourtant bien connues (comme le fonds de commerce), dont le code de commerce ne dit mot.

Section 2. Du Code de commerce à nos jours

Les multiples interventions législatives qui ont marqué – et marquent encore – le paysage réglementaire du droit commercial traduisent les différents axes et principes qui les guident.

Le dogme du capitalisme libéral

Le principe de la liberté du commerce et des contrats oriente le droit commercial vers le développement d'institutions qui favorisent les libres opérations du commerce.

Le développement au XX^{ème} siècle de législations protectionnistes

La fin de la Seconde Guerre mondiale, l'Etat intervient comme garant de l'intérêt général, contre certains excès du capitalisme libéral, à la faveur de personnes en situation de faiblesse.

De l'économie dirigée à l'économie encadrée

La planification économique, la création de nombreux comités sectoriels et d'un Conseil central de l'économie, la réglementation des prix, la création d'entreprises publiques, le contrôle des secteurs vitaux comme les banques, l'assurance, l'énergie, etc., répondent à cette volonté de régir certains axes de la vie économique. Ce mouvement s'est, depuis, freiné, voire a été progressivement remplacé par un retour de la doctrine libérale.

Chapitre 1 – Définitions et principes de droit commercial

Section 1 - Définitions

Le droit commercial est un droit flexible et évolutif. La protection de l'épargne et du consommateur sont des dispositions qui règlent des comportements privés mais avec des objectifs qui relèvent d'une politique économique (aspect public). C'est un droit instrumental, opérationnel.

§ 1. Le droit commercial, un droit des commerçants ou des actes de commerce ?

A. La conception « subjective » de la commercialité

Sans doute est-il aisé d'affirmer que le droit commercial est à l'origine un droit professionnel, propre à l'exercice de la profession commerciale. Le champ d'application fixé en fonction des personnes auxquelles il s'applique et auxquelles, il prête certaines qualités et certains besoins, ce qui explique la particularité même de ses règles.

Cette thèse dite subjective semble être celle choisie par l'article 1^{er} du code de commerce lorsqu'il énonce que « sont commerçant ceux qui exercent des actes qualifiés de commerciaux et qui en font leur profession habituelle, soit titre principal soit à titre d'appoint ».

Les objections à l'encontre de la pertinence de cette thèse

Elle est tout d'abord contraire au principe d'égalité civile et introduit une réglementation corporatiste.

Elle paraît ensuite, déniée par les législations récentes qui, de plus en plus souvent, appliquent des règles essentielles au « commerce » ou aux affaires à des catégories plus vastes de personnes que celles seules qui jouissent de la qualité de commerçant.

Le libellé de l'article 1^{er} du code de commerce paraît cautionner l'idée que le commerçant se définit surtout par les actes qu'il pose, soit des actes de commerce.

Cette considération autorise le glissement d'une conception subjective vers une conception plus objective de la commercialité. Sous cet angle, le droit commercial paraît davantage justifier son originalité par les spécificités des actes qui sont posés dans le cadre du commerce que par la qualité de celui qui les pose.

B. La conception « objective » de la commercialité

L'opération commerciale en tant que critère de définition

La thèse objective prend essentiellement en considération l'opération commerciale, c'est-à-dire l'acte de commerce. En ce sens, le droit commercial est le droit des actes de commerce. La thèse objective se distingue essentiellement de la thèse subjective par son domaine : le droit commercial s'ouvre largement au monde extérieur, puisque de nombreuses activités civiles relèvent de procédures commerciales. De ce fait, le droit commercial est applicable au monde des affaires plus qu'à la seule profession commerciale.

L'ambiguïté du Code de commerce

Le code de commerce reste ambigu quant au choix entre l'une ou l'autre conception, son article 2 qui définit les actes de commerce, se réfère, en effet, tantôt à la nature de l'opération (ex : lorsqu'il vise l'achat pour revendre), tantôt, à la qualité de celui qui pose l'acte.

§ 2. Du droit des affaires au droit des entreprises

L'élargissement du droit commercial au monde des affaires

Il y a des instruments du droit commercial qui sont utilisés par des noms commerçants. Ex : la garantie financière à première demande, la lettre de change etc.

Ex : tout comme les commerçants, les ASBL sont, à raison de leurs activités économiques, soumises aux règles de la concurrence et à l'obligation d'inscription à la banque-carrefour des entreprises.

Les nouvelles définitions du droit commercial

Le droit commercial s'étend à : « l'ensemble des activités économiques ». C'est-à-dire : « activités de production, de transformation, de circulation des richesses, et ce qu'elles soient commerciales, industrielles, artisanales, agricoles ou libérales ». Le droit commercial deviendrait aussi plus largement le droit des entreprises.

Concernant la définition du droit des entreprises, la doctrine est partagée (notamment, J. VAN RYN et J. HEENEN, W. VAN GERVEN et la Cour de justice des Communautés européennes).

J. VAN RYN et J. HEENEN → **Entreprise** = « *organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé* ».

Cour de justice des Communautés européennes → **L'entreprise est « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ».**

Le droit commercial ne devrait-il pas, dès lors, être renommé « droit des affaires » ou « droit des entreprises », voire « droit économique » ?

Le droit commercial devenu droit économique perd ses vertus de stabilité et son caractère général. C'est l'idée d'un droit « **instrumentaliste** ». Comme l'économie n'est plus l'observation des résultats relevant du jeu indépendant des entreprises, le droit économique entend être un facteur dans le jeu même des activités du monde industriel et commercial. Il se veut « **opérationnel** » alors qu'autrefois le droit était considéré comme porteur de valeurs stables, voire même comme révélateur d'une certaine éthique, d'une philosophie de vie qui se balançait entre l'autonomie créatrice de la volonté et de la responsabilité claire des contractants.

Section 2. Les principes du droit commercial

§ 1. Les principes du droit commercial issus du Code de commerce de 1807 (pas vu)

La liberté de commerce et ses limites

Les pratiques et les usages

La bonne foi et l'équité

La simplicité et la rapidité des procédures et la maîtrise de leur coût –

§ 2. Les principes actuels du droit commercial

Actuellement, que sont devenus ces principes ?

Sans doute, restent-ils d'actualité, même si tant le contexte dans lequel le monde des affaires évolue que l'approche réglementaire de ce monde, ainsi que les techniques organisationnelles et techniques utilisées pour faire commerce amènent à les nuancer et les compléter.

Ainsi la liberté proclamée contre le corporatisme devient, dans l'espace européen l'affirmation d'un marché sans frontières et d'un jeu loyal et concurrentiel, ce qui n'interdit pas l'encadrement et le contrôle de l'activité économique désormais dévolus à l'Etat.

La spécificité du droit commercial repose principalement sur différents besoins spécifiques au monde des affaires. Rapidité, sécurité et crédit sont des éléments nécessaires à son développement et justifient qu'une distance soit parfois prise vis-à-vis des règles de droit civil.

On peut aussi ajouter une unification transnationale.

A. La liberté et le jeu loyal

La consécration par l'Union européenne des libertés économiques

Le traité CE consacre les libertés économiques essentielles. Le principe de la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux a, sans conteste donné sa pleine dimension au principe de la liberté d'entreprendre posé par la Loi le Chapelier et le décret d'Allarde.

L'affirmation de ces libertés – comme celle de la liberté de la concurrence – exprime bien la nécessité de diminuer au maximum les entraves à l'exercice des activités économiques.

Il faut, cependant, pour éviter les abus et les atteintes injustifiées aux libertés des uns et des autres, encadrer les comportements des acteurs sur leurs marchés respectifs. Naissent ainsi la théorie de la concurrence déloyale et le besoin plus général d'une « police » économique constituée de règles de comportements spécifiques imposées par les autorités publiques aux acteurs économiques privés.

L'imposition d'obligations de transparence

Obligations renforcées de transparence imposées aux acteurs économiques. En témoignent, les obligations faites aux entreprises de s'enregistrer à la Banque Carrefour des entreprises, de

publier leurs comptes annuels, de tenir une comptabilité, ainsi que les nombreuses réglementations en matière d'appels d'épargne.

B. Les exigences propres au monde des affaires

L'exigence de rapidité

Le droit commercial doit satisfaire à un besoin de rapidité inhérent aux échanges commerciaux, échanges dont la multiplication est nécessaire à l'activité économique. En droit commercial, le temps c'est de l'argent. Cette multiplication doit s'opérer le plus simplement et le plus rapidement possible pour augmenter efficacement la production et la distribution des richesses.

Le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale (article 25 du code de commerce) permet aux partenaires de traiter sans retard, par simple lettre, téléphone etc. en acceptant de ne pas les soumettre au régime légal prévu par l'article 1341 du code civil. Mais aussi, et plus récemment, la volonté de faire disparaître les barrières juridiques formelles freinant l'essor du commerce électronique.

La rapidité des transactions exige également que l'on n'ait pas à s'interroger trop longuement sur les pouvoirs du contractant : c'est pourquoi la théorie de l'apparence trouve un terrain d'élection en droit commercial. Ceci explique également les délais de prescription plus courts qu'en droit commun.

Le formalisme tient, enfin, une place importante en droit commercial, quoiqu'il y joue un rôle profondément différent de celui qu'il garantit en matière civile. Au formalisme protecteur du droit civil, se substitue ici un formalisme « **simplificateur** » et « **standardisateur** » qui permet, en se référant à des modèles standards de réduire les coûts des transactions. Cela permet au droit commercial de s'en tenir à la volonté « déclarée » des parties sans devoir rechercher leurs intentions profondes.

L'exigence de sécurité

Création d'une procédure d' « élimination » des commerçants qui ne respectent pas leurs engagements. Là où le droit civil, selon le mot du doyen Carbonnier, repose sur la morale du pardon, le droit commercial met en œuvre la morale de la rigueur. On parle d'ailleurs de la « rigueur Cambiaire ». Les échanges commerciaux ne sont pas une simple addition d'actes isolés, mais une chaîne. En outre, afin d'assurer la fiabilité des échanges, la pratique a créé des instruments dont le formalisme, consacré par la loi, est principalement destiné à assurer la sécurité des paiements. Le besoin de sécurité est amplifié par le caractère naturellement international des échanges commerciaux, qui a suscité la création des garanties bancaires à première demande ou de lettres de crédit *stand by*.

Enfin la sécurité explique parfois une *favor contractus*, expliquant que certaines opérations commerciales soient moins facilement remises en cause que ce que prévoit le droit commun des contrats. Des sanctions spécifiques viennent ici s'ajouter à celles du code civil, voire s'y substituer. C'est pourquoi on va plus facilement poser la résolution du contrat en droit civil plutôt qu'en droit commercial.

En droit commercial, c'est le mécanisme de la « réfaction du contrat » qui est admis.

L'exigence de renforcement du crédit

Les nécessités du crédit sont indissociables des impératifs de sécurité et de rapidité.

La lettre de change, créée dès le Moyen-âge, participait déjà de l'une et de l'autre, supprimant toute circulation monétaire et tout délai de paiement.

Il n'est pas une entreprise qui n'ait désormais recours au crédit, et les périodes de crise économique, au cours desquelles les entreprises souffrent plus durement encore de l'insuffisance de leurs fonds propres, ne font qu'accroître ce phénomène. Le besoin de crédit ou la nécessité d'une confiance naturelle ont inspiré une jurisprudence selon laquelle les fabricants et vendeurs professionnels sont présumés connaître les défauts cachés des choses qu'ils vendent.

L'exigence d'une unification transnationale des règles adaptées à l'internalisation croissante de l'activité économique

Le droit européen, né de la création de la Communauté européenne, traduit particulièrement le besoin d'unification des normes juridiques applicables sur des territoires nationaux juridiquement distincts, mais formant un grand marché potentiellement unique d'un point de vue économique. Le droit international est devenu aujourd'hui une des sources essentielles du droit commercial actuel.

Chapitre 3 – Les sources du droit commercial

Des sources à l'image du monde auquel elles s'appliquent

C'est, désormais, un monde « globalisé ». Ceci explique que les règles qui régissent ou inspirent les relations entre entreprises trouvent leur source dans le droit international, le droit européen et le droit comparé.

C'est, par ailleurs, un monde qui se caractérise de plus en plus par une « autorégulation ». Le droit y est largement un droit « spontané », issu de la répétition de pratiques et habitudes, qui peuvent être générales ou sectorielles.

En outre, les sujets auxquels il s'applique se dotent largement de leurs propres normes, auxquelles s'ajoutent des « codes de conduites », des lignes directrices, voire des codes dits d'éthique ou de bon comportement, soit un ensemble de normes « privées » jouissant d'une force contraignante d'intensité variable.

Section 1. Les sources nationales : du Code de commerce de 1807 à une codification éclatée

D'un droit d'exception à un droit autonome

Sans doute, faut-il rappeler que le code de commerce a d'emblée voulu comme une réglementation spéciale applicable aux seuls commerçants et aux actes de commerce. Ce code définit d'ailleurs strictement son champ d'application par ces deux notions. Le droit commercial est une branche du droit privé car il régit les rapports des particuliers entre eux. Ce statut de législation spécifique expliquait que les règles du droit commun, issues du code civil, restaient d'application comme constituant un fonds de droit privé commun et général, applicable à la réglementation des matières civiles comme à celle des matières commerciales.

Dans un même temps, il était acquis que si une règle du droit civil est contraire aux nécessités de la vie commerciale, elle devait être écartée comme ne faisant pas partie de ce droit d'exception.

Aussi est-il normal de considérer qu'une règle du droit civil ne s'étend aux matières commerciales que si elle s'adapte exactement à celles-ci et constitue, de ce fait, une règle du droit commun général. Il n'existe, en effet, aucune présomption qui conduise à admettre que toute règle civile est, en elle-même, une règle commerciale.

Le mouvement d'autonomie s'accroît cependant. En matière de société, les dispositions relatives aux sociétés ont été transférées du code civil (article 1832 à 1872) dans le code des sociétés dont l'article 3 §1^{er} dispose désormais que « les sociétés sont régies par les conventions des parties, par le code civil et, si elles ont une nature commerciale, par les lois particulières au commerce ».

Le droit commercial n'est plus à considérer aujourd'hui comme un droit d'exception, mais bien comme un droit autonome. Il n'est donc plus soumis, de manière générale, au précepte de l'interprétation stricte des dispositions dérogatoires au droit commun. Cette autonomie du droit commercial n'a, cependant, pas abouti à une indépendance totale. Ainsi, les principes de l'autonomie de la volonté et de la convention loi demeurent applicables.

Le Code de commerce à l'heure actuelle : un squelette ?

L'idée de squelette vient de J. VAN RYN et J. HEENEN soulignant cette image d'un corps progressivement vidé de sa substance et, pour ce qui en reste, faisant constamment l'objet de modifications à ce point importantes qu'elles lui ôtent tout sens.

La multiplication des lois particulières

- 1991 : loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur;
- 1991 : loi sur la protection de la concurrence ;
- 1997 : loi sur les faillites et loi relative au concordat judiciaire;
- 1999 : le nouveau code des sociétés ;
- 2002 : loi concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales ;
- 2003 : loi sur certains aspects juridiques du commerce électronique ;

- 2005 : loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial ;
- 2006: nouvelle loi sur la concurrence économique ;
- 2007: loi modifiant de manière importante la matière des actes contraires aux usages honnêtes et de la publicité ;

Pour une recodification ?

Une réforme est actuellement envisagée aux fins de « recodifier » l'ensemble du droit économique. En 2006, un projet tendant à une « codification de la législation économique » a été lancé. Il s'agit de restructurer, de moderniser, de simplifier et surtout d'unifier des dispositions éparées afin de proposer un ensemble cohérent et moderne de la réglementation.

Section 2. Les sources internationales

§ 1. Les traités internationaux

De quelques institutions de droit public international

Il y a une prévalence des normes internationales sur les normes nationales. Il convient, dans un premier temps, de souligner l'importance qu'a prise aujourd'hui l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C) créée en 1994 à Marrakech et dont les trois traités majeurs sont le GATT, le GATS et les A.D.P.I.C. en matière de propriété intellectuelle. Selon les accords de l'OMC, les pays ne peuvent pas en principe établir de discrimination entre leurs partenaires commerciaux. Si vous accordez à un Etat une faveur spéciale vous devez le faire pour tous les autres membres de l'OMC.

La Commission des Nations unies pour le droit du commerce international (C.N.U.D.C.I.), établie à Vienne est quant à elle à la base de nombreuses conventions internationales. Elle a également contribué à l'élaboration de plusieurs lois-modèles importantes, qu'elle propose aux législateurs nationaux. Au-delà de ces institutions, nombre de traités édictent des règles matérielles spécifiques à un secteur. De manière générale, on distinguera, parmi les traités ceux qui établissent un régime uniforme applicable seulement aux opérations qui ont un caractère international. Ce régime est applicable aux seules relations internationales ; alors que les opérations purement internes font l'objet de réglementations nationales. D'autres traités, plus ambitieux, imposent aux Etats contractants d'introduire dans leurs droits une loi uniforme.

§ 2. Le droit européen

L'omniprésence du droit européen

Le droit économique est de plus en plus dicté par l'autorité européenne. L'Union européenne a pour objet d'établir un espace économique de liberté (libre échange, libre concurrence, libre circulation des personnes et des capitaux) et un marché commun entre les Etats membres.

L'Union se veut ainsi, tout d'abord, être un espace de libre commerce. (Voir notamment les articles 39 – 43 – 81 et 82 du Traité CE). Ces dispositions essentielles sont directement applicables aux entreprises établies sur le territoire des Etats membres.

Section 3. Les usages et les sources d'autorégulation

Des pratiques courantes liées à la vie des marchands ont paru à ce point nécessaire qu'elles ont progressivement pris, par la grâce des tribunaux et la reconnaissance collective de leur force contraignante, valeur de norme juridique.

L'usage s'insinue en droit par sa pratique constante. A l'inverse, l'autorégulation s'affirme à la place d'une régulation publique que les professionnels ne souhaitent pas ou dont ils craignent qu'elle n'aille à l'encontre de leurs intérêts. Ainsi, si l'autorégulation peut être dirigée contre la régulation publique, elle peut, dans d'autres cas, y trouver source et appui.

§ 1. Les usages

L'usage et la coutume : généralités

Les *us et coutumes* sont des règles de droit établies par une pratique ancienne et constante. Ce sont, le plus souvent, des clauses devenues si usuelles dans les conventions qu'elles sont sous-entendues.

De Page définit l'usage comme « les règles consacrées par les mœurs et les traditions, et que ne sont pas rédigées par écrit ». Certains de ces usages sont généraux ; d'autres sont spécifiques à une profession, à un secteur, voire à une région. Dans le premier cas, on parlera de coutume ; dans le second d'usages.

L'usage et la coutume : distinction

La coutume ne doit pas être prouvée. Son caractère général et son ancienneté lui confèrent reconnaissance devant les juges, qui écarteront même les dispositions de la loi civile avec lesquelles elle se révèle incompatible.

Les usages doivent, à l'inverse, être prouvés, spécialement lorsque le nombre de destinataires est restreint.

La codification des usages du commerce

Ex : vente de la soie, vente de céréales.

Les usages résultent souvent des contrats types d'usage international. Ils peuvent être élaborés sous l'égide d'associations professionnelles internationales.

La reconnaissance légale du rôle des usages

Le droit commercial reconnaît le rôle que peuvent jouer les usages. Plusieurs dispositions éparses y font référence.

§ 2. L'autorégulation

La notion d'autorégulation

P. VAN OMMESSLAGHE définit l'autorégulation comme « une technique selon laquelle des règles de droit ou de comportement sont créées par les personnes auxquelles ces règles sont destinées à s'appliquer, soit que ces personnes les élaborent elles-mêmes, soit qu'elles soient représentées à cet effet ».

Une alternative jugée pertinente

Le Parlement européen, le Conseil des ministres et la Commission européenne promeuvent tant l'autorégulation que la corégulation en tant qu'alternatives ou compléments de la régulation étatique. Ces mécanismes doivent toujours être conformes au droit communautaire et qu'ils respectent des critères de transparence.

Corégulation = mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine.

Autorégulation = possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen.

L'approche européenne des phénomènes d'autorégulation et de corégulation

Texte important car :

- Il définit les termes de corégulation et d'autorégulation reconnus dans un texte officiel qui lie les instances communautaires
- Il reconnaît la pleine valeur, en droit, de ces formes de régulation. Le principe de subsidiarité impose aux Etats de ne pas légiférer lorsque d'autres moyens d'atteindre les objectifs publics peuvent exister et, le cas échéant, de ne légiférer que dans la stricte mesure des exigences posées par la nécessité de fixer de tels objectifs, laissant au secteur privé le soin de décider de la juste manière d'atteindre de tels objectifs. L'autorégulation ne sera reconnue par le droit comme étant valide que moyennant le respect d'un certain nombre de conditions.
- Enfin, le texte reconnaît que, loin d'être un substitut à la réglementation étatique, l'autorégulation (comme la corégulation) doit plutôt être son complément, offrant une réelle valeur ajoutée ?

Les arguments en faveur de cette autorégulation sont nombreux : expertise des auteurs ; meilleure effectivité de la règle ; souplesse et caractère global de la régulation ; émergence d'une norme de qualité par la concurrence entre les autoréglementations.

L'importance de l'autorégulation

La portée de l'autorégulation

Cette efflorescence de l'autoréglementation ne s'arrête pas à fixer des contenus normatifs. Elle met en place des systèmes qui permettent d'assurer le respect des contenus, voire de les sanctionner.

De tels produits de l'autoréglementation constituent-ils un substitut au droit étatique ?

Les attendus de la récente ordonnance rendue, en référé, par le tribunal de commerce de Bruxelles à propos de l'affaire Fortis où les administrateurs se réfugiaient derrière le respect du code Lippens sur le « gouvernance des entreprises ».

Avantage de l'autorégulation = ceux qui l'élaborent en sont les destinataires. Et elle est souvent plus souple parce qu'ils laissent une marge de manœuvre pour pouvoir l'adapter à leurs besoins.

Chapitre 4 – Des actes de commerce à la notion de commerçant

Le droit commercial conçu au départ du code de commerce s'applique à une catégorie d'actes – les actes de commerce – qui confèrent à leur auteur, sous certaines conditions, la qualité de commerçant. Rappelons que de nombreux textes qui relèvent du droit commercial ont vocation à s'appliquer à d'autres personnes que le commerçant au sens ou l'entend le code de commerce. Il en est de même concernant les actes de commerce qui forment une activité réglementée par des législations particulières.

Section 1 - La détermination des actes de commerce

§ 1. L'énumération légale des actes de commerce

L'absence de critère abstrait : principe

La notion d'acte de commerce n'est pas définie de manière abstraite par le code de commerce, lequel se borne à procéder à une énumération empirique et hétéroclite d'actes réputés commerciaux. Bien que limitative, l'énumération est interprétée largement.

La liste des actes de commerce est, plus particulièrement, inscrite aux articles 2 et 2 de la loi du 15 septembre 1872 insérée dans le livre Ier du code commerce. L'énumération qui y figure a été ensuite modifiée et complétée par la loi du 3 juillet 1956.

L'énumération des actes commerciaux objectifs

L'absence de critère abstrait invite à renoncer à toute tentative de systématisation d'une telle nature à partir de l'énumération légale. Ceci n'empêche pas, cependant, de tenter de l'ordonnancer quelque peu, en distinguant deux grands types d'actes de commerce : les actes commerciaux objectifs et les actes commerciaux subjectifs.

Dans la première catégorie, certains actes sont commerciaux même s'ils sont *isolés* (*ils ne se produisent qu'une fois*) :

- l'achat de meubles ou d'immeubles pour la revente ;
- l'achat de meubles pour louer - ainsi que la location - ou la location de meubles pour sous-louer - ainsi que la sous-location ;
- l'achat d'un fonds de commerce en vue de l'exploiter ;
- les opérations de banque et de change ;
- les opérations de bourse ;
- les opérations de courtage ou de commission ;
- les opérations relatives à la navigation maritime.

D'autres ne deviennent commerciaux qu'en raison de leur répétition (*actes par entreprises*) :

- les entreprises immobilières ;
- les entreprises de manufactures et d'usines ;
- les entreprises de travaux publics et privés ;
- les entreprises de transport ;
- les entreprises de fournitures ;
- les agences et bureaux d'affaires ;
- les établissements de vente à l'encan ;
- les établissements de spectacles publics ;
- les établissements d'assurances à primes.

L'article 2 du code de commerce répute comme actes de commerce « les lettres de change, mandats, billets ou effets à ordre » qui entrent dans la catégorie d'actes par la forme. Ce sont, cependant, les engagements pris par l'utilisation de ces instruments qui acquièrent un caractère commercial.

Les actes commerciaux subjectifs

Il s'agit d'une catégorie résiduelle. Sont alors réputés actes de commerce « toutes obligations de commerçants, qu'elles aient pour objet des immeubles ou des meubles, à moins qu'il soit prouvé qu'elles aient une cause étrangère au commerce » (article 2 *in fine* du code de commerce). En ce sens, tout acte accompli par un commerçant est présumé être un acte de commerce en raison de la qualité de celui qui l'a posé. La présomption est réfragable. Le commerçant dispose de la faculté d'établir que l'acte litigieux a « une cause étrangère au commerce » parce qu'il a été posé par lui en dehors de son activité.

L'exigence spécifique d'un « but de lucre »

La Cour de cassation a opté pour la conception subjective, définissant l'acte de commerce par le but de lucre ou la spéculation. L'absence de but de lucre permet de remettre en cause la qualification de l'acte. Des actes de commerce entrant dans la définition légale – qu'ils soient qualifiés ci avant de subjectifs ou d'objectifs – échapperont donc à une telle qualification si l'absence du but lucratif est établie. Le Code de commerce créerait donc une présomption de commercialité qui peut être renversée par la preuve contraire.

Ex : curé qui exploite un bassin de natation dans le cadre des services qu'il rend à la population ne sera pas considéré comme un commerçant, bien que son exploitation soit une entreprise de spectacle public, acte de commerce aux termes du code en son article 2 alinéa 5. (Page 40).

Les activités exclues du droit commercial

Certaines activités sont exclues du champ de la commercialité. Certaines le sont expressément par le code de commerce. L'article 2bis exclut désormais les actes accomplis par les pharmaciens des actes réputés actes de commerce. d'autres le sont, a contrario, parce que les actes en cause ne sont pas visés par l'énumération légale ou la condition de but de lucre (ex : profession libérales, activités économiques des pouvoirs publics).

§ 2. Les actes mixtes

La détermination de l'acte mixte

Le même acte juridique peut présenter un caractère commercial dans le chef de l'une des parties et un caractère civil dans le chef de l'autre partie. Il est alors conclu entre un commerçant et un particulier, mais n'est commercial que dans le chef du commerçant. L'obligation du particulier demeure de nature civile. On parle alors d'acte mixte.

Ex : la vente de biens de consommation à un consommateur. La vente sera civile dans le chef du consommateur et commerciale dans le chef du vendeur professionnel.

La détermination des règles du régime juridique applicable implique de qualifier la nature de l'acte – commercial ou civil – dans le chef de celui auquel on entend en faire valoir ses effets.

Conséquences de la qualification d'acte mixte

La nature de l'acte contre lequel on veut agir impose l'application de règles de droit spécifiques.

- 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.

Section 2. De l'acte de commerce au commerçant

La définition du commerçant – Article 1^{er} du Code de commerce :

« Sont commerçants ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint ».

La doctrine ajoutant : « en son nom et pour son compte ».

Lorsque le commerce est exercé par des personnes physiques, on parle de commerçants. Lorsqu'il est exercé par des personnes morales de droit privé, il s'agit de société commerciale.

Pour une personne physique, l'activité effectivement exercée est prise en considération pour déterminer si des actes commerciaux sont posés et, par voie de conséquence, si elle possède la qualité de commerçant.

Pour une personne morale, c'est l'analyse de son objet social – en tant qu'il vise ou non l'accomplissement d'actes de commerce – qui permettra de conclure à sa commercialité.

Les conditions d'acquisition de la qualité de commerçant

- L'accomplissement d'actes de commerce
- A titre professionnel
- En son nom et pour son compte

Seules ces conditions doivent être remplies pour acquérir la qualité de commerçant.

A l'opposé, celui qui remplit les conditions susmentionnées sera commerçant, même s'il ne respecte pas d'autres réglementations s'imposant à lui dans l'exercice de son activité.

La première condition : l'accomplissement d'actes de commerce

C'est la conception objective de la délimitation du champ d'application du droit commercial. C'est l'accomplissement d'actes de commerce qui est attributif à la qualité de commerçant.

La deuxième condition : le but professionnel

Ces actes de commerce doivent être accomplis dans le cadre d'une profession. La simple répétition d'actes de commerce ne suffit donc pas à l'attribution de la qualité de commerçant. Il faut avoir la volonté ou agir dans le but de tirer des ressources de l'accomplissement des actes de commerce envisagés.

La définition recouvre, néanmoins, les activités commerciales d'appoint qui sont exercées en complément d'une autre activité de nature non commerciale.

Ex : situation de l'employé d'une compagnie d'assurance qui gère un portefeuille de courtier après les heures qu'il preste pour son employeur.

La troisième condition : l'acte posé en son nom et pour son compte

Elle exclut de la catégorie des commerçants ceux qui agissent pour le compte d'autrui.

Ex : employés du commerçant – directeur de société – gérant appointé d'un magasin – mandataire en général.

Section 3. L'intérêt de la distinction entre acte de commerce et acte civil

La détermination de la qualité de commerçant

La qualité de commerçant aura différentes conséquences pour celui à qui on la reconnaît.

Le critère de compétence *ratione personae* du tribunal de commerce.

Le code judiciaire conçoit le tribunal de commerce comme un tribunal d'exception par rapport à la compétence générale du tribunal de première instance (article 573 du code judiciaire).

Le destinataire exclusif du régime de la faillite

La procédure de faillite ne s'applique qu'aux commerçants (article 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites). Cette disposition a pour conséquence d'exclure le particulier insolvable de l'état de faillite.

Le bénéficiaire d'un régime de preuve allégé

Les modes de preuves admissibles à l'encontre de l'auteur de l'acte commercial font l'objet d'une réglementation plus souple que celle comprise dans le code civil. Même si le régime de la preuve en droit commercial ne peut être qualifié de totalement libre, la preuve par témoins ou par présomptions y est beaucoup plus largement admise.

TITRE 2 - L'acteur de droit commercial

On va aborder ici le régime propre aux commerçants personnes physiques ainsi que les règles qui s'appliquent aux sociétés commerciales.

CHAPITRE I – L'acquisition et la perte de la qualité de commerçant

Les conditions de l'acquisition et de la perte

Nous venons d'étudier les conditions requises qui permettent d'acquérir la qualité de commerçant. En toute logique, la perte d'une telle qualité dépendra donc de leur disparition, ensemble ou de certaines d'entre elles.

Les conséquences d'une cessation d'activités

La cessation définitive de la profession exercée antérieurement implique normalement la perte de la qualité de commerçant. Il n'y aura observation de cette qualité que pour les actes qui ont été accomplis durant la liquidation de l'entreprise, si ceux-ci sont suffisamment nombreux et suivis pour constituer une activité régulière au sens de l'article 1^{er} du code de commerce. Pour les sociétés commerciales, la règle inverse est d'application en vertu de l'article 183 §1^{er} du code des sociétés. En effet, la société qui est dissoute et mise en liquidation ne perd pas son caractère commercial avant la clôture de sa liquidation.

Les conséquences du décès

La perte de la qualité de commerçant découle aussi normalement du décès de la personne physique. La transmission de cette qualité pour cause de mort n'est ni prévue ni organisée par la loi. Les héritiers d'un commerçant ne peuvent donc l'acquérir par la seule qualité d'héritiers. Cependant s'ils continuent le commerce du défunt, ils pourront eux-mêmes devenir commerçants, à ce à titre personnel, pour autant que toutes les conditions relatives à cette qualité soient remplies dans leur chef. On notera, enfin, que le décès n'entraîne pas une disqualification des actes accomplis par le défunt. Ceux-ci conserveront le caractère commercial, mais ne feront pas pour autant acquérir la qualité de commerçant aux héritiers.

L'importance de la date de la perte de la qualité de commerçant

Article 2 alinéa 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites. Pour les personnes morales, cette période remonte à la clôture de la liquidation (article 2 alinéa 4).

CHAPITRE II – La capacité juridique requise

L'existence d'une activité commerciale crée des risques tant pour le commerçant que pour ceux avec lesquels il est amené à traiter.

Section 1. Les incapacités

Les commerçants mariés

Depuis la loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux, chaque époux peut devenir commerçant sans l'accord de l'autre (article 216 §1^{er} al. 1^{er} du code civil). Mais l'alinéa 2 précise que chacun des époux a le droit de s'opposer à l'exercice d'une activité professionnelle par l'autre – et donc à son commerce – s'il estime que cette activité est de nature à porter un préjudice sérieux à ses intérêts moraux ou matériels ou à ceux des enfants mineurs. Cela donne un droit d'action devant le tribunal de première instance. + Article 10 du code de commerce.

Les incapacités civiles : le mineur d'âge

Les incapacités de faire le commerce s'identifient aujourd'hui à celles qui frappent les incapables au sens du droit civil (incapacité d'exercice). Le mineur ne peut en règle générale pas faire de commerce ni par lui-même ni par l'intermédiaire de son représentant légal. La seule exception à ce principe réside dans la possibilité pour le tuteur d'être autorisé par une décision du juge de paix, de poursuivre au nom du mineur le commerce des parents décédés de celui-ci (article 407 §1^{er} 7^o du code civil) ou de constituer un commerce dans une succession légale ou testamentaire.

Le sort de la validité des actes de commerce accomplis par un mineur ayant fait le commerce au mépris de l'interdiction légale est fixé l'article 6 du code de commerce.

L'interdit, le prodigue et le faible d'esprit

L'interdit se voit refuser toute capacité juridique. il ne peut donc devenir commerçant et les actes qu'il pose sont « nuls de droit » (article 502 du code civil). Il en ira de même pour la personne placée sous conseil judiciaire en raison de sa faiblesse d'esprit ou de la prodigalité qui l'affecte.

Section 2. Les interdictions

L'interdiction légale

Certaines dispositions légales interdisent aux titulaires de certaines professions d'exercer le commerce.

- Les avocats (article 437 3^o du code judiciaire)
- Les notaires
- Les membres de l'ordre judiciaire
- Les agents de l'Etat ou assimilés
- Etc.

L'interdiction n'est parfois que relative.

Ex : un architecte ne peut être entrepreneur de travaux publics ou privés
Ex : un médecin ne peut s'associer avec un pharmacien

Il est noter que s'ils outrepassent l'interdiction dont ils font l'objet, ils pourront être considérés comme commerçants et subir le régime juridique propre de celui-ci.

L'interdiction judiciaire

L'arrêté royal n°22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités donne compétence aux tribunaux du commerce d'interdire temporairement à certains condamnés l'exercice d'une fonction d'administrateur, gérant ou commissaire d'une société commerciale (Article 1^{er}). Un jugement déclaratif d'un commerçant peut contenir une interdiction d'exercer le commerce pendant une période de 3 à 10 ans (article 3).

Section 3. Le commerçant étranger

Article 1^{er} de la loi 19 février 1965 relative à l'exercice par des étrangers des activités professionnelles indépendantes. + Article 3. La carte professionnelle est subordonnée à l'autorisation de séjour ou au permis d'établissement quand ils s'appliquent.

Par contre, les ressortissants des Etats membres de l'Espace économique EU sont dispensés de l'exigence de la carte professionnelle (article 2). En effet, aux termes de l'article 43 du traité CE, les ressortissants des Etats membres jouissent de la liberté d'établissement, ce qui impose la dérogation apportée en leur faveur aux règles de la loi du 19 février 1965.

CHAPITRE III. LES DROITS ET OBLIGATIONS DU COMMERÇANT

- publicité des conventions matrimoniales
- inscription à la BCE
- compétences professionnelles ou « capacité entrepreneuriale »
- obligation de tenir une comptabilité
- obligation d'être titulaire d'un compte
- obligation de s'immatriculer à la T.V.A. et de s'affilier à une caisse d'assurances sociales

Section 1. La publicité des conventions matrimoniales

Les droits des tiers sur le patrimoine d'un commerçant avec qui ils seront amenés à traiter et, le cas échéant, contracter, seront influencés par le régime matrimonial de ce commerçant.

Les articles 12 à 15 du code de commerce prévoient différentes obligations de publicité variant selon la situation de l'un ou de l'autre époux.

- Soit un des futurs époux est déjà commerçant au moment du mariage : Article 12 du code de commerce
- Soit un des conjoints au moins acquiert la qualité de commerçant ou entreprend une nouvelle activité commerciale après son mariage (article 14 du code de commerce). a

défaut de procéder à cette formalité, l'époux pourra être condamné, en cas de faillite, comme le banqueroutier simple.

- Au cas où le divorce ou la séparation de corps est admise ou prononcée : article 15 du code de commerce. A défaut les effets de ces décisions judiciaires seront inopposables aux tiers intéressés. Le créancier du débiteur commerçant pourra continuer à faire comme si les époux étaient mariés.

Section 2. L'inscription à la Banque-Carrefour des entreprises

L'historique du registre de commerce

Une loi du 30 mai 1924 a créé le registre de commerce en vue de centraliser, par arrondissement judiciaire, diverses informations relatives aux commerçants et aux sociétés commerciales y exerçant une activité.

Les finalités du registre de commerce

- *une finalité statistique*

Les inscriptions au registre de commerce permettent le recensement de tous ceux, qui personnes physiques ou morales, exercent une activité commerciale. (L'Etat belge veut savoir combien il y a de commerçants en Belgique car ils produisent la richesse).

- *une finalité de contrôle fiscal*

L'immatriculation au registre de commerce permet à l'administration fiscale d'identifier les contribuables et de procéder à un choix de contrôles fiscaux à réaliser.

- *une finalité de contrôle administratif*

L'exigence d'immatriculation au registre du commerce permet encore un rôle préventif de la délivrance des attestations d'accès aux professions réglementées (articles 19, 20 et 23 des lois coordonnées) et de la carte professionnelle requise s'agissant des ressortissants étrangers (articles 19 et 23 des lois coordonnées) ainsi qu'une identification aisée des commerçants clandestins.

La création de la Banque-carrefour des Entreprises et son rôle

Politique de simplification administrative – loi du 16 janvier 2003 – au sein du SPF Economie, PME et classes moyennes. La BCE enregistre et gère les informations et les communique aux administrations. Ces dernières ne se réfèrent plus aux commerçants et s'adressent directement à la BCE.

Article 3 alinéa 2 = objectif et compétence.

Article alinéa 3 = compétence spécifique.

Article 4 = informations enregistrées.

Une obligation d'inscription préalable

Le législateur impose l'immatriculation préalable à l'exercice de l'activité commerciale (article 33 §1^{er}). L'entreprise enregistrée dans la Banque-carrefour se voit attribuer un numéro d'entreprise qui constitue le numéro d'identification unique (article 5). On ne dispose dès lors plus que d'un seul numéro pour toutes les administrations. Ce numéro identifie la société aux yeux des créanciers et aux yeux de l'administration. L'article 13 détermine sur quoi doit figurer le numéro.

L'inscription et la qualité de commerçant

L'inscription à la Banque carrefour des entreprises n'est pas une condition attributive de la qualité de commerçant. De même la radiation n'entraînera pas la perte de celle-ci (article 33§2).

Les données faisant l'objet de l'inscription

Indication à fournir par celui qui sollicite son inscription : article 6. Les entreprises doivent, en outre, demander la modification de leur inscription afin que celle-ci soit, en tout temps conforme à la réalité (article 35). Il en va de même pour la radiation d'une inscription.

La publicité de l'inscription

La publicité de l'inscription à la Banque carrefour des entreprises est assurée conformément aux articles 17 à 21 de la loi. Ceux-ci énoncent, en substance, que certaines données sont accessibles sans autorisation préalable (article 17) alors que d'autres ne le sont que moyennant une autorisation préalable du comité de surveillance qui a été créé au sein de la Commission pour la protection de la vie privée (article 18).

Les sanctions

Les sanctions sont de nature civile et pénale. L'article 97 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et l'information et la protection des consommateurs permet, tout d'abord, au président du tribunal de commerce de constater l'existence et d'ordonner la cessation de diverses infractions.

L'inexécution des mentions ou leur absence peut, par ailleurs, entraîner une action en rectification (article 24 de la loi du 16 janvier 2003) ou une demande de dommages et intérêts de la part des tiers sur base du droit commun. L'article 62 prévoit des sanctions pénales notamment l'amende et la peine d'emprisonnement.

Section 3. Les obligations de compétences professionnelles

La loi programme du 10 février 1998 sur la promotion de l'entreprise indépendante impose en principe à toute PME, personne physique ou morale, qui exerce une activité requérant une inscription au registre de la Banque carrefour des entreprises de fournir la preuve d'une certaine capacité entrepreneuriale. Article 2 définit la PME. La capacité entrepreneuriale renvoie à des connaissances de gestion de base et une compétence professionnelle spécifique fixées par le Roi pour certaines catégories intersectorielles ou sectorielles (article 3). Ces PME doivent apporter les preuves de ces connaissances ou compétences (article 4).

Section 4. La tenue de la comptabilité

Loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité.

La *ratio legis*

Ces exigences s'expliquent :

- dans l'intérêt du commerçant lui-même : la vie des affaires lui impose des opérations nombreuses, fréquentes et diversifiées. Le législateur a, dès lors, voulu lui permettre de faire rapidement le point sur l'évolution de son commerce.
- dans l'intérêt des tiers amenés à contracter avec ce commerçant : la rapidité des transactions empêchant souvent leur constatation dans un écrit, la comptabilité régulièrement tenue pourra suppléer à l'absence d'écrit. Les écritures comptables peuvent donc aussi être un moyen de preuve dont bénéficient les tiers lorsqu'on a pris la peine de rédiger un contrat.

Section 5. L'obligation d'être titulaire d'un compte auprès de l'Office des chèques postaux ou d'une banque

L'article 1^{er} de l'arrêté royal n°56 du 10 novembre 1967 favorisant l'usage de la monnaie scripturale oblige les commerçants :

- à posséder un CCP ou un compte bancaire
- à l'indiquer sur les factures, relevés et tous documents par lesquels ils réclament paiement

En outre, le paiement par chèque ou par virement ne peut être refusé dans les relations entre commerçants, lorsque le montant de la transaction est d'au moins 10000 francs (article 3). Ces exigences sont manifestement dépassées par la pratique des affaires.

La sanction = article 1^{er} al. 2

En outre, le commerçant qui ne s'y est pas conformé ne peut se faire immatriculer au registre de commerce (articles 8, 12°, 9, 11° et 23 des lois coordonnées relatives au registre du commerce).

Section 6. La nomination en qualité de juge consulaire

Le commerçant a le droit d'être nommé juge consulaire au tribunal de commerce si, ayant 30 ans accomplis, il a exercé pendant au moins 5 ans le commerce honorablement. Chaque chambre du tribunal de commerce se compose de trois personnes, à savoir d'un magistrat professionnel, juriste de formation, qui siège en qualité de président, et de deux juges consulaires. Ces derniers sont nommés pour une durée de 5 ans renouvelable (article 204 + 205 du code judiciaire).

CHAPITRE IV – Quelques règles particulières dictées par la qualité de commerçant

Les contrats conclus par un commerçant, que ce soit avec d'autres commerçants ou avec des non-commerçants, seraient dès lors, par principe, soumis au droit commun des contrats civils. L'objectif est aussi, ce faisant, de les réhabiliter dans leur importance et leur autonomie, car il n'est plus guère pertinent de présenter le droit commercial comme étant uniquement un droit d'exception et, dès lors, un droit qui serait en quelque sorte secondaire par rapport au droit « civil ».

Section 1. La preuve en droit commercial

Sur le plan juridique, il ne suffit pas de faire état d'un droit subjectif pour obtenir gain de cause en justice. Encore faut-il en rapporter la preuve.

§ 1. L'article 25 al.1^{er} du Code de commerce et le principe dit de la preuve « libre »

Rappels des principes gouvernant la preuve en matière civile

Le système mis en œuvre par le code civil est celui de la preuve dite légale c'est-à-dire réglementée. Le législateur réglemente en effet la charge de la preuve (article 1315 du code civil + 870 du code judiciaire) et les modes de preuve admis (article 1341 à 1369 du code civil). Il précise également la valeur probante qu'il convient de reconnaître aux différents modes de preuve qu'il énonce. Dans ce cadre, parmi les grands principes qui gouvernent la preuve des actes juridiques entre parties, figure celui de la pertinence de l'écrit.

L'article 1341 du code civil, par les deux cas qu'il détermine, établit, en effet, une hiérarchie des modes de preuve et confère à la preuve écrite préconstituée, ou preuve littérale, un statut privilégié par rapport à la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme.

La preuve par toutes voies de droit est ici cantonnée aux (seules) situations, conçues comme exceptionnelles, où la partie tenue de prouver dispose d'un commencement de preuve par écrit (article 1347 du code civil) ou est dans l'impossibilité de prouver par écrit (article 1348 du code civil).

La preuve en matière commerciale, une dérogation aux règles du Code civil

On enseigne classiquement que le principe de l'article 1341 du code civil n'est, cependant, pas un principe absolu – ce que cette disposition reconnaît elle-même en son alinéa 2 – et que la preuve peut être administrée par toutes voies de droit en matière commerciale. On parle alors de « liberté de la preuve » et l'on se fonde plus spécifiquement sur l'article 25 al. 1^{er} du code de commerce.

A. Le principe et sa ratio legis

Principe

Article 25 al. 1^{er} du code de commerce = la preuve des engagements commerciaux peut être rapportée par toutes voies de droit, témoignages et présomptions compris. Ce faisant, la preuve écrite n'est pas exclue, mais elle ne jouit plus d'un statut privilégié, sauf lorsque la loi en dispose autrement. Il n'y a plus de place hiérarchiquement supérieure pour la preuve écrite.

Par ailleurs, les articles 1325, 1326 et 1328 du code civil, n'étant pas applicables, l'instrumentum n'est soumis à l'accomplissement d'aucune formalité supplémentaire pour être reçu par le juge.

Ratio legis

Ce principe s'est imposé en raison de la rapidité qui doit présider aux échanges commerciaux. Par ailleurs les commerçants sont présumés prudents et surtout capables de mesurer eux-mêmes les risques de la non-rédaction d'un écrit dans une situation particulière. Leur comportement ne doit donc pas être guidé par le législateur.

Enfin la loi impose aux commerçants de tenir des livres qui relatent, de façon régulière et suivie, les opérations qu'ils passent chaque jour. Il devrait donc toujours en rester une trace quelconque, alors même qu'aucun écrit n'a été rédigé entre les parties au moment de l'opération juridique concernée.

B. Le champ d'application

La preuve des engagements de nature commerciale

L'article 25 ne vise que les engagements commerciaux. Un non commerçant peut prouver contre un commerçant au moyen des règles commerciales. A cet égard la seule considération de la juridiction saisie – le tribunal de commerce – ne suffit pas à établir le caractère commercial de l'engagement, pas davantage, en soi, que la qualité de commerçant, même si elle peut dans les faits se révéler déterminante. Cela étant, dès qu'il s'agit de prouver un engagement de nature commerciale, la règle s'applique tant à la preuve entre commerçants qu'à la preuve par un non commerçant contre un commerçant.

La preuve de la naissance *et* de l'extinction des obligations

La doctrine et la jurisprudence admettent que le principe s'applique tant à l'engagement du commerçant qu'à l'extinction des obligations qui le lient à son contractant.

Applicabilité même si la personne a cessé d'être commerçante

L'article 25 reste applicable à la preuve d'un engagement commercial lorsque la personne, a depuis, cessé de revêtir la qualité de commerçant si cette qualité était présente au moment de la naissance de l'engagement litigieux.

C. Les limites au principe de la liberté de la preuve

Le principe de la preuve libre en droit commercial n'est pas applicable inconditionnellement = triple limite.

Une appréciation souveraine du juge de la valeur probante des éléments de preuve.

L'article 25 précise que le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation quant à l'admissibilité et la force probante qu'il convient d'attacher aux preuves qui sont produites devant lui.

Cette disposition autorise uniquement le juge à avoir égard à d'autres modes de preuve – que ceux autorisés par le code civil – mais elle ne lui impose pas de les retenir comme jouissant tous d'une valeur probante en soi.

L'article 25 ne pose donc pas pour règle que la preuve est totalement libre en matière commerciale. Ce texte prévoit uniquement que la preuve bénéficie d'un régime plus souple qu'en matière civile, en ce sens qu'aucune hiérarchie n'existe en ce qui concerne les modes de preuve admissibles.

Les usages et les dispositions légales dérogatoires

Usages

Elle a ainsi écarté ces modes de preuve lorsqu'il est d'usage de procurer un écrit.

Ex : le cas des contrats dont l'enjeu financier est important et où selon les usages les parties ont eu la possibilité de se ménager une preuve écrite.

Dispositions légales dérogatoires

- Lettre de change = acte commercial par la forme qui prouve de manière forte et rigoureuse un engagement commercial.
- Contrat de société commerciale = si les associés ont l'ambition de constituer une société avec personnalité juridique il faudra un acte écrit qui justifie cette personnalité déposé au greffe du tribunal de commerce.
- Contrat d'assurance
- Mise en gage du fonds de commerce
- Etc.

Dans la plupart de ces cas, le formalisme est davantage un formalisme de validité. Il n'en reste pas moins que, dans la pratique, le respect de ces formalités aura une incidence sur les modes de preuve ouverts aux parties au litige. C'est plus une forme sacramentelle qu'une forme liée à la charge de la preuve.

§ 2. La preuve par facture

Des modes de preuve qui viennent s'ajouter à ceux énoncés par le Code civil

Le code civil énumère 5 modes de preuve : l'écrit – le témoignage – les présomptions – l'aveu et le serment. Ces modes de preuves sont également reçus en matière commerciale mais il en existe d'autres.

Le principe général posé par l'art.25, al. 2

Selon cette disposition, 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. De l'acceptation de la facture, on présume en effet légalement l'acceptation à la vente selon les conditions qu'elle constate. Cette facture présente, dans ce cadre, une force probante identique à celle reconnue en matière civile, aux actes sous seing privé, alors même qu'elle n'en respecte pas les formalités.

A. Le champ d'application de la règle

Champ d'application *ratione personae*

L'article 25 al. 2 du code de commerce vise uniquement la preuve contre le commerçant destinataire de la facture. Lorsque le destinataire de la facture n'est pas commerçant, c'est le droit commun de la preuve civile qui trouvera à s'appliquer. L'acceptation de la facture pourra alors, le cas échéant, être reçue en tant que présomption de l'homme, soit un mode de preuve qui n'est admissible que lorsque le droit commun de l'article 1341 du code civil l'autorise. L'acceptation de la facture pourrait également, dans certains cas, s'interpréter comme un aveu extrajudiciaire de l'existence du contrat si elle a été acceptée.

Par ailleurs, lorsque c'est le destinataire de la facture (commerçant ou non) qui prétend s'en prévaloir à l'encontre de son auteur, ce mode de preuve sera mis en œuvre dans le respect des règles du droit commun et de l'al. 1^{er} de l'article 25. L'al. 2 n'est cependant pas applicable.

Champ d'application *ratione materiae*

L'article 25 paraît circonscrire son champ d'application au seul contrat de vente.

Qu'en est-il des autres contrats ?

La Cour de cassation a admis que la facture puisse également faire preuve dans le cadre d'un contrat d'entreprise. La présomption n'est plus une présomption légale mais une présomption de fait, de l'homme. Elle ne s'imposera donc pas au juge qui garde le pouvoir d'apprécier souverainement sa force probante, au même titre que l'ensemble des autres éléments qui lui sont soumis (article 25 al. 1^{er}).

B. Les conditions de l'admissibilité de la facture en tant que mode de preuve

La condition de principe posée par l'art.25

L'auteur de ladite facture devra établir qu'il l'a acceptée.

Une « facture »

Facture = écrit dressé par un commerçant et dans lequel sont mentionnés l'espèce et le prix des marchandises ou des services, le nom du client et l'affirmation de la dette de ce dernier.

Ce qui importe, sous l'angle de la preuve, c'est que la facture officialise l'existence d'une créance en espèces née de l'activité professionnelle du commerçant.

Une facture « acceptée » : les conditions

La facture est un document dont la rédaction est unilatérale. La règle que nous venons d'exposer paraît donc déroger au principe selon lequel « nul ne peut se forger une preuve par lui-même ». C'est bien l'auteur de ce document qui prétend ensuite s'en prévaloir contre son cocontractant qui en est le destinataire. Pour cette raison, il est admis que seule la facture acceptée peut faire preuve contre lui, ce qui devra être prouvé (article 1315 du code civil et 870 du code judiciaire).

Ainsi pour se prévaloir de la présomption légale, l'auteur de l'acte devra établir que son cocontractant commerçant l'a reçue et qu'il l'a acceptée que ce soit tacitement ou expressément.

L'acceptation tacite

L'acceptation peut se déduire de l'exécution du contrat comme le paiement intégral de la facture par celui qui l'a reçue. On est alors en présence d'un « silence circonstancié ».

La jurisprudence considère, par ailleurs, généralement qu'il y a acceptation de la facture lorsque le destinataire commerçant l'a reçue et ne l'a pas contestée au moment de sa réception ou dans un délai « raisonnable » suivant cette réception. Cette solution jurisprudentielle se fonde sur un usage qui veut qu'entre commerçants, personne ne laisse l'autre dans l'incertitude en ne répondant pas aux courriers et documents qui lui sont adressés.

De même lorsque les parties sont en relations courantes d'affaires, la jurisprudence admet qu'il y a acceptation tacite de la facture lorsque les termes repris sur celle-ci sont identiques à ceux qui ont été acceptés dans le cadre d'une relation antérieure (Cour de cassation du 24 septembre 1981 = dans ce cas, il y avait eu un délai assez long entre la réception de marchandises et l'envoi de la facture).

C. La portée du principe posé

1. Première proposition : la facture acceptée présume l'existence et le contenu du contrat

Le principe : une présomption légale

L'article 25 al. 2 crée une présomption légale quant à l'acceptation de : l'existence et du contenu du contrat qui se déduit de l'acceptation par un commerçant d'une facture qui lui a été adressée par son cocontractant. En d'autres termes, une fois l'acceptation de la facture établie cette dernière fait preuve de l'existence et du contenu du contrat.

L'objet de la preuve ainsi rapportée

On ajoute que cette présomption ne joue que dans la mesure de ce qui est constaté dans la facture. Ainsi la présomption ne concerne que ce qui fait « l'essence de la facture » c'est-à-dire l'existence du contrat et la précision de son objet et de son prix, ainsi que de l'identité du client débiteur. De même, la présomption ne concerne pas l'existence d'une indemnité qui serait due par une partie contractante. En dehors de la facture, il y avait peut être des obligations après vente. Et ça, la facture ne le prouve pas. une partie de la doctrine invite, enfin, à limiter cette preuve aux seules conditions « usuelles » soit celles qui ne sont pas exorbitantes du droit commun.

Une présomption irréfragable ou non ?

La majorité des auteurs et juge y voient une présomption *iuris tantum* : la preuve contraire pourrait donc être reçue. En l'absence de facture, il faut rapporter la preuve par toutes voies de droit.

En ce sens, la présomption légale instituée par l'article 25 al. 2 aurait uniquement pour effet de renverser la charge de la preuve au bénéfice de celui qui a émis la facture. Le destinataire de la facture serait, quant à lui, toujours reçu à établir soit qu'il a protesté en temps utile soit que son silence s'explique autrement que par une acceptation.

2. Seconde proposition : la facture acceptée jouit en soi d'une force probante

Un mode de preuve qui s'impose au juge

L'article 25 al. 2 impose au juge d'avoir égard à la facture dont il est établi qu'elle a été acceptée par son destinataire. Celle-ci jouit, en effet, d'une force probante en soi. Le caractère légal de la présomption interdit ainsi au juge de n'accorder aucune portée à une telle facture et de l'exclure des débats. Il doit la recevoir en tant que mode de preuve valable de l'existence et du contenu du contrat liant l'auteur de la facture et son destinataire.

D. Situations particulières (pas vu au cours)

La preuve du contenu initial du contrat et de ses modifications ultérieures

La facture irrégulière

L'irrégularité de la facture n'exclut pas en soi qu'elle puisse faire preuve de l'opération qu'elle constate. Cela étant, l'omission de certaines mentions légales pourra, dans les faits, rendre la créance contestable en tout ou en partie, et justifier dès lors son exclusion par le juge.

La facture tardive

La jurisprudence admet, enfin, qu'une facture tardive puisse faire preuve selon le régime de l'article 25 al. 2 du code de commerce. Il y a par ailleurs deux tempéraments. Premièrement, les règles de la prescription demeurent applicables et pourront justifier son exclusion (article 2262bis du code civil). Deuxièmement, la jurisprudence admet que le fait pour un créancier de demeurer totalement inactif pendant une longue période engendre dans le chef du débiteur une croyance légitime en l'abandon de ses prétentions de recouvrement de la créance.

Ainsi certains juges ont décidé qu'en cas d'inaction prolongée du créancier, le débiteur reste tenu de payer la facture – car la dette existe – mais qu'il ne peut être tenu au paiement des intérêts qu'à concurrence du montant correspondant à une période « raisonnablement acceptable ». Dans d'autres cas, la facture envoyée longtemps après l'opération qu'elle constate a été considérée comme ayant perdu toute force probante.

§ 3. La preuve par la comptabilité

A. Les principes : admissibilité et force probante de la comptabilité

Les principes

L'article 20 du code de commerce autorise, en effet, le juge à admettre la comptabilité comme mode spécial de preuve entre commerçants. Ces derniers sont donc, ici également, admis à constituer un titre à eux-mêmes, ce qu'excluent pourtant les principes civilistes classiques.

Les exigences comptables

Toutes les entreprises commerciales doivent tenir une comptabilité. Les exigences légales varient en la matière, notamment selon qu'il s'agit d'une petite, moyenne ou grande entreprise. Droit comptable créé par la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises. Mais toujours les articles 20 à 24 du code de commerce relatifs à la preuve par « les livres de commerce ».

La règle posée par l'article 20

- Ce mode spécial de preuve doit être préalablement autorisé par le juge, lequel apprécie souverainement si la preuve peut être reçue par cette voie.
- La force probante des mentions figurant dans la comptabilité du commerçant n'est pas absolue : c'est également au juge qu'il revient d'en apprécier la portée sauf s'il s'agit de prouver contre son auteur (auquel cas il y a aveu) ou si le cocontractant a accordé foi à la comptabilité de son adversaire.

Cet article vise expressément la « comptabilité régulièrement tenue » par le commerçant. La doctrine admet que le juge accorde cependant foi à une comptabilité pourtant irrégulière à titre de présomptions.

B. Les modalités de production de la comptabilité en justice

« Représentation » et « communication »

Représentation = production des seuls passages de la comptabilité qui sont strictement nécessaires à la résolution du litige. Ce mode de production assure un équilibre entre les intérêts légitimes des parties au procès. Il concilie, en effet, les exigences tenant à la résolution du différend et la protection des secrets d'affaires. La représentation peut être ordonnée en justice même d'office (article 22 du code de commerce). Après avoir reçu l'avis de l'expert le juge déterminera « ce qui intéresse le différend ».

Communication = production de l'intégralité de la comptabilité du commerçant. Ce mode exceptionnel de production peut être ordonné par le juge dans les seules matières limitativement énumérées à l'article 21 du code de commerce. Le législateur a en effet été soucieux d'éviter un accès abusif aux secrets d'affaires du contractant. Remarque : elle est utilisée en matière de succession, de liquidation de société et en matière de faillite.

Section 2. La solidarité entre commerçants

§ 1. Le principe

Une solidarité de droit

Contrairement au principe que pose l'article 1202 du code civil, où chacun n'est par principe tenu qu'à concurrence de sa part, la solidarité est de droit entre commerçants tenus à une même obligation : ceux-ci sont donc solidaires à moins que la convention n'y déroge. Cela n'empêche pas que le juge prononce une condamnation *in solidum* en cas de fautes concurrentes. Etant une exception au droit commun des obligations contractuelles, la règle doit recevoir une interprétation restrictive. Enfin, la règle n'est ni d'ordre public ni impérative. Les parties peuvent donc valablement y déroger par convention.

***Ratio legis* du principe**

Cette règle est d'origine coutumière. La nécessité d'assurer le crédit commercial, ce que rencontre la reconnaissance d'une communauté d'intérêts entre les commerçants qui sont tenus ensemble d'une même chose fonde ce principe (cour de cassation du 3 avril 1952).

§ 2. Le champ d'application

Des codébiteurs commerçants

La solidarité ne s'impose pas en s'agissant du pôle actif de la dette (créance) : seulement est visée la solidarité passive. Ce principe ne vaut qu'entre codébiteurs commerçants. Elle ne s'applique pas à ceux, qui non commerçants, seraient tenus avec un commerçant. Des auteurs soutiennent que la solidarité s'applique non seulement lorsque les débiteurs sont commerçants mais également toutes les fois où les obligations résultent d'un acte de commerce.

Une même obligation contractuelle

La solidarité est de droit lorsque des commerçants sont tenus d'une même obligation contractuelle. La solidarité joue quand bien même les débiteurs commerçants ne seraient pas obligés en vertu d'un contrat unique qui aurait été conclu avec un créancier : il suffit, à cet égard, qu'ils soient tenus à une même chose, c'est-à-dire à une dette qui repose sur une cause

juridique unique. Ex : la règle s'appliquera donc à la caution qui s'oblige à satisfaire à l'obligation principale (article 2011 du code civil).

§ 3. Les confirmations légales du principe

- art. 11 III de la loi du 30 avril 1951 relative aux baux commerciaux = en cas de cession d'un bail commercial ou de sous location, le locataire principal reste solidairement tenu avec le cessionnaire ou le sous locataire envers le bailleur des obligations relatives au bail. La règle n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent cependant y déroger.

- art. 47 alinéa 1^{er} du Code de commerce relatif à la lettre de change (dette de commerce par la forme)

- art. 44 de la loi uniforme du 1^{er} mars 1961 sur le chèque

- art. 17 et 178^{octies} de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance

- art. 53, 202, 229, 405, 456 et 528 du Code des sociétés = solidarité confirmée alors que pour certaines de ces dispositions il ne s'agit pas de commerçants (ne sont pas commerçants les actionnaires de société et les administrateurs de société). Il s'agit donc d'une extension du principe.

- art. 105 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation

- art. 41, 54 et 84 de la loi sur les faillites

Section 3. Les principaux usages commerciaux qui dérogent au droit commun des obligations et des contrats

Une source spécifique de l'activité commerciale

D'importants usages et coutumes sont nés en considération de la qualité de commerçant. Celles-ci constituent autant de dérogations au droit commun des contrats mais aussi d'éléments classiquement présentés comme une spécificité de l'activité commerciale. La floraison de telles normes de droit spontané s'est cependant ralentie sous l'influence de la diversification du commerce et de l'importance croissante des pratiques standardisées.

Une mise en demeure par la seule échéance du terme

Une règle coutumière désormais reconnue est que la mise en demeure est réalisée en matière commerciale par la seule échéance du terme stipulé pour l'exécution de la dette. Ainsi contrairement à la règle que pose l'article 1139 du code civil, aucune formalité ne devrait, en l'espèce être accomplie pour que le cocontractant débiteur soit mis en demeure de s'exécuter. Dans les faits, eu égard aux exigences probatoires, un écrit reste cependant utile. Par ailleurs, il est extrêmement fréquent que les conventions particulières dérogent à un tel usage et imposent le recours à l'écrit. Ex : prévoir un délai de paiement ou l'exigence d'un écrit.

Le remplacement unilatéral

Contrairement au principe de remplacement judiciaire (ou conventionnel) prévu par les articles 1143 et 1144 du code civil, le remplacement peut être unilatéral en droit commercial. Ces sanctions seront, cependant, mises en œuvre aux risques et périls du créancier commerçant : leur mise en œuvre fera, le cas échéant, l'objet d'une appréciation marginale sur la base de la théorie de l'abus de droit (article 1134 al. 3 du code civil).

L'anatocisme en matière de comptes courants

En droit commun, l'article 1154 du code civil énonce que les intérêts ne produisent eux-mêmes des intérêts que s'il y a eu sommation ou accord des parties, et ce pour autant qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. On admet que cette règle relative à l'anatocisme ne s'applique pas aux parties qui sont en relation de compte courant, sauf lorsque le compte courant cesse. On explique une telle dérogation apparente par la spécificité de la notion de compte.

Elle s'applique donc selon la doctrine dominante à une capitalisation des intérêts lors de chaque arrêté périodique de compte envoyé par le banquier à son client. Sans que les intérêts atteignent un an.

Les usages en matière de vente

En matière de vente commerciale, les usages dérogent à certaines règles supplétives prévues par le code civil :

- Le 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. La durée du délai raisonnable sera en fonction des circonstances de l'espèce.
- Les frais de délivrance seront souvent mis à charge de l'acheteur
- Les parties commerçantes doivent protester immédiatement en cas de vice apparent. Ainsi est-il fréquent en matière commerciale de considérer qu'aucune protestation ne sera admise une fois le chargement des marchandises effectué.
- En ce qui concerne la sanction de la non-conformité de la chose livrée, il est admis que lorsque la chose livrée est de qualité ou de quantité légèrement inférieure à celle prévue, mais que le contrat conserve une utilité pour l'acheteur, ce dernier ne peut ni refuser les marchandises ni exiger une livraison strictement conforme, ni choisir la résolution de la vente. Dans ce cas, l'acheteur ne pourra exiger que la réfaction du contrat, c'est à dire une diminution du prix en proportion de la moins value des marchandises. Selon certains auteurs, une telle exception prend appui sur l'interdiction d'abuser de son droit (article 1134 al. 3 du code civil).
- Dans les cas de graves de non-conformité ou d'absence totale de livraison, l'acheteur est autorisé à se faire livrer la chose par un autre vendeur aux frais du premier vendeur et sans sommation préalable. La procédure unilatérale se rapproche alors du remplacement unilatéral (article 1144 du code civil) appliqué au contrat de vente.

Le contrat de mandat

Contrairement au principe admis en matière civile, et fondé sur l'article 1986 du code civil, le mandat commercial n'est pas présumé être un contrat gratuit.

Section 4. Les règles particulières régissant la prescription libératoire dans les transactions conclues par un commerçant

§ 1. Le principe et sa ratio legis : Une prescription présomptive de paiement

Introduction

Si en principe, la prescription des actions contractuelles est soumise à un délai de dix ans (article 2262bis du code civil) les articles 2271 à 2275 du code civil énumèrent une série de créances professionnelles qui sont soumises à des délais plus brefs variant entre 6 mois et 2 ans.

Ex : article 2272 al. 2 = action des marchands contre les non marchands pour les marchandises qu'ils leur vendent, laquelle est soumise à un délai d'1 an.

Une prescription présomptive de paiement

Il s'agit d'une prescription dite « 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 – car elles permettent au créancier de poursuivre ses activités – sans qu'une quittance soit donnée au débiteur. La courte prescription repose donc sur la présomption que la créance litigieuse a été payée par le non marchand au moment de l'acquisition de la marchandise. Etant dérogatoire, l'article 2272 al. 2 comme toute prescription abrégée est d'interprétation restrictive.

§ 2. Le champ d'application de la règle

Champ d'application *ratione personae*

Conformément au texte de l'article 2272 al. 2 du code civil, seuls les non marchands peuvent se prévaloir à l'égard des marchands du bénéfice de la prescription d'un an. La jurisprudence fait souvent correspondre la notion de marchand à celle de vendeur professionnel. La cour de cassation a cependant exclu l'application de cette disposition s'agissant d'une ASBL qui exerçait une activité commerciale accessoire de vente. Cette disposition ne s'applique pas aux actions d'une entreprise publique autonome. Les entreprises économiques tombent donc dans le champ de cette disposition légale en ce qui concerne leurs activités commerciales de vente. La notion de non marchand rejoint quant à elle celle restrictive de consommateur.

La jurisprudence prend en compte la finalité non professionnelle poursuivie par celui qui achète les marchandises. La qualité de commerçant n'exclurait donc pas en soi que la prescription abrégée joue lorsque celui-ci acquiert les marchandises à des fins privées.

Champ d'application *ratione materiae*

L'article 2272 vise expressément la vente, c'est-à-dire le contrat qui opère transfert de la propriété d'une chose contre le paiement d'un prix. La jurisprudence est hésitante lorsqu'il s'agit d'appliquer cette prescription à d'autres contrats de la vente, et en particulier au contrat d'entreprise lorsque le professionnel fournit les matériaux. Certains juges refusent en principe l'application de cette disposition contrairement à d'autres.

§ 3. Les atténuations au principe

A. L'interversion de la prescription

Les principes

L'article 2274 pose pour règle que les prescriptions abrégées ne sont plus applicables – et on revient donc au droit commun de la prescription décennale – « en cas de reconnaissance écrite de la dette ou encore en d'assignation devant le tribunal ». La présomption cesse ainsi lorsque le débiteur reconnaît ne pas avoir payé ce qui est dû.

L'interversion par une reconnaissance du débiteur

Le principe veut que 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, et ce à dater de l'acte opérant interversion.

Encore faut-il qu'il y ait reconnaissance écrite de la dette par le débiteur.

La jurisprudence majoritaire = l'envoi d'une facture par le professionnel ne suffit pas à permettre l'interversion de la prescription, principalement parce qu'un tel document émane du créancier.

Pour notre part = la facture devrait avoir un tel effet lorsqu'elle a été signée pour accord par le débiteur ou si ce dernier en relate de manière non équivoque la réalité dans ses propres documents. Une acceptation tacite ne pourrait donc pas suffire à cet égard.

B. Le serment et l'aveu

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. Il n'y a alors plus lieu de rechercher si oui ou non le paiement est intervenu. L'article 2275 prévoit que le créancier qui se voit opposer une prescription abrégée peut déférer au débiteur le serment décisif.

L'aveu

On enseigne que le créancier garde également le droit d'écarter cette prescription quand 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. Tout autre moyen de preuve est par contre exclu.

§ 4. La loi du 1^{er} mai 1913 sur le crédit des petits commerçants et artisans

Le principe en matière de prescription et d'intérêts moratoires

Article 5 de la loi du 1^{er} mai 1913 sur le crédit des petits commerçants et artisans.

Combinaison des régimes.

La loi viserait uniquement les créances des marchands qui se constatent pas une facture. Il s'agit dans l'un et l'autre cas de prescriptions présumptives de paiement. L'article 5 de la loi a modifié l'article 2272 du code civil tout d'abord en étendant le principe de la prescription annale aux actions des artisans pour les services qu'ils prestent à des particuliers et en retardant le point de départ de la prescription.

L'existence d'une discrimination ?

La cour constitutionnelle affirme que cette disposition ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

TITRE III. LE PATRIMOINE DU COMMERÇANT

CHAPITRE I. LE FONDS DE COMMERCE, SA CESSION ET SA MISE EN GAGE

Section 1. Le fonds de commerce

La notion de fonds de commerce a une double nécessité. Elle répond tout d'abord au souci manifesté par les commerçants de protéger leur clientèle et l'ensemble des moyens mis en œuvre pour la capter et la maintenir vis-à-vis de leurs concurrents. Elle prétend ensuite protéger leurs créanciers soucieux d'exercer un contrôle sur l'exploitation commerciale de leur débiteur, lesquels pourront mieux être protégés en cas de recours exercés par d'autres créanciers grâce à la possible constitution à leur profit d'un gage spécifique.

§ 1. Définition

Une notion « fuyante et hybride » qui ne fait l'objet d'aucune définition légale

Fonds de commerce = universalité de fait composée d'éléments actifs, matériels et immatériels, affectés par un commerçant à l'exploitation de son activité commerciale afin de constituer et maintenir une clientèle.

§ 2. La nature et les caractères juridiques du fonds de commerce

La nature juridique du fonds de commerce : les principes

Définition ci-dessus.

Une universalité « de fait »

Economiquement, le fonds de commerce est un outil de production ; c'est l'outil de travail du commerçant. Le fonds de commerce présente un contenu juridique précis. Selon la loi du 25 octobre 1919 relative au gage sur fonds de commerce, le fonds de commerce est un ensemble de biens qui forment une unité économique en ce qu'ils présentent une destination commune : l'exploitation d'un commerce déterminé.

Selon la majorité, cette universalité est une universalité de fait non de droit.

- Le fonds de commerce comprend des éléments actifs corporels et incorporels.
- Sa composition comprend un ensemble de biens qui sont de nature diverse et qui forment une unité par l'unique considération qu'ils sont affectés à une exploitation unique, celle du commerce.

Arrêt de la cour de cassation du 6 novembre 1970.

- Le fonds de commerce ne jouit pas d'une personnalité juridique propre qui serait distincte de celle de son propriétaire. Le fonds de commerce ne peut donc être, lui-même, créancier ou débiteur d'obligations. Le seul moyen d'y déroger est de créer une société avec personnalité juridique à responsabilité limitée.

- Le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit distincte du patrimoine de son propriétaire. Le commerçant dispose d'un seul patrimoine, dont le fonds de commerce n'est qu'une composante (articles 7 & 8 de la loi hypothécaire).

La finalité du fonds de commerce : la captation et le maintien d'une clientèle

Le fonds de commerce est constitué de tous les moyens que le commerçants met en œuvre afin de capter et de fidéliser les clients. La clientèle est sa finalité première : c'est elle qui lui donne son unité malgré la diversité des éléments qui le composent. La clientèle commerciale tient davantage à des conditions matérielles. Une telle clientèle sera plus aisément cessible puisque les éléments qui composent le fonds de commerce sont davantage à mêmes de la retenir par eux-mêmes.

Une valeur patrimoniale propre

Le fonds de commerce présente une valeur patrimoniale en soi, et cette valeur peut excéder celle de la somme de ses composantes prises isolément. On nomme goodwill la plus value qui en résulte. Il y a une synergie entre les éléments du fonds de commerce. la valeur du fonds de commerce d'un commerçant ne correspondra dès lors pas nécessairement au prix qu'il a payé pour l'acquérir c'est-à-dire à la valeur que celui-ci représentait au moment de débiter son activité commerciale.

Les caractères juridiques du fonds de commerce

- un bien *incorporel*

Malgré les composantes corporelles qu'il peut comprendre. Il constitue dès lors une propriété incorporelle.

- un bien *meuble*

Même s'il peut être composé de biens immobiliers (notamment des immeubles par destination).

- un bien *non consommable*

C'est-à-dire un bien qui ne se consomme pas par l'usage qui en est fait, même si ses composantes prises isolément, peuvent être consommables. Ex : les stocks, les marchandises.

§ 3. La composition du fonds de commerce

Le principe : une libre détermination par le commerçant

Le principe veut que chaque commerçant détermine librement le contenu de son fonds de commerce. La composition du fonds de commerce sera donc tout à fait variable (les stocks augmentent et diminuent) et fluctuante dans le temps (par un mécanisme de subrogation réelle).

L'indication fournie par l'article 2 de la loi du 25 octobre 1919

Les composantes « incorporelles »: *la clientèle, l'enseigne commerciale, le nom commercial, les droits de propriété intellectuelle, l'organisation commerciale et les droits de créance*

La clientèle = finalité première

L'enseigne commerciale = le signe matériel reconnaissable par la clientèle qui permet d'identifier et de localiser l'établissement commercial.

Le nom commercial = dénomination qu'a choisi le commerçant pour exercer son activité et, dès lors, celle qu'il utilise dans ses rapports avec autrui.

Le droit de la propriété intellectuelle = comme la marque, les brevets ...

L'organisation commerciale = que l'on entend comme les méthodes et le savoir faire que développe le commerçant dans le cadre de son exploitation commerciale.

Les droits de créance = dont est titulaire le commerçant et qu'il affecte à l'exercice de son activité commerciale (nécessaire et indispensable à l'exercice de l'activité commerciale).

Les composantes « corporelles » : *les biens meubles, les marchandises et les matières premières*

Biens meubles = lesquels seront le plus souvent juridiquement traités comme des immeubles par destination (au sens de l'article 524 du code civil).

Les marchandises et les matières premières = qu'elles aient ou non été fabriquées par le commerçant lui-même. La loi du 25 octobre 1919 limite, cependant, leur prise en compte à concurrence de 50% de leur valeur en ce qui concerne l'assiette du gage.

Les créances et les dettes ne font, en principe, pas partie du fonds, sauf si elles sont elles-mêmes des éléments de productivité comme, pour les banques et les compagnies d'assurances.

Section 2. La cession-vente du fonds de commerce

Précisions liminaires

Nous envisagerons la cession qui intervient dans le cadre d'une vente au sens ou l'entend le code civil. Sera ainsi uniquement visé le transfert de la propriété de fonds de commerce qui se réalise entre vifs contre le paiement d'un prix payable en argent.

La cession-vente du fonds de commerce : conséquences juridiques du recours à un tel mécanisme

La cession du fonds de commerce se présente comme un contrat consensuel (ce qui n'exclut pas d'éventuelles formalités spéciales d'opposabilité), synallagmatique, onéreux et commutatif.

§ 1. Les conditions de validité de la cession

Les principes : une application des exigences du droit commun

Articles 1108 à 1133 du code civil.

Le prix de la cession et l'exigence de détermination *ab initio*

Dans la pratique, il est fréquent de trouver une clause de prix faisant référence à la rentabilité future de fonds de commerce. Selon certains, il conviendrait dès lors d'admettre que l'insertion d'une clause de prix liée à la rentabilité future du fonds cédé ne méconnaît pas l'exigence de déterminabilité du prix de l'article 1591 du code civil.

L'objet de la cession et l'exigence de déterminabilité *ab initio*

Par principe, les parties ne sont pas tenues de préciser sur quels éléments isolés porte concrètement la cession. La doctrine considère que la seule précision selon laquelle la cession porte sur le fonds de commerce suffit en soi à rendre l'objet du contrat déterminable au sens de l'article 1108 du code civil. Le juge sera invité à interpréter la volonté réelle des parties afin de préciser, au regard des circonstances de l'espèce, sur quels éléments elles ont entendus faire porter la cession.

Mais quid si les parties procèdent à une énumération des composantes individuellement cédées ?

A cet égard on enseigne que pour être qualifiée de cession d'un fonds de commerce, la vente doit, à tout le moins porter sur les éléments essentiels qui composent ledit fonds. Vu la spécificité de chaque fonds de commerce au regard de l'activité commerciale poursuivie, c'est au cas par cas qu'il conviendra d'apprécier si les éléments cédés sont ou non déterminants pour le maintien et le développement de la clientèle.

§ 2. Les conditions d'opposabilité de la cession (pas de notes)

§ 3. Les obligations des parties

A. Les obligations du cédant (articles 1602 à 1649 du Code civil)

Rappel des principes généraux

Les obligations du cédant sont celles de tout vendeur. Conformément à l'article 1603 du code civil, celui-ci est donc tenu de délivrer une chose conforme et de garantir le cessionnaire contre les vices cachés et contre l'éviction.

La garantie des vices cachés (articles 1641 à 1649 du Code civil)

Le cédant reste tenu de la garantie des vices cachés affectant le fonds de commerce et ses composantes. La doctrine considère que pour qu'il y ait lieu à application de la garantie, il faut que le vice affecte le maintien ou le développement de la clientèle à moins que la convention n'en dispose autrement. Le vice doit donc en effet être caché. La présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel n'est pas applicable au commerçant qui cède son fonds de commerce.

La garantie d'éviction (articles 1626 à 1640 du Code civil)

Comme tout vendeur, le cédant doit garantir le cessionnaire contre les troubles de droit émanant des tiers. Ex : situation où un tiers revendiquerait un droit sur le nom commercial ou la clientèle. On considère que cela peut s'étendre à la famille, ce n'est pas personnel au commerçant. Il doit aussi garantir son fait personnel (troubles de droit et de fait). La jurisprudence et la doctrine admettent que la cession implique en soi une obligation de non concurrence dans le chef du vendeur, laquelle sera implicite lorsque la convention est muette. Il semble raisonnable d'admettre que même en l'absence de clause de non concurrence, l'obligation imposée au vendeur n'est pas absolue. Cette obligation ne vaut qu'en ce qui concerne :

- La zone géographique sur laquelle s'exerce l'activité commerciale du fonds de commerce cédé.
- Le temps qui est nécessaire à la fixation de la clientèle lequel varie en fonction de l'exploitation concernée.
- Les activités connexes ou analogues à l'activité faisant l'objet du fonds de commerce cédé.

B. Les obligations du cessionnaire (articles 1650 à 1657 du Code civil)

Rappel des principes généraux

Les obligations du cessionnaire sont celles de l'acheteur. Il est en particulier tenu de payer le prix et de prendre possession du fonds. Les frais de la cession incombent sauf convention contraire au cessionnaire. Il en serait de même selon la doctrine des frais relatifs à l'accomplissement des formalités spéciales d'opposabilité aux tiers.

Les protections « classiques » du vendeur impayé (pas de notes)

- Droit de rétention
- Privilège reconnu par l'article 20 5° de la loi hypo.
- Eventuelle clause de réserve de propriété.

Section 3. La mise en gage du fonds de commerce

La notion de gage : rappel et renvoi

Gage = une convention par laquelle un débiteur remet une chose mobilière à son créancier pour sûreté de sa dette.

Il accorde ainsi au créancier qui en bénéficie un droit de préférence sur un élément du patrimoine de son débiteur et qui permet de « se faire payer sur la chose engagée, par privilège et préférence aux autres créanciers ».

§ 1. Le cadre légal du gage

Le droit « commun » du gage civil et commercial

Le gage civil est régi par les articles 2073 à 2083 du code civil. Le gage commercial qui garantit une créance de nature commerciale se voit quant à lui doté d'un régime partiellement

propre établi par le titre VI du code de commerce lequel vise le gage constitué pour sureté d'un engagement commercial.

***Ratio legis* de la loi du 25 octobre 1919 sur le gage sur fonds de commerce**

Afin d'obvier l'exigence de dépossession, difficilement compatible avec la poursuite de l'activité commerçante lorsque le gage porte sur le fonds de commerce, la loi du 25 octobre 1919 renferme des dispositions particulières et dérogatoires.

§ 2. Les traits caractéristiques du régime du gage portant sur un fonds de commerce

Le débiteur et le créancier gagistes

Un fonds de commerce ne peut être mis en gage que par son propriétaire. Ce gage ne peut, en outre, être initialement consenti qu'à des banques (article 7). La règle se justifie d'une part par les garanties supérieures de sérieux attachées à la personnes de tels créanciers gagistes et, d'autre part, par le souci de pallier les risques de collusion entre le propriétaire du fonds de commerce et l'un de ses créanciers qui se prétendrait créancier gagiste dans l'unique but de faire échapper le fonds de commerce des mains des autres créanciers.

Un gage sans dépossession : le principe et ses conséquences (pas de notes)

La (les) dette(s) garantie(s)

L'article 11 précise que le gage porte sur toutes les sommes dues au créancier gagiste. Par convention, les parties peuvent cependant limiter l'étendue de la créance protégée par le gage.

L'assiette du gage

En l'espèce, la « chose » donnée en garantie est « le fonds de commerce », dans son unité, non ses composantes prises isolément. Les parties peuvent, cependant, excepter l'un ou l'autre de ces éléments s'il ne s'agit pas d'un élément déterminant, ou inclure d'autres valeurs qui le sont, comme, par exemple, les créances. Les éléments qui composent le fonds se modifient nécessairement en fonction de l'activité poursuivie par le débiteur gagiste et varient dans le temps.

Les formalités de constitution du gage

Le gage sur fonds de commerce est constitué par acte authentique ou sous seing privé (article 3), dont l'original est remis au créancier qui, ce faisant, « acquiert en quelque sorte la possession symbolique du fonds de commerce ». L'acte devra par ailleurs identifier le fonds ainsi que la créance commerciale garantie. Si les parties veulent faire des marchandises de stock l'assiette du gage, elles doivent le préciser expressément (article 2).

Premièrement, les marchandises sont destinées à être vendues et leur indisponibilité pourrait se révéler davantage négative pour le commerçant. Deuxièmement, elles sont difficilement compatibles avec le droit de suite qui est reconnu au créancier gagiste. Troisièmement, il faut permettre au commerçant de poursuivre son activité et ne pas déraisonnablement entraver cet objectif qui permet le remboursement du crédit.

Les formalités d'opposabilité du gage

Pour être opposable aux tiers, le gage doit satisfaire à des exigences de publicité (article 4 et s.). Le but est ici de remplacer la publicité « de fait » qui se réalise, en matière de gages civil et commercial, par la remise de la chose au créancier. En l'espèce, le gage doit faire l'objet d'une inscription au registre des hypothèques. Pareille inscription conserve le gage pendant 10 ans (article 9 al. 1^{er}).

Les moyens offerts au créancier impayé : la saisie-conservatoire et la saisie-exécution

Afin de préserver la substance de la garantie accordée au créancier gagiste, l'article 11, I, autorise ce dernier à saisir à titre conservatoire, pour sûreté des sommes qui lui sont dues, les éléments qui composent le fonds de commerce simultanément avec la MED signifiée à l'emprunteur.

Par dérogation au droit commun de l'article 1499 du code civil, le législateur autorise également le créancier gagiste à faire saisir-exécuter les meubles corporels sans devoir préalablement se voir décerner un commandement.

Ainsi à défaut de paiement à l'échéance, le créancier gagiste peut procéder à la vente sur les saisies opérées après :

- Avoir saisi par requête le président du tribunal du commerce aux fins de faire constater la validité de la saisie.
- Avoir obtenu l'autorisation de vendre
- Avoir signifié l'ordonnance autorisant la réalisation du gage au débiteur, ainsi qu'au tiers constituant s'il existe, avec indications des jour, lieu et heure de la vente publique.

CHAPITRE II. LE BAIL COMMERCIAL, COMPOSANTE DU FONDS DE COMMERCE

Section 1. Le cadre général de la « protection dans le temps » qu'offre le bail commercial

La perspective historique

La raison d'être de cette législation sur le bail commercial est d'assurer la stabilité et la pérennité du fonds de commerce. En 1931, le législateur adoptait une première législation

protectrice. L'objectif était à sens unique : il s'agissait de protéger les seuls intérêts de la partie économiquement faible, ce qu'est, aux yeux du législateur, le petit commerçant tenu de louer un lieu où il peut exercer son activité professionnelle. Il faudra attendre une loi du 30 avril 1951 pour qu'un régime cohérent de règles soit adopté, dans l'objectif premier de mieux protéger le fonds de commerce au moment où « le commerce et l'industrie vont prendre un nouvel essor ».

Ratio legis des textes : stabilité et pérennité

Une loi largement impérative

La loi présente un caractère largement impératif, non d'ordre public, ce qui entraîne plusieurs conséquences concrètes :

- Les conventions qui restreignent la protection que le législateur a entendu accorder à l'une ou l'autre partie sont frappées d'une nullité relative.
- La nullité peut être couverte par celui ou ceux que la loi protège
- La nullité relative devait classiquement être soulevée par la partie que le législateur a entendu protéger et que le juge ne pouvait soulever d'office le moyen tiré du non respect des protections légales
- La nullité résultant de la méconnaissance d'une disposition impérative ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation

Remarques : longue durée du bail commercial (9ans) – le droit de demander 3x le renouvellement, si celle-ci est refusée, parfois droit à une indemnité d'éviction – il pourra apporter des transformations et adaptation aux lieux loués.

Section 2. Le champ d'application de la loi

§ 1. Les conditions légales d'inclusion (article 1)

La loi du 30 avril 1951. Trois critères sont repris en son article 1^{er} pour préciser le champ d'application de la protection légale :

- Il faut être en présence d'un contrat de bail portant sur un immeuble ou sur une partie d'immeuble
- Il faut que le preneur affecte cet immeuble ou partie d'immeuble, à titre principal, à une activité de commerce de détail ou à une activité de artisanale en lien avec le public
- Il faut, enfin, que le bailleur ait consenti, expressément ou tacitement selon le cas, à cette affectation spéciale choisie par le preneur

A. Un contrat de bail portant sur un immeuble ou une partie d'immeuble

Un contrat de bail : inclusions

La loi vise les baux, soit ce que le code envisage comme étant le louage d'une chose (au sens de l'article 1709 du code civil) immobilière (article 1713 du code civil). Il faudra donc que le contrat accorde le droit de jouir d'une chose contre le paiement d'un prix qui peut consister en une somme d'argent ou en une prestation en nature.

Un contrat de bail : exclusions

La référence que fait le texte à un contrat de bail invite à exclure du champ d'application de la loi les contrats « apparentés » à ce contrat nommé, mais qui ne partagent pas ses traits caractéristiques.

On exclut du champ de la loi notamment :

- Les contrats qui portent sur les biens relevant du domaine public (l'Etat ne peut être bailleur d'un contrat de bail commercial)
- Le contrat qui accorde au preneur un droit d'occupation précaire
- Le contrat de location gérance
- Au contrat de leasing immobilier : on vise ici le contrat conclu entre une société de leasing et l'utilisateur final de l'immeuble qui accorde la jouissance d'un bien pendant une certaine période tout en réservant au preneur la faculté d'acquiescer un droit réel de propriété sur le bien à l'expiration du terme convenu, et ce contre paiement d'un montant qui est déterminable sur la base d'éléments contenus dans la convention, qui sera proportionnel à la durée d'usage passée.

Un contrat de bail qui porte sur un immeuble ou une partie d'immeuble

Conformément au texte de la loi, le bail peut porter sur un immeuble bâti ou non bâti. Il peut également porter sur une partie d'immeuble.

B. Une affectation principale à un commerce de détail ou une activité artisanale en contact avec le public

D'une conception extensive à une conception restrictive

Le projet initial déposé par le gouvernement le 20 novembre 1946 intégrait dans son champ d'application tous les baux à destination industrielle, artisanale ou commerciale « quelle que soit la forme de cette activité : usine, magasin, bureaux » pour autant que le propriétaire y donne son accord. En 1951 le législateur a voulu exclure les grosses usines et les exploitations charbonnières.

La notion de commerce de détail

- Le commerce de détail se caractérise par le contact direct du commerçant ou artisan avec le public consommateur. Par commerce de détail, le législateur avait en vue toutes les situations où une personne vend au détail, à une clientèle privée, c'est-à-dire à des particuliers, soit une définition plus large que celle que retient la récente loi du 13 août 2004 relative à l'autorisation d'implantations commerciales. Selon la jurisprudence, il conviendra plus particulièrement d'apprécier si la clientèle est ou non acquise par un contact avec le public.
- Le commerce de détail recouvre aussi bien la fourniture de biens que les prestations de services au public.

La notion d'activité artisanale en lien avec le public

Cette condition de contact avec le public s'explique parce que l'immeuble donné en location est le point de contact direct entre le commerçant et un client. Article 2 de la loi du 18 mars 1965 sur le registre de l'artisanat définit l'artisan. Ce n'est d'ailleurs qu'à titre accessoire qu'il vendra des marchandises.

L'exigence d'une affectation « principale »

La loi ne s'applique que si l'activité commerciale ou artisanale constitue la principale destination des lieux loués. Une affectation accessoire au logement ou à l'exercice d'une autre activité professionnelle ne fait donc pas obstacle au maintien de la protection légale. L'affectation doit être qualitativement ou quantitativement principale, condition qui est souverainement appréciée par le juge du fond au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Le critère quantitatif tient à l'importance du commerce de détail ou de l'activité artisanale au sein de l'immeuble ou de la partie d'immeuble loué. De son côté, le critère qualitatif tient à l'intérêt économique dominant, en ce sens que la vente de biens ou la fourniture de services au consommateur doit être prépondérante.

L'exigence d'une affectation réelle

Le preneur devra effectivement affecter les lieux loués à l'une des destinations précitées. Confirmer par la Cour de cassation arrêt du 5 février 1971.

B. L'accord du bailleur

La loi distingue, plus particulièrement, selon que l'affectation intervient dès l'entrée en jouissance (auquel cas l'accord du bailleur peut être exprès ou tacite) ou en cours de bail (auquel cas l'accord doit être exprès). Selon les travaux préparatoires, le refus du bailleur n'est pas susceptible de recours.

§ 2. Les exclusions légales (article 2)

L'article 2 de la loi exclut de son champ d'application certains contrats :

- Les baux dits de circonstance
- Les baux portants sur des immeubles exonérés de l'impôt foncier
- Les baux consentis par les administrateurs provisoires
- Les baux portant sur des immeubles à revenus modiques
- Les baux portants sur des immeubles expropriés ou acquis pour cause d'utilité publique

L'exclusion de certains baux

Section 3. La durée du bail commercial

- L'article 3 al. 1^{er} dispose d'abord que « la durée du bail ne peut être inférieure à 9 années »
- L'article 13 prévoit ensuite le droit pour le preneur de solliciter moyennant le respect de certaines conditions trois renouvellements

§ 1. Le bail initial et l'exigence d'une durée minimale de neuf ans (article 3, alinéa 1^{er})

A. Une durée légale de 9 ans minimum

Le principe posé par l'article 3 alinéa 1^{er}

La raison d'être du contrat est la stabilité. La durée minimale prévue par l'article 3 al. 1^{er} devait, dans l'esprit du législateur, permettre l'amortissement des investissements réalisés dans les lieux.

Une exigence impérative

La reconduction du bail est à distinguer de son renouvellement. Le renouvellement implique une demande du preneur et une acceptation du bailleur. La reconduction n'implique pas nécessairement une démarche, c'est simplement l'occupation des lieux après la fin du contrat qui donne lieu à la reconduction.

La loi impérative est une loi à laquelle on ne peut déroger inconditionnellement. Sont ainsi jugées contraires à la l'article 3 al. 1^{er} les clauses du bail initial qui :

- Prévoient une durée inférieure à 9 ans
- On pour effet de permettre une durée inférieure à 9 ans ce qui peut par exemple être le cas de la condition résolutoire
- Fixent une durée d'essai inférieure à 9 ans
- Prévoient que le bail est conclu pour une durée indéterminée

De telles clauses illicites sont frappées de nullité relative et la durée du bail est automatiquement portée à 9 ans. Par contre le bail conclu pour une durée supérieure à 9 ans sera quant à lui pleinement valide. Il ne fait par ailleurs pas obstacle au droit du preneur de solliciter trois renouvellements. Rappelons, cependant, qu'un bail de plus de neuf ans, quoique valable entre parties ne sera opposable aux tiers que moyennant une transcription auprès du conservateur des hypothèques (article 1^{er} al. 2 de la loi hypothécaire).

Une protection à sens unique

- Seul le preneur est autorisé à se prévaloir de la protection légale et dès lors de la nullité de la clause
- Le preneur peut renoncer à se prévaloir de la nullité à la condition, toutefois, que cet acte juridique intervienne librement et consciemment, à un moment où l'objectif poursuivi par le législateur n'est plus susceptible d'être méconnu

B. La durée des sous-locations et des locations jointes

Les extensions du principe d'une durée minimale de 9 ans

Par principe, la durée minimale s'applique également :

- Aux sous locations consenties par le preneur

- Aux locations jointes

§ 2. La terminaison anticipée du bail : les facultés de résiliation

L'exigence d'une durée minimale n'exclut pas que le bail puisse valablement prendre fin avant le terme des 9 années. Il y a possibilité de mettre fin anticipativement au bail selon les conditions précisées par le même article 3.

La résiliation amiable (*mutuus dissensus*)

La loi spéciale dispose que les parties peuvent à tout moment mettre fin au bail de commun accord. Un tel accord doit être constaté dans un acte notarial ou doit faire l'objet d'une déclaration devant le juge de paix compétent. Il s'en déduit également que le preneur peut couvrir la nullité et confirme l'accord intervenu au mépris des exigences légales.

La résiliation par le preneur

L'article 3 al. 3 qui est également une disposition impérative en faveur du preneur, accorde à ce dernier, 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.

La résiliation unilatérale par le bailleur : trois conditions

- Le 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.
- Le bailleur ne peut mettre fin au bail que pour un motif légalement défini – exercer lui-même, ou l'un des bénéficiaires limitativement cités par la loi, un commerce dans les lieux loués – et devra ensuite réaliser effectivement ce motif. Ex : exercer lui-même le commerce dans les lieux de la location. Le bailleur doit donc motiver la résiliation et invoquer des motifs de la loi de 1951

L'occupation doit en outre effectivement intervenir dans un délai de 6 mois suivant le départ du preneur et que l'activité devra être maintenue pendant deux ans. A défaut, le bailleur s'expose à d'importantes indemnités d'éviction, à moins qu'il ne puisse faire état d'un motif grave.

Le principe est ici aussi impératif en faveur du preneur. Le preneur à qui le congé est notifié peut adresser au bailleur un contre préavis.

La résiliation unilatérale par l'acquéreur du bien loué

L'article 12 invite à distinguer selon que le contrat renferme ou non une clause qui autorise le nouvel acquéreur du bien à mettre anticipativement fin au bail.

Malgré la présence d'une telle clause la résiliation ne peut être mise ne œuvre que dans le respect de certaines conditions :

- Le 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 par ailleurs faire état dans ce congé de l'un des motifs limitativement autorisés par l'article 16, 1° à 4° de la loi

Une indemnité d'éviction pourra en outre être due conformément à l'article 26.

§ 3. La poursuite du bail au-delà de son terme

A. Le renouvellement du bail

1. La nature du droit reconnu au preneur

Un droit à demander le renouvellement, non à l'obtenir

Le preneur n'a pas un droit au renouvellement de son bail. Il a uniquement le droit d'obtenir par préférence à toute autre personne, la continuation de son commerce dans les lieux loués. Le renouvellement reste une simple possibilité : le bailleur a le droit de s'y refuser (article 16) et de demander la restitution du bien quitte à payer une indemnité d'éviction (article 25). Cette solution illustre tout particulièrement le souci du législateur de maintenir un juste équilibre entre le droit de propriété et l'intérêt du commerçant – ou l'artisan – à la protection du fonds de commerce dont il est propriétaire : un accord de volonté reste requis tant en ce qui concerne le principe que les conditions du renouvellement.

Le preneur se voit plus particulièrement reconnaître le droit impératif de demander à trois reprises le renouvellement du bail, chacun de ces renouvellements étant, en principe, d'une durée de neuf ans.

Un droit destiné à assurer la stabilité des droits du preneur relativement à un même commerce

Le droit reconnu au preneur ne vaut que s'agissant de la continuation même du commerce. La demande de renouvellement doit, en effet, permettre de poursuivre l'exploitation qu'il exerçait au moment de sa demande. Le commerce ne doit pas simplement être similaire : il doit être identique.

Les effets et la durée du renouvellement

Comme la reconduction, le renouvellement emporte naissance d'un nouveau contrat, dépourvu donc des éventuelles sûretés accordées dans le cadre du premier bail. Cela étant, ce nouveau bail ne bénéficie pas de tous les attributs légaux qui devraient en principe lui être reconnus. Les parties sont, en particulier, autorisées à déroger à la durée de neuf ans qui s'attache pourtant à la conclusion de tout nouveau bail.

Le législateur permet aux parties de prévoir une durée différente dans deux situations :

- Elles peuvent s'accorder une durée inférieure ou supérieure à la condition que leur accord soit constaté dans un acte authentique ou dans une décision de justice (article 13 al. 1^{er})
- Les parties peuvent également prévoir une durée inférieure à neuf ans lorsque le bailleur (ou un des bailleurs) 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 (article 13 al. 2)

2. Les formalités de la demande de renouvellement adressée par le locataire

Une demande de renouvellement

Le renouvellement n'est pas automatique : le preneur ou son mandataire doit impérativement le demander au bailleur. La loi précise que la demande doit, « à peine de déchéance », être notifiée au bailleur par exploit d'huissier de justice ou par lettre recommandée 18 mois au plus, 15 mois au moins avant l'expiration du bail en cours. S'agissant de la notification elle devra être réceptionnée par le bailleur dans un délai légal. Une demande tardive sera frappée de nullité relative. Cette nullité pourra être couverte par le bailleur.

L'article 14 énonce que la demande de renouvellement doit à peine de nullité préciser les conditions auxquelles le preneur accepte de conclure le nouveau bail et mentionner qu'à défaut de notification, suivant les voies et dans les trois mois, de son refus de renouvellement motivé, de la stipulation de conditions différentes ou d'offres d'un tiers, il sera présumé consentir au renouvellement aux conditions proposées par le preneur.

La demande de renouvellement sera donc nulle (nullité relative) 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.

Une disposition impérative en faveur du bailleur

L'article 14 al. 1^{er} est une disposition impérative qui a été établie en faveur du bailleur, seule habilité à soulever la nullité relative des clauses qui limiteraient davantage ses droits.

3. La position du bailleur à la réception de la demande

Le législateur permet au bailleur, sous certaines conditions précises, de se refuser au renouvellement du bail. Lorsque le bailleur reçoit la demande, il dispose de trois mois pour prendre position.

Les différentes hypothèses - Le bailleur qui reçoit une demande de renouvellement dispose de 3 mois pour réagir → quatre situations

- Le bailleur peut, tout d'abord, ne pas réagir dans le délai imparti.

L'article 14 al. 1^{er} présume son consentement et le bail sera renouvelé aux conditions proposées par le preneur.

- Il peut, ensuite, accepter expressément le renouvellement aux conditions que lui a soumises le preneur.

Un nouveau contrat de bail naît en les parties à ces conditions.

- Il peut encore accepter le principe du renouvellement mais le soumettre à d'autres conditions que celles qui lui ont été adressées.

Dans cette situation, si le preneur souhaite réagir, il est, « à peine de forclusion », tenu de le faire dans un délai de trente jours.

- *Soit* le preneur ne réagit pas ou ne le fait pas dans le délai précité → il perd son droit au renouvellement du bail,
- *Soit* il accepte les conditions proposées par le bailleur → le bail est renouvelé sur la base des conditions contenues dans la contre-offre du bailleur
- *Soit* il refuse expressément les conditions proposées par le bailleur : il doit alors impérativement saisir le juge de paix dans un délai de trente jours afin que celui-ci tranche le litige et fixe, en équité, les conditions du bail renouvelé (article 18 à 20). Le preneur conservera, cependant, la possibilité de renoncer à sa demande de renouvellement s'il n'entend pas se soumettre aux nouvelles conditions fixées par le jugement.
- **Le bailleur peut, enfin, refuser le renouvellement → trois situations**
- *Soit* il refuse sans motif : cette possibilité reste possible dans le régime de la loi sur le bail commercial mais le bailleur sera tenu de payer au preneur évincé une indemnité d'éviction égale à trois ans de loyer majorée éventuellement des sommes suffisantes pour assurer une réparation intégrale du préjudice causé (article 16 IV)
- *Soit* il refuse en excipant l'offre d'un tiers : (article 21 et s.).
- *Soit* il refuse pour l'un des 6 motifs légaux : (article 16 I et III)

Les formes de la réponse du bailleur

La réponse du bailleur doit respecter les conditions de fond et de formes prévues par la loi (article 14) :

- La réponse signée doit être adressée par le bailleur à l'adresse du preneur
- Elle doit être notifiée dans un délai de trois mois suivant la demande de renouvellement adressée par le preneur
- Elle doit respecter les mêmes formes que celles prises par le preneur pour solliciter le renouvellement
- Préciser les conditions auxquelles le bailleur consent à renouveler le contrat, ou, s'il n'y consent pas, un des motifs énoncés à l'article 16 ou l'offre d'un tiers.

4. L'indemnité d'éviction et son régime

Les principes généraux concernant le droit à l'indemnité d'éviction

Le preneur qui a régulièrement manifesté sa volonté d'user de son droit au renouvellement et se l'est vu refuser a droit à une indemnité d'éviction dans les conditions prévues à l'article 25 de la loi. L'article 26 étend l'octroi de l'indemnité d'éviction en cas de résiliation par le bailleur ou le nouvel acquéreur du bien. Toute éviction ne donne pas lieu au versement d'une indemnité d'éviction ; seules les situations limitativement énoncées par le législateur justifient sa débiton.

Les indemnités prévues par le législateur peuvent être rattachées en trois catégories :

- Certaines indemnités tendent à compenser les inconvénients liés à l'éviction elle-même
- D'autres compensent les efforts réalisés par le preneur et dont le bailleur ou le nouvel acquéreur pourront tirer profit
- D'autres encore sanctionnent la faute ou la fraude du bailleur spécialement en cas de concurrence illicite

Le montant prévu par la loi constitue un forfait. La majoration suppose la réunion de deux conditions cumulatives, dont la preuve incombe au preneur : il devra établir que l'indemnité est manifestement insuffisante et que le bailleur tire profit de son éviction. La diminution quant à elle pourra être sollicitée par le bailleur si l'indemnité apparaît manifestement exagérée en raison de l'état d'abandon ou le déclin du commerce au moment de la reprise.

Le droit de rétention (article 27)

Le délai de prescription (article 28)

B. La reconduction du bail (article 14 al. 3)

Le mécanisme de la reconduction

En principe, à défaut de renouvellement, le bail expire de plein droit à l'échéance du terme (article 1137 du code civil). Un congé n'est pas requis. Le bailleur peut donc solliciter le départ du locataire ou de l'éventuel cessionnaire de ses droits. Si, cependant, le preneur qui ne peut plus solliciter le renouvellement demeure dans les lieux loués, le bail est reconduit et y fait place un nouveau bail de durée indéterminée (article 14 al. 3). Les autres conditions de ce bail sont celles du bail originaire.

Du côté du bailleur, il faudra s'assurer que son silence est circonstancié, c'est-à-dire porteur d'une volonté certaine de poursuivre la relation contractuelle.

L'article 14 al. 3 est impératif. Les parties ne peuvent donc conventionnellement exclure la reconduction du bail.

La résiliation unilatérale du bail reconduit

L'article 14 al. 3 prévoit que le bail reconduit peut, à tout moment, être résilié par le bailleur moyennant un congé d'un minimum de 18 mois, et ce sans préjudice du droit du preneur de solliciter un renouvellement.

La Cour constitutionnelle s'est positionnée afin de savoir si l'article 14 énoncé ci-dessus et l'article 1736 étaient conformes aux articles 10 et 11 de la Constitution. Elle décidait alors que :

- La différence de traitement repose sur un critère objectif, à savoir la qualité de la partie au contrat de bail, preneur ou bailleur ;
- L'application du droit commun de l'article 1736 ne constitue par une mesure disproportionnée

Section 4. La révision du loyer

Les principes généraux

L'article 6 de la loi réserve aux parties la possibilité d'obtenir sous certaines conditions, une révision du loyer en cours de bail. Il s'agit d'une disposition impérative.

Les modalités de mise en œuvre

La révision du loyer peut être sollicitée par le locataire ou par le propriétaire dans le cadre d'une procédure judiciaire mise en œuvre dans les trois derniers mois qui précèdent l'échéance d'un triennat (alinéa 3). La partie qui sollicite la révision devra établir deux conditions cumulatives (alinéa 1^{er}) à savoir :

- Que la valeur locative normale de l'immeuble loué a varié d'au moins 15% par rapport au loyer de base initialement convenu
- Que cette variation résulte de circonstances nouvelles qui n'ont pu être prises en considération lors de conclusion du contrat. Ex : des travaux dans la rue ils sont temporaires et éphémères donc pas d'incidence sur le loyer.

La fixation du nouveau loyer et son exigibilité

L'alinéa 2 énonce que le juge statue en équité. Le loyer éventuellement révisé sera exigible à partir du premier jour du triennat suivant, l'ancien loyer demeurant provisoirement exigé dans l'attente d'une décision sur la révision sollicitée (article 6 in fine).

Section 5. Les transformations réalisées par le preneur dans les lieux loués (articles 7 à 9 de la loi)

L'article 7 et 9 tendent à la protection du fonds de commerce et prévoient le droit du preneur, moyennant le respect de certaines conditions, d'imposer au bailleur l'exécution de travaux de transformation.

§ 1. Le principe : l'autorisation de réaliser des transformations « utiles » en cours de bail

La faculté accordée au preneur et les conditions de sa mise en œuvre

La loi autorise le locataire (ou le sous locataire comme précisé à l'article 7 al. 4) à effectuer des transformations dans les lieux loués. Cette faculté impérative existe nonobstant toute clause contraire du bail. Quatre conditions cumulatives (article 7 al. 1^{er}) :

- Les travaux de transformation doivent être utiles et non pas nécessaires
- Leur coût total doit être inférieur à trois ans de loyer, qu'ils soient réalisés en une seule fois ou de manière successive
- Les travaux ne doivent pas compromettre la sécurité, la salubrité et l'esthétique du bien loué
- Le preneur doit avertir le bailleur, par lettre recommandée ou exploit d'huissier et lui adresser les plans et devis des travaux qu'il entend réaliser.

Des travaux de « transformation » - Les travaux tombant dans le champ d'application des présentes dispositions légales sont uniquement les travaux de transformation.

On exclut ainsi les travaux d'aménagement soumis à l'article 1728 et de reconstruction (en principe interdit car ils modifieraient la structure de la chose). Sont plus spécifiquement visés les travaux qui tendent à permettre au bien loué de répondre à sa destination conventionnelle.

§ 2. Les droits reconnus au bailleur (articles 7 et 8)

Un compromis entre des intérêts particuliers

La loi ne tend pas uniquement à protéger le locataire. Elle prend également en compte les intérêts du bailleur, souvent propriétaires des lieux loués.

Les droits du bailleur avant l'exécution des travaux

Informé par le preneur conformément à l'article 7 al. 1^{er}, le bailleur dispose d'un délai de 30 jours à dater de la réception de l'avis pour s'opposer à la réalisation des travaux. A défaut, de réagir dans le délai précité, et dans les mêmes formes que celles retenues par le preneur, il est présumé y avoir consenti (al. 2). Si le bailleur s'oppose à l'exécution des travaux, le preneur peut saisir le juge de paix dans les 30 jours afin qu'il les autorise (al. 3).

Les droits du bailleur pendant l'exécution des travaux

Ce sont les alinéas 5 et 6 de l'article 7 et les trois premiers alinéas de l'article 8

Les droits du bailleur en fin de bail

La loi distingue à cet égard selon que les travaux ont été autorisés ou non. En cas d'accord (exprès ou tacite) du bailleur ou de décision judiciaire autorisant les travaux, le bailleur ne peut exiger la remise des lieux dans leur état antérieur.

Article 9

Section 6. La cession du bail et la sous-location (pas vu)

Le régime des clauses interdisant la cession ou la sous-location

Les effets de la cession et de la sous-location accompagnant la cession du fonds de commerce

Section 7. La fin du bail commercial

§ 1. Les causes de dissolution du bail

Les causes de dissolution

On vise alors plus spécifiquement les causes de droit commun que sont la nullité (articles 1108 à 1133 du code civil) la résiliation (articles 3, 12 et 14 al. 3 de la loi) la survenance d'un cas de force majeure et l'application de la théorie des risques (article 1722 du code civil) et la résolution en cas d'inexécution fautive (article 1184 et 1741 du code civil) sous réserve de l'article 1762bis du code civil.

Le sort du bail en cas de décès ou de faillite

Le bail n'est pas un contrat intuitu personae. Il s'en déduit en particulier qu'il ne prend pas fin par le décès de l'une des parties, principe que consacre formellement l'article 1742 du code civil. Il n'en ira autrement que si le contrat le prévoit ou si les circonstances attestent que la qualité d'une ou des parties a été déterminante du consentement. S'agissant du bail commercial, l'absence de caractère intuitu personae se renforce par la considération que ce droit de jouissance est une composante essentielle du fonds de commerce, lequel doit demeurer cessible pour le commerçant.

§ 2. Les droits et obligations liés à la fin du bail

La loi accorde aux parties dont le contrat prend fin des prérogatives non spécifiquement prévues en droit commun du bail. L'article 5 de la loi reconnaît tout d'abord au preneur le droit d'apposer à ses frais sur les lieux loués un avis indiquant l'endroit où il a transféré son activité et ce pendant une durée de 6 mois suivant son départ. L'article 14 al. 4 précise, ensuite, que le preneur est contraint de tolérer des visites dans les lieux loués durant les 18 mois qui précèdent la fin du bail. Conformément au droit commun, le bailleur devra cependant exercer ce droit de visite dans le respect des exigences de la bonne foi.

LIVRE II – INTRODUCTION AU DROIT DES SOCIETES

TITRE I – Les principes généraux

Chapitre 1 – Les finalités et les sources du droit des sociétés

Section 1 - Les quatre finalités

- Offrir aux agents économiques une structure juridique de coopération
- Assurer la protection des créanciers de la société et la prise en compte des intérêts légitimes de tous ses partenaires.
- Mettre en place des mécanismes légaux permettant aux associés de contrôler l'activité des administrateurs-managers par l'exercice de droits « politiques » (« voice »).

- Garantir une allocation optimale des ressources en organisant un régime de cessions de contrôle (« *exit* »). Cela en organisant dans les meilleures conditions de transparence et d'égalité réelle entre tous les actionnaires, un régime de cessions de contrôle qui permet d'exercer un contrôle externe sur la société. Dans le cadre des offres publiques d'achat, les actionnaires mécontents de la gestion de telle ou telle société votent avec leur pieds, c'est à dire qu'ils vendent leurs actions avec une plus value à un offrant susceptible de mieux gérer la société et d'en accroître la valeur intrinsèque.

Les théories explicatives de la société commerciale

Théorie contractuelle

Plus la société est complexe moins cette théorie contractuelle peut expliquer son fonctionnement. L'élément central était l'autonomie de la volonté des associés qui pouvait s'exercer indépendamment de toute finalité sociale. Le déclin de cette théorie tient à son incapacité à expliquer les mécanismes propres de la société tels que la personnalité morale, la théorie de l'organe, les règles de vote à la majorité aux assemblées générales ou la limitation de la responsabilité des actionnaires à leurs apports.

Théorie institutionnelle

Cette théorie a voulu appréhender la société anonyme comme étant une institution permanente et fixer, dans la perspective de son intérêt propre, les conditions légales de sa création, de son fonctionnement et de sa liquidation. La théorie institutionnelle se focalise sur l'organisation de la société, avec notamment une répartition hiérarchique des pouvoirs entre les divers organes sociaux. Cependant, la théorie institutionnelle ne permet pas d'appréhender la notion de société de manière globale, le droit des obligations continuant à régir en grande partie la relation entre les membres de la société.

Théorie fonctionnelle

Cette théorie repose sur une analyse de la fonction de la société : la personnalité morale constitue le véhicule et l'armature juridique de l'entreprise et la société n'est qu'une technique d'organisation de l'entreprise.

Théorie structurelle

Il s'agit d'une approche de la société comme structure où coexistent des mécanismes institutionnels et contractuels. Cette théorie considère la société comme une structure qui vise à instaurer un certain équilibre entre les intérêts divergents ou convergents, selon les circonstances présents dans la société.

Ces théories tentent de dégager le trait majeur des différents corps de principes.

L'approche de « *corporate governance* »

Il s'agit d'une approche centrée essentiellement sur l'organisation des relations entre les actionnaires, le conseil d'administration et la direction de la société afin de mettre en place des mécanismes d'équilibre et de contrôle, internes et externes, qui tentent de concilier les objectifs des gestionnaires et ceux des autres composants de l'activité économique.

En définitive, l'application des principes et des recommandations de *corporate governance* permet aux sociétés concernées de renforcer leur crédibilité et leur attractivité, d'améliorer la qualité de leur image et favoriser ainsi leur développement et leur continuité, dans l'intérêt non seulement des actionnaires, mais aussi des autres *stakeholders*.

L'analyse économique du droit (« *Law and Economics* »)

Plus le droit est supplétif mieux c'est. Cette analyse s'appuie sur les théories économiques pour anticiper et évaluer les effets de la norme juridique, tant sur les comportements individuels qu'au niveau de la communauté. Son intérêt est précisément d'évaluer l'adéquation de la norme avec sa finalité, à savoir son aptitude à atteindre un but de manière optimale.

Section 2 – Les sources

La loi fondatrice du 18 mai 1873

Le droit belge des sociétés trouve son origine dans la loi du 18 mai 1873. C'est la première fois qu'en Belgique on a permis la création de sociétés à responsabilité sans autorisation gouvernementale. Tout en supprimant l'autorisation gouvernementale nécessaire à la constitution d'une société anonyme, la loi de 1873 a renforcé la responsabilité des fondateurs et des administrateurs et a assuré la publicité des actes importants de la vie de la société. La première protection est la publicité des statuts et la deuxième est la responsabilité accentuée des gérants.

Les lois coordonnées sur les sociétés commerciales de 1935

Il a été révélé une constance de certaines préoccupations du droit des sociétés.

Depuis lors et jusqu'à la loi du 7 mai 1999 instituant le code des sociétés, parlons des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

L'intervention communautaire

Visant la création d'un marché commun, le Traité instituant les Communautés Européennes contient trois dispositions principales justifiant l'intervention communautaire en matière de droit des sociétés. Ce sont les articles : 44 g) – 94 et 293.

Les libertés économiques fondamentales impliquent à l'évidence un effort d'harmonisation et de coordination du droit des sociétés. On assiste à cet égard à une évolution positive sous l'influence des principes de *corporate governance*.

- La première directive du 9 mars 1968 (loi du 6 mars 1973)

Elle tendait à coordonner les garanties exigées des sociétés afin de protéger les intérêts tant des associés que des tiers. On vise à limiter les cas de nullité des sociétés.

- La deuxième directive du 13 décembre 1976 (loi du 5 décembre 1984)

Elle tendait à coordonner les garanties exigées des sociétés afin de protéger les intérêts tant des associés que des tiers et les variations de son capital. Avec cette directive, il faut s'assurer de la réalité et de la consistance du capital de la société.

- Les troisième et sixième directives des 9 octobre 1978 et 17 décembre 1972 (loi du 29 juin 1993).

Elles concernent respectivement les cessions et les fusions des SA. Aujourd'hui, il y a des règles équivalentes dans tous les pays de l'UE. Viennent ensuite les textes qui concernent les formes juridiques propres européennes. Le groupement européen de l'intérêt économique, la société européenne et la société coopérative européenne.

Les structures juridiques spécifiques : le *règlement du 25 juillet 1985* relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique, les *règlement et directive du 8 octobre 2001* relatif au statut de la société européenne et les *règlement et directive du 22 juillet 2003* relatif au statut de la société coopérative européenne.

Le Code des sociétés et ses lois modificatives

A la suite des modifications successives subies par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, leurs lectures étaient devenues malaisées. Le code des sociétés a alors été conçu en vue d'améliorer la lisibilité des textes, notamment en énonçant complètement, à propos de chaque forme de société, toutes les règles applicables et en évitant tout renvoi d'un type de société à un autre. Le code constitue donc un ensemble cohérent.

Après une période de calme relatif succédant à la codification du droit des sociétés, le législateur a adopté, depuis 2002, plusieurs lois de portée importante.

Loi du 2 août 2002 dite de *corporate governance* : le code belge de gouvernance d'entreprise précité a pour objectif principal d'aider les sociétés cotées, par les principes qu'il impose et les recommandations qu'il propose, à profiter du marché européen des capitaux en facilitant leur compréhension par les investisseurs institutionnels et en assurant leur crédibilité auprès des marchés internationaux de capitaux. L'enjeu essentiel pour les entreprises belges est de disposer de recommandations – conformes aux standards internationaux – qu'elles puissent adapter, en vertu de la règle *comply or explain*, à leur phase de développement.

Sans aller jusqu'à une véritable corégulation, le code belge de gouvernance d'entreprise introduit un équilibre, voire une synergie, entre d'une part, une loi plus souple et, d'autre part, des recommandations qui relèvent de l'autorégulation.

Les réglementations parallèles : le droit comptable et le droit financier (pas de notes)

Le droit des sociétés est étroitement associé au droit comptable et au droit financier. Demander si on a ce point.

Chapitre 2. – La définition de la société et la taxinomie

Section I. – La définition

Le droit civil et le droit commercial des sociétés

Sous l'empire du Code de commerce de 1807, le contrat de société était régi par le droit civil, les lois particulières au commerce et par les conventions des parties (article 18 du code de commerce).

La loi du 18 mai 1873 a inversé la hiérarchie en modifiant l'article 1873 du code civil pour prévoir que les dispositions du code civil relatives aux sociétés ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce. C'est une conjonction du droit civil et commercial plutôt qu'une opposition s'agissant du droit des sociétés.

Les sociétés de commerce se réglaient par les conventions des parties, par les lois particulières au commerce et par le droit civil. Le droit civil était donc applicable à titre supplétif aux sociétés commerciales.

L'évolution des relations entre le droit civil et le droit commercial des sociétés révèle, en réalité, une conjonction. En 1999, les dispositions du code civil relatives aux sociétés ont été abrogées et transposées dans le code des sociétés au titre des dispositions communes à toutes les sociétés (articles 18 à 45 et 50 à 52 du code des sociétés). Les dispositions du code civil s'appliquent pour autant qu'il n'y soit pas dérogé par le code des sociétés ; elles constituent donc toujours le droit commun des sociétés, civiles et commerciales, ce qui leur confère une importance nouvelle. Il existe des sociétés commerciales à forme civile ou commerciale et des sociétés civiles à forme civile ou commerciale.

La définition de la société. - Article 1^{er} du Code des sociétés : « *une société est constituée par un contrat aux termes duquel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, pour exercer une ou plusieurs activités déterminées et dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect* ».

La constitution d'une société est donc en principe subordonnée à l'existence d'un contrat. Mais si la société est dotée de la personnalité juridique, elle aura tendance à s'émanciper du contrat dès après sa constitution et elle deviendra à des degrés variables selon sa forme, une structure autonome.

Les caractéristiques de la société

Le but de lucre spécifique au droit des sociétés distingue une société d'une association : but de lucre au sens de la distribution des bénéfices aux associés.

- deux ou plusieurs personnes
- mettent quelque chose en commun, (article 19 du Code selon lequel chaque associé doit faire un apport)
- pour exercer, dans leur intérêt commun, une ou plusieurs activités déterminées
- dans le but de se procurer un bénéfice patrimonial direct ou indirect (but de lucre).

Si une société acquiert une personnalité juridique, la société aura tendance à s’émanciper du contrat et avoir une vie propre.

L’exception au caractère contractuel : la société unipersonnelle.

Il est possible depuis l’entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1987 de constituer une société d’une seule personne : toute personne physique peut affecter une partie de son patrimoine à l’exploitation d’une activité civile ou commerciale, sous la forme d’une société privée à responsabilité limitée (SPRL) unipersonnelle. + Article 212 du code.

L’exception à la condition relative au but de lucre : la société à finalité sociale

La société à finalité sociale instaurée par la loi du 13 avril 1995 présente la caractéristique essentielle de ne pas contribuer à l’enrichissement – même indirect – des associés. Elle peut prendre la forme de n’importe quelle société commerciale dotée de la personnalité juridique. il s’agit donc d’une variante ou d’une déclinaison des autres formes.

L’article 661 du code requiert que les statuts d’une société à finalité sociale stipulent que les associés ne recherchent qu’un bénéfice patrimonial limité ou aucun bénéfice patrimonial, et définissent le but social auquel sont consacrées les activités visées dans l’objet social.

Section II. – Les sociétés commerciales, les sociétés civiles et les associations

La nature civile ou commerciale d’une société : l’objet statutaire.

En vertu de l’article 3 §2 du code, la nature civile ou commerciale d’une société est déterminée par son objet. Une distinction entre les sociétés peut donc être établie en vertu de ce critère. Seule l’analyse de la nature des actes constituant l’objet social permet de déterminer la nature de la société. La notion de but de lucre, déterminante pour distinguer une société d’une association, est sans importance à cet égard.

En outre, lorsque la société – constituée sous le couvert d’une société à forme commerciale – est dotée de la personnalité juridique, la détermination de la nature de son objet dépend, en principe, exclusivement de la manière dont l’objet est rédigé dans les statuts et non de son activité réelle, ce qui n’exclut évidemment pas que les statuts soient, le cas échéant, interprétés à la lumière de l’activité effectivement exercée. Une société peut civile par son objet et commerciale par sa forme (arrêt du 4 octobre 2001 de la Cour de cassation – commentaire page 132).

Le groupement d'intérêt économique

La loi du 13 avril 1965 a défini le groupement belge comme une société commerciale caractérisée essentiellement par son objet spécifique. Le groupement d'intérêt économique est, en effet, une société disposant d'une pleine capacité juridique et dont le but exclusif est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres. L'activité du groupement d'intérêt économique ne peut en aucun cas se substituer à celle de ses membres. Ex : 2 sociétés qui fabriquent des boissons, créent un GIE dont l'objet sera la création des récipients.

Les associations

La loi du 27 juin 1921 accorde la personnalité juridique aux ASBL. Elle se distingue de la société par le fait qu'elle ne peut rechercher ni son propre enrichissement ni celui de ses membres. Elle peut cependant réaliser des bénéfices mais elle doit les affecter exclusivement à la réalisation de son objet social. L'association sans but lucratif est celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales et qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel. Toute activité lucrative n'est pas inconditionnellement interdite aux ASBL.

Suivant la conception traditionnelle, une ASBL ne peut exercer des activités lucratives qu'à titre accessoire : cela implique le volume des opérations lucratives soit inférieur à celui des activités non lucratives, les activités lucratives contribuent à l'exercice de l'activité non lucrative, voire en constituent un moyen nécessaire, et les deux types d'activité soient liées.

La sanction de la violation du principe de la spécialité légale

En principe, la spécialité légale interdit l'accomplissement par une société d'actes à titre gratuit, jugés incompatibles avec la notion de but de lucre. La violation de ce principe peut se déduire des statuts du groupement ou de l'exercice effectif d'une activité contraire à la forme d'un groupement.

Désormais si la violation du principe de la spécialité légale résulte des statuts de l'association, cette dernière est nulle et, partant, dissoute, par l'application des articles 3bis, 2°, et 3ter de la loi du 27 juin 1921. Cette sanction spécifique n'exclut pas que les membres de l'association soient solidairement tenus lorsque les activités sont commerciales.

En vertu du renvoi opéré par l'alinéa 2 de l'article 1^{er} §4 du code à son article 204, les personnes coupables du détournement d'objet peuvent également encourir une responsabilité solidaire. Ex : Les associés de l'ASBL peuvent être déclarés solidairement responsables du passif de l'ASBL.

Section III. – Les sociétés avec personnalité juridique et les sociétés sans personnalité juridique

Pendant longtemps, la distinction entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales a été considérée comme la *summa divisio* en droit des sociétés. Désormais, lorsque deux personnes sont associées pour l'exercice d'une activité commerciale, la société qu'elles forment n'est plus qualifiée de société en nom collectif irrégulière. La distinction essentielle est en réalité

celle qui oppose les sociétés dotées de la personnalité juridique et les sociétés qui en sont dépourvues.

Les sociétés sans personnalité juridique

La société de droit commun, la société momentanée et la société interne sont dépourvues de personnalité juridique (article 2 §1^{er}).

La société de droit commun est une société à objet civil ou commercial qui ne bénéficie pas de la personnalité juridique. En matière d'acquisition de la personnalité morale, il est possible de constituer une société, civile ou commerciale, sans qu'elle acquière la personnalité morale, dès lors que les formalités requises en matière d'acquisition de la personnalité morale n'ont pas été accomplies, que l'acte de société n'ait pas été constaté par écrit ou que les fondateurs aient, par négligence ou par choix, omis de procéder au dépôt de l'acte constitutif de la société au greffe du tribunal de commerce dans le ressort territorial duquel la société a son siège social (article 68 du code).

La société momentanée est une société sans personnalité juridique qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées (article 47 du code) tandis que la société interne est une société sans personnalité juridique par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans les opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom (article 48 du code).

Les sociétés dotées de la personnalité juridique

Conformément à l'article 2 §2 du code, sont dotées de la personnalité juridique les formes de sociétés commerciales suivantes : SNC, SCS, SCRI, SPRL etc.

Le code reconnaît également la société agricole qui est une société civile dotée de la personnalité juridique et a pour objet l'exploitation d'une entreprise agricole ou horticole. Son régime constitue une combinaison entre celui des sociétés en commandite simple et celui de la société privée à responsabilité limitée.

Comme on le verra, la personnalité juridique distincte permet à la société de disposer d'un patrimoine juridique propre ainsi que de droits et obligations spécifiques. Dans certains cas, elle confère aux associés le privilège de la responsabilité limitée.

Les sociétés de fait et les sociétés apparentes

La doctrine a démontré que l'expression « société de fait » ne correspond à aucune catégorie juridique déterminée et précise dont il serait possible de constater l'existence en droit belge et qu'il ne semble pas utile d'y introduire cette catégorie ou de construire une théorie des sociétés de fait.

Une société régulière, qui est constituée librement et qui n'est pas interdite par le droit, est une société ou une association de droit et non de fait même si elle n'est pas légalement réglementée.

Section IV. – Les sociétés de personnes avec personnalité juridique et les sociétés de capitaux

Les sociétés de personnes

Il s'agit des sociétés dans lesquelles la personnalité des associés ou de certains d'entre eux est déterminante au moment de la constitution de la société et lors des éventuelles admissions successives.

Dans les sociétés de personnes à responsabilité limitée, où les associés n'engagent que leurs apports, le caractère intuitu personae n'a pas la même portée, mais il justifie encore que les associés, dont la volonté de fonder la société est stimulée par leurs personnalités, soient identifiables et que les titres représentatifs du capital ne soient pas, en principe, librement cessibles.

Parmi les sociétés de personnes, on distinguera dès lors les sociétés de personnes à responsabilité illimitée (SNC – SCS – SCRI) et les sociétés de personnes à responsabilité limitée (SCRL – SPRL), ces dernières ayant été qualifiées par d'aucuns de sociétés mixtes ou hybrides.

Les sociétés de personnes à responsabilité illimitée : la société en nom collectif (SNC) et la société en commandite simple (SCS)

Les sociétés en commandite simple comprennent deux catégories d'associés, les commanditaires, qui ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence de leur apport, et les commandités, qui gèrent la société et sont personnellement et solidairement tenus des dettes de cette dernière

Caractéristiques principales suivantes

- Les parts sont incessibles et intransmissibles, même à un associé, sans le consentement des associés.
- Sauf convention contraire, la mort ou le retrait d'un associé entraînent la dissolution de la société (art. 39 Code).
- La responsabilité des associés est illimitée et régie par l'art. 52 Code.
- Les statuts ne peuvent, en principe, être modifiés que moyennant le consentement unanime des associés.
- Les associés ne peuvent pas faire concurrence à la société (principe d'exécution de bonne foi).

Les sociétés de personnes à responsabilité limitée

Ces sociétés ont en commun avec les sociétés de personnes à responsabilité illimitée une cessibilité des parts soumises à certaines conditions. Ces sociétés ne sont pas menacées de nullité en cas de vice de consentement d'un associé (article 227 du code) et elles ne sont pas dissoutes par le décès d'un associé et la modification de leurs statuts est plus aisée.

Les sociétés de capitaux

Il s'agit des sociétés dans lesquelles les considérations liées à la personne des associés sont a priori indifférentes. Elles regroupent des capitaux plutôt que des personnes.

Les sociétés de capitaux sont la SA, la société en commandite par actions, qui comprend deux catégories d'associés et la société européenne.

Dans les sociétés de capitaux, la responsabilité des associés est limitée à leurs apports, sous réserve des obligations des associés commandités dans la société en commandite par actions.

Les sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne et les sociétés cotées

La catégorie des sociétés faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne, auxquelles l'on se réfère souvent comme aux sociétés publiques et ouvertes, n'existe en tant que telle que pour les sociétés anonymes (ce sont des SA qui peuvent faire le choix d'être privées), les sociétés en commandite par actions et les sociétés européennes.

Article 438 du Code : « une société est considérée comme faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne lorsqu'elle a fait un appel public à l'épargne, en Belgique ou à l'étranger, par une offre publique en souscription/vente/d'échange ou une admission aux négociations sur un marché réglementé, d'obligations ou de titres représentatifs ou non du capital, conférant le droit de vote ou non... ».

Les sociétés cotées sont les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, belge ou étranger (article 4 du Code).

Section V. – Les grandes, petites ou moyennes entreprises → taille de l'entreprise

Les petites sociétés sont les sociétés dotées de la personnalité juridique qui, pour le dernier exercice clôturé, ne dépassent pas plus d'une des limites prévues par le code : nombre de travailleurs occupés en moyenne annuelle (50), chiffre annuel hors TVA et total de bilan. Toutefois, si le nombre de travailleurs occupés en moyenne annuelle est supérieur à 100, la société n'est en tout état de cause pas susceptible de constituer une petite société. Il en est de même si elle est cotée en bourse (article 15).

Section VI. – Les groupes de sociétés

Pas de définition/réglementation légales

La groupe de sociétés est un ensemble constitué par plusieurs sociétés qui, bien qu'étant juridiquement autonomes, sont unies par des liens juridiques et économiques divers en vertu desquels l'une des sociétés est en mesure d'exercer un contrôle direct ou indirect sur les autres afin d'imposer une unité de décision.

Il y a souvent une société mère qui exerce un contrôle sur les filiales filles qui sont les sociétés liées.

Autonomie juridique mais dépendance économique.

Chapitre 3. – Le contrat de société

La nature du contrat

Le contrat de société peut être analysé comme un contrat « pluripartite » par lequel les parties poursuivent ensemble la réalisation d'un but. Les intérêts des parties ne sont pas antagonistes. Il s'agit d'un contrat consensuel puisqu'il se forme par la seule volonté des parties, sans que sa validité soit subordonnée à l'accomplissement de formalités particulières. Il est également synallagmatique, à titre onéreux, commutatif (équilibre des prestations entre apports et bénéficiaires) et, à des degrés divers, intuitu personae. Il peut être assorti d'un terme ou d'une condition tant pour son entrée en vigueur que pour sa dissolution. La société peut être constituée par un acte juridique émanant de la volonté d'une seule personne (société unipersonnelle) et ne pas avoir pour but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect (société à finalité sociale).

L'aspect contractuel reste prépondérant dans les sociétés dépourvues de la personnalité morale et est encore significatif dans les sociétés de personnes.

Dans les sociétés de capitaux, où la dimension institutionnelle a toujours été plus marquée, l'on a assisté, ces dernières années, à une résurgence des pratiques contractuelles auxquelles la loi a apporté, tout en les légitimant, des limites temporelles et fonctionnelles. Les actionnaires aménagent leurs relations par des conventions d'actionnaires (tous ne s'unissent pas) ex : clause de cotation.

Section I. – La forme

L'importance de l'écrit

Pour les sociétés dépourvues de personnalité juridique, le code n'impose pas d'écrit. Mais en pratique, il sera opportun d'en rédiger un pour prouver l'existence du contrat (article 49 du code). En revanche, l'acte constitutif d'une société dotée de la personnalité juridique doit être écrit. L'acte peut être authentique ou sous seing privé (article 66 du code et article 1325 du code civil). Ces exigences sont sanctionnées par la nullité.

Section II. – Les conditions générales

La capacité

Pour s'engager dans les liens d'un contrat de société, il faut avoir la capacité de contracter (article 1108 du code civil). Le mineur agira par son représentant légal, éventuellement après autorisation du conseil de famille et, notamment pour l'apport d'un immeuble, homologation du tribunal. L'apport d'un mineur à une société est une aliénation qui suppose l'application des mesures de protection inscrite aux articles 378 et 410 du code civil. Souscrire des parts, c'est différent d'être commerçant. L'article 6 du code de commerce ne s'applique pas en l'espèce.

L'absence de vices de consentement

Comme tout contrat, le contrat de société suppose que le consentement des parties soit libre, conscient, exempt d'erreur, de dol, de violence et de lésion. Le vice de consentement permet de demander l'annulation de la société. Dans une société de personnes, l'annulation de l'engagement d'un cofondateur entraîne normalement la nullité de la société, sauf si sa présence ne revêt pas une importance essentielle pour les autres associés.

L'objet et la cause

L'objet de la société recouvre l'activité économique qu'elle entreprend. L'objet de l'obligation des fondateurs réside dans les biens ou services qu'ils se sont engagés à mettre en commun (article 1108 et 1129 du code civil) tandis que la cause de cette obligation s'identifie aux droits sociaux qui leur sont attribués.

Tant l'objet de l'obligation des fondateurs que l'objet de la société doit être possible, licite, déterminé ou déterminable, et porter sur des choses qui se trouvent dans le commerce. Ainsi l'activité exercée par la société ou son objet statutaire, selon les cas, ne peuvent être illicites ou contraires à l'ordre public, ce qui entraînerait sa nullité.

Section III. – Les éléments caractéristiques ou conditions spécifiques

§ 1. La pluralité de fondateurs

Comme d'autres contrats, le contrat de société est en principe le contrat pluripartite ou un acte collectif (article 1^{er} du code). Ce qui le distingue essentiellement des autres contrats est que les parties n'ont a priori pas des intérêts antagonistes ; elles poursuivent un intérêt commun. La création d'une société requiert deux fondateurs, trois pour la société coopérative. Dans les sociétés de capitaux, le nombre d'associés est appelé à se multiplier. Si elle manque de fondateurs, la société est soit dissoute soit elle devient une SPRLU soit l'actionnaire unique répond de son patrimoine propre.

§ 2. La participation aux bénéfices et la contribution aux pertes

Les risques et les aléas

La société commerciale comporte des risques et des aléas auxquels ses fondateurs acceptent de s'exposer : ses succès engendrent des bénéfices qu'ils se partageront, alors que ses déboires provoquent des pertes dont ils se répartiront la charge. La société à finalité sociale constitue une exception au principe du partage des bénéfices.

La participation aux bénéfices

La société est constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect. L'article 1^{er} du code confirme que le but de lucre vise soit à un accroissement de patrimoine soit à la réalisation d'économies qui constituent un bénéfice patrimonial indirect. Ex direct : argent en dividendes. Ex indirect : CIACO (être coopérateur permet de payer moins cher).

La proportion de la participation de chaque associé dans les bénéfices est déterminée librement et n'est dès lors pas nécessairement fonction de l'importance de leurs apports. Cette proportion ne doit pas être identique en ce qui concerne les bénéfices et les pertes. Ex : en cas de perte, X perdra 10% en cas de bénéfices, il en recevra 20%).

La contribution aux pertes sociales

La contribution aux pertes sociales est une condition pour qu'il y ait une société. Une perte se concrétise à propos d'une opération déterminée, à l'issue d'une période, ou encore au moment du partage de la société. L'article 1^{er} envisage uniquement la constitution de la société en vue de procurer aux associés un bénéfice et n'évoque pas la répartition des pertes.

La clause qui exonérerait un associé des pertes serait certes nulle mais la convention n'en perdrait pas pour autant la qualification de société.

En tout état de cause, dans les SA, les SPRL, les SCA et les SC, la clause qui donne à l'un des associés la totalité des bénéfices ou qui l'affranchit de toute contribution aux pertes est réputée non écrite.

Les opérations de portage

Suivant l'article 32 du code, la convention qui donne à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle, et il en est de même de la stipulation qui affranchit de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés (clause dite léonine). Cet article, qui s'applique aussi aux accords pris entre associés en marge du contrat de société n'interdit pas un traitement inégalitaire des associés quant à la répartition des bénéfices ou des pertes.

Opérations de portage = ce sont les opérations par lesquelles une personne, le porteur, s'engage à la demande d'une autre personne, à acquérir ou souscrire des actions, à en détenir temporairement la propriété et à les transférer à l'échéance au donneur d'ordre ou à un tiers pour un prix prédéterminé et indépendant des résultats de la société éventuellement augmenté d'un intérêt ou d'une commission.

Arrêt du 5 novembre 1998 de la Cour de cassation « seule est prohibée la clause qui a pour objet de porter atteinte au pacte social, visée à l'article 1855 al. 2 du code civil, ou qui, ayant apparemment un autre objet, tend en réalité aux mêmes fins et qu'il appartient au juge de fond de vérifier ce qu'il en est effectivement dans la réalité concrète de chaque cas d'espèce.

En définitive, la jurisprudence belge ne condamne que les conventions conclues entre souscripteurs, à l'occasion de la constitution de la société ou d'une augmentation de son capital, lorsqu'elles ont pour effet de garantir à l'un d'entre eux qu'il récupérera sa mise quels que soient les résultats des activités sociales.

§ 3. Les apports

L'apport et le capital social

L'apport fait partie de l'actif social tandis que le capital, inscrit au passif, est égal à la valeur initiale des apports. Le capital ne correspond à aucun bien déterminé ; il est le chiffre abstrait au dessous duquel les associés d'interdisent de ramener la valeur de l'avoir net, par des restitutions d'apports ou par des distributions de profits.

La définition de l'apport

Qu'elle soit d'origine contractuelle ou individuelle, la société implique des apports : celui qui n'en effectue aucun n'acquiert pas la qualité d'associé. Apport = opération par laquelle une personne met à la disposition soit de la société, si la société 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 doit s'engager à faire un apport et est débiteur de l'apport qu'il a promis (article 22). La souscription d'un apport constitue la promesse d'apporter un bien, tandis que la libération de cet apport est l'exécution de cette promesse, qui entraîne la dépossession effective de l'associé au profit de la société.

Les conditions de l'apport

Les apports ne doivent nécessairement être de valeur égale, avoir le même objet ni être réalisés dans les mêmes conditions. L'apport doit par ailleurs porter sur un objet réel et licite et revêtir une valeur objective. Ex : ne sont pas revêtus d'une valeur objective, un brevet tombé dans le domaine public, un bien grevé d'une charge exorbitante, ou encore une créance à l'encontre d'une personne notoirement insolvable. Apport en espèce = argent. Apport en nature = biens. Apport en industrie = apport d'une prestation manuelle ou intellectuelle.

En l'absence de dispositions contraignantes prévues pour les S par actions, les SPEL et les SCRL, les associés sont libres d'attribuer aux apports une valeur qui les lie définitivement. L'apport doit être irrévocable et inconditionnel en raison du principe de la protection du capital social.

Les types (espèces, en nature, en industrie)

L'apport en espèce est réalisé au moyen d'un instrument de paiement ayant cours légal en Belgique, c'est-à-dire en euros ou dans une unité monétaire d'un Etat membre de l'Organisation pour la coopération et le développement économique.

Les apports en nature, réalisés au moyen de tout bien autre que du numéraire, soulèvent pour les sociétés à responsabilité limitée, les problèmes liés à leur définition et à leur évaluation.

En cas d'apport d'un fonds de commerce, en dehors de l'hypothèse des apports d'universalité et de branches d'activités régis par le Code, seules les créances sont transmissibles moyennant les formalités de l'article 1690 du code civil.

L'apport en industrie recouvre l'accomplissement de prestations intellectuelles ou manuelles.

Les modalités de réalisation (apport en propriété, apport en jouissance, apport en usufruit et apport en nue-propriété)

Les apports sont réalisés en propriété, en jouissance, en usufruit et en nue-propriété. L'apport en propriété est l'opération par laquelle une personne transfère la propriété d'un bien à la société ou à la communauté des associés.

L'apport en jouissance porte sur un bien dont l'apporteur conserve la propriété et qu'il met à la disposition de la société ou des autres associés pour un temps limité (article 28).

Par l'apport en usufruit, l'apporteur transfère à la société la jouissance du bien tout en conservant la nue-propriété, ici il s'agit d'un droit réel. Par un apport en nue-propriété, l'apporteur soumet le bien aux aléas de la société, tout en conservant la jouissance. L'apporteur perçoit un intérêt ou une rémunération dans le cas où il viendrait ultérieurement à mettre le bien à la disposition de la société.

§ 4. L'affectio societatis

Il s'agit de la volonté de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un but commun, en acceptant le partage des aléas qu'elle comporte.

A elle seule, la notion ne permet pas de distinguer la société d'autres contrats. Néanmoins, selon la doctrine attachée au concept, il faut, pour qu'il y ait société, non seulement la réalisation d'apports en vue de produire des bénéfices, mais également le désir, dans le chef des fondateurs, de conclure un contrat de société et non une autre convention.

Arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 18 février 1991 décèle l'existence de *l'affectio societatis* un moyen de distinguer le contrat de société d'un contrat impliquant un lien de subordination.

L'article 45 du code s'applique en cas de mésintelligence grave entre les associés, même si le désaccord porte sur le moyen de réaliser l'intérêt commun et non sur le fait qu'un associé voudrait faire prévaloir ses intérêts personnels.

Si l'affectio societatis demeure une condition de l'existence d'une société et si son absence pour résulter du mobile particulier de l'apporteur, on peut sanctionner, sur cette base, le comportement de celui qui a réalisé un apport en vue de porter préjudice à des tiers ou d'échapper à une règle d'ordre public ou impérative. Il ne peut, en vertu du principe général de droit *fraus omnia corrumpit*, se prévaloir des effets qu'il espérait retirer de son apport.

§ 5. Une organisation économique ayant un intérêt propre

L'intérêt social – deux conceptions

Au-delà du contrat qui leur donne naissance, la société est une organisation qui peut se définir comme un ensemble de personnes liées par les décisions de certaines d'entre elles. La loi détermine les règles de gestion des sociétés de façon à ce que leur organisation soit collective et s'inscrive dans la durée.

L'article 19 du code dispose que la société doit être contractée pour l'intérêt commun des parties. En d'autres termes, alors que les tenants d'une conception étroite et strictement patrimoniale estiment que l'intérêt social se résume à l'intérêt financier de l'ensemble des actionnaires en proportions de leurs participations respectives, les défenseurs d'une conception plus large de l'intérêt social considèrent que ce concept cristallise à la fois l'intérêt commun des associés et l'intérêt de tous les partenaires dont le sort est lié à la continuité de l'entreprise.

L'intérêt social coïncide le plus souvent avec l'intérêt de la société en tant que telle, dans la mesure où celui-ci implique sa continuité, son expansion et sa prospérité. Analysé sous cet angle, l'intérêt social est avant tout l'intérêt propre, autonome, transcendant de la société considérée, dans le long terme, comme une organisation autonome en mouvement et une institution collective émancipée de ses fondateurs.

Les droits fondamentaux des associés

Même si la société a un intérêt propre et autonome, les associés ont des droits qui ne peuvent leur être enlevés.

- Le droit de continuer à faire partie de la société a longtemps été considéré comme un droit acquis absolu pour les associés de la plupart des sociétés, mais il s'estompe aujourd'hui quelque peu au profit de l'intérêt social et de la préservation de la structure sociétaire.
- Le droit de contrôle sur la gestion s'exerce par le biais du vote de l'assemblée générale et des questions qui peuvent y être posées (articles 168 et 169 du code).
- Le droit à la distribution d'une partie des bénéfices est garanti. La périodicité des distributions n'est pas déterminée mais elles ne pourraient être systématiquement exclues.
- Le droit à une égalité de traitement, formelle ou matérielle, est également consacré, avec des nuances plus ou moins fortes selon les cas.

Section IV. – La nullité

Les SA, les SPRL et les SCA

Pour ces sociétés, les causes de nullité ont été restreintes par la loi du 16 mars 1973 en exécution de la première directive. La nullité ne peut être prononcée que dans les cas suivants (articles 227 et 454) :

- Si la constitution n'a pas lieu dans la forme requise
- Si l'acte de constitution ne contient aucune indication au sujet de la dénomination de la société, de l'objet social, des apports ou du capital souscrit
- Si pour une SPRL il n'a aucun fondateur valablement engagé et si pour une SA le nombre d'actionnaires valablement engagés, fondateurs ou non au sens de l'article 450 al.2 ayant comparu à l'acte est inférieur à deux

- Si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public.

Les sociétés coopératives

Loi du 20 juillet 1991. Les causes de nullité d'une société coopérative à responsabilité limitée diffèrent quelque peu de celles applicables aux SPRL et aux SA

L'article 403 du code dispose que la nullité peut être prononcée :

- Si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public.
- Etc. voir article.

Les sociétés sans personnalité, SNC et SCS

Le droit commun s'applique. Le vice de consentement ou l'incapacité d'un associé entraîne la nullité relative de cette société. L'illicéité de l'activité de la société ou sa contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs est également de nature à entraîner l'annulation de la société.

La nécessité d'une décision judiciaire ou arbitrale

La nullité doit être prononcée par une décision judiciaire ou une sentence arbitrale. Cette règle s'applique tant aux sociétés dotées de la personnalité juridique qu'à celles qui en sont dépourvues. La nullité d'une modification aux actes de société qui n'aurait pas été accomplie dans la forme requise pour l'acte constitutif doit également être prononcée par le juge (article 177 qui renvoie à l'article 66 al. 3 du code). Par ailleurs la nullité n'est opposable aux tiers qu'à partir de la publication de la décision qui y a donné lieu (article 172). Un tiers qui s'estimerait lésé par la décision d'annulation dispose alors d'un délai de six mois à partir de la publication de la décision aux fins d'introduire une action en tierce opposition sur la base de l'article 1128 al. 3 du code judiciaire. Les irrégularités affectant l'acte de société ou les autres causes de nullité peuvent être régularisées jusqu'au moment où le juge statue. L'article 176 permet même au juge d'accorder un délai à cette fin.

Quant aux sociétés non dotées de la personnalité juridique, l'annulation opère ex tunc et le contrat est ainsi réputé n'avoir jamais existé, ni entre les parties ni à l'égard des tiers. L'action en annulation d'une SA ; d'une SCA, SPRL, d'une SCRL pour vice de forme se prescrit par cinq ans à dater de la publication de l'acte lorsque le contrat a été exécuté pendant 5 ans au moins (article 198 §1^{er} 5°). Le droit commun reste, quant à lui, applicable dans les autres hypothèses.

Chapitre 4. – La personnalité morale

X. – Personne morale et personnes physiques

La qualité de sujet de droit peut être attribuée à une entité créée par l'homme en vue de la réalisation d'intérêts différents de ceux des personnes physiques qui l'animent dans les conditions déterminées par la loi. Dotées de la personnalité juridique, les sociétés ont en principe les mêmes capacités que les personnes physiques pour tous les actes juridiques que n'exclut pas leur nature d'être moral. Les sociétés jouissent des droits inhérents à la personnalité morale et en possèdent tous les attributs. Ainsi voyez l'article 62 §2 du code/.

Les sociétés peuvent également être titulaires d'un droit d'auteur légalement protégé. Elles ont aussi le droit de consulter les documents administratifs les concernant conformément à l'article 32 de la Constitution et à l'article 4 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

Section I. L'acquisition

De la théorie des cadres légaux obligatoires à la démarche volontariste

La loi du 13 avril 1995 a profondément modifié le processus d'attribution de la personnalité morale en la subordonnant à une formalité volontaire accomplie par les fondateurs.

En vertu de l'article 2 § 4 du code, une société acquiert en principe la personnalité juridique par le dépôt, au greffe du tribunal de commerce du ressort dans lequel elle a son siège social, d'un extrait de son acte constitutif et, dans la plupart des cas, d'une expédition de l'acte authentique de constitution ou d'un double de l'acte constitutif sous seing privé.

La société en formation

Afin de permettre aux promoteurs d'une société de poser des actes préparatoires, l'article 60 du code prévoit que ceux qui ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, au nom d'une société en formation, c'est-à-dire avant qu'elle n'acquière la personnalité juridique, en sont personnellement et solidairement responsables sauf si la société acquiert la personnalité juridique dans les deux ans de la naissance de l'engagement et reprend cet engagement dans les deux mois suivant cette acquisition. Si ces deux conditions sont réunies, l'engagement est réputé avoir été contracté par la société dès l'origine.

Le texte de l'article 60 du code doit être interprété de manière large. Il s'applique à l'engagement résultant d'un contrat que d'un acte unilatéral. Une fois l'acte ratifié, seule la société est liée. Si elle devient insolvable, son cocontractant ne peut se retourner contre l'associé qui a conclu originairement l'engagement au nom de la société en formation.

Lorsqu'un promoteur agit au nom d'une société en formation, il doit expressément le mentionner dans l'acte. S'il déclare simplement agir au nom de la société, alors que celle-ci n'existe pas encore, l'acte sera déclaré nul, puisqu'à défaut de personnalité morale, la société n'a pas le pouvoir de s'engager. Même si la société ratifie l'acte ultérieurement, cette ratification n'aura aucun effet juridique sinon celui d'une amorce de novation. L'article 60 du code n'étant pas d'ordre public, la responsabilité du promoteur peut être aggravée, atténuée ou écartée par une convention claire et expresse.

Section II – Les attributs

Les conséquences de l'acquisition de la personnalité morale

Revêtue de la personnalité morale, la société possède des droits et des obligations distincts de ceux des associés. Elle agit par ses organes, qui l'incarnent et la représentent sans qu'un mandat ne soit nécessaire. Elle possède un patrimoine, un nom, un siège et une nationalité. Elle encourt une responsabilité pénale propre et elle est engagée directement par les actes de ses organes : elle en répond quant aux fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions.

§ 1. La spécialité légale et spécialité statutaire

La spécialité légale

Les personnes morales ne peuvent accomplir que les actes correspondant aux finalités en vue desquelles le législateur les a instituées. Ce faisant, en apportant des limites aux droits et aux activités potentielles des personnes morales, le principe de la spécialité légale restreint leur capacité.

La spécialité statutaire

La société ne peut en principe accomplir que les actes juridiques entrant dans le cadre de son objet social, qui est l'activité décrite dans ses statuts.

En réalité, la spécialité statutaire constitue davantage une limite au pouvoir de représentation des organes de la société, qui n'agissent en cette qualité et ne s'identifient à la société que s'ils restent dans les limites de leurs fonctions définies par la clause statutaire relative à l'objet social.

En effet, dans les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les SPRL et les SCRL, un dépassement d'objet social n'a d'effet que dans l'ordre interne de la société, puisqu'il est inopposable aux tiers de bonne foi, c'est-à-dire à ceux qui n'avaient pas connaissance du dépassement, sans que la seule publication des statuts soit déterminante à cet égard (articles 258, 407 et 526 du code). Le dépassement de l'objet social apparaît comme un élément d'appréciation de la responsabilité des organes.

§ 2. Le patrimoine social

Le principe de la division patrimoniale : créanciers sociaux et créanciers personnels

Pourvue de la personnalité juridique, la société dispose d'un patrimoine propre qui se compose des biens mis à sa disposition lors de sa constitution ainsi que des biens et droits acquis et des dettes et obligations contractées dans le cadre de ses activités. Les créanciers des sociétés à responsabilité limitée ne peuvent exercer leurs droits que sur le patrimoine de la société. En revanche, dans les sociétés à responsabilité illimitée, les créanciers peuvent également agir contre les associés qui sont alors tenus sur leur patrimoine propre si les actifs de la société sont insuffisants.

Les créanciers personnels des associés ne peuvent pas exercer leurs droits sur le patrimoine de la société, même dans une société en nom collectif. Ils pourront saisir les parts ou actions, propriété de l'associé qui leur est débiteur, mais pas les biens sociaux.

L'unicité du patrimoine

La société n'a qu'un seul patrimoine, elle ne peut avoir un patrimoine privé et un patrimoine professionnel.

§ 3. La représentation par des organes

Les différents organes : délibération, gestion, représentation, contrôle et liquidation.

Les sociétés agissent par leurs organes (article 61 du code).

Les tiers doivent pouvoir déduire la qualité d'organe de la loi et des statuts, moyennant la publicité requise. On peut distinguer les organes de délibération, de gestion, de représentation, de contrôle et de liquidation.

Organe de délibération = assemblée générale qui rassemble les associés. Les décisions qu'elle prend sont celles de la société même. Elle agit dans l'ordre interne de la société, même si ses décisions peuvent avoir un effet externe comme la nomination d'administrateurs.

Organe de gestion = prend la décision englobant les actes d'administrations et les actes de disposition. Ils sont différents selon la forme de la société.

Organe de représentation = il assure la représentation de la société dans les actes juridiques et en justice. Dans les sociétés par actions et à responsabilité limitée, les statuts peuvent confier les fonctions de représentation à un ou plusieurs administrateurs ou gérants.

Organe de contrôle = ce sont les commissaires qui assurent le contrôle des comptes

Organe de liquidation = ce sont les liquidateurs désignés au moment de la dissolution de la société et chargés de sa liquidation.

L'organe incarne la société

Les sociétés dotées de la personnalité juridique sont engagées directement par les actes accomplis par leurs organes agissant en cette qualité. On conteste plus facilement les pouvoirs d'un mandataire que d'un organe. Les pouvoirs du mandataire sont moins forts tandis que l'organe incarne littéralement la société.

Un acte accompli dans une SA ou une SPRL par un organe de représentation est directement imputable à la société.

Le code des sociétés permet aux sociétés anonymes, aux SCA et aux SPRL de prévoir dans leurs statuts que la représentation de la société est assurée par un ou plusieurs administrateurs ou gérants (article 522 §2 du code) qui acquièrent ainsi la qualité d'organe.

La transparence de l'organe et la responsabilité de la société

En vertu de la théorie de l'organe, l'organe qui agit dans le cadre de ses fonctions s'identifie à la personne morale, qui l'absorbe. On parle de transparence de l'organe. Par conséquent, les actes de l'organe, ses faits et ses fautes sont ceux de la personne morale et quelle que soit leur gravité, engagent directement la responsabilité de celle-ci.

La responsabilité extracontractuelle de la société peut être engagée sur le fondement d'une faute de ses organes sur la base de l'article 1382 du code civil et non sur la base de l'article 1384 : l'organe n'est pas un préposé de la société mais s'identifie à celle-ci. Enfin la société

peut mettre en cause la responsabilité de son organe en cas de faute commise par ce dernier : l'identification de la société à son organe n'existe donc qu'à l'égard des tiers à défaut de quoi l'organe n'encourrait pas aucune responsabilité envers la société.

La responsabilité des administrateurs (pas vu)

La responsabilité pénale des personnes morales

Article 5 du code pénal. Cette ne subordonne ni l'existence de l'infraction ni la condamnation de la personne morale à l'imputation préalable ou simultanée de celle-ci à une personne physique agissant en son sein. D'autre part si des fautes d'égale gravité sont imputables à la personne morale et à la personne physique identifiée, cette dernière ne peut être condamnée avec la personne morale que si elle a commis la faute sciemment et volontairement.

§ 4. La dénomination sociale

La dénomination sociale se distinguait auparavant de la raison sociale. La raison sociale ne pouvait comprendre que les noms des associés engageant leur responsabilité personnelle tandis que la dénomination sociale ne pouvait en aucun cas contenir ses noms. Traditionnellement, on parlait donc de dénomination sociale pour les sociétés de capitaux et de raison sociale pour les sociétés de personnes. Cette distinction a été abandonnée par le législateur (article 65). La seule restriction subsistant concerne la société en commandite simple : le nom d'un associé commanditaire ne peut apparaître dans la dénomination sociale, sous peine pour lui d'être solidairement tenu à l'égard des tiers (article 207 §2 du code). Dans tous les documents émanant d'une société, la dénomination sociale doit être précédée ou suivie de la forme de la société en toutes lettres ou en abrégé.

Conformément à l'article 65 du code, la société est désignée par une dénomination sociale qui est indiquée dans ses statuts et qui doit être différente de celle de toute autre société. Si la dénomination sociale d'une société est identique à celle d'une autre, ou si la ressemblance peut induire en erreur, tout intéressé peut la faire modifier et réclamer des DI aux fondateurs ou, si la modification de la dénomination intervient postérieurement, aux administrateurs ou gérants.

L'application de l'article 65 suppose un simple risque de confusion in abstracto, résultant de la ressemblance entre les dénominations sans qu'il faille vérifier si les sociétés concernées sont des concurrentes, si elles exploitent des entreprises actives sur un même marché ou si elles ont une implantation ou un rayon géographique identique ou comparable.

Dans le cadre de l'action intentée par une société pour faire cesser l'usage par une autre société d'un nom identique ou similaire au sien portant atteinte à ses intérêts professionnels, le risque de confusion doit s'apprécier in concreto. Dans cette hypothèse, des éléments tels que l'objet social, la nature de la clientèle et l'aire d'exploitation de l'activité commerciale doivent donc être pris en considération.

§ 5. Le siège social et la « nationalité »

Le siège social permet de localiser la société dans l'espace. Plus précisément, il permet de déterminer le lieu où un certain nombre de formalités doivent être accomplies (dépôt de l'acte

constitutif), où certains événements de la vie sociale doivent se dérouler (assemblées générales et conseils d'administration) et où les actes de procédure doivent être accomplis. Il permet en outre de déterminer la compétence territoriale des tribunaux (concordat ou faillite de la société).

Article 4 du Codip : le « domicile » est le lieu où une personne morale a en Belgique son siège statutaire tandis que la « résidence habituelle » est lieu où une elle a son « établissement principal » = centre de direction, centre des affaires ou des activités ou siège statutaire.

Article 109 du Codip : *« les juridictions belges ne sont compétentes pour connaître de toute demande concernant la validité, le fonctionnement, la dissolution ou la liquidation d'une personne morale que si l'établissement principal ou le siège statutaire de cette personne est situé en Belgique lors de l'introduction de la demande ».*

Article 110 du Codip, « la personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution ».

Le déplacement du siège social n'est en principe opposable aux tiers que s'il a fait l'objet d'une publicité prescrite par le code des sociétés.

La « nationalité » (« *lex societatis* »)

La nationalité d'une personne morale constitue en réalité son critère de rattachement à une *lex societatis*, c'est-à-dire la loi nationale qui régit sa constitution, son fonctionnement et sa dissolution.

En d'autres termes, cette nationalité constitue le lien qui rattache l'être moral à l'Etat dont la loi régit son statut. Cet Etat ne coïncide pas nécessairement avec l'Etat dont la société relève d'un point de vue politique et qui détermine l'application de règles d'un autre ordre, régissant, par exemple, la protection des nationaux ou la reconnaissance d'avantages économiques.

Deux critères de rattachement peuvent de nos jours être pris en considération pour déterminer la *lex societatis* : le lieu de la création ou de la constitution de la société (théorie de l'incorporation) qui prévaut dans les pays anglo-saxons, et le lieu de la direction effective de la société ou de ses principaux investissements (théorie du siège social réel) qui l'emporte dans les pays de droit civil.

Article 110 du CODIP : selon cet article, c'est la théorie du siège réel ou plus exactement désormais de l'établissement principal qui est d'application en Belgique.

Article 111, § 1^{er} du CODIP : le droit applicable à une société dotée de la personnalité morale, à savoir – en droit belge – la loi du siège réel, détermine, notamment, plusieurs éléments.

Ex : son existence – sa nature juridique et sa capacité – son nom ou sa raison sociale – sa constitution – sa dissolution et sa liquidation etc.

Dans sa jurisprudence récente, la Cour de justice des communautés européennes se montre favorable à la mobilité des sociétés et à leur liberté d'établissement.

Chapitre 5. – La dissolution de la société

La dissolution et la liquidation

La dissolution de la société n'entraîne pas la disparition instantanée de la personnalité morale. Après sa disparition, la société est réputée exister pendant la période de liquidation pour mener à bien les opérations de liquidation, pour mener à bien les opérations de réalisation et d'apurement du passif. L'existence de la société ne prend fin qu'au moment de la clôture de la liquidation.

Liquider une société consiste à l'accompagner vers sa disparition pure et simple. Il faut en effet terminer, dans le cadre d'une procédure transparente, les opérations en cours, rassembler et vendre les actifs et parfois dispersés, régler le passif, pour arriver si tout va bien, au remboursement des apports, augmentés le cas échéant du boni de liquidation (articles 183 et s. du code).

Section I. – Les causes de dissolution communes à toutes les sociétés

La dissolution de plein droit

Article 39 du code = fin de la société

La société est dissoute par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. Les associés peuvent toutefois la proroger avant l'expiration du terme. Les SA, les SC et SP RL sont présumées constituées pour une durée illimitée (articles 43, 386, 645 et 69 3° du code).

Motifs de dissolution également = l'extinction de la chose – la consommation de la négociation – lorsque son activité est devenue impossible.

Remarque : c'est précisément son objet social qui doit être impossible à réaliser. Selon un arrêt de la Cour d'appel de Liège, le retrait de l'autorisation nécessaire à l'exercice de l'activité bancaire bien que rendant cette activité pratiquement et économiquement impossible n'entraîne pas la dissolution d'une société dont l'objet social n'est pas statutairement l'activité bancaire.

Enfin, une société qui perd tous ses biens sans qu'ils soient remplacés par une indemnité d'assurance, peut aussi être considérée comme dissoute, si elle a perdu toute possibilité d'obtenir ultérieurement un élément d'actif.

La dissolution par la volonté des associés

L'assemblée générale peut décider dans les conditions requises pour la modification des statuts, de dissoudre la société. L'article 181 du code prévoit à peine de nullité que la proposition de dissolution doit être soutenue par un rapport justificatif rédigé par l'organe de gestion et annoncé dans l'ordre du jour de l'assemblée générale.

La fusion et la scission et les opérations assimilées visées à l'article 676 du code constituent des cas particuliers de dissolution par la volonté des associés soumis à des règles et procédures spécifiques.

La dissolution judiciaire pour justes motifs

L'article 45 du code s'applique à toutes les sociétés à durée déterminée et indéterminée. L'action doit être dirigée contre la société.

Certains motifs de dissolution :

- La société peut être dissoute si l'inexécution par un associé de ses engagements compromet le bon fonctionnement de la société.
- Des difficultés graves d'exploitation peuvent justifier la dissolution de la société
- Si la mésintelligence entre les associés est persistante et d'une gravité telle qu'elle compromet la situation de la société ; la dissolution peut être prononcée à la demande de l'un ou l'autre associés, à l'exclusion des créanciers.

La dissolution judiciaire ne doit pas être prononcée quand il existe d'autres moyens permettant à la société de reprendre une vie normale. Le tribunal peut parfois désigner un administrateur provisoire pour tenter de trouver une solution.

La dissolution judiciaire des sociétés inactives

Si une société est en défaut de déposer ses comptes annuels pour trois exercices consécutifs, le tribunal peut prononcer la dissolution à la demande de tout intéressé ou à la demande du MP.

Section II. – Les causes de dissolution propres à certaines sociétés de personnes

La réunion de toutes les parts entre les mains d'un associé

Si un associé acquiert toutes les parts d'une société de personnes, celle-ci est dissoute de plein droit. La règle ne s'applique ni aux SA ou SCA, pour lesquelles une sanction spécifique (responsabilité solidaire) est prévue (article 646 §1^{er} du code) ni aux SPRL qui peuvent être unipersonnelles.

La renonciation notifiée par un associé

La renonciation (article 39 5° du code) n'est possible que si la société est à durée illimitée (article 43 du code). Elle doit être faite de bonne foi et non à contretemps.

Les causes personnelles à un associé

La société en nom collectif et la société en commandite simple finissent par la mort, l'interdiction ou la déconfiture d'un associé.

Section III. – Les causes de dissolution propres aux SA et aux SPRL - SCRL

Les pertes graves subies par ces sociétés

Si l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social ou de la part fixe du capital dans le cas d'une société coopérative, la dissolution peut être décidée par les trois quarts des voix émises à l'assemblée générale (articles 332 al. 1^{er} et 633 al. 1^{er} du code). Si l'actif net est devenu inférieur au quart du capital social, la dissolution peut être décidée par le quart des voix exprimées à l'assemblée générale (article 332 al. 3, 431 al. 3 et 633 al. 4 du code)

La diminution de l'actif net sous le capital minimum à libérer

La dissolution peut être demandée par tout intéressé au tribunal de commerce du siège social (articles 333, 432 et 634). Le tribunal peut accorder un délai pour régulariser la situation. Cela ne requiert pas l'usage de critères économiques.

L'incessibilité des parts dans une SPRL

L'article 251 al. 4 du code prévoit la possibilité de dissolution d'une SPRL lorsqu'un associé désireux de créer ses parts est confronté au refus arbitraire d'agrément du candidat cessionnaire et n'obtient pas des associés opposants le rachat de ses parts dans le délai requis. Peut également être dissoute une SPRL dans laquelle les héritiers d'un associé décédé ne sont pas admis par les autres associés et n'obtiennent pas le rachat de leurs parts (article 252 al. 4 du code).

Titre 2. – Les sociétés sans personnalité juridique

2 inconvénients :

- En aucun cas les associés ne pourront bénéficier d'une limitation de leur responsabilité (sauf une exception)
- Quid des questions de propriété de la société ? (les biens mis en commun sont-ils vraiment hors de la propriété de la société ?)

1 avantage :

- Simplicité et souplesse avec grande part d'autonomie de la volonté (ce qui suppose un contrat complet car pas de supplétivité du code).

Chapitre 1. – Les définitions

Section I. – La société de droit commun

La liberté retrouvée

La possibilité de créer une société de droit commun est une conséquence de l'abolition de la théorie des cadres légaux obligatoires (les sociétés sans PJ n'existaient pas) par la loi du 13 avril 1995 qui a modifié les conditions d'acquisition de la personnalité morale.

Objet civil ou commercial

La société de droit commun peut avoir un objet civil ou commercial (article 46 du code).

Lorsque son objet est commercial, elle est soumise aux dispositions du droit commercial en ce compris la loi sur la faillite. L'article 52 du code prévoit en effet que les associés d'une société de droit commun sont tenus envers les tiers soit par des parts viriles, lorsque l'objet de la société est civil, soit solidairement lorsque cet objet est commercial. Il ne peut être dérogé à cette responsabilité que par une stipulation expresse de l'acte conclu avec les tiers.

Section II. – La société momentanée

L'utilité et la nature commerciale de la société momentanée

La société momentanée a pour objet de traiter sans dénomination sociale, une ou plusieurs opérations commerciales déterminées (article 47 du code). Ce n'est pas la durée de l'association qui constitue un caractère essentiel mais le fait qu'elle se limite à un nombre restreint d'opérations. La société momentanée qui exerçait une activité suivie devait dès lors être requalifiée en société de droit commun. De nombreuses sociétés momentanées sont constituées dans le domaine de la construction dans le domaine des marchés publics (différents entrepreneurs se mettent ensemble pour tel marché public et pour former une entité sociale). Même dépourvue de la personnalité juridique, la société momentanée peut être enregistrée comme entrepreneur et immatriculée à la taxe sur la valeur ajoutée. Cette société est en effet soumise à une condition de fond : elle doit avoir pour objet de traiter une ou plusieurs opérations commerciales déterminées. Il semble exclu, sur la base de l'article 47, qu'une société momentanée puisse avoir un objet civil.

Section III. – La société interne ou « silencieuse »

Il s'agit d'une société par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom (article 48 du code). La société dite interne peut avoir un objet qui ne se limite pas à la réalisation d'opérations déterminées.

Dans la société interne, le participant reste en retrait et le gérant opère sans divulguer l'existence et l'identité du ou des participants. Cette société silencieuse n'a aucune vie extérieure puisque les tiers ne connaissent que le gérant qui est amené à agir comme s'il n'y avait pas d'associés.

Le gérant agit en son nom propre et les droits et obligations (séparation des bénéfices et des dettes) qu'il contracte naissent directement dans son chef, même si les effets de ses actes sont ensuite répercutés sur les participants en vertu du contrat de société interne.

L'immixtion des participants dans les relations avec les tiers risque d'entraîner soit la requalification de la société en société de droit commun et partant la responsabilité solidaire de tous les associés à l'égard des tiers, soit la responsabilité personnelle des participants qui ont accompli les actes en cause (les participants sont invisibles et bénéficient d'une responsabilité limitée).

Chapitre 2. – Les caractéristiques communes

Une forme purement contractuelle de société

Section I. – L'absence de capacité

Les sociétés incapables.

Les sociétés sans personnalité juridique ne peuvent être titulaires de droits et d'obligations. Tous les actes juridiques doivent dès lors être accomplis par les associés, le cas échéant représentés par un mandataire ou un gérant.

Les obligations des associés

Les associés sont en principe tenus des dettes contractées dans le cadre de l'activité sociale.

Actes accomplis par une personne (i) ayant le pouvoir de les accomplir en vertu des règles de gestion et de représentation du contrat et (ii) ayant effectivement agi pour compte des autres associés (article 51).

Les associés sont également tenus lorsqu'ils ont concouru à l'engagement dont la dette est issue ou lorsque l'acte a « tourné au profit de la société » (article 50 *in fine*)

Toute action en justice qui concerne une société sans personnalité morale est exercée par les associés agissant conjointement ou en leur nom.

Dans le cadre des sociétés de droit commun et des sociétés momentanées, l'un des associés peut également agir en nom propre et comme mandataire des autres associés. Il doit toutefois mentionner dans la citation qu'il agit en tant que mandataire et indiquer l'identité des associés pour qui il agit. Cette exigence, prévue à peine de nullité, se fonde sur l'article 702 du code judiciaire ainsi que sur l'adage « nul ne plaide par procureur ».

Par ailleurs, seuls les associés peuvent être assignés. En raison de la solidarité entre les associés d'une société ayant un objet commercial, le tiers contractant peut toutefois agir contre un seul des associés, avec lequel le contrat a été conclu.

Section II. – L'absence de patrimoine propre

L'absence de capital social

La société sans personnalité morale ne dispose d'aucun patrimoine propre. Il ne peut être question d'un capital social. 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 – ou certains d'entre eux, dans le cas de la société interne, qui supportent les dettes et détiennent les créances. Enfin l'article 183 du code qui prévoit que les sociétés sont après leur dissolution réputées exister pour leur liquidation est sans pertinence en l'occurrence.

Une indivision préméditée

Les biens affectés par les associés à l'activité collectivement exercée vont constituer une indivision volontaire et organisée, qui n'est pas soumise aux règles de droit commun de l'indivision. Les dispositions du code civil sur la copropriété ordinaire sont en effet destinées à régir une situation inorganisée résultant généralement d'une situation fortuite. Même si la société sans personnalité juridique ne dispose pas d'un patrimoine propre, les associés peuvent convenir d'instituer un compte unique indivisible, un compte courant ou un patrimoine d'affectation commun pour la réalisation de l'objet social. Cette convention est opposable aux tiers. En outre, l'indivision prend fin à l'occasion de la dissolution de la société et non en application de l'article 815 du code civil.

Les droits des créanciers personnels

Les créanciers personnels sont les titulaires de créance étrangère à l'activité sociale ou ceux dont la créance trouve sa source dans l'activité sociale alors que leur cocontractant n'était pas titulaire du droit de représenter les autres associés ou n'a pas agi en cette qualité. Comme il n'y a pas de transfert de droit en faveur d'une personne morale juridiquement distincte, il a parfois été décidé que les parts des associés dans l'indivision pouvaient être saisies et exécutées sans formalités particulières par leurs créanciers personnels. Toutefois, ces derniers ne peuvent se voir reconnaître plus de droits que leur débiteur. Or l'associé est tenu par les termes du contrat de société et ne peut donc distraire de leur finalité, de leur affectation, les biens faisant l'objet de la propriété collective. Cette même restriction doit s'imposer aux créanciers personnels des associés en tant qu'effet externe du contrat. Tout recours ou toute saisie qui méconnaîtrait les termes du contrat de société doit dès lors être rejeté.

En résumé, controverse : soit interception des bénéfices versés à l'associé par la société soit attente de la dissolution de la société.

Les droits des créanciers sociaux

Les créanciers qui ont contracté avec un gérant ou un associé ayant le pouvoir d'engager les autres associés peuvent exercer leurs recours sur l'ensemble des biens faisant partie de la propriété collective.

Section III. – L'absence de dénomination sociale

Société interne = l'absence de dénomination sociale s'impose à la société dite interne qui précisément se distingue par son caractère occulte.

Société momentanée = il est admis qu'elle fasse usage des noms de ses associés en mentionnant expressément qu'il s'agit d'une société momentanée.

Société de droit commun = la société de droit commun peut se choisir une dénomination sociale. Toutefois, si son objet est commercial, celui qui agit sous une dénomination sociale est présumé agir pour le compte de l'ensemble des associés.

En effet, l'article 2 §4 al. 2 du code des sociétés dispose qu'une société à objet commercial dépourvue de la personnalité juridique qui n'est ni une société en formation, ni une société momentanée, ni une société interne, est soumise aux règles concernant la société de droit commun et en cas de dénomination sociale à l'article 204. Ce dernier applicable à la société en nom collectif considère que les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvue que ce soit sous la dénomination sociale.

Section IV. – L'absence de siège social et de nationalité

Absence de siège social

Les sociétés dépourvues de personnalité juridique ne disposent d'aucun siège social. Elles peuvent toutefois faire éllection de domicile pour tout ce qui concerne l'exécution des contrats conclus avec les tiers. Seuls les associés doivent être cités au lieu de leur domicile ou au lieu de l'exécution de l'obligation litigieuse. Le lieu où la société est gérée présente toutefois une importante pratique : il s'agit du lieu de l'exécution de l'obligation au sens de l'article 624 du code judiciaire et du règlement 44/2001.

Absence de nationalité

La société sans personnalité juridique n'a pas de nationalité et est régie par la *lex contractus* (la *lex societatis* n'existe pas ici) qui est déterminée par le choix des parties ou, à défaut, par le lieu de la prestation caractéristique, à savoir le siège de fait de la société.

Chapitre 3. – Les conditions de validité

Section I. – Les conditions de fond

Le droit commun

Les conditions de validité des sociétés dans personnalité juridique sont déterminées par le droit commun des contrats (article 1108 du code civil). A peine de nullité, 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 qualité d'associé dans une société de droit commun ou une société momentanée ainsi que la qualité de gérant d'une société interne confèrent la qualité de commerçant lorsque la société a un objet commercial. Ils devront donc avoir la capacité nécessaire pour assumer la qualité de commerçant. L'implication d'un mineur au sein d'une société interne en tant que simple participant est considérée comme un acte d'administration, sa responsabilité étant limitée à l'apport.

Les conditions propres

La société momentanée est par ailleurs soumise à la condition d'être constituée pour la réalisation d'une ou plusieurs opérations déterminées.

- la pluralité d'associés

Les associés peuvent être des personnes physiques ou morales. Ont la qualité d'associés, les personnes qui ont conclu le contrat de société ou qui ont été admises à l'unanimité. Toutefois, le contrat de société peut prévoir une majorité plus ou moins grande pour l'admission ultérieure d'associés. Un trait distinctif des sociétés sans personnalité juridique est leur caractère intuitu personae. Les associés ce sont en effet choisis en raison de leur compétence, de leurs qualités propres, et ... de leur solvabilité. Si les parts ne sont pas librement cessibles, le contrat de société peut prévoir certaines dispositions autorisant dans une certaine mesure la transmission des parts.

- les apports et leur réalisation

Chaque fondateur doit effectuer un apport à la société ou à tout le moins s'y engager. Les apports doivent être réels (article 19 al. 2 du code) mais une différence de valeur entre eux n'entraîne aucune conséquence quant à la qualité d'associé.

L'apport en nature est fréquent dans le cadre des sociétés momentanées. L'apport en industrie est possible (article 19 al. 2 du code) sauf pour les simples participants à une société interne. Selon l'article 24 du code, les associés qui se sont engagés à apporter leur industrie à la société lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société.

Chaque associé est débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'y apporter. Lorsque cet apport consiste en un corps certain et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur (article 22 du code). L'article 23 prévoit que l'associé qui a négligé d'apporter à la société la somme d'argent promise, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts à compter du jour où cette somme devait être payée (pas de MED). Les engagements des associés étant souscrits individuellement, le gérant qui en poursuit l'exécution ne peut se prévaloir ni de la solidarité (seuls les créanciers sociaux peuvent s'en prévaloir) ni de l'indivisibilité.

Les associés sont en effet libres de déterminer si les biens ou l'argent sont apportés en jouissance ou en pleine propriété.

L'apport doit, en toute hypothèse, être soumis au risque de l'entreprise. Un apport en jouissance pourrait ainsi consister en une mise en location, moyennant un loyer variable selon les bénéfices et les pertes de la société.

Dans la société interne et la société momentanée, la règle est que l'apport ne porte que sur la jouissance du bien, mais la jurisprudence admet une exception pour les apports en espèces. Dans la société de droit commun, l'apport est censé être réalisé en pleine propriété à l'exception des apports d'immeuble.

Différentes hypothèses :

- le participant conserve la propriété de l'apport qu'il met à la disposition des associés (jouissance)
- le participant transfère son apport au gérant qui devient propriétaire du bien et débiteur des autres associés. Lorsque l'apport concerne des fonds, la propriété doit nécessairement être transférée à l'associé-gérant qui les affecte à l'objet social. (pleine propriété)
- Le patrimoine commun au lieu d'être propre à la société prend la forme d'une propriété collective entre les associés (alternative).

La distinction entre apport en pleine propriété et apport en jouissance revêt un intérêt pratique au regard de l'application de la théorie des risques. En cas d'apport, en pleine propriété, la société supporte en effet la perte par cas fortuit du bien apporté dès la réalisation de l'effet translatif de l'apport. En cas d'apport en jouissance, l'associé a droit à la restitution du bien, le cas échéant, lors de la dissolution de la société.

Le contrat de société étant synallagmatique, l'inexécution par l'une des parties de son obligation permet à l'autre de suspendre l'exécution de sa propre obligation ou de poursuivre la résolution judiciaire du contrat en application de l'article 1184 du code civil, ce que ne semble pas exclure l'article 45 du code.

Cependant, l'application de l'article 45 du code, disposition impérative, conduit à la résolution du contrat dans son ensemble alors que l'article 1184 du code civil mène simplement à la résiliation du contrat à l'égard de la partie ayant manqué à son obligation. Dès lors, les parties pourront préférer renoncer, après la survenance des faits, à invoquer l'article 45 et se prévaloir de l'article 1184.

- les bénéfices et les plus-values

La répartition effective des bénéfices n'est soumise à aucune règle impérative sous réserve de l'interdiction des clauses léonines. En l'absence de dispositions contractuelles, l'article 30 prévoit l'application du principe de proportionnalité entre l'apport réalisé par l'associé et la part qu'il percevra dans les bénéfices ou devra supporter dans les pertes. L'apport en industrie est équivalent à la mise de l'associé qui a le moins apporté.

- *l'affectio societatis*

Il s'agit de la volonté de collaborer à un but commun de manière égalitaire ou de participer au fonctionnement de la société dans le respect des modalités statutaires et légales. Cette notion présente un intérêt particulier dans le cadre des sociétés momentanées. En l'absence de cette *conditio*, il ne s'agirait en effet pas d'une société momentanée mais plutôt d'un consortium.

Section II. – Les conditions de forme et la preuve : un contrat consensuel

Le contrat n'est soumis à aucune condition de forme et peut être conclu ou modifié par un acte authentique, un acte sous seing privé ou même une simple convention orale.

Aucune condition de publicité n'est imposée. Il incombe à tous les associés de s'immatriculer à la banque carrefour des entreprises. Selon son objet, la société sans personnalité juridique se prouve entre parties, par les modes de preuve du droit civil ou du droit commercial (article 49).

Section III. – La nullité

L'application du droit commun

En cas de non respect des conditions de validité, le contrat de société est nul en vertu du droit commun et non des dispositions du code, qui organisent exclusivement la nullité des sociétés pourvues de la personnalité juridique.

La nullité doit être prononcée par le tribunal et ne produit ses effets qu'à cette date. La décision intervenue vaut erga omnes et elle opère ex tunc. Ainsi, le contrat de société est réputé n'avoir jamais existé, ni entre les parties ni à l'égard des tiers. Il n'est donc pas possible de régulariser la situation.

La prescription est décennale (article 2262bis du code civil). La nullité de la société n'affecte pas la responsabilité personnelle des associés d'une société de droit commun à l'égard des tiers. Le caractère solidaire de cette responsabilité appelle une réponse plus nuancée, puisque la rétroactivité implique que les tiers ne peuvent plus se prévaloir des dispositions des articles 52 et 53 du code. Il faut donc examiner la qualité de commerçant des associés ayant conclu le contrat annulé.

Prononcée par le tribunal et effets à partir du prononcé (*erga omnes - ex tunc*).

Chapitre 4. – L'administration : liberté

Les associés sont libres d'organiser contractuellement le mode de fonctionnement et la gestion interne de la société sans personnalité juridique. Les dispositions du code des sociétés ne distinguent pas la gestion de la représentation des sociétés sans personnalité.

Section I. – Le pouvoir d'administration (processus de décision interne)

Le mandat tacite

En l'absence de dispositions contractuelles spécifiques, chaque associé dispose du pouvoir individuel d'administration. Article 36 §1^{er} du code : chaque associé est considéré comme titulaire d'un mandat tacite.

Les autres associés ont cependant le droit de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue (article 36 1^o du code). Ce droit de veto qui peut être exclu contractuellement ne vaut toutefois qu'entre associés et ne peut être opposé aux tiers qui auraient traité avec un associé ayant outrepassé le veto, sous réserve de l'application de la théorie de la tierce complicité.

La nomination et les pouvoirs d'un gérant

Le gérant statutaire doit être désigné à l'unanimité puisque chaque associé renonce à son pouvoir. Sa révocation ne peut également conformément à l'article 1134 du code civil, être décidée qu'à l'unanimité des associés ou en raison de motifs légitimes (article 33 al. 2 du code). Si la révocation du gérant doit être décidée à l'unanimité, le gérant concerné doit également, s'il est associé, y consentir et dispose, dès lors, d'un droit de veto. S'il refuse de donner son accord, les autres associés seront contraints de soumettre la contestation au tribunal qui appréciera la pertinence des motifs invoqués. Le gérant non statutaire est révocable ad nutum conformément aux articles 33 du code des sociétés et 2004 du code civil. Les gérants statutaires disposent d'un pouvoir plus étendu. Aucune faculté d'opposition n'est reconnue aux associés sauf fraude ou accomplissement d'un acte sortant des limites prescrites par l'article 33. En revanche, une opposition est concevable pour les actes qu'un gérant non statutaire souhaiterait accomplir, même dans les limites de ses pouvoirs.

Section II. – Le pouvoir de représentation (extériorisation des engagements pris envers les tiers)

Le mandat ou un pouvoir implicite

Une des associés ne peut obliger les autres, sauf si ceux-ci lui en ont donné le pouvoir ou que la chose tourne au profit de la société (article 50 et 51 du code).

A défaut de procuration donnée par l'ensemble des associés, il est admis que le pouvoir d'administration induit un certain pouvoir de représentation. L'article 50 implique en effet que l'associé ou le gérant désigné qui accomplit un acte d'administration oblige les autres associés dans certaines conditions.

- L'obligation entraîne un avantage dans le chef de la société
- L'obligation s'inscrit dans l'objet social
- L'associé ou le gérant a porté à la connaissance du tiers qu'il agissait en qualité de représentant au nom et pour le compte de l'ensemble des associés.

Section III. – La décision des associés

La société sans personnalité ne disposant pas d'un organe spécifique pour prendre des décisions collectives, ces décisions doivent être prises par les associés à l'unanimité.

Les statuts peuvent prévoir un régime de majorité pour les décisions d'intérêt commun à prendre par les associés. En principe, chaque associé ne disposera alors que d'une voix indépendamment de l'importance de son apport. En cas de régime statutaire de majorité, les statuts sont censés déterminer également les décisions concernées.

Chapitre 5. – La fin du contrat

La dissolution d'office

L'article 39 al. 1^{er} à 4 du code prévoit que la société prend fin dans les hypothèses suivantes : l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ; l'impossibilité totale – juridique ou de fait – de poursuivre l'activité de l'entreprise ou la réalisation de l'objet social ; l'interdiction, la mort ou la déconfiture de l'un des associés (possibilité d'y déroger conventionnellement).

La dissolution volontaire

Les associés peuvent décider à l'unanimité de dissoudre la société. Les sociétés à durée illimitée peuvent aussi prendre fin par la volonté exprimée par un ou plusieurs associés ne peut plus être en société (article 39 5° du code). Cette renonciation doit être notifiée à chacun des associés, de bonne foi (pas de volonté de s'accaparer un bénéfice) et non à contretemps (article 43 du code). C'est le droit individuel d'un associé donc par le créancier personnel de celui-ci.

La démission ou la révocation d'un gérant qui est également associé a-t-elle une influence sur sa qualité d'associé et, partant, sur la vie de la société ? En principe, les qualités d'associé et de gérant sont indépendantes. Toutefois, la situation peut s'avérer paradoxale puisque, à la suite de la révocation du gérant, l'administration concurrente par les associés reprend vigueur, ce qui permet au gérant révoqué de retrouver, en tant qu'associé, le pouvoir d'administrer.

La dissolution judiciaire

Il s'agit de la dissolution pour justes motifs (article 45 du code) qui concerne tant les sociétés à durée illimitée que les sociétés à durée limitée. C'est la possibilité de l'article 1184 du code civil. Un créancier personnel d'un associé ne peut donc provoquer la dissolution de la société sur base de l'article 45.

Titre 3 – La société en nom collectif (PJ & pas de responsabilité limitée)

Chapitre 1. – La définition & les caractéristiques

Autrefois très répandue, la SNC ne connaît plus guère de succès. Les risques qu'elle entraîne pour ses associés expliquent qu'elle soit rarement choisie car elle n'est pas possible sous forme de responsabilité limitée. Le principal facteur qui a ralenti son déclin est qu'elle est demeurée longtemps la société de droit commun. Elle présente par ailleurs l'avantage de la souplesse.

Article 201 du Code des sociétés : société que contractent des associés responsables et solidaires ayant pour objet social d'exercer une activité civile ou commerciale.

Une société de personnes

La SNC constitue une société de personnes et non de capitaux, ce qui implique que l'intuitu personae y joue un rôle essentiel.

- Ainsi selon l'article 38 du code, la cession des parts sociales est interdite, sauf consentement unanime des associés. Les statuts peuvent toutefois déroger à ce principe et déterminer les conditions de la cession des parts, dans les formes prévues par l'article 1690 du code civil. Une telle cession n'est opposable aux tiers qu'à partir du jour de sa publication au MB (différent des autres types de société).
- La société est dissoute lorsqu'un événement grave affecte un associé (article 39 du code)
- Les statuts ne peuvent être modifiés que par une décision unanime des associés (article 1134 du code civil)
- La nullité de l'engagement d'un associé entraîne celle du contrat de société, en raison de son caractère indivisible, mais cette nullité n'a effet qu'à partir du moment où elle a été prononcée par une décision judiciaire (article 172 du code).

La personnalité morale

La SNC dispose de la personnalité morale et possède ses différents attributs. Toutefois, sa personnalité est faible, légère et incomplète : elle se distingue assez mal de celle des associés, responsables solidairement et indéfiniment.

Si la société cesse ses paiements, les créanciers de la société pourront exercer leur recours sur les biens personnels des associés. Ces patrimoines distincts sont donc soumis à un risque commun et unis par le sort. Le montant du capital social ne doit donc pas être publié. En définitive, la personnalité morale de la SNC sert surtout à refuser aux créanciers personnels des associés d'exercer une action directe sur les biens sociaux. Par ailleurs, si la société a un objet commercial, les associés ont tous, par société interposée, la qualité de commerçant même sans exercer à titre personnel une activité commerciale. Il s'agit d'une exception à l'article 1^{er} du code de commerce qui attribue la qualité de commerçant à ceux qui posent, à titre professionnel, des actes de commerces.

La dénomination sociale

Le nom sous lequel la société se manifeste comme être moral distinct (article 201) comporte la liste des noms des associés qui peuvent seuls en faire partie. La dénomination sociale doit être adaptée en cas de modification dans l'identité des associés. Si le nom d'une personne non associée y figure, elle sera tenue de réparer les D consécutifs encourus par les tiers. Les tiers peuvent également obtenir une condamnation in solidum au paiement des dettes sociales.

La solidarité et ses conséquences

Les associés en nom sont solidairement tenus avec la société et entre eux. Une clause dérogatoire serait contraire à l'ordre public. Le gage des créanciers porte à la fois sur le patrimoine de la société et sur celui des associés (article 204 du code). En principe, c'est uniquement en cas de dissolution que les associés doivent intervenir pour couvrir le passif à la demande des créanciers.

La responsabilité illimitée et solidaire n'engage en principe les associés qu'à l'égard des créanciers de la société et non pas envers la société elle-même.

Conséquences :

- D'après le droit commun, les tiers pourraient poursuivre n'importe lequel des débiteurs solidaires. Toutefois l'article 203 requiert une condamnation préalable de la société afin de confirmer qu'il s'agit bien d'une obligation de la société. Cela protège l'associé contre les poursuites intempestives et permet d'éviter les jugements contradictoires.
- Selon notre Cour de cassation, la faillite d'une SNC justifie comme telle la faillite des associés indéfiniment responsables des dettes sociales et censés faire le commerce sous le couvert de la société. Cette jurisprudence est contestée par certains auteurs, au motif que l'attribution automatique de la qualité de commerçants aux associés en nom est discutable. La protection des tiers implique seulement que les associés puissent être déclarés en faillite s'ils se trouvent eux aussi en état de cessation de paiement et d'ébranlement du crédit, avec pour conséquence qu'ils ne peuvent assumer les obligations découlant de la responsabilité illimitée. On ajoute que la faillite de tous les associés d'une SNC n'entraîne pas celle de la société, mais bien sa dissolution. Si la liquidation permet de régler le passif social, les conditions de la faillite ne sont pas réunies. Enfin, à défaut de dispositions statutaires quant à la contribution à la dette, l'associé qui a payé une dette de la société peut la récupérer auprès des autres associés à concurrence de la part de chacun d'entre eux (articles 1213 et 1214 du code civil).

Les bénéfices et les pertes

Les statuts déterminent librement le mode de répartition du profit. A défaut de clause, les profits sont proportionnels aux apports (article 30 du code).

Si la société distribue des profits fictifs c'est-à-dire qui sont prélevés sur le capital, ce prélèvement ne porte pas préjudice aux créanciers puisque les associés demeurent tenus des dettes sociales sur leur fortune personnelle. La clause qui affranchirait de toute contribution aux pertes est nulle, mais la clause qui limiterait les pertes d'un associé vaut entre les associés. Elle est sans effet à l'encontre des tiers, qui – jouissant de la solidarité – n'ont pas à se soucier de la manière dont les associés assument les pertes.

Chapitre 2. – La gérance

La portée de la personnalité morale

Certains attributs la distinguent de la société de droit commun.

Section I. – La désignation du gérant

L'absence de gérant

Chaque associé dispose en vertu de l'article 36 du code d'un droit d'administration. Toutefois, les autres associés conservent le droit de s'opposer à une opération avant sa réalisation. Le pouvoir reconnu à chaque associé d'engager la société se limite toutefois aux actes d'administration, dans la mesure où la société possède un patrimoine propre. Les actes de dispositions requièrent le concours de tous les associés. Ex : la vente.

Chaque associé peut utiliser les actifs de la société, conformément à leur destination, pour autant qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société ou de manière à empêcher les autres associés d'en user selon leurs droits (article 36 du code).

Le gérant statutaire

L'associé-gérant statutaire jouit d'une position privilégiée en vertu de l'article 33 du code. En dehors de l'hypothèse d'une cause légitime, il ne peut pas être révoqué de l'accord unanime des associés, puisqu'il devait alors accepter sa propre révocation, ce qui constituerait, en quelque sorte, une démission.

La révocation d'un gérant statutaire pour cause légitime est prononcée par les tribunaux sur base de l'article 1184 du code civil et entraîne la résolution du contrat, sauf disposition contraire des statuts. Sa démission est également soumise à l'accord unanime des associés, puisque son départ implique une modification des statuts, voire une cessation d'activité.

Le gérant mandataire

Nommé par un acte séparé, le gérant mandataire doit être désigné par l'unanimité des associés, car chacun renonce ainsi à son droit d'administration (article 33 du code). Il est également révocable à l'unanimité, mais les dispositions statutaires pourraient soumettre cette décision à une simple majorité.

Section II. – Les pouvoirs

La réalisation de l'objet social

Le gérant dispose du pouvoir d'accomplir tous les actes s'inscrivant dans la réalisation de l'objet social. Les statuts pourraient limiter les pouvoirs du gérant et exiger, par exemple que, pour tout engagement dépassant tel montant, sa signature soit confortée par celle d'un associé (opposable aux tiers si publication au MB).

Certains actes sont néanmoins considérés comme échappant au pouvoir du gérant. Ainsi il ne peut pas aliéner d'immeubles, sauf si l'objet de la société comporte des transactions immobilières ou s'il a expressément reçu ce pouvoir. L'article 1596 du code civil interdit au mandataire de se rendre adjudicataire des biens qu'il est chargé de vendre. Enfin, le gérant ne peut exploiter une entreprise concurrente.

L'abus et le dépassement de pouvoir

Si le gérant agit pour compte de la société, mais se réserve le bénéfice de l'opération, il commet un abus de la signature sociale. La société sera liée – puisque les tiers ne pouvaient deviner les intentions secrètes du gérant – et disposera d'une action en responsabilité ou en révocation contre le gérant.

Si le gérant traite au profit de la société, mais dépasse ses pouvoirs, il se rend coupable d'un excès de pouvoir et la société peut tenter d'obtenir la nullité de l'opération. Selon l'article 204 du code, si un associé signe sous la dénomination sociale, l'engagement est présumé sauf preuve contraire, souscrit pour le compte de la société.

L'exclusivité des pouvoirs

Lorsqu'il y a un gérant, les autres associés n'interviennent plus que pour donner des conseils ou effectuer les contrôles internes mais limité par l'article 204 du code de commerce.

Le contrôle de la gestion

Les associés non gérants disposent d'un droit individuel de contrôle, dont la seule limite est de ne pas contrarier la gestion de la société. Ils peuvent également s'opposer à un acte du gérant.

L'assemblée générale

L'existence d'une assemblée générale au sein des SNC en seulement invoquée par l'article 184 du code, selon lequel, à défaut de convention contraire, l'assemblée générale détermine le mode de liquidation et nomme les liquidateurs par une décision prise avec l'assentiment de la moitié des associés possédant les trois quarts de l'avoir social. En tout état de cause, l'assemblée générale doit être convoquée au moins une fois par an, en vue de procéder à l'approbation des comptes annuels.

Section III. – La responsabilité du gérant

Les règles du mandat

En qualité de mandataire, il est responsable de ses fautes de gestion envers la société. Si la société s'abstient d'agir, chaque associé pourrait exercer l'action en responsabilité, pour la part de dommage qu'il a subie, en invoquant une sorte de résurgence interne du contrat.

Chapitre 3. – La cession de parts

Le principe de l'interdiction/de l'unanimité et les dérogations

La cession n'est, en réalité, possible qu'avec l'accord des autres associés et n'est opposable à la société qu'après la notification prévue par l'article 1690 du code civil.

Les statuts peuvent apporter certaines dérogations pour faciliter la cession des parts : une clause peut imposer l'agrément du cessionnaire à la majorité ou prévoir la cessibilité à une

personne déterminée. Il serait par contre « contre nature » de rendre les parts librement cessibles, selon les modes simplifiés du droit commercial telle la mention dans un registre de parts nominatives.

La responsabilité du cessionnaire

Le cédant demeure tenu au passif social quant aux engagements contractés jusqu'à la publication, aux annexes u MB, de son retrait. Le cessionnaire conforte le crédit de la société et est, en tout cas, responsable du passif social né après la cession. Sauf clause contraire publiée, le cessionnaire doit répondre du passif déjà formé. Son engagement tient, en effet, à sa qualité d'associé ; en acquérant cette qualité, il est tenu du jour au lendemain de tout le passif (controverse doctrinale)

La convention de croupier

Tout associé (ne pourra pas vendre ses parts) peut conclure avec un tiers, appelé croupier, une convention par laquelle il cède librement ses droits pécuniaires, à l'exclusion de sa qualité d'associé (article 38 du code). La convention de croupier reste, en principe, occulte et constitue une variété de la société interne (la société ne doit pas en connaître spécialement).

Chapitre 4. – La dissolution

Section I. – Les causes de dissolution agissant de plein droit

L'expiration du temps

L'extinction de la chose

La consommation de l'objet social

La concentration des parts en une main

Le décès, l'interdiction, la déconfiture, la faillite ou la dissolution d'un associé

Ce sont des circonstances tellement graves, en égard à l'intuitu personae, qu'elles imposent la dissolution (article 39, 3° et 4° du code). Il s'agit d'une cause de fragilité, que l'on a voulu atténuer par des clauses appropriées.

- Clause de continuation entre survivants

Le nom du précédé disparaît de la dénomination sociale, mais la société continue.

- Clause de continuation avec les héritiers

Les héritiers de l'associé prenant désormais sa place au sein de la société.

- Clause de continuation avec un héritier

La qualité d'associé de cet héritier est le fruit d'une stipulation pour autrui. Les autres héritiers auront contre lui une créance à raison de leurs droits dans la part sociale de leur auteur, à la valeur au jour du décès (problème avec les héritiers mineurs qui ne pourront être commerçants).

- Clause de conversion en commandite

La part que les héritiers recueillent est évaluée et son montant est réinvesti pour devenir une valeur fournie en commandite. La SNC se transforme donc en société en commandite simple. Cette clause permet d'éviter les complications suscitées par la clause de continuation avec des mineurs.

Section II. – Les causes éventuelles

La SNC à durée indéterminée

La volonté d'un associé, dûment notifiée à chacun des coassociés, est une cause de dissolution, puisqu'il n'y a pas de terme prévu dans les statuts (article 43 et 44 du code). La liberté individuelle l'emporte sur la stabilité du contrat. La résiliation ne peut cependant être faite de mauvaise foi. Serait de mauvaise foi la renonciation inspirée par l'intention de favoriser des entreprises concurrentes en leur transférant un avantage au détriment de la société dissoute. Constitue par contre un motif valable de retrait, le fait que la part de l'associé, dont la valeur est importante, ne produit aucun revenu lui permettant d'en vivre. La résiliation ne doit pas être opérée à contretemps, les circonstances pouvant imposer que la dissolution soit retardée et que les affaires sociales se prolongent encore quelque temps.

La SNC à durée statutaire

La dissolution peut découler d'un juste motif apprécié par le tribunal (article 45 du code) : manquement fautif d'un associé (refus de réaliser l'apport – faire concurrence à la société) ; infirmité d'un associé le rendant incapable de jouer son rôle ; mésintelligence grave et persistante entre associés (discussions incessantes et insolubles avec torts réciproques).

Titre 4 – La société en commandite simple

Chapitre 1. – La définition

La société en commandite simple constitue dès le MA la forme primitive de la limitation de responsabilité, qui allait progressivement envahir le droit des sociétés. Elle unit en effet des associés ayant des qualités différentes (article 202 du code) : les commandités forment entre eux une SNC tandis que les commanditaires ont fait un apport, soumis aux risques, qui constitue la stricte mesure de leur responsabilité.

Deux circonstances favorisèrent l'éclosion de ce contrat. D'une part, il permettait de tourner l'interdiction canonique du prêt à intérêt : ce que les capitaux rapportaient était une participation aux bénéfices. D'autre part, on éludait la défense faite aux personnes de qualité ou aux ecclésiastiques de se livrer à des opérations commerciales puisque leur identité demeurait cachée.

Une société composite = 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 (commanditaires)

Un élément essentiel de la SCS réside dans l'intuitu personae qui doit exister entre ses membres. Elle présente d'autres similitudes avec la SNC

- Les parts sociales ont le même régime d'incessibilité
- Les causes de dissolution sont identiques
- Les associés en nom collectif et les associés commandités assument la même responsabilité personnelle, solidaire et illimitée du passif social.
- Le régime de la dénomination sociale se présente de manière similaire. La seule différence est que le nom d'un associé commanditaire ne peut figurer dans la dénomination sociale, à peine de le voir tenu solidairement vis-à-vis des tiers des engagements de la société.

Il convient par ailleurs de noter que l'existence de deux catégories d'associés ne se présume pas : s'il ne ressort pas clairement que l'intention des parties était de limiter la responsabilité de certains associés, la société est considérée comme une SNC.

Chapitre 2. – L'apport du commanditaire

La nature de l'apport

Les commanditaires constituent de véritables associés, dont la seule particularité est de n'être tenu responsable du passif social qu'à concurrence de leur apport.

Le commanditaire réalise un apport en nature ou en espèces. Il ne peut apporter son industrie, car un tel apport supposerait qu'il travaille comme associé et participe à la gestion, ce qui lui est rigoureusement interdit.

Le caractère non commercial

Même s'il finance une exploitation commerciale, le commanditaire n'y participe pas activement et n'acquiert pas la qualité de commerçant, ce qui est important sur le plan des incapacités et des interdictions. Il est ainsi possible pour un mineur de prendre la qualité de commanditaire d'une SCS.

L'apport du commanditaire, gage des créanciers sociaux

Dès que le commanditaire 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. Par contre, si l'apport reste à faire, en tout ou en partie, les tiers souhaitent connaître l'identité du commanditaire puisque l'apport vaut ce que vaut la solvabilité de ce dernier et qu'ils veulent savoir contre qui agir pour obtenir, le cas échéant, le versement de l'apport. Si la totalité d'un apport n'est pas libérée, l'identité du commanditaire concerné est divulguée par une publication (article 69 al. 1^{er} 5° du code). L'extrait indique les valeurs fournies en commandite et les commanditaires qui doivent encore les libérer.

L'action directe et l'action oblique des créanciers sociaux

Les créanciers sociaux disposent d'une action directe pour contraindre le commanditaire à compléter le capital social en effectuant son apport (article 206 du code). L'action est directe ce qui présente des avantages non négligeables pour les créanciers. Ainsi,

- Les conventions entre la société et le commanditaire pour le dispense de fournir la totalité des apports ou allonger la durée de libération sont inopposables aux créanciers
- Les exceptions opposables à la société ne le sont pas aux créanciers : le commanditaire ne peut opposer qu'au commandité – et non aux créanciers sociaux – les manœuvres frauduleuses ayant suscité la promesse de commandite et constitutives de dol
- Par ailleurs, l'article 199 § 3 du code organise au profit des créanciers une action oblique sur le modèle de l'article 1166 du code civil et dans le respect de l'article 203 du code. Sur cette base, ils exercent contre les commanditaires les droits de la société quant aux versements à effectuer en vertu des statuts, d'une décision judiciaire ou d'un jugement. Cette action ne peut être introduite que si le gérant a négligé d'agir au nom de la société. Dans le cadre de cette action indirecte, le commanditaire peut apposer aux créanciers les exceptions qu'il pourrait invoquer contre la société elle-même.

Chapitre 3. – La gérance

Section I. – La gestion exclusive du commandité

Le commandité exerce, en principe, un monopole de gestion selon les règles applicables aux gérants des SNC. La dénomination sociale est également le nom-signature de la commandite et il est impérieux que le nom du commanditaire n'y figure pas. L'article 207 interdit au commanditaire de poser des actes de gestion, fût-ce sur procuration :

- S'il entrait en contact avec les tiers, il leur donnerait l'illusion de répondre personnellement du passif
- Dans la hiérarchie des risques, le premier rôle doit être assumé par celui qui engage sa responsabilité de manière illimitée
- Si le commanditaire, généralement plus puissant que le commandité, pouvait gérer, le commandité ne serait plus qu'un homme de paille

Les statuts peuvent prévoir que la SCS continue en cas de décès, d'incapacité légale ou d'empêchement du gérant. L'article 208 du code dispose alors que, sauf dispositions contraires des statuts, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce de désigner un administrateur provisoire pour accomplir les actes urgents et de simple administration. Un commanditaire peut être désigné en cette qualité.

Section II. – L'immixtion du commanditaire

La portée de l'interdiction d'immixtion du commanditaire doit être nuancée. En effet, certaines de ses interventions sont tolérées.

- Les actes de gestion interne
- Les actes urgents et de simple administration en cas de décès du gérant

Sanction

En cas d'immixtion accidentelle, le commanditaire est tenu de la dette née de l'opération dans laquelle il est intervenu (article 207 §2 al. 1^{er} du code). En cas d'immixtion habituelle il acquiert la responsabilité d'un commandité : il est tenu responsable indéfiniment et solidairement vis-à-vis des tiers (article 207 §2 al. 2 du code).

Chapitre 4. – La répartition des bénéfices et des pertes

La liberté

Les associés sont libres de déterminer, dans les statuts, la répartition des profits et la contribution aux pertes sous la seule réserve de l'interdiction de la clause léonine (article 32). Il convient de rappeler que les commanditaires n'ont pas la qualité de créanciers et ne peuvent donc pas exiger le remboursement de leurs avances ou le versement d'un intérêt fixe indépendant des résultats de la société. Une telle clause constituerait une clause léonine frappée de nullité.

Les clauses d'intérêts fixes

Lorsque le commanditaire apporte une somme d'argent, il arrive qu'un intérêt lui soit promis pour garantir une rentabilité minimum de sa participation. Aucune difficulté n'existe en cas de profit. S'il y a perte, la clause d'intérêts fixes menace l'intégrité du capital, puisqu'il y va d'une forme de restitution de l'apport du commanditaire, qui s'apparente au versement de dividendes fictifs.

L'action directe en remboursement des dividendes fictifs

Lorsque le dividende payé n'est pas prélevé sur des profils réels, il constitue un dividende fictif, à savoir une restitution indue d'apport. Le code a accordé aux créanciers sociaux, soucieux de conserver leur gage commun, une action directe en remboursement de dividendes fictifs (article 206 al. 2 du code). Cette action ne se prescrit qu'au bout de 5 ans (article 198).

Chapitre 5. – L'incessibilité des parts

Le principe de l'incessibilité des parts de la SCS se justifie par l'importance de l'intuitu personae. Les associés peuvent toutefois arrêter d'autres modalités, par décision prise à l'unanimité. La cession n'existe que moyennant le respect de la notification prévue par l'article 1690 du code civil. Par ailleurs, la cession est sans effet sur les engagements pris antérieurement à sa publication. Le commanditaire qui n'a pas procédé à son apport reste tenu vis-à-vis des anciens créanciers, même s'il cède ses parts avant la réalisation de cet apport.

Titre 5 – Les grandes caractéristiques des sociétés à responsabilité limitée

Chapitre 1 – Les définitions et les traits distinctifs

Société anonyme = société de capitaux ce qui implique un double degré de limitation de responsabilité. Selon la définition incomplète du code, la société anonyme est celle dans laquelle les actionnaires n'engagent qu'une mise déterminée (article 437 du code) : chaque actionnaire affecte une partie de son patrimoine à la souscription d'actions, représentatives du capital de la société considérée, et seule cette mise subit le sort de la société. Anonyme car aucun intérêt à connaître le possesseur de titre. L'actionnaire ayant effectué un apport à sa société ne lui est dès lors pas irrémédiablement lié, puisqu'il peut, pour s'en détacher, trouver un acquéreur prêt à lui payer le prix des titres qu'il souhaite céder.

Société privée à responsabilité limitée (articles 210 et 211 du code) = c'est une société constituée par une ou plusieurs personnes dont les associés ne sont tenus qu'à concurrence de leur apport et dont les parts ne sont cessibles entre vifs ou transmissibles à cause de mort que dans des conditions restrictives. Elle a une nature hybride. On retrouve le caractère fermé d'une société de personne dans la restriction à la transmissibilité des parts, dans la stabilité de son organe de gestion, de même que dans l'interdiction de faire appel au public et de créer des parts au porteur. Dans son organisation juridique, la SPRL fonctionne toutefois comme une SA et est soumise à un formalisme rigoureux. La SPRL constitue une structure juridique adaptée aux besoins de professions libérales. SA = grande société. SPRL = sociétés familiales.

Société coopérative = principe de la variabilité du nombre des associés et d'une partie du capital sans modification des statuts (article 350 du code), la double qualité des associés, apporteurs de capitaux et utilisateurs des services ou consommateurs des produits de la société, le refus de l'accumulation des profits, souvent distribués sous forme de ristournes et stricte égalité entre les associés. Aujourd'hui, le principe de la stricte égalité connaît bien des exceptions et eu égard au développement de l'économie de marché, les coopératives s'adressent au public en général. Les statuts précisent si la responsabilité des associés est illimitée ou limitée (article 352 du code) : dans le premier cas on parle de SCRI et dans le second cas on parle de SCRL. La société coopérative se singularise encore par une grande liberté d'organisation interne.

Chapitre 2 – La constitution

Société anonyme = elle doit être constituée par acte authentique (article 450 du code) et dotée d'un capital minimum de 61 500 euros (le montant n'implique pas forcément une grande taille) (article 439 du code). La souscription de capital doit être intégrale (sans conditions posées et en nature) (article 441) mais sous certaines réserves, sa libération peut être progressive, au gré des appels de fonds formulés par le conseil d'administration (article 448).

Une originalité est d'imposer aux fondateurs la rédaction d'un plan financier préalablement à la constitution de la société : ils doivent remettre au notaire instrumentant un plan financier dans lequel ils justifient le montant du capital social de la société à constituer (article 440 du code). La responsabilité des fondateurs peut être engagée sur base de ce plan financier, en cas de faillite prématurée et de sous capitalisation de la société. Tous les comparants à l'acte constitutif ne doivent pas nécessairement assumer la qualité de fondateurs (article 450 du code). Pour garantir la réalité du capital, le code des sociétés organise un contrôle des apports

en nature, qui implique l'intervention d'un réviseur (articles 443 et 444). Le réviseur va s'assurer que la valeur attribuée n'est pas surestimée. Cette procédure requiert une décision de l'assemblée générale. Ce sont des ventes intervenantes à un moment particulier, pour un montant particulier et avec des vendeurs particuliers.

SPRL = constituée par acte authentique, la SPRL doit avoir un capital minimum de 18 550 euros. Tous les comparants à l'acte constitutif sont obligatoirement fondateurs, avec ce que cela implique de responsabilité.

SCRL = constituée par acte authentique, la SCRL doit être dotée d'un capital minimum de 18 550 euros. Elle doit compter trois associés au moins et tous les comparants sont fondateurs.

Intervention du notaire dans les 3 sociétés car elles sont constituées par acte authentique.

SA = 2 au –
SPRL = 1 et +
SCRL = 3 au –

Chapitre 3 - Les titres et leurs transferts

SA = à la suite de la disparition progressive des titres au porteur (exception à la règle de l'anonymat avec les noms des actionnaires et le montant, le tout inséré dans un registre), les titres de la SA ne peuvent plus revêtir que deux formes : les titres nominatifs (inscription sur un registre) et les titres dématérialisés (pas d'existence physique) (structure hiérarchisée de comptes et de transmission de comptes à comptes).

La SA peut créer différents types de titres : les actions qui représentent le capital et peuvent être assorties du droit de vote ou en être dépourvues ; les obligations (il y a notamment une assemblée générale des obligataires dans la SA) qui sont des titres de créances particuliers ; et les parts bénéficiaires qui ne représentent pas le capital mais récompensent les services de certains actionnaire ou fondateurs et peuvent conférer un droit de vote, limité par rapport aux actions

Le droit de vote des actionnaires est proportionnel au risque qu'ils assument, c'est-à-dire au nombre d'actions qu'ils détiennent. Une logique de seuil est à l'œuvre au sein de la SA : certains pouvoirs ne sont exercés que par des actionnaires détenant un certain nombre de droits de vote ou un certain pourcentage du capital.

Les titres sont en principe librement négociables (car société de capitaux) mais des restrictions peuvent être apportées, sous forme de clause d'inaliénabilité, d'agrément ou de préemption, soumises à des conditions légales de validité ou d'exécution (article 510 du code).

SPRL = les parts de la SPRL avec ou sans droit de vote, sont uniquement nominatives et les statuts ne peuvent créer des parts bénéficiaires. La cessibilité des parts est limitée puisque la loi impose d'obtenir l'agrément préalable des associés (article 249 du code). Sauf dispositions plus restrictives des statuts, les parts ne peuvent être transférées entre vifs ou transmises pour cause de mort qu'avec l'agrément de la moitié des associés possédant les trois quarts du capital, déduction faite des droits donc la cession est proposée.

Sauf dispositions des statuts, le refus d'agrément d'une cession entre vifs peut donner lieu à un recours des intéressés devant le tribunal compétent siégeant en référé, les opposants étant dûment assignés. Si le refus est jugé arbitraire, ces derniers disposent d'un délai de trois mois, à dater de l'ordonnance, pour proposer des acheteurs aux prix et conditions fixés dans les statuts. A défaut de clause statutaire, le prix et les modalités sont, sauf accord des intéressés, fixés par le tribunal compétent. Si le rachat n'est pas effectué dans les trois mois, l'associé désireux de céder ses titres peut exiger la dissolution de la société, endéans les 40 jours.

SCRL = les titres sont nominatifs et il est également impossible d'émettre des parts bénéficiaires. Les titres peuvent être librement cédés aux associés (article 366 du code). Pour le surplus, la SCRL est la seule société pour laquelle le code organise une procédure spécifique d'admission, de démission et d'exclusion.

Chapitre 4 – La gestion

SA = le principal organe de gestion est le conseil d'administration, organe collégial qui comporte en principe au moins trois membres (sauf si la SA est composée de deux actionnaires, ce qui est rare) (article 518 §1^{er} du code). Chaque administrateur n'est pas un organe à lui tout seul sauf s'il est administrateur délégué à la gestion journalière. Un comité de direction peut être créé (article 524bis du code) : en effet, les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction, sans que cette délégation puisse porter sur la politique générale de la société ou sur les actes légalement réservés au conseil. Des délégués de la gestion journalière peuvent également être désignés (article 525 du code). Les administrateurs sont nommés et révocables ad nutum, c'est à dire sans préavis, sans motivation et sans indemnité, par l'assemblée générale (article 518 §3 du code) mais les directeurs (managers) peuvent être liés à la société par des contrats de travail dont la rupture est soumise aux règles du licenciement. Une même personne peut être à la fois administrateur et directeur d'où la problématique des parachutes dorés. Une personne morale peut être administratrice de société (article 61 §2 du code). Certains administrateurs non exécutifs (ils n'ont pas la casquette de directeurs) sont indépendants dans la mesure où ils n'ont avec la société ses actionnaires et ses dirigeants, aucun lien fonctionnel, professionnel, familial, financier ou autre. Ils sont censés représenter l'intérêt de la société et de l'ensemble de stakeholders. La théorie de l'organe s'applique, article 61 §1^{er} : la responsabilité de la société absorbe l'organe. La protection des tiers de bonne foi est néanmoins assurée (article 522 et 526 du code).

La société est liée par les actes accomplis par le conseil d'administration, par les administrateurs ayant qualité pour le représenter, par les membres du comité de direction ou par le délégué de la gestion journalière, même si ces actes dépassent l'objet social car ce sont de organes.

Les conflits d'intérêt dans le chef d'un administrateur sont soumis à une procédure fondée sur le principe de transparence (article 523 du code). Décision prise par le CA et non par l'AG (procédure en quasi apport). Ex : société mère imposant des contraintes et conflit d'intérêt des filiales.

Le régime de responsabilité des administrateurs, organisé par les articles 527 à 530 repose sur une sorte de hiérarchie des fautes, en fonction de la gravité ou des circonstances, ayant des

implications quant à l'identité des demandeurs potentiels et à la portée de la responsabilité (avec ou sans solidarité) :

- Les administrateurs, les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière sont responsables envers la société = droit commun, de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion = responsabilité individuelle.
- Les administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, des DI résultant d'infractions aux dispositions du code ou des statuts.
- En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur, ancien administrateur ou personne ayant effectivement détenu pouvoir de gérer la société, peuvent être, à la demande des curateurs ou des créanciers lésés, déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance de l'actif.

Des atténuations sont prévues par le code. La prescription est, au demeurant, relativement longue : 5 ans, conformément à l'article 198 §1^{er} du code (aussi pour la SPRL et la SCRL).

SPRL = chaque gérant de SPRL est un organe à lui seul, tandis que les administrateurs d'une SA ne sont pas individuellement des organes. La situation du gérant est plus stable que celle d'un administrateur de SA mais moins stable que celle de l'administrateur de SCRL au sein de laquelle règne une grande liberté, ou que celle d'un commandité. Les gérants sont nommés par les associés pour une durée déterminée ou indéterminée. Sauf stipulation contraire des statuts ou accord unanime des associés, les gérants, associés ou non, nommés dans l'acte de société sans limitation de durée sont réputés nommés pour la durée de la société. Leurs pouvoirs ne sont alors révocables, en tout ou en partie, que pour motifs graves (article 256 du code). Les gérants non statutaires sont, quant à eux, révocables ad nutum, mais le principe n'est pas ici d'ordre public. Quant à la protection des tiers de bonne foi, la responsabilité des gérants et les conflits d'intérêts en présence d'un collège de gestion, le régime est le même, mutatis mutandis, que dans la SA (articles 260 et 261 du code).

SCRL = le statut de l'administrateur de SCRL peut être statutairement stabilisé. En outre, les statuts déterminent librement les pouvoirs de l'organe de gestion. Quant à la protection des tiers de bonne foi et à la responsabilité des administrateurs, on s'en réfère au régime légal de la SA et de la SPRL.

Chapitre 5 – L'assemblée générale

SA = l'organe législatif est organisé par les articles 531 et s. du code. Le conseil d'administration et les commissaires peuvent convoquer l'assemblée générale et doivent y veiller à la demande d'actionnaires représentant le cinquième du capital social. On peut relever l'importance des procédures de convocation et de l'information préalable dans un contexte d'actionnariat plus ou moins dispersé. Le droit de vote peut être exercé selon les modalités variées permettant aux actionnaires de voter sans être physiquement présents. Une action en nullité des décisions peut être exercée comme dans toute forme de société par tout intéressé dans un délai de 6 mois et dans des hypothèses strictement limitées (articles 64, 178 et s. et 198 §2 du code). Le 64 prévoit les motifs de nullité et l'article 178 ouvre le recours à toute personne intéressée.

SPRL = au sein de cette forme de société, les AG fonctionnent avec un moins grand formalisme que dans les SA car tous les associés sont par hypothèse connus par les gérants.

SCRL = les statuts d'une SCRL peuvent prévoir la modification des statuts sauf l'objet social à la majorité simple et non aux trois quarts comme c'est le cas pour les SA et les SPRL.

Chapitre 6 – Le capital

SA = les variations de capital sont régies par les articles 581 et s. du code. Les augmentations de capital peuvent être décidées par l'AG ou par le CA via la technique du capital autorisé par l'AG. Les actionnaires anciens sont, notamment, protégés par le droit de souscription préférentiel (à une augmentation de capital), qui leur permet de ne pas subir une dilution de pouvoir.

Quant aux réductions de capital, elles ne peuvent être décidées que par l'AG qui doit veiller au respect de l'égalité entre actionnaires et ne peut causer un préjudice aux créanciers que le code protège de différentes manières (ex : droit de demander des sûretés), (ex : remboursement des actionnaires).

SPRL = le capital ne peut être augmenté et réduit que par décision d'une AG.

SCRL = en ce qui concerne la part variable du capital, une grande flexibilité est assurée. Quant aux parts fixes, on s'en réfère aux règles applicables aux SPRL (différence faite dans les statuts entre parts fixes et parts variables). Pas besoin de trouver un acquéreur pour ses titres lorsqu'on quitte la SCRL mais l'on peut simplement récupérer son investissement (différent SA).

LIVRE III – LE PAIEMENT ET LE FINANCEMENT DE L'ACTIVITE COMMERCIALE

TITRE I – La facture et le paiement

Chapitre 1 La facture

Section 1 Considérations générales

§ 1^{er}. Définition et fonctions

Notion

Bien qu'il y fasse référence dans plusieurs textes, le législateur belge ne définit pas la facture. On peut y voir un document comptable dont la loi fixe le contenu et oblige la délivrance dans certaines conditions et qui indique la quantité, la nature et le prix des marchandises fournies ou des services prestés.

Rôle de la facture

- Symbolique : «officialisation» de la dette = lorsqu'il adresse une facture à son contractant, le commerçant lui rappelle officiellement l'engagement pécuniaire qui les lie, et ce par le biais d'un document qu'il pourra, le cas échéant, ensuite exciper en justice à défaut d'être honoré.
- Probatoire = l'article 25 al. 2 du code de commerce considère la facture acceptée comme un mode spécial de preuve qui jouit en soi d'une force probante : elle est alors, sous cet angle, censée refléter fidèlement le contrat conclu entre les parties.
- Comptable et fiscal = la facture constate également le montant de la TVA reçue par le commerçant et éventuellement déductible dans le chef de son cocontractant. Elle constitue donc un élément central dans la perception de la taxe.
- Octroi d'un financement = la facture pourra également jouer un rôle dans le cadre de l'octroi d'un financement au profit du commerçant. C'est dans ce cadre que le contenu de la facture est réglementé.

§ 2. L'obligation de dresser une facture et ses mentions légales

Obligation de dresser une facture

Au regard du droit commun des contrats, la délivrance d'une facture n'est pas obligatoire, sous réserve de l'obligation inscrite à l'article 37 de la LPCC lorsque le consommateur sollicite, la remise d'un document justificatif.

Mais c'est surtout hors du cadre du droit des obligations et des contrats que la facture jouit d'un régime particulier, spécialement au regard des législations fiscale et comptable. En particulier, l'article 53 §2 du code de la TVA, tel que modifié par l'article 7 §2 de la loi du 28 janvier 2004 impose la délivrance d'une facture entre commerçants dans certaines situations.

Lorsqu'elle est rendue obligatoire par application de la législation fiscale, la facture doit être établie en double exemplaire, chacune des parties recevant le sien, son émetteur comme son destinataire étant tenus de la conserver pendant 7 ans (article 60 du code de la TVA). L'obligation d'adresser une facture repose sur le commerçant assujéti. Alors qu'initialement, seul le commerçant était perçu comme habilité à émettre des factures, on admet désormais que des non-commerçants y procèdent.

Enfin s'il conçoit que la facture puisse être concomitante à la naissance de l'engagement qu'elle consacre, les usages commerciaux tolèrent une communication différée dans certaines circonstances.

Mentions légales

Les parties sont a priori libres de choisir le support matériel de la facture ainsi que sa présentation formelle. La régularité de la facture peut, cependant, dans certaines matières, dépendre du respect de conditions de forme qui tiennent principalement aux mentions

obligatoires qu'elle doit renfermer. C'est spécialement le cas en matière de TVA. Exigence des mentions prévues à l'article 226 du code des TVA.

Un régime simplifié peut cependant être admis s'agissant des factures d'un montant peu élevé et dans certains secteurs d'activités avec lesquels de telles exigences sont plus difficilement compatibles (article 13 de l'arrêté royal n°1).

A défaut de respecter les exigences légales, la facture ne permettra pas la déduction de la TVA par l'assujetti, outre l'application d'une amende administrative, au paiement de laquelle le destinataire sera solidairement tenu avec son auteur (article 51bis du code de la TVA).

§ 3. La facture électronique

Le droit communautaire (directive précitée 2006/112/CE) comme le droit belge qui en a assuré la transposition (article 53octies du code de la TVA) reconnaît expressément leur validité. L'usage d'une facture électronique suppose, cependant, l'accord du destinataire. Aucun formalisme n'est imposé au consentement ; mais l'auteur de la facture devra, le cas échéant, pouvoir en établir la réalité.

Par ailleurs, la reconnaissance des factures électroniques requiert l'authenticité de leur origine et l'intégrité de leur contenu soient garanties. Cette fiabilité peut notamment être garantie par une signature électronique avancée alors que la facture papier ne doit pas nécessairement être signée.

Section 2 Les conditions générales annexées à la facture

Au regard du droit commun des contrats, la facture présente un intérêt principalement à deux égards. Premièrement, la facture officialise l'existence d'une créance née d'une activité professionnelle lorsqu'elle précise le prix qui est dû pour un bien ou un service. Elle peut donc constituer l'affirmation de la dette de son destinataire. Deuxièmement, ce document souvent standardisé et rarement signé renferme généralement, au verso, des conditions générales qui prétendent définir le contenu plus précis du régime auquel le commerçant entend soumettre la relation contractuelle.

§ 1^{er}. Notion

Le législateur belge ne définit pas le terme de conditions générales. On peut y voir des stipulations unilatérales dans leur rédaction et standardisées parce qu'elles ont vocation à régir toutes les opérations du même type que conclura leur auteur, sans distinction en fonction des situations particulières. Ces conditions se distinguent ainsi des conditions dites particulières qui, quant à elles, font suite à une négociation entre parties afin de prendre en compte les situations personnelles.

En principe les conditions générales restent soumises au droit commun des contrats, à tout le moins si leur auteur est un commerçant. Leur validité sera donc notamment subordonnée au respect des articles 1108 à 1133 du code civil. Certaines causes font, en outre, l'objet d'un régime légal (article 1231 du code civil ou prétorien particulier. Enfin, lorsqu'il est régi par des conditions générales, le contrat est souvent qualifié d'adhésion.

§ 2. L'opposabilité des conditions générales

A. Les conditions de l'opposabilité

L'entrée dans le champ contractuel est subordonnée à un accord, fût-il tacite, des deux parties. La preuve du respect de cette exigence incombe à celui qui s'en prévaut, c'est-à-dire au demandeur en justice (articles 1315 du code civil et 870 du code judiciaire). Deux conditions cumulatives doivent être rencontrées pour que la facture et ses annexes contractuelles puissent être opposées à leur destinataire : ce dernier doit les avoir connues et les avoir acceptées, fût-ce tacitement. L'appréciation de ces conditions recevra, par ailleurs, une appréciation plus ou moins rigoureuse selon que l'on est en présence de relations purement commerciales ou en présence d'une relation entre commerçant et non commerçant.

La connaissance

Doctrine et jurisprudence considèrent qu'il convient d'apprécier si le destinataire de la facture a eu conscience de l'existence des conditions générales et la possibilité effective d'en prendre connaissance. Cette condition est déterminante lorsque le commerçant prétend opposer des conditions standardisées à un non commerçant. La rigueur est donc plus grande entre professionnels et consommateurs. Lorsque les conditions générales proposées par un prestataire de service public sont qualifiées de réglementaires, l'usager sera irréfragablement présumé en avoir eu connaissance, conformément à l'adage *nemo censetur ignorare legem*, à tout le moins lorsqu'elles ont fait l'objet d'une publication régulière.

Le consentement

Encore faut-il pour que les conditions générales intègrent le champ contractuel, qu'elles aient été acceptées même tacitement par leur destinataire. En principe, cependant, seul le silence circonstancié, c'est-à-dire celui qui s'accompagne de présomptions graves, précises et concordantes au sens de l'article 1353 du code civil, permettra, dans ce cas, de conclure à une acceptation. Le silence devra donc être exempt de toute ambiguïté : si l'accord peut être tacite, il doit néanmoins être certain. Dans son appréciation, la jurisprudence a surtout égard à deux éléments influents : le moment de la communication des conditions générales à leur destinataire et la qualité du destinataire de la facture.

B. Les conséquences de l'inopposabilité

Conformément au droit commun de la formation des contrats, si les conditions générales sont déclarées inopposables au cocontractant, un sort différent sera retenu selon que ces conditions précisent :

- Un élément essentiel ou substantiel du contrat : dans cette éventualité la validité du contrat sera elle-même contestée à défaut de consentement quant à son objet (article 1108 du code civil).
- Uniquement des points accessoires : dans cette hypothèse, le contrat sera valablement formé et les conditions générales déclarées inopposables seront considérées comme demeurant hors du champ contractuel, de sorte que l'on s'en remettra au droit supplétif commun et aux usages.

§ 3. Conflit entre conditions contradictoires (*Battle of forms*)

A. *Position du problème*

La problématique que l'on nomme Battle of forms ou bataille des formulaires prolonge directement celle de l'opposabilité des conditions générales. Elle concerne plus précisément les relations purement commerciales, touchant à l'hypothèse où deux commerçants s'adressent successivement des conditions générales contradictoires. Une telle problématique suppose que la contrariété touche des points accessoires du contrat.

B. *La solution juridique et les théories*

L'article 1602 du C. civ. : les conditions de l'acheteur prévalent systématiquement.

Cet article renferme une règle d'interprétation des conventions valablement formées alors que la question est ici, le plus souvent, de savoir si le contrat existe et quel est son contenu. De plus, cette règle repose essentiellement sur des considérations d'équité et de justice qui, si elles peuvent paraître fondées pour contrer les abus de certains commerçants à l'encontre des consommateurs, sont moins convaincants en présence de deux commerçants.

La théorie « *last shot* » : sont applicables les conditions transmises en dernier lieu.

La théorie « *first shot* » : prévalent les premières conditions générales communiquées, à moins que l'acceptation de celui qui les a reçues précise qu'il en est autrement.

La théorie de l'annulation réciproque ou *knock out rule* : les conditions contradictoires s'annulent → sur ces points «annulés», au droit supplétif et aux usages.

La jurisprudence fait écho aux 4 théories

Aucune ne peut être lue comme offrant une réponse absolue au battle of forms : le juge doit rechercher la volonté réelle des contractants et seule une appréciation au cas par cas devrait permettre de dégager la solution juridique applicable au litige.

Les instruments de *soft law* en droit des contrats internationaux.

Chapitre 2 L'affacturage ou le *factoring*

Section 1 La notion

L'objet du contrat et sa définition

Il s'agit d'un mode de gestion des créances commerciales dont est titulaire une personne physique ou morale (souvent nommé adhérent, client ou fournisseur) et qui se caractérise par leur transfert à une société d'affacturage (factor ou affactureur), souvent une filiale d'une grande banque. Ce transfert se réalise concrètement par l'endossement des factures qui constatent ces créances.

On y verra un contrat cadre conclu entre un factor et un adhérent client prévoyant qu'en contrepartie d'une rémunération, le premier se voit transférer des créances à court terme que le second possède du chef de livraisons de biens ou des prestations de services sur des clients agréés (débiteurs), à charge pour le factor d'en opérer le recouvrement, d'en garantir la bonne fin et généralement d'en assurer la garantie dès le transfert.

La convention d'Unidroit sur l'affacturage international définit pour sa part le contrat d'affacturage comme un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (l'entreprise d'affacturage – cessionnaire) en vertu duquel (...) aller voir la convention.

Un contenu minimal et des services additionnels.

La factor s'engagera à procéder au recouvrement des factures, à relancer les débiteurs, à procéder aux encaissements et à assurer le service du contentieux en cas de non paiement. D'autres services facultatifs, sont cependant, le plus souvent proposés au client comme :

- Le financement des créances à court terme : ce sera le cas lorsque le factor paye par anticipation tout ou une partie du montant des créances qui lui ont été transférées
- L'assurance crédit : celle-ci est accordée à l'entreprise qui souhaite limiter le coût que revêt le non paiement des dettes par ses débiteurs. Le plus souvent, le factor mettra l'entreprise adhérente en contact avec un assureur avec lequel est en lien et qui couvre ce type de risque.

La rémunération du *factor* (contrat de compte courant)

La rémunération du factor prendra généralement la forme de commissions fixées en pourcentage de la créance achetée. Les relations des parties vont concrètement 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 et primes de risque.

La qualification juridique

On doit y voir une opération sui generis.

Section 2 Les obligations des parties

Objet de la cession

L'adhérent s'engage à céder au factor toutes les créances qui répondent aux critères de sélection qui ont été convenus entre les parties. Il ne peut lui-même, au cas par cas, sélectionner les créances transférées en fonction du risque plus ou moins élevé de non recouvrement. Exclusivité : l'adhérent s'interdit, ce faisant, aussi de céder ses créances à d'autres entreprises de factoring. Les parties peuvent, cependant, avoir prévu que certaines créances sont exclues, sur la base de critères objectifs. Si le factor s'est réservé le droit de refuser certaines créances, il ne pourra le faire au seul regard des facilités de recouvrement que présenteraient certaines dettes, et dans le respect des exigences de bonne foi.

Information et collaboration

Conformément au droit commun, les parties sont tenues à un devoir d'information et de collaboration réciproque (article 1134 al. 3 du code civil).

L'adhérent devra mettre sa comptabilité à la disposition du factor et lui fournir tous les renseignements nécessaires sur les débiteurs et sur les factures. La jurisprudence admet souvent, à ce propos, que l'obligation d'information qui incombe à l'entreprise adhérente porte sur tous les éléments qui sont susceptibles de modifier l'évaluation du risque qu'a accepté de supporter le factor, en ce sens qu'il en avait eu connaissance, il n'aurait pas contracté ou aurait contracté à d'autres conditions. Le factor dispose d'informations financières sur un grand nombre de clients, il pourra dès lors agir en qualité de conseil en matière de crédit. Certains auteurs qualifient le contrat de factoring de contrat intuitu personae.

Solvabilité des débiteurs cédés

L'adhérent doit garantir l'existence des créances au moment de la cession ainsi que la bonne exécution des obligations qui leur ont donné naissance. Mais le factor doit également respecter ses engagements et, en particulier, subir le risque d'insolvabilité des débiteurs cédés qui ont été agréés.

Section 3 Les modes de transfert des créances

§ 1^{er}. L'endossement de la facture

En Belgique, le mécanisme de l'endossement de la facture, tel qu'il est appréhendé par la loi du 15 octobre 1919 a longtemps été seul privilégié. La réforme de 1994 qui a sensiblement assoupli les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur, justifie que, désormais, la cession de créance constitue un mode alternatif satisfaisant et d'ailleurs suivi par les entreprises de factoring belges.

Les conditions de validité de l'endossement

Conditions de fonds

- Article 13 (naissance d'une activité civile, commerciale ou professionnelle)
- La créance est cédée en pleine propriété
- Article 15 (banque ou établissement de crédit agréé par le Roi)
- L'endossement successif est interdit

Conditions de forme

- Article 13 (date + identité)
- Article 14 (nom date)
- Article 16 (avis recommandé à la poste)

Les conditions d'opposabilité de la cession aux (autres) tiers en matière d'endossement

Le respect des conditions d'opposabilité imposées par l'article 16 s'est, dans la pratique, révélé problématique.

L'opposabilité des exceptions à l'endossataire

La situation du débiteur ne peut être rendue plus défavorable. On en déduit que ce dernier peut opposer à l'endossataire (le factor) toutes les exceptions vis-à-vis de son créancier et qui sont nées avant que l'endossement lui ait été rendu opposable.

C'est ce qu'à notamment confirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 27 septembre 1984 lorsqu'une créance a été mise en gage par l'endossement de la facture, seules les exceptions que le débiteur avait au moment de la notification sont opposables au cessionnaire.

§ 2. La cession de créance et son opposabilité.

Rappelons qu'il y a cession de créance lorsque, par convention, un créancier transfère à un tiers la créance que confère le lien d'obligation sur le débiteur.

La cession de créance a longtemps présenté l'inconvénient d'imposer des formalités d'opposabilité au débiteur cédé (client) particulièrement lourdes (article 1690 du code civil), ce qui se révélait problématique au regard d'une volonté de rapidité, d'efficacité et de diminution des coûts de l'opération.

Faisant écho aux critiques formulées par la jurisprudence et la doctrine à l'encontre d'une telle rigueur, les articles 4 à 6 de la loi du 6 juillet 1994 précitée ont apporté des modifications substantielles au régime de la cession de créance, en allégeant sensiblement le régime de son opposabilité aux tiers. Depuis cette loi, en effet, la simple notification de la cession ou la reconnaissance par le débiteur cédé suffisent à rendre la cession opposable à ce dernier (article 1690 al. 2 du code civil).

§ 3. La subrogation personnelle de source conventionnelle

Subrogation = substitution dans un rapport juridique donné, d'une personne à une autre personne (subrogation personnelle) ou d'une chose à une autre chose (subrogation réelle) avec le maintien par ailleurs de toutes les caractéristiques de ce rapport juridique.

Le paiement avec subrogation est un mécanisme juridique (légal ou conventionnel) par lequel un tiers (le subrogé, celui qui se substitue à une autre personne) qui a payé la dette d'autrui, prend à tous les égards la place du créancier originaire (le subrogeant à l'encontre de son débiteur, à la suite de ce paiement et à concurrence de celui-ci. Une telle convention présente l'avantage d'être parfaite entre parties (subrogeant et subrogé) sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir le consentement du débiteur. Contrairement à la cession de créance, aucune formalité d'opposabilité n'est requise à l'égard du débiteur même si son information pourra se révéler utile dès lors que son paiement au créancier subrogeant sera libératoire.

En droit commun, la subrogation suppose cependant :

- Une dette à payer
- Un paiement effectif préalable
- Un paiement par un tiers de la dette d'autrui

Conditions particulières : article 1250 1°

L'application de la subrogation au *factoring*

Il présente l'avantage que dès lors que le tiers (factor) a été subrogé dans les droits du créancier qu'il désintéresse, la signification du transfert de créance au client de l'adhérent subrogeant n'est pas nécessaire. La subrogation présente cependant l'inconvénient de limiter l'ampleur de la transmission au montant du paiement effectué par le subrogé.

La pratique a néanmoins remédié à cet inconvénient. L'affactureur s'acquitte du montant total de la créance mais impute immédiatement une commission. Ainsi, il est subrogé dans la totalité de la créance en ne décaissant qu'une partie de son montant.

Chapitre 3 - La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales

Section 1 Considérations générales

§ 1^{er}. La directive européenne du 29.06.00

Transposée par la loi du 2 août 2002. C'est principalement la protection du créancier et non plus du débiteur qui est recherchée à travers des dispositifs qu'elle met en œuvre (risques systémiques au vu des retards de paiement). Elle est également le résultat d'une prise de conscience que les retards de paiement sont une des principales causes de difficultés de trésorerie que présentent les entreprises, constituant du même coup un obstacle à la fluidité des transactions transnationales.

§ 2. La loi belge du 2 août 2002

Le caractère impératif de la loi ?

Seul son article 7 est impératif. Les articles 4, 5 et 6 sont par contre supplétifs de la volonté des parties sous réserve du mécanisme de révision prévu à l'article 7.

Combinaison avec autres réglementations.

Section 2 Le champ d'application

§ 1^{er}. Une transaction commerciale

« Transaction entre entreprises ou entre des entreprises et des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices qui conduit à la fourniture de biens (comme la vente) ou à la prestation de services (comme l'entreprise) en contrepartie d'une rémunération» (article 2, 1^o de la loi)

§ 2. La qualité des parties contractantes

Il ressort du libellé de l'article 2 que la nature du contrat n'est pas essentielle, contrairement à la qualité des contractants qui est déterminée par le législateur et, donc, déterminante du champ d'application personnelle.

Entreprise : « toute organisation agissant dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante, même lorsque cette activité n'est exercée que par une seule personne». Le sens donné à cette notion est donc celui que privilégie également le droit de la concurrence ».

Est ainsi visée toute entité (personne physique ou morale) qui exerce une activité économique quels que soient son statut et sa forme, juridiques ou son mode de financement, cette activité économique consistant à offrir des biens ou des services sur un marché. Sont donc inclus dans cette catégorie :

- Toutes les sociétés quelle que soit leur taille
- Les indépendants, c'est-à-dire non seulement les commerçants mais aussi les titulaires de professions libérales, les artisans et les agriculteurs.

Sont par contre exclues du champ de la loi ; les transactions conclues en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle comme ce sera notamment le cas de celles conclues avec un consommateur.

La notion de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice.

Ce faisant, la loi belge vise plus particulièrement les pouvoirs en entités visés par l'article 4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services (voir aussi articles 2, 3^o). Sont ainsi notamment visés l'Etat, les Communautés et

Régions, les provinces, les communes, les intercommunales, les organismes et associations d'intérêt public

§ 3. Retard dans le paiement d'une contrepartie de la chose ou du service

La limitation aux seules rémunérations d'une transaction commerciale

La loi ne vise que les paiements qui constituent la rémunération de transactions commerciales (article 3 al. 1^{er} de la loi).

Elle ne s'applique donc pas :

- A la dette de l'indemnisation
- Aux autres obligations pécuniaires qui trouvent leur source dans la transaction commerciale
- Aux subsides qui sont versés par les pouvoirs publics dès lors que ces subsides ne peuvent être compris comme rémunérant un bien ou un service.

Exclusions légales

Article 3 al. 3

Section 3 Les principes de la loi: un délai de paiement et une sanction en cas de retard d'exécution

§ 1^{er}. Les délais de paiement : 30 jours

Article 4 pose pour principe que sauf clause contraire respectant les limites fixées par l'article 7, le paiement doit être effectué dans un délai de 30 jours.

Le point de départ du délai (article 5)

Celui-ci prendra, en effet, cours le jour qui suit celui :

- De la réception par le débiteur de la facture ou d'une demande de paiement équivalente - ou
- De la réception des marchandises ou de la prestation de services si la date est incertaine ou si le débiteur reçoit la facture ou la demande de paiement avant les marchandises ou les services – ou
- De l'acceptation ou de la vérification permettant de certifier la conformité des marchandises ou des services avec le contrat si la loi ou le contrat prévoit une procédure d'acceptation ou de vérification et si le débiteur reçoit la facture ou la demande de paiement plus tôt ou à la date de l'acceptation ou de la vérification.

§ 2. Le retard de paiement et sa sanction

Les intérêts moratoires

La loi du 2 août 2002 déroge partiellement au droit commun des obligations contractuelles. La sanction de retard de paiement est précisée à l'article 5 de la loi : à défaut pour le débiteur de respecter le délai légal, la loi prévoit qu'un intérêt moratoire est dû de plein droit et sans MED préalable. Premier semestre de 2009 taux à 9,5 %.

Dans un arrêt du 3 avril 2008, la cour de justice considère que le paiement du débiteur est considéré comme tardif, aux fins de l'exigibilité d'intérêts de retard, dès lors que le créancier ne dispose pas de la somme due à l'échéance. Or, en cas de paiement effectué par virement bancaire, seule l'inscription du montant dû sur le compte du créancier est de nature à permettre à ce dernier de disposer de ladite somme.

L'indemnisation des frais accessoires engendrés par le non-paiement

L'article 6 de la loi ajoute que sauf dérogation conventionnelle respectant les exigences de l'article 7, le créancier est, en outre en droit de réclamer à son débiteur qui reste en défaut de payer :

- Un dédommagement raisonnable
- Le remboursement des frais judiciaires

§ 3. L'obtention d'un titre exécutoire

L'article 5 de la directive impose, en outre, aux Etats membres de veiller à ce qu'un titre exécutoire, quel que soit le montant de la dette, puisse être obtenu normalement dans les 90 jours civils après que le créancier a formé un recours ou introduit une demande auprès d'une juridiction ou d'une autre autorité compétente, lorsqu'il n'y a pas de contestation portant sur la dette ou des points de procédure. Arrêt de la Cour de justice du 11 septembre 2008, elle a décidé que la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une disposition nationale. On ne peut procéder à une exécution forcée avant l'échéance d'un délai de 120 jours à compter de la notification du titre exécutoire de ladite administration.

Section 4 Clauses contractuelles contraires

Le principe: la liberté contractuelle

La loi autorise par principe les parties à déroger :

- Au délai endéans lequel le paiement doit intervenir
- Aux taux d'intérêt
- Aux conditions de la déduction de l'intérêt
- A la possibilité de récupérer les frais de recouvrement de la dette

Les limites: les conditions de validité des clauses dérogatoires

Comme il est dit aux articles 5 et 6, une telle dérogation ne peut cependant être reçue que dans les limites prévues à l'article 7 qui fixe une limite générale à la validité des clauses dérogatoires : la clause ne peut être manifestement abusive à l'égard du créancier.

Les pouvoirs du juge s'agissant des intérêts moratoires.

L'action en cessation (articles 8 à 11)

La loi prévoit enfin une action afin d'ordonner la cessation de l'utilisation de clauses qui constituent un abus manifeste au sens de l'article 7. Cette action peut être formée à la demande (article 9) :

- Des intéressés
- Du ministre compétent ou des ministres compétents pour la matière concernée
- De l'autorité professionnelle ou d'un groupement professionnel ou interprofessionnel jouissant de la personnalité civile

Elle est de la compétence du président du tribunal de première instance ou de commerce et sera formée et instruite selon les formes du référé (article 10).

L'article 11 de la loi prévoit, par ailleurs, que le juge peut ordonner l'affichage et la publication de sa décision ou d'un résumé de celle-ci, et aux frais du contrevenant notamment par la voie de la presse.

TITRE II – LE PAIEMENT ET LE CREDIT

Chapitre 1 – La lettre de change

Les origines et les raisons d’être

Historiquement, la lettre de change est l’une des institutions emblématiques du droit commercial, à côté de la société, des tribunaux de commerce et de la faillite. D’autres étapes eurent ensuite pour effet de détacher la lettre de change de son rôle d’instrument de change et de renforcer sa fonction d’instrument de paiement.

Le cadre légal - Loi du 31 décembre 1955

Actuellement, la loi du 31 décembre 1955 demeure la base légale du droit cambiaire belge. Certaines législations particulières tendent, en outre, à réglementer l’utilisation des lettres de changes. D’autres, enfin, interdisent son usage dans les relations nouées avec les consommateurs (article 3çbis et 94bis de la LPCC).

Section I – Les notions et le mécanisme

§ 1. Définitions liminaires

La lettre de change est une institution à laquelle les souscripteurs adhèrent par une déclaration unilatérale de volonté, exprimée suivant les formes prescrites par la loi et donnant naissance à un engagement abstrait et littéral.

Ou

« Un titre par lequel l’émetteur (le tireur) garantit inconditionnellement au porteur légitime qu’une personne désignée dans le titre (le tiré) lui payera une somme d’argent déterminée ».

Le tireur crée la lettre de change tandis que le tiré doit la payer. Le porteur est celui entre les mains duquel se trouve la lettre de change qui a « circulé ». Il est dit « légitime » lorsqu’il peut justifier de son droit par une suite ininterrompue d’endossement (article 16). Toute lettre de change suppose l’existence d’un rapport fondamental sous-jacent : le tireur émet la traite car il dispose d’une créance sur le tiré. Le rapport issu du contrat de vente est appelé « rapport fondamental » et le rapport issu de la lettre de change « rapport cambiaire ».

Le rapport fondamental et le rapport cambiaire

Ils sont chacun soumis à des règles propres. Ils exercent, cependant, une certaine influence l’un sur l’autre.

Provision = la créance extra-cambiaire que le tireur possède contre le tiré et en vertu de laquelle il invite celui-ci à payer la traite (ex. prix de vente des marchandises)

Couverture = les valeurs que le tiré a reçues du tireur ou d'un tiré et qui lui permettront de payer la lettre.

Acceptation = engagement pris par le tiré de payer la lettre de change suivant les règles du droit cambiaire.

L'endossement = le mode de transmission de la lettre de change, par la remise du titre, avec une mention normalement inscrite au dos du titre, d'où vient son nom

Lorsque la traite est transmise, il existe nécessairement un rapport fondamental d'obligation entre l'endosseur et l'endossataire.

§ 2. Le rapport fondamental et le rapport cambiaire et leurs influences réciproques

L'influence du rapport cambiaire sur le rapport fondamental.

L'émission d'une lettre de change ne fait pas disparaître le rapport fondamental. Seule l'existence de la créance issue du rapport fondamental est suspendue parce que le tireur, titulaire de la créance fondamentale a accordé un délai (à savoir l'échéance de la traite) en ayant recours à une technique particulière de paiement.

L'influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire : position du problème

Le rapport fondamental exerce également une influence sur le rapport cambiaire. Il confère parfois certains droits au titulaire de la lettre de change : le porteur a un privilège sur la provision et dans la mesure de cette provision il peut exercer contre le tiré non accepteur mais provisionné une action directe en paiement de la traite (article 83 de la loi).

L'influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire doit également être étudiée sous l'angle de la possibilité, pour le tiré, d'opposer au porteur des exceptions issues du rapport fondamental.

Aller lire exemple dans le syllabus page 260.

L'influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire : la thèse de J. Ronse

Deux sortes d'abstractions

Abstraction « matérielle » et abstraction « formelle »

L'abstraction matérielle suppose que la traite ait circulé et se trouve dans les mains d'un porteur. En ce cas, le tiré ne peut opposer au tiers porteur les exceptions issues du rapport fondamental.

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 – premier 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 tire prouve à première vue le droit du porteur, mais le débiteur garde la faculté d’établir l’inexistence ou le vice de l’obligation sous jacente.

L’influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire : la thèse de J. Heenen

Selon cette seconde thèse, l’engagement cambiaire est en toute hypothèse abstrait : la règle de l’inopposabilité des exceptions doit s’appliquer dans les relations entre le tireur et le tiré comme dans celles entre le tiré et un tiers porteur (articles 17 et 28 al. 2). En acceptant la traite, le tiré s’interdit toute référence au rapport fondamental et il pourrait donc être condamné à payer la traite quitte à exercer ensuite une action distincte, fondée sur le rapport fondamental pour se faire rembourser. On évite la résistance abusive des débiteurs de mauvaise foi et on renforce la portée de la signature cambiaire : la lettre de change implique un délai de rigueur et un crédit de paiement.

L’approbation de la thèse de J. Ronse par la Cour de Cassation

La Cour de cassation a donné sa caution à la première de ces thèses. Ainsi, entre parties immédiates, il n’existe qu’une abstraction formelle ; l’abstraction matérielle ne prend vigueur qu’après l’endossement.

Section II – Les fonctions de la lettre de change

Un instrument de paiement

En tant qu’ordre de payer une certaine somme d’argent à l’échéance convenue, la lettre de change est un instrument de paiement de la créance que le tireur détient en vertu du rapport fondamental sur le tiré.

Un instrument de crédit : « escompte-cédant » ou « escompte-fournisseur ».

Par la fixation d’une échéance, la lettre de change permet au tireur d’accorder au tiré un crédit direct. Plus généralement, la lettre de change remplit sa fonction de crédit grâce à l’intervention d’un banquier.

Escompte-cédant = mécanisme de financement permettant à un vendeur-tireur qui dispose d’une créance à terme contre son acheteur-tiré d’obtenir anticipativement le paiement du montant de la lettre de change diminuée d’une commission d’intérêt (l’escompte).

Escompte-fournisseur = mécanisme de financement qui permet à un débiteur d’assurer, grâce au concours de son propre banquier dans le cadre d’une ouverture de crédit, le paiement immédiat d’un fournisseur qui ne consent pas à traiter à terme, tout en se réservant lui-même les délais de paiement qui lui sont nécessaires.

Le recouvrement

Les règles régissant les obligations cambiales tendent à offrir au porteur de la lettre de change la certitude d'être payé à l'échéance. L'émission d'une lettre de change facilite, par conséquent, le recouvrement de la créance, qui peut être assuré à l'intervention d'une banque à qui la lettre de change est endossée, en vertu d'un mandat d'encaissement.

Section III – Les règles communes

La coexistence des engagements cambiaux et extra-cambiaux

Il a été exposé que, sauf convention particulière, l'émission d'une lettre de change ne faisait pas disparaître le rapport fondamental extracambial existant entre le tireur et le tiré. Elle a, toutefois, pour effet de suspendre l'exercice des droits cambiaux jusqu'à l'échéance de ladite lettre, du moins si celle-ci est plus éloignée que celle de la créance originale. Il en résulte que le créancier dispose de deux voies de recours contre son débiteur : l'une puisée dans le rapport fondamental et l'autre dans le rapport cambial. Même introduite simultanément les deux demandes, qui restent soumises à leur propre régime étant entendu cependant qu'il ne peut se faire payer deux fois.

L'engagement personnel du signataire

Le mécanisme de la lettre de change ne peut être troublé par l'inexistence ou le dépassement d'un pouvoir de représentation (article 8 de la loi).

La rigueur cambiale

La date de l'échéance est le centre de gravité de la lettre de change : à la date convenue, la traite doit être payée. A défaut, elle ne remplirait plus son rôle monétaire et ne serait plus prise en crédit à court terme. Le respect de cette échéance fait donc partie du mécanisme. Aucun délai de grâce – légal ou judiciaire – ne peut être accordé à l'un des débiteurs cambiaux (article 74 de la loi).

L'indépendance et la « segmentation » éventuelle des engagements cambiaux

Toute personne qui signe une lettre de change est engagée par sa signature, quelle que soit la validité des autres signatures. Ainsi, si une lettre de change est signée par des incapables, la nullité de leurs engagements n'affecte pas en soi la validité des autres signataires de la traite (article 7 de la loi + article 69 de la loi).

L'inopposabilité ou la purge des exceptions.

Article 17 = « 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 ».

Souci de favoriser la circulation d'un titre dont l'existence est dominée par la simplicité et la ponctualité : le créancier doit accepter le titre comme paiement, le banquier ne doit pas hésiter à l'escompter. Les objectifs de sécurité, de rapidité et de simplicité sont rencontrés, d'une

part, en dispensant le porteur de s'informer des droits des porteurs antérieurs et, d'autre part, par l'interdiction adressée au tiré de se prévaloir, contre le nouveau porteur, des exceptions qu'il pouvait faire valoir à l'égard des porteurs précédents.

Il y a 5 types d'exception toujours opposables :

- Celles déduites du libellé de la traite
- Celles fondées sur le droit cambiaire
- Celles tirées de l'incapacité ou de l'absence de consentement du débiteur
- Celles fondées sur l'extinction de l'obligation cambiaire

Qu'en est-il si l'ignorance du porteur trouve sa source dans sa propre négligence ?

Arrêt du 3 mars 1992 de la Cour d'appel de Mons : la négligence n'empêche pas l'application de la règle de l'inopposabilité des exceptions. La circonstance que le porteur d'une lettre de change, en l'acquérant, n'ait pas agi sciemment au détriment du débiteur ne fait cependant pas obstacle à ce que le débiteur actionné intente une action en DI fondée sur les articles 1382 et 1383 du code civil. Quant à la connaissance du préjudice que subira le débiteur, la jurisprudence oscille entre une connaissance in abstracto et une connaissance in concreto.

Section IV – La création (articles 1 à 10)

§ 1 – Les conditions de fond

L'objet

L'objet doit être une somme déterminée à payer inconditionnellement. Le tireur fixe le montant du titre en considération de la provision.

La capacité de l'émetteur

Dans le silence de la loi, il s'agit d'un problème qui doit être réglé par chaque législation nationale.

§ 2 – Les conditions de forme

Le droit cambiaire par nature littéral et formaliste se devait d'exiger un document répondant à des conditions de formes strictes. L'article 1^{er} de la loi impose l'insertion de huit mentions dont le défaut entraîne, en principe, la nullité absolue du titre comme lettre de change, opposable à tout porteur. Le document peut valoir comme preuve d'un engagement civil ou commercial contracté entre les signataires du titre (article 2). L'article 10 de la loi permet, enfin, qu'une lettre de change incomplète lors de sa création soit ultérieurement complétée. Par cette régularisation, le document initialement vicié devient une lettre régulière. Cette régularisation doit être réalisée au plus tard à l'époque de la demande de paiement.

La dénomination "*lettre de change*" et l'ordre de payer une somme déterminée (article 1^{er} 1^o et 2^o)

L'écrit doit révéler qu'il s'agit d'une lettre de change. Ce titre ayant un statut propre, il faut à la fois le qualifier clairement et attirer l'attention des signataires. L'ordre qui est adressé au tiré doit porter sur une somme déterminée. Il est, toutefois, admis que le montant ne soit pas indiqué au moment de la création de la lettre de change. Il y a alors traite en blanc. Seules les lettres de changes payables à vue ou à un certain délai de vue peuvent prévoir que la somme est productive d'un intérêt (article 5).

Le nom de celui qui doit payer (article 1^{er} 3°)

Il faut, mais il suffit, qu'on puisse identifier le tiré, sans qu'il faille donner nécessairement son identité complète ainsi que son domicile ou son siège social. Un nom commercial pourrait donc être suffisant dès lors qu'il permet d'identifier le tiré.

L'indication de l'échéance (article 1^{er} 4°)

La lettre peut être tirée de différentes façons. A défaut de précision, elle est réputée payable à vue, selon une présomption irréfragable. La lettre tirée à vue doit être payée lors de sa présentation qui doit avoir lieu dans l'année de la création de la lettre ou de la date fixée par le tireur pour la présentation (article 34). Le porteur d'une lettre à un certain délai de vue ne peut exiger le paiement qu'après l'écoulement d'un certain délai prenant normalement cours à la date d'acceptation et à défaut à celle du protêt (article 35). Le porteur d'une lettre à un certain délai de date ne peut demander le paiement qu'après un certain délai prenant cours au jour de la création de la lettre (article 36). Le porteur d'une lettre à jour fixe ne peut obtenir le paiement qu'à la date fixée (article 37).

L'indication du lieu du paiement (article 1^{er} 5°)

Le porteur doit connaître par la lecture de la traite, l'adresse où il doit la présenter pour obtenir l'acceptation et le paiement du tiré. Si ce lieu n'est pas indiqué, la traite est réputée payable au lieu indiqué à côté du nom du tiré (article 2)

Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait (article 1^{er} 6°)

Il faut indiquer le nom du premier bénéficiaire de la traite, qui peut être le tireur lui-même (article 3). Une lettre de change ne peut donc être créée au porteur.

L'indication de la date et du lieu de création (article 1^{er} 7°)

La loi impose également d'indiquer la date de création de la lettre de change.

La signature de celui qui émet la lettre (article 1^{er} 8°)

Il s'agit d'une règle de fond et de forme car cette mention individualise l'émetteur autant qu'elle révèle sa volonté de créer la lettre. Toute clause par laquelle il s'exonérerait de la garantie de paiement est réputée non écrite (article 9). L'article 8 énonce que le signataire ayant agi comme représentant d'une autre personne est personnellement tenu s'il ne détenait pas le pouvoir de représentation ou en a dépassé les limites.

Section V – La provision

Article 80 de la loi. La définition légale confond provision et couverture. La provision est en effet plus correctement la créance extracambiale qu'a le tireur sur le tiré tandis que la couverture est la valeur concrète que le tiré reçoit du tireur. Seule la provision joue un rôle dans le rapport cambial : la couverture ne représente qu'une contrepartie matérielle.

Quand la provision doit-elle exister ?

Selon l'article 80 de la loi, la provision doit exister, non au moment de l'émission de la traite, mais à l'échéance convenue. Que la provision ne soit pas constituée à l'échéance ne rend pas nulle la lettre de change.

Les droits du porteur contre le tiré provisionné non accepteur

Article 83 de la loi. 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 rapport cambial. L'action directe fait échapper le porteur au concours des créanciers au tireur sur la provision.

La nature des droits du porteur sur la provision

Article 81 de la loi. Cela 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 une dette antérieure.

Le privilège du porteur sur la provision

L'article 81 de la loi instaure un privilège sur la provision en faveur du porteur. La provision se trouvant dans l'actif du tireur, c'est lors de la faillite de ce dernier que jouera ce privilège ; si le tiré fait faillite, le porteur ne dispose, par contre d'aucun privilège.

Si le tiré n'a pas accepté la traite, le porteur ne dispose d'aucune action cambiale contre lui et sa seule ressource consiste à exercer l'action axée sur le rapport fondamental. Si le tiré a accepté la traite, le porteur dispose d'une action qu'il puise dans le rapport cambial. Le privilège ne présente alors un intérêt que dans l'hypothèse où le tiré n'est pas en mesure de payer la traite à l'échéance.

Les lettres de change sans provision, fictives et de complaisance

Section VI – L'acceptation

La notion et les effets

L'acceptation est l'engagement que prend le tiré de payer la lettre de change suivant les règles du droit cambial : le tiré accepte d'entrer dans le rapport cambial, s'il n'accepte pas, il reste étranger à la lettre de change et son obligation n'est pas de nature cambiale.

L'acceptation est davantage qu'une reconnaissance de dette : le tiré participe à l'émission de la lettre de change dans laquelle il prend le rôle de débiteur principal. C'est à lui que le porteur réclamera le paiement et il est tenu d'une manière personnelle et directe à l'égard de tous les porteurs présents et futurs, qui ont contre lui un droit indépendant de celui des autres. Si le tiré accepteur n'a pas reçu provision du tireur, il reste tenu de payer le porteur, mais il est alors en droit de se faire rembourser par le tireur.

La procédure d'acceptation

L'acceptation de la lettre de change suppose que celle-ci soit présentée à l'acceptation par le porteur qui n'en a cependant pas l'obligation. Le porteur requiert l'acceptation au domicile du tiré, même s'il y a un domiciliataire (article 21). Cette acceptation peut, en principe, être requise à tout moment, et ce jusqu'à l'échéance. Il peut y avoir des clauses qui interdisent la présentation de l'acceptation, qui stipulent qu'elle ne pourra se faire qu'après tel délai ou qui imposent la présentation (article 22).

Les conditions de fond et de forme

L'acceptation doit émaner de la personne désignée comme tiré. Celle-ci doit avoir la capacité de s'engager, de poser un acte de commerce. L'acceptation doit être pure et simple : conditionnelle ou assortie de réserves, elle équivaut à un refus (article 26). L'article 25 de la loi impose que l'acceptation soit écrite sur la lettre de change et prévoit, à ce propos, deux mœurs d'expression : soit une signature du tiré au recto de la lettre de change, soit l'apposition du mot « accepté » ou de tout autre mot équivalent en sus de la signature du tiré au verso de la lettre de change. Cette disposition ajoute que si la lettre de change est payable à un certain délai de vue, la lettre de change doit être datée.

Le recours en cas de défaut d'acceptation

Le refus d'acceptation faisant présager un défaut de paiement, la loi ouvre au porteur un recours avant l'échéance pour inviter les garants (tireur et endosseurs) à payer l'effet (article 43). Rappelons que la loi octroie au porteur une action directe extracambiale contre le tiré non accepteur, dans la mesure de la provision (article 83).

Section VII – L'endossement

§ 1^{er} – La définition et les conditions de fond et de forme

La notion et le mécanisme

Article 11 et 16. La lettre de change étant un instrument de paiement, il convient de trouver un mécanisme rapide et facile permettant d'assurer sa transmission. L'endossement consiste en l'apposition sur le dos de la lettre de change de la signature du cédant (endosseur). La transmission d'une lettre de change n'est pas une cession de créance : le tiré ne peut pas en principe opposer au porteur les exceptions qu'il aurait pu opposer au tireur sur la base du rapport fondamental.

Les conditions de fond et de formes

L'endosseur doit avoir la capacité de s'engager et de poser un acte de commerce en la forme (article 13 et 14). L'endosseur doit apposer sa signature au dos de la lettre de change et indiquer la date de l'endossement (article 20). L'article 12 précise en outre que l'endossement doit être pur et simple : la condition éventuelle est réputée non écrite et l'endossement partiel est nul, en sorte que la transmission n'a pas lieu.

§ 2 - Les effets

Le mécanisme de l'endossement augmente, par les transmissions successives, le nombre de garanties sans pour autant multiplier le nombre d'exceptions. Toute personne qui détient la traite a droit au paiement, de même que toute personne qui a signé la traite est responsable du paiement.

La transmission des droits

Le premier effet de l'endossement est de transmettre tous les droits résultant de la lettre de change (article 14). L'endossement n'emporte pas la transmission de la provision – qui reste la propriété du tireur – mais bien du privilège sur la provision.

La garantie solidaire de l'endosseur

L'article 15 de la loi prévoit que l'endosseur, qui participe à la circulation de la traite, devient sauf clause contraire, garant de l'acceptation et du paiement.

Ceci différencie l'endossement d'une cession de créance au sens du code civil : dans une cession de créance, le cédant garantit, en effet, l'existence de la créance (article 1693 du code civil), mais non la solvabilité du débiteur sauf, s'il y est engagé et jusqu'à concurrence seulement du prix retiré de la créance (article 1694 et 1695 du code civil). Dans le régime de l'endossement, au contraire, la garantie du paiement et, partant, de la solvabilité du débiteur est le principe, non l'exception, et elle porte sur la totalité du montant de la créance. Cette garantie solidaire n'est pas soumise à l'article 1203 du code civil qui prévoit que le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir.

Section VIII – L'aval (articles 30 à 32)

§ 1 – Notions

L'aval et la caution

Une lettre de change est prise ne paiement ou en escompte en fonction de la valeur des signatures qu'elle porte. Si le crédit de l'un des signataires est discuté, une autre personne peut garantir le paiement ou renforcer la signature mise en doute. L'aval est la garantie cambiaire par laquelle une personne, tiers ou signataire de la lettre de change (article 30) conforte ainsi les obligations d'une autre signataire. L'aval est un débiteur indépendant dont les droits et les engagements sont soumis au droit cambiaire. L'engagement de la caution est l'accessoire d'une obligation valable (article 2012 du code civil) alors que l'aval est tenu même si l'obligation garantie est nulle (article 32).

§ 2 – Les conditions

Article 31. L'aval est en principe donné sur la lettre de change par une personne ayant la pleine capacité de s'engager. La loi admet toutefois que l'aval soit donné par un acte séparé. L'aval doit signer la lettre de change au recto et au verso. L'aval doit indiquer le montant et concurrence duquel il donne sa garantie (article 30). L'aval doit préciser pour le compte de qui il est donné. A défaut, il est réputé donné pour tireur.

§ 3 – Les recours liés à l'aval

L'identité de sort de l'aval et de la personne qu'il garantit connaît, cependant, une limite : l'engagement cambiaire de l'aval subsiste même si l'obligation de garantie est nulle pour toute autre cause qu'un vice de forme (article 32).

L'aval qui a payé le porteur dispose d'un recours contre la personne qu'il garantissait (article 32). Ce recours ne trouve pas son fondement dans la subrogation légale (article 1251 du code civil) ; c'est en raison de la possession du titre que l'aval peut exercer un tel recours, comme si l'effet lui avait été endossé. L'aval qui a payé peut exercer les recours que la personne qu'il garantissait aurait pu exercer contre les autres signataires de la lettre de change si elle avait effectué le paiement. Si pour une même lettre de change plusieurs personnes ont donné leur aval, celle d'entre elles qui a payé peut, dans un second temps, exercer un recours contributoire contre les autres. Ce dernier recours ne trouve pas son fondement dans la lettre de change mais bien dans le droit commun de la subrogation et il n'est donc pas soumis aux délais de prescription propres aux recours cambiaires.

Section IX - Le paiement

§ 1 – La présentation au paiement (obligation)

La lettre de change peut circuler et être endossée jusqu'au jour de l'échéance dont la mention sur l'effet est essentielle (article 1^{er} de la loi). Cette présentation est obligatoire (article 38). L'obligation de présenter une triple justification.

Le lieu de la présentation

La lettre de change doit être présentée à son lieu de paiement. Le tiré auquel aucune traite n'est présentée à l'échéance peut consigner les fonds à la Caisse des dépôts et des consignations (article 42).

En pratique ce sont presque toujours les banques qui présentent au tiré ou à son banquier les effets escomptés pour obtenir le paiement.

Les vérifications à opérer par le tiré

Le tiré doit tout d'abord vérifier si la lettre de change est effectivement présentée à l'échéance. Le tiré doit également vérifier la qualité de porteur légitime (article 16 de la loi). Le tiré est donc simplement tenu de vérifier si le porteur est le titulaire apparent à la suite de l'endossement qui se sont suivis de manière ininterrompue.

L'obligation du tiré

Dès lors que la lettre est présentée à échéance par son porteur légitime, le tiré est tenu de payer, sans délai de grâce (article 74). Le paiement effectué peut être total ou partiel (article 39).

L'effet du paiement

Le paiement total de la lettre de change au porteur légitime, à l'échéance, par le tiré – qu'il ait ou non accepté celle-ci – entraîne l'extinction des obligations cambiales. Le paiement effectué par le tiré au porteur légitime n'est, cependant, pas libératoire s'il y a une fraude ou une faute lourde de sa part (article 40).

La remise du titre

Lors du paiement, le tiré peut exiger que la lettre de change acquittée lui soit remise par le porteur (article 39). Il en est de même lorsque le créancier lui demande le paiement de la créance sous-jacente. Le tiré renonce à son droit d'exiger la remise de la lettre de change si celle-ci est introduite dans le système d'encaissement automatisé. La remise de la lettre de change au tiré constitue entre commerçants une présomption simple de la libération du tiré.

§ 2 – Le protêt (obligation)

Le protêt est la constatation par un huissier que le tiré est en défaut de payer. Il prouve non seulement la carence du tiré, mais aussi la présentation de la lettre de change. La loi instaure une obligation de protester quand le tiré n'accepte pas la lettre de change (article 44). De l'établissement d'un protêt dépend de la possibilité d'exercer les recours cambiaux sauf à l'égard de l'accepteur (article 53) et du tireur qui n'a pas fait provision (article 82). C'est pourquoi un protêt s'impose, en principe, même si le tiré est insolvable.

Quatre exceptions :

- La lettre change contient une clause de dispense de protêt ou retour sans frais
- La confection du protêt est rendue impossible par un événement de force majeure qui se prolonge plus de trente jours (article 54)
- Un protêt a été établi faute d'acceptation (article 44)
- La cessation de paiement du tireur d'une lettre de change non acceptable ou du tiré, accepteur ou non, est contestée par une décision judiciaire (article 44)

Le délai et le lieu d'établissement

Le protêt faute d'acceptation doit être dressé dans les délais fixés pour la présentation de la lettre de change et au plus tard le lendemain du dernier jour utile pour la présentation à l'acceptation, tandis que le protêt faute de paiement doit être dressé l'un des deux jours qui suivent le jour où la lettre de change est payable (article 44 + article 5 §1^{er} de la loi du 3 juin 1997 sur les protêts).

La publicité rapide

Le premier jour ouvrable suivant la date du protêt, l'huissier de justice instrumentant doit en transmettre une copie au dépositaire central, à savoir la Banque nationale de Belgique (article 8 de la loi du 3 juin 1997 et article 2 de l'arrêté royal d'exécution du 15 septembre 1997). S'il s'agit d'un protêt faute de paiement établir pour une lettre de change introduite dans le système automatisé d'encaissement des effets de commerce. Conformément à l'article 45 de la loi, le porteur doit donner avis du défaut d'acceptation ou de paiement de son endosseur, dans les 4 jours ouvrables qui suivent le jour du protêt ou de la présentation en cas de clause de retour sans frais.

§ 3 – Les recours et les déchéances

Les recours avant échéance

Article 43. Mais normalement, le porteur ne dispose pas de recours avant l'échéance, date pivot autour de laquelle le régime de la lettre de change est organisé.

Les recours à l'échéance

Le porteur impayé peut exercer son recours contre les endosseurs, le tireur et tous les autres signataires de la lettre de change (article 47). Celui qui paie la lettre de change a le droit d'exiger de la recevoir du porteur avec le compte acquitté. A son tour, il peut poursuivre ses coobligés, mais il ne peut poursuivre que ceux qui ont signé avant lui et qui sont ses propres garants. Le porteur négligent est, en principe, déchu de son droit de recours. Est négligent celui qui n'a pas présenté la lettre de change à l'échéance ou n'a pas fait dresser un protêt faute d'acceptation ou faute de paiement dans le délai légal. Même négligent, le porteur a le droit d'exercer un recours contre le tiré accepteur (article 53). La sanction de la déchéance peut faire l'objet d'aménagements conventionnels. Lorsqu'il exerce son recours, le porteur a le droit, selon l'article 48, de demander le paiement de la valeur nominale de l'effet, des intérêts depuis l'échéance et de l'ensemble des frais.

§ 4 – Les prescriptions

La lettre de change est un instrument dont la durée de vie est courte, il convient de limiter dans le temps le droit d'exercer les recours cambiaires afin que les garants restent le moins longtemps possible sous leur menace. Article 70 : délais de recours →

- 3 ans à compter de la date de l'échéance, pour toutes les actions résultant de la lettre de change contre le tiré accepteur.
- 1 an à compter de la date du protêt ou de celle de l'échéance pour les actions du premier porteur contre les endosseurs et les tireurs
- 6 mois à compter du jour où l'endosseur a remboursé la dette ou du jour où il a été lui-même assigné, pour les actions des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur

La prescription est uniquement suspendue par les événements de force majeure (article 71) à l'exclusion de toutes autres causes, telles que celles prévues par les articles 2252 et s. du code

civil. Elle est interrompue par toutes les causes d'interruption prévues par l'article 2244 du code civil.

Chapitre 2 - Crédit documentaire et garantie à première demande

Risques liés aux opérations commerciales internationales.

Le commerce international se caractérise par la particularité des risques que le déroulement de l'opération commerciale peut rencontrer du fait de son caractère international. Ces risques sont notamment :

- La méconnaissance des personnes en relation dans le cadre d'une opération commerciale internationale
- L'accroissement des aléas qualifiables de force majeure qui peuvent affecter le déroulement de l'opération.
- La crainte de devoir mener en terre étrangère et lointaine, des procès à l'issue incertaine et dont l'exécution du titre obtenu peut rencontrer des difficultés plus grande encore

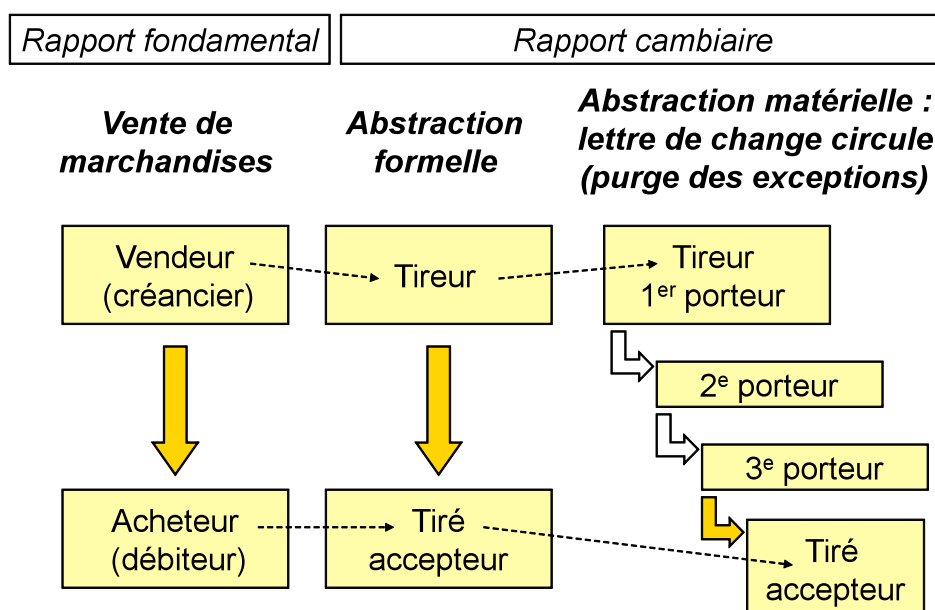
La crédibilité de la banque est indiscutable

L'intervention fréquente d'un tiers de confiance, le banquier, permet de pallier ces risques. Le banquier se doit de veiller au respect de sa réputation de neutralité. La banque acceptera de jouer le rôle qui lui est demandé par son client ou son correspondant bancaire dans le pays du contractant, à la condition que son engagement ne l'entraîne pas dans des vicissitudes et les litiges qui peuvent entourer le déroulement de l'opération commerciale. Elle entend être liée par un engagement dont la mise en œuvre souffre le minimum de contestations. C'est en ce sens qu'on parle d'engagement abstraits = dont la validité et l'exigibilité juridiques se détachent de celles des engagements commerciaux entre importateur et exportateur à l'appui duquel la banque intervient.

Le crédit documentaire = opération par laquelle la banque émettrice, intervenant sur ordre d'un importateur pour le règlement d'une opération commerciale, s'engage à payer l'exportateur (ou son banquier qui peut intervenir comme banque «notificatrice» ou «confirmatrice») contre remise de documents dont la nature et le contenu sont en relation avec l'opération.

Celui qu'il faut rassurer par le crédit documentaire est le vendeur. L'opération que constitue le crédit documentaire se greffe sur une opération de base et peut se représenter comme une opération à trois acteurs : le donneur d'ordre du crédit documentaire, le bénéficiaire et une banque émettrice du crédit documentaire, voire à 4 lorsqu'une seconde banque intervient.

Lettre de change



La garantie bancaire = engagement du banquier émetteur délivré à la demande du donneur d'ordre, en général l'exportateur, de payer une somme déterminée au bénéficiaire, en général l'importateur, en garantie d'une opération économique.

A la différence du crédit documentaire qui est un moyen de paiement, la garantie bancaire est une sûreté où le banquier intervient à l'appui de son client.

Deux critères permettent de les classer :

- **Caractère conditionnel ou non de l'engagement de payer**

La garantie peut être à première demande ; si son exécution ne nécessite que la simple demande du bénéficiaire. Elle peut être documentaire, si son exécution réclame la délivrance de documents en relation avec l'opération économique.

- **Événement garanti (garantie « de soumission », garantie de bonne fin, garantie de remboursement d'acomptes, garantie de paiement)**

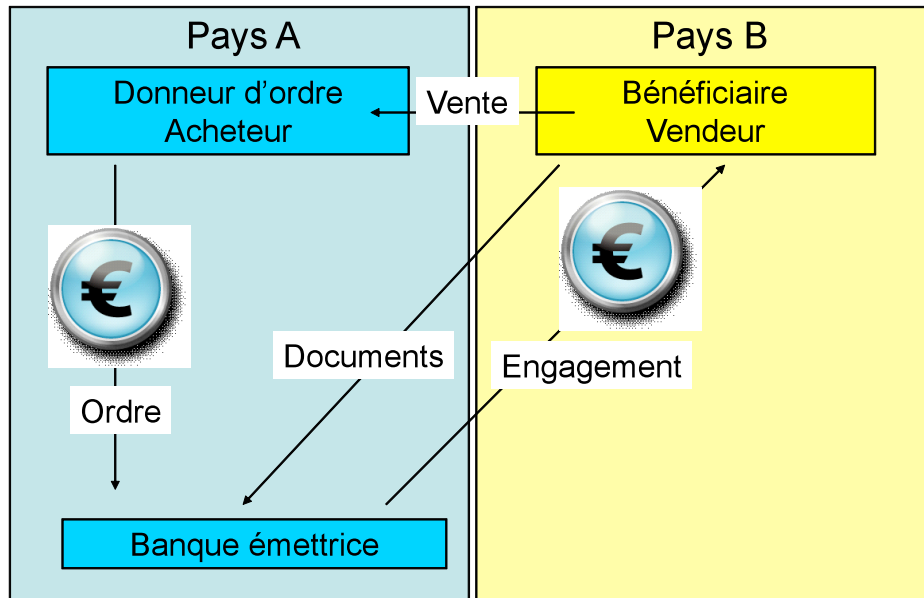
Garantie de soumission = le donneur d'ordre, le soumissionnaire d'un marché, refuserait de signer le contrat qui fait suite à la soumission.

Garantie de bonne fin = elle engage la banque à payer une somme au cas où le bénéficiaire ne serait pas satisfait de l'exécution du contrat.

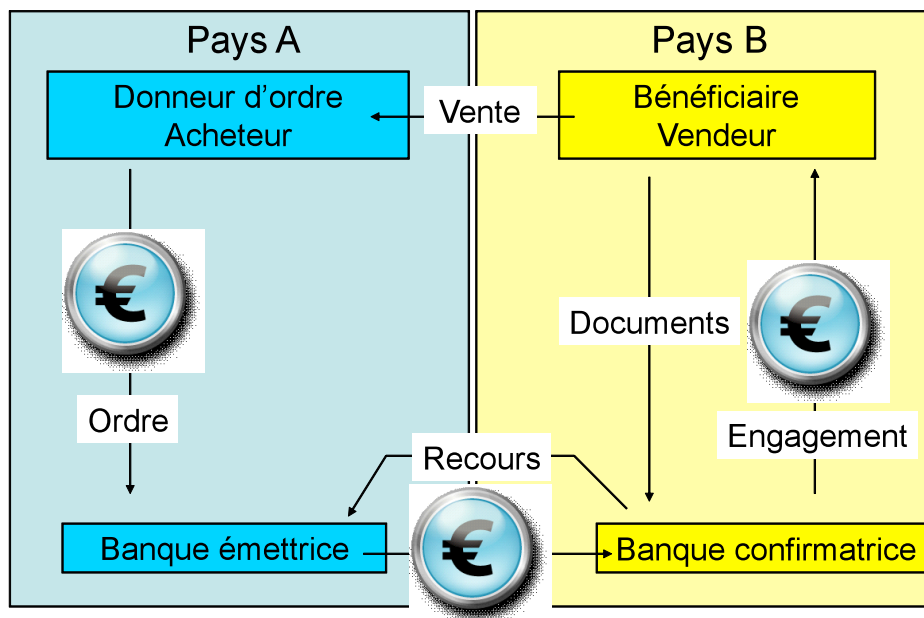
Garantie de remboursement d'acomptes = le garant s'engage à rembourser une certaine fraction du montant des avances payées par bénéficiaire de la garantie au donneur d'ordre de celle-ci.

Garantie de paiement = obligation pour l'importateur de payer le montant dû à la suite de l'opération commerciale.

Crédit documentaire



Crédit documentaire



Des institutions nées de la pratique

Aucune réglementation publique nationale ou internationale ne les encadre. Elles font cependant l'objet d'une codification privée par la Chambre de commerce internationale de Paris (CCI). Celle-ci a arrêté en 1993, les règles et usances uniformes (RUU) relatives au crédit documentaire.

Codification privée par la Chambre de commerce internationale de Paris : «Règles et usances uniformes» (R.U.U.) relatives au crédit documentaire révisées le 25 octobre 2006 et «Règles uniformes de la C.C.I. pour les garanties contractuelles»

Commission des Nations unies pour le commerce international : loi uniforme sur les lettres de garanties internationales» du 26 janvier 1996

Section 1 Le crédit documentaire et son abstraction limitée

Introduction: justification de l'originalité du mécanisme - une méfiance réciproque

Risques particuliers pour l'importateur et pour l'exportateur. L'exportateur n'entend pas se dessaisir d'une marchandise pour laquelle se certitude d'être payé est loin d'être évidente. Comment faire confiance à un importateur lointain qui pourra facilement prétexter du caractère défectueux de la marchandise ou de sa non-arrivée à bon port ? A la demande du premier d'être payé anticipativement afin de couvrir les frais de production et d'expédition de la marchandise, l'importateur répliquera à juste titre par la négative en invoquant sa propre incertitude quant à l'arrivée des marchandises et à leur qualité. Le mécanisme du crédit documentaire répond à cette méfiance réciproque. Le crédit documentaire réalise donc de manière originale l'équilibre d'intérêts entre exportateur et importateur. Il reste à montrer que le droit garantit la validité juridique de ce mécanisme et met le banquier à l'abri de tous risques.

§ 1er. Le rapport fondamental entre le donneur d'ordre (importateur) et le bénéficiaire (exportateur).

Le rapport commercial qui est à l'origine de la demande d'ouverture du crédit documentaire s'analyse en un contrat bilatéral, entraînant, pour l'exportateur une obligation de livraison et, pour l'importateur, une obligation de paiement du prix. C'est à propos de cette dernière que l'importateur demandera à l'exportateur la possibilité de réaliser le paiement par l'ouverture d'un crédit documentaire.

§ 2. Le rapport entre le donneur d'ordre et la banque, émettrice du crédit

Le banquier appelé à émettre le crédit documentaire le fera généralement dans le cadre et selon les conditions de l'ouverture du crédit conclu avec son client, le donneur d'ordre. Le banquier accepte d'émettre le crédit documentaire requis et de recevoir les documents prévus. Il s'agit d'un louage de services : le banquier n'intervient pas vis-à-vis du bénéficiaire au nom et pour le compte du donneur d'ordre, ce que supposerait l'existence d'un mandat représentatif.

Le crédit documentaire et l'ouverture de crédit entre la banque et son client.

§ 3. Le rapport entre le banquier émetteur et le bénéficiaire (l'exportateur) né de l'ouverture du crédit documentaire et de l'émission de la lettre de crédit

L'engagement du banquier est assimilable à la délégation imparfaite non novatoire visée à l'article 1725 du code civil, même si la doctrine insiste sur le caractère sui generis de ce mécanisme bancaire particulier.

Le devoir de paiement du banquier

Si le banquier s'est engagé (engagement abstrait) vis-à-vis du bénéficiaire du crédit documentaire à le payer dès la remise des documents, encore faut-il que les documents soient présentés dans les délais prescrits et qu'ils soient en tous points conformes à ceux stipulés par le crédit documentaire. A l'inverse, tout paiement par le banquier, alors même que les documents sont non conformes ou leur présentation tardive, engage sa responsabilité, même si la livraison a finalement eu lieu à la satisfaction de l'importateur. Ainsi, on a reproché à une banque d'avoir payé sur la base d'un connaissance indiquant que le port d'embarquement de la marchandise était Rotterdam alors le crédit documentaire stipulait le paiement contre remise d'un connaissance émis à partir d'Anvers (même si la marchandise est parfaite et bien arrivée).

Au devoir de paiement de la banque en cas de remise de documents conformes, correspond à l'absolu devoir de cette dernière de refuser le paiement dans le cas contraire, quelle que soit la gravité de la lacune constatée.

Tout paiement est alors exécuté sous la responsabilité du banquier qui, contrevenant aux conditions de l'ouverture de crédit documentaire ne pourra ensuite se retourner contre son client.

Affaire jugée en 1925 par la Chambre des Lords en cause *Equitable Trust of N.Y. v. Dawson Partners* : les documents remis contenaient la certification par un seul expert et non pas par plusieurs comme cela était prévu. Donc les documents présentés devront être conformes à 100% à ceux exigés par le crédit documentaire.

Le devoir de vérification des documents

Il appartient à la banque, au moment de réaliser le crédit au profit du vendeur, de vérifier la régularité des documents et de refuser de payer s'ils n'étaient pas conformes aux conditions prévues dans l'accréditif documentaire. Marge d'appréciation du délai raisonnable (7 jours selon l'article 13 b des RRU et de la CCI) lorsque les documents présentés ou du moins l'un d'eux n'est pas strictement conforme à la lettre même du crédit documentaire. La non-conformité documentaire sera jugée d'après le standard du vérificateur raisonnable et de ce que ce dernier est susceptible d'accepter comme conforme. Si le banquier peut consulter le donneur d'ordre à cet égard, il ne peut substituer le jugement de ce dernier au sien et doit s'en tenir aux seuls documents.

L'exception de fraude évidente

La fraude documentaire est reconnue dans des circonstances évidentes et non contestables. Elle doit être patente. L'existence d'une fraude manifeste, qu'elle émane du bénéficiaire ou d'un tiers, oblige le banquier à refuser le paiement documentaire au motif qu'un document illégal n'est pas conforme. Le banquier ne pourrait donc se voir reprocher le paiement que si

l'examen des documents ou du contexte rend manifeste et non simplement vraisemblable la fraude du bénéficiaire, voire d'un tiers (donc aussi en vertu d'infos extérieures au document).

La possibilité pour le donneur d'ordre du crédit documentaire : l'importateur peut bloquer la demande de paiement

Dans le cas de fraude manifeste, non connue du banquier, le donneur d'ordre peut s'adresser au juge des référés, urgence oblige, pour faire interdire au banquier émetteur de payer. Il s'agit d'hypothèses où la fraude, c'est-à-dire l'interdiction du bénéficiaire de se servir du mécanisme du crédit documentaire pour obtenir un avantage indu, peut faire l'objet de moyens de preuves aisés et évidents.

§ 4. L'intervention de la banque notificatrice ou confirmatrice

Dans le cas du crédit confirmé, la banque confirmatrice s'engage solidairement avec la banque émettrice : elle paiera en cas de présentation de documents conformes et même si le transfert de fonds entre la banque émettrice et celle émettrice confirmatrice se révèle impossible. Cette intervention constitue donc une garantie supplémentaire de paiement pour le bénéficiaire.

§ 5. Le rapport entre le banquier et le donneur d'ordre après paiement : le recours du banquier apériteur ou confirmateur du crédit documentaire.

§ 6. Le recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire sur la base de l'opération commerciale ou rapport fondamental

Le donneur d'ordre ne peut en règle générale s'opposer au paiement opéré par la banque sur la base de documents conformes. Il lui reste à agir à l'encontre de son cocontractant sur la base du rapport commercial, si le paiement des documents jugés conformes a été opéré alors même que les obligations de l'exportateur dans le cadre de l'opération commerciale n'ont point été correctement exécutées (la marchandise n'a pas été livrée ou est de mauvaise qualité).

Section 2 Les garanties bancaires et les dangers d'une abstraction quasi absolue

Les restrictions du champ de l'étude et leurs justifications

L'analyse proposée se limite à la garantie à première demande. C'est la plus absolue, celle où le banquier émetteur, selon la clause usuelle, s'engage, de façon irrévocable, à payer immédiatement, nonobstant toutes exceptions généralement quelconques tirées de l'opération garantie, le montant garanti.

Les arguments en faveur de l'abstraction de la garantie bancaire.

La plupart des garanties bancaires sont émises dans le commerce international à l'occasion d'opérations dites à la grosse exportation.

Réflexions complémentaires sur :

- les garanties dites documentaires.
- l'application à la garantie des principes de la rigueur documentaire et du caractère littéral de l'engagement.
- l'interprétation des clauses.

§ 2. La nature juridique de la garantie à première demande et de la contre-garantie

La validité de la garantie

La validité de la garantie à première demande a été facilement acceptée dans les pays qui nous entourent à l'exception de la France. La réticence de la doctrine et de la jurisprudence française s'expliquait par le fait que le Code civil ne reconnaît que le cautionnement. Or, le principe de l'opposabilité par le garant des exceptions tirées de l'obligation à garantir est essentiel au cautionnement et constitue une disposition impérative applicable à toute sûreté. Dès lors, la garantie, même stipulée à la première demande, doit s'interpréter cille un cautionnement.

La nature causale/abstraite de l'engagement du garant

La nature de la contre-garantie

Elle émise cette fois par la ou les banques du bénéficiaire et souvent exigée par ce dernier. La contre garantie est indépendante à la fois de l'obligation du contrat de base, mais également de la garantie donnée par le banquier du donneur d'ordre.

§ 3. Les risques de fraude dans la mise en jeu des garanties

Les risques d'appel abusif à la garantie à première demande

La facilité pour le bénéficiaire d'obtenir le paiement d'une garantie libellée à première demande fait craindre au donneur d'ordre le risque d'appel abusif. Sans doute, le cas le plus fréquent est l'appel déclenché alors que le donneur d'ordre a parfaitement exécuté ses obligations ou que des événements de force majeure (y compris le fait du prince) propres au commerce international, tel que des mesures d'embargo ou la guerre civile dans le pays du bénéficiaire, lui interdisent l'achèvement des travaux.

Le contexte politique peut être une autre cause d'appel abusif. Ainsi, des pays ont réclamé le paiement de garanties émises par des banques de pays qui avaient pris contre eux des mesures d'embargo ou autres. L'appel, dans ce cas, poursuit des motifs qui éloignent résolument de la raison pour laquelle la garantie a été émise, à savoir la bonne fin des prestations garanties.

L'exception de fraude manifeste ou d'abus de droit

Face à ces appels frauduleux, les banques garantes se trouvent en situation délicate. Elles sont tenues par leur engagement de payer, dont le caractère littéral et indépendant a été souligné. Leur réputation internationale est en jeu et elles hésitent à ne pas honorer leur engagement,

même au risque de déplaire à leur client. Progressivement, la jurisprudence a cependant admis, comme en matière de crédit documentaire, l'exception de fraude manifeste.

Le devoir du banquier de prendre en compte de telles hypothèses et le droit du donneur d'ordre de bloquer le paiement

Il est évident que, bien souvent, c'est le donneur d'ordre qui tentera de rapporter la preuve de la fraude. Sans doute, adressera-t-il d'abord les moyens de preuve dont il dispose au banquier en lui demandant de rejeter l'appel en paiement. Le banquier ne devra refuser le paiement de la garantie au bénéficiaire que lorsque le donneur d'ordre lui a donné la certitude du caractère abusif de l'appel par une preuve univoque dépourvue de toute ambiguïté. A défaut, il ira sans retard devant le juge des référés, vu le devoir du banquier de s'exécuter rapidement. Il obtiendra gain de cause si l'abus est manifeste et le péril imminent, c'est-à-dire qu'il existe, du fait du paiement bancaire, un risque d'un préjudice difficile à réparer.

LIVRE IV Les principaux contrats commerciaux

Introduction : l'entreprise, au cœur d'un «réseau» de contrats.

L'entreprise se situe en effet au cœur d'une multitude de contrats qui la reliant aux autres agents économiques, la font exister (juridiquement et économiquement) et lui permettent de poursuivre les finalités qu'elle assigne sur le marché. Notamment :

- Au contrat constitutif de l'entreprise elle-même
- Aux contrats qui font l'entreprise et l'organisent
- Aux contrats qui assurent le financement de l'entreprise
- Aux contrats qui portent sur le patrimoine de l'entreprise
- A l'éventuel bail conclu relativement aux locaux où est mise en œuvre l'exploitation commerciale
- Aux contrats qui interviennent dans le processus de production ou de distribution

CHAPITRE 1 La classification des contrats

Section 1 Les contrats civils et commerciaux

Les principes classiques

Le contrat commercial sera uniquement celui qui, quel que soit son genre est conclu par un commerçant – au sens de l'article 1^{er} du code de commerce – dans le cadre de son commerce. Il sera, par contre, qualifié de civil lorsqu'il est conclu par un non commerçant ou par un commerçant mais en dehors de toute activité commerciale. Le contrat sera enfin qualifié de mixte lorsque les caractères civil et commercial coexistent.

Les nuances

Dans les faits, certains contrats présenteront en effet, nécessairement soit un caractère civil, soit un caractère commercial. Seront ainsi toujours des contrats civils les contrats qui portent

sur les rapports familiaux (comme le mariage) ou qui sont exempts de tout esprit de lucre. D'un autre côté, certains contrats paraissent ne pouvoir être que commerciaux. C'est spécialement le cas des contrats qui portent sur le fonds de commerce du commerçant et des contrats de coopération conclus en vue de la production ou de la commercialisation de produits ou services.

Section 2 Les classifications doctrinales

§ 1er. Les contrats de coopération égalitaire et de coopération inégalitaire

La coopération égalitaire ou inégalitaire

Les accords de coopération égalitaire sont conclus par des cocontractants juridiquement et économiquement indépendants qui décident de collaborer sur un pied d'égalité, principalement dans le but de rationaliser leurs investissements et de mettre en commun des compétences complémentaires.

A côté de cette première catégorie, les accords de coopération inégalitaire s'appréhendent, quant à eux, comme des accords en vertu desquels une entreprise met son activité, ou une partie de celle-ci, au service d'une autre. Ils se caractérisent notamment par une unification du pouvoir de décision entre les mains d'un seul des cocontractants, parfois qualifié de donneur d'ordre. Dans ce cas, bien que les parties demeurent juridiquement indépendantes l'objet du contrat et l'unification du pouvoir de décision impliqueront souvent une dépendance économique. On trouve de tels éléments caractéristiques spécialement dans le cadre de la distribution dite intégrée.

Rapprochement avec les accords horizontaux et les accords verticaux en droit de la concurrence

Distinction qu'opère le droit communautaire de la concurrence entre les accords de coopération horizontale et les accords verticaux. Les premiers sont appréhendés comme des accords conclus entre des contractants, le plus souvent concurrents, qui se situent aux mêmes niveaux du marché. Les seconds se concluent, quant à eux, entre des contractants opérant à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution. Ils font l'objet de règles particulières, spécialement à des fins d'exemption.

§ 2. Les contrats de situation et les contrats d'occasion

Contrats de situation = regroupent tous les contrats qui sont nécessaires, vitaux, à une exploitation commerciale. Songeons par exemple, au contrat liant un concessionnaire automobile à un fabricant ou un agent d'assurances avec une compagnie d'assurances. (Long terme).

Contrat d'occasion = contrats qui ne sont pas en soi déterminants à la survie et au fonctionnement de l'entreprise et dans lesquels le cocontractant est, le plus souvent, facilement interchangeable (pas d'intuitu personae et d'investissement sur le long terme).

Les contrats relationnels et les transactions discrètes

Transaction discrète :

- Un contrat ponctuel : c'est une « one shot deal-situation », en ce sens que la transaction est isolée de toute autre, antérieure ou présente, et que les parties ne devront en principe plus collaborer dans le futur.
- Un échange impersonnel : en ce sens qu'elle intervient « between total strangers, brought together by chance ».
- Un échange présentifié et présentifiable : dès lors que les parties sont à mêmes de planifier ab initio leurs futurs rapports. En ce sens, la transaction discrète est assimilable, voire assimilée par les parties, à l'échange économique qu'elle réalise. Elle reste figée dans un temps – le présent – qui n'est autre que le moment de l'échange initial des promesses.
- Un échange qui requiert un minimum de coopération entre les parties : pour les raisons que nous venons d'exposer, la coopération peut ici être minimale, en ce sens que chaque contractant recherche et paraît légitimement pouvoir rechercher avant tout à satisfaire ses propres intérêts dans le court terme.

Accords relationnels :

- S'inscrivent dans une relation durable : une succession de contrats instantanés reliés ou un seul contrat à prestations successives. Le critère de la durée renvoie chez J.R. Macneil davantage à une ouverture de la relation sur le futur. Les parties ne peuvent plus se satisfaire uniquement du contenu littéral de leurs promesses initiales. Même sans clauses d'imprévision, les parties sont tenues de renégocier le contrat si des circonstances nouvelles l'ont rendue plus difficile pour l'une des parties.
- Mettent en œuvre un rapport plus étroit entre les parties : ce qui explique notamment son caractère personnifié (qui va souvent de pair avec la reconnaissance d'un intuitu personae ou intuitu firmae) et naturellement coopératif. Contrairement à la transaction discrète, en effet, le contrat relationnel implique en soi les parties dans son existence et son exécution.

CHAPITRE 2 Deux opérations juridiques essentielles

L'opération juridique de qualification, une étape préalable essentielle.

La détermination du régime juridique applicable au contrat.

L'activité économique : production - commercialisation consommation.

TITRE I - LES CONTRATS RELATIFS A LA PRODUCTION

Le phénomène et son explication économique

Face aux contraintes du marché et de la concurrence, l'union fait souvent la force. Les entreprises ont aussi naturellement tendance à s'investir personnellement dans les domaines dans lesquels elles sont compétitives, sans toutefois exclure de s'associer avec d'autres, mêmes concurrentes, lorsqu'une telle collaboration peut être économiquement bénéfique. Ainsi entendue, la coopération est une voie particulière qui tend à dégager davantage de profits, permettant à chacun d'être plus concurrentiel et rentable.

Au regard du droit de la concurrence, les accords de production relèvent de trois catégories :

- Les accords dits de production conjointe, en vertu desquels les cocontractants s'engagent à fabriquer ensemble certains produits ;
- Les accords dits de spécialisation sur la base desquels ils s'engagent, ou l'un d'entre eux à cesser de fabriquer un produit donné et désormais de l'acheter auprès de l'autre ;
- Les accords dits de sous-traitance ou un donneur d'ordre charge un sous-traitant de fabriquer un produit donné ; ces accords seront qualifiés d'horizontaux lorsqu'ils sont conclus entre concurrents et de verticaux dans les autres cas.

Les principes gouvernant le régime juridique de tels accords.

CHAPITRE 1 Les accords de coopération égalitaire

Par contrat de coopération égalitaire, nous avons vu que l'on entend les partenariats conclus entre égaux et en vertu desquels les parties s'engagent à faire quelque chose de commun.

Section 1 La co-traitance et l'outsourcing

L'outsourcing = une entreprise, soucieuse d'accroître sa rentabilité, décide de se concentrer sur ce qui constitue son *core business* et de confier à un spécialiste externe les tâches dont la réalisation lui imposerait des investissements, humains, matériels et financiers, «excessifs» au regard des résultats qu'elle peut escompter de sa propre intervention. → Noyau dur de son activité, centre de son objet social.

En d'autres termes, cela permet de faire faire par autrui ce qu'il peut mieux faire et à moindre coûts. → Externalisation de la réalisation de certaines prestations.

Connaissant une étonnante croissance depuis les années 1970 qui l'ont vu éclore, le phénomène imprègne désormais tous les secteurs de l'activité économique, privées comme publique. Il s'étend également au-delà des frontières nationales, de nombreuses sociétés externalisant certaines de leurs activités dans des pays à faible coût de main-d'œuvre.

Par ailleurs, bien qu'initialement limité à des activités considérées comme accessoires (comme la surveillance, le nettoyage ou le recours à un secrétariat social) l'outsourcing touche désormais également les activités de base de certaines entreprises (production, gestion des sinistres dans une entreprise d'assurances, ...).

→ Sa traduction juridique

Prend juridiquement appui sur le contrat d'entreprise car il s'agit de prestations matérielles accomplies en toute indépendance contre rémunération.

Section 2 Les accords de recherche et de communication de savoirs et compétences

Certains contrats de coopérations ont objet la communication de compétences, connaissances ou savoir faire, ou tendant à les construire conjointement.

Les contrats d'ingénierie, «clés en mains» et «produits en mains»

A la base, on trouve ce que l'on nomme souvent contrat d'ingénierie, soit le contrat par lequel un ingénieur (personne physique ou morale) indépendant s'engage, contre rémunération, à concevoir une unité industrielle. Les prestations à accomplir sont alors des actes matériels, de nature intellectuelle (idées, plans, études, ...) qui devront être accomplis selon les spécifications fournies par le cocontractant donneur d'ordres. Sous cet angle, juridiquement, un tel contrat s'appréhende comme une variété de louage d'ouvrage au sens où l'entend l'article 1710 du code civil.

Une forme plus avancée est le contrat clé en mains où le prestataire s'engage non seulement à concevoir et à réaliser l'ensemble industriel, mais aussi à l'installer.

A l'extrême, on trouve le contrat dit produit en mains où le cocontractant assume une responsabilité plus grande encore. Ainsi, s'il a accepté de livrer un hôpital, il doit non seulement le bâtir mais aussi en former le personnel.

Le contrat de communication de savoir-faire (*know how*)

C'est une variété de contrat d'entreprise. Ce contrat a plus spécifiquement pour objet la transmission d'une technique en contrepartie d'une rémunération. Dans certains cas, par ailleurs, ce contrat de consultance rémunérée pourra s'accompagner d'une obligation d'assistance (laquelle pourrait aussi se concevoir de manière isolée). On parle parfois de contrat de *show how*.

Le contrat de consortium

Cette alliance complexe tend à la création commune de savoirs et de savoir faire techniques, technologiques ou scientifiques déterminés (généralement un projet spécifique) par la réunion de compétences et de capacités financières. Article 10 du code des sociétés.

Section 3 La joint-venture : les partenaires sont sur un pied d'égalité.

Joint-venture = coentreprise ou entreprise conjointe.

C'est un contrat de coopération à long terme conclu entre deux ou plusieurs entreprises juridiquement et économiquement indépendantes et qui a pour objet la mise en commun de moyens en vue de la réalisation d'un projet conjoint prédéfini (élaboration d'un prototype,

fabrication d'un produit, construction d'un grand ensemble immobilier, ...). Le but est de déboucher sur une filiale commune avec des droits de vote égaux.

Section 4 Les partenariats public – privé

Le partenariat public – privé (généralement désigné sous le vocable PPP) est une forme de coopération entre les autorités publiques et les entreprises du secteur privé qui vise à assurer la réalisation de projets d'infrastructures ou la fourniture de services d'utilité publique = pouvoirs publics externalisant certaines prestations vers des entreprises privées plus spécialisées.

CHAPITRE 2 La coopération inégale: l'exemple de la sous-traitance

La sous-traitance de marché et la sous-traitance industrielle.

Le principal exemple d'intégration verticale est assurément ce que la pratique nomme la sous-traitance. Il y a tout d'abord ce que l'on nomme la sous-traitance de marché, laquelle se rapproche plus directement du sens classiquement réservé à cette notion en référence aux règles du code civil. En reprenant l'article 1^{er} de la loi française n°75/1334 du 31 décembre 1975, on peut y voir l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. C'est un contrat relationnel car s'inscrivant dans la durée. Dépendance économique avec délégation du marché.

De son côté, la sous-traitance industrielle ne repose pas sur l'articulation entre un marché principal et un sous-marché. On vise davantage l'accord en vertu duquel un donneur d'ordre confie à un fournisseur la réalisation dans le respect des spécifications et directives qu'il donne, de tout ou partie d'un produit ou d'un service qui est destiné à ses clients.

TITRE II – Les contrats relatifs à la distribution

La distribution et les contrats

Distribution = ensemble des opérations matérielles ou juridiques, qui tendent à la commercialisation de produits auprès des distributeurs ou des utilisateurs finals, que ces derniers possèdent ou non la qualité de consommateurs. On vise donc plus spécifiquement les contrats d'intermédiation commerciale = contrats qui vont permettre de faire le lien entre producteur/fabriquateur et l'utilisateur final, entre la production et la consommation proprement dites.

Bien qu'une compréhension stricte de la notion invite à n'y inclure que les opérations de commercialisation portant sur des produits, de plus en plus d'auteurs y englobent également les prestations de services, lesquelles se rattachent pourtant plus naturellement à une activité de production.

Une extrême variété de contrats

Les contrats de distribution sont extrêmement variés.

Le droit applicable au contrat

De nombreux contrats de distribution présentent désormais un élément d'extranéité. Le règlement de Rome I du 17 juin 2008 précise qu'à défaut de choix de la loi applicable à un contrat de distribution, celle-ci est celle du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle (article 4 f). Protection de la partie faible = le distributeur.

Chapitre 1 Le contrat de courtage

Section 1 Considérations générales

Courtier = Intermédiaire indépendant chargé, à titre professionnel, de mettre en rapport deux ou plusieurs personnes en vue de la conclusion d'une opération juridique à laquelle il n'est pas lui-même partie

Selon l'article 1710 du code civil = Le courtier est un entrepreneur qui offre, contre rémunération, de manière permanente et à titre professionnel, un service d'entremise afin de permettre à autrui de conclure des opérations économiques

= contrat à titre onéreux

Tous les secteurs sont concernés : courtage matrimonial (agence matrimoniale), courtage d'assurances et de réassurances, courtage en transport, courtage en vue de la conclusion de contrats de voyage, courtage immobilier, « apporteurs d'affaires » ...

Section 2 Le cadre légal

Le Code civil : contrat de louage d'ouvrage

Le contrat de courtage ne fait pas l'objet d'une réglementation propre. Tel que nous venons de le définir, il s'agit d'une forme particulière du genre que constitue le contrat de louage d'ouvrage. C'est donc le régime juridique applicable à cette dernière qualification qui sera applicable (soit les articles 1787 à 1799 du code civil) auquel se joignent le droit commun des obligations contractuelles et les usages. Cela étant, on ne peut, dans les faits, exclure que certaines prestations se rattachent à d'autres contrats nommés. Une qualification à titre accessoire pourra donc se justifier voire s'y substituer dans certaines circonstances.

L'accès à - et l'exercice de - la profession

La protection des consommateurs

Chapitre 2 Le contrat de commission

Section 1 Considérations générales

Contrat par lequel une personne, appelée le commissionnaire, s'engage, moyennant rémunération, à accomplir, en son nom propre (ou sous un nom social) mais pour le

compte d'une autre, le commettant, une ou plusieurs opérations juridiques intéressant la circulation des biens ou de nature commerciale (cfr. art. 12 C. Com.)

Section 2 Nature du contrat et régime juridique

L'origine historique

A l'origine le contrat de commission était le pendant commercial du mandat civil.

Un mandat «non représentatif»

Aujourd'hui, on a pris distance avec la conception originale du contrat de commission et on le qualifie désormais de mandat non représentatif. Ce faisant on souligne davantage le fait que le commissionnaire, bien que lié à son commettant par un contrat de mandat, s'engage personnellement vis-à-vis des tiers : le commissionnaire agit pour le compte d'autrui, mais il le fait en son nom.

Remarques :

- Entre le commissionnaire et son commettant ce sont les règles du mandat qui trouvent à s'appliquer (article 1984 et s du code civil).
- Dans les relations avec les tiers, le commissionnaire ne dévoilera souvent que l'existence du mandat dont il est investi, non l'identité du commettant. Economiquement, le commissionnaire est une personne qui connaît bien le marché sur lequel elle est appelée à intervenir et y jouit d'une certaine notoriété. Juridiquement, le fait que le commissionnaire agisse en son nom implique qu'il sera personnellement responsable de l'exécution du contrat passé avec les tiers
- Le fait que les tiers aient connaissance de l'existence d'un mandat dans le chef du commissionnaire les empêche de faire état d'une simulation (article 1321 du code civil).

Chapitre 3 Le contrat d'agence commerciale - La loi du 13 avril 1995

Section 1 Précisions introductives

§ 1^{er}. Historique

En adoptant la directive 86/653, le législateur européen avait en vue deux objectifs principaux :

- D'une part permettre le bon fonctionnement du marché à travers l'adoption d'une réglementation unique assurant une meilleure protection à l'agent commercial indépendant.
- D'autre part, assurer la sécurité des transactions commerciales et supprimer les obstacles à la conclusion transnationale des contrats d'agence commerciale.

Le législateur belge va alors profiter de la transposition (en retard) pour aller au-delà des exigences qu'un tel exercice implique et de afin de doter l'agent commercial d'un statut à part entière.

§ 2. Une loi impérative

La loi du 13 avril 1995 revêt une nature impérative sauf lorsqu'elle en dispose autrement.

Section 2 Le champ d'application

§ 1^{er}. Définition et éléments caractéristiques du contrat d'agence commerciale

L'article 1^{er} définit de manière précise et restrictive le contrat d'agence commerciale qui conditionne naturellement le domaine d'application de la loi.

L'agent est un «intermédiaire», personne physique ou morale, qui dispose du pouvoir de «représenter» son commettant.

Ce pouvoir lui accorde le droit de négocier et/ou de conclure des «affaires» au nom et pour le compte de ce dernier (article 1^{er} de la directive)

→ Représentation économique → L'agent est avant tout un négociateur

Risque économique limité

Le fait que l'agent agisse au nom et pour le compte de son commettant a, notamment, pour conséquence que, dans les faits, il supportera un risque économique moindre que le commissionnaire ou le concessionnaire de vente, par exemple.

L'indépendance (juridique) de l'agent

La loi précise que l'agent exécute sa mission en toute indépendance sans être soumis à l'autorité du commettant. Cette indépendance n'exclut cependant pas qu'il soit tenu de se soumettre aux directives de son commettant (article 6).

Une mission permanente

L'agent doit, encore, avoir été chargé de façon permanente de la mission qui lui est confiée. L'article 3 énoncé afin d'exclure du bénéfice de la loi les courtiers dont les activités sont davantage occasionnelles et plutôt fortuites, conforte cette exigence en excluant du bénéfice de la loi les agents qui n'exercent par leurs activités de manière régulière.

Un contrat onéreux

L'agent doit percevoir une rémunération en contrepartie de son intervention, celle-ci pouvant prendre la forme d'une somme fixe d'une commission.

§ 2. Les contrats exclus (article 3)

L'exclusion des activités non régulières

L'article 3 de la loi n'exclut désormais du bénéfice de la loi que les contrats conclus avec des agents commerciaux dont l'activité d'intermédiaire n'est pas exercée de manière régulière.

§ 3. Les caractères du contrat

Contrat commercial dans le chef de l'agent : Un contrat consensuel

L'agent commercial est un commerçant, l'article 2 al. 7 du code de commerce répute en effet actes de commerce tous engagements d'agents commerciaux pour la négociation ou la conclusion d'affaires.

Le contrat d'agence commerciale est un contrat consensuel. Deux tempéraments doivent cependant être soulignés :

- Premièrement chaque partie se voit légalement reconnaître le droit d'obtenir de l'autre un écrit signé mentionnant le contenu du contrat d'agence, y compris celui des avenants ultérieurs (article 5).
- Ensuite, la validité de certaines clauses particulières requiert la rédaction d'un écrit (les articles 24 et 25)

Par ailleurs, un écrit se révélera utile toutes les fois que les parties souhaiteront déroger ou aménager le régime supplétif de la loi (article 4, 14 et 17).

Un contrat synallagmatique

Le contrat d'agence commerciale fait naître des obligations réciproques.

Un contrat *intuitu personae/firmae* ?

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent parfois, à raison selon nous, le caractère *intuitu personae* ou *intuitu firmae*, du contrat d'agence dans le chef de l'agent commercial, pour certaines seulement car la doctrine est contestée. En tout état de cause, l'article 7 de la loi reconnaît à l'agent le droit de recourir à des sous-agents, ce que devrait pourtant exclure l'*intuitu personae*.

§ 4. Distinction avec les principaux contrats apparentés

Le représentant de commerce

Leurs activités sont, en effet, sensiblement identiques : dans les deux cas, l'intermédiaire prospecte la clientèle en vue de la conclusion d'affaires au nom et pour le compte de son contractant (commettant ou employeur).

Par ailleurs, dans les deux cas, l'activité tend essentiellement (mais pas nécessairement exclusivement) à la négociation de contrats, c'est-à-dire à des actes matériels préalables à la conclusion d'une affaire.

Enfin, le représentant de commerce assure sa mission de façon constante (article 88 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail), élément qui fait lien avec la permanence qui caractérise la relation d'agence commerciale.

Le principal trait distinctif entre ces deux contrats réside, cependant, dans le fait que l'agent est un intermédiaire indépendant, alors que le représentant de commerce est présumé (de manière réfragable) être dans un lien de subordination vis-à-vis de celui qui l'emploie (article 4 §2 de la loi relative au contrat de travail).

Au regard, du régime applicable, la distinction puisque la reconnaissance d'un statut de représentant de commerce emportera application de règles spéciales relevant principalement du droit du travail et de la sécurité sociale.

Enfin la présence d'un lien de subordination aura des conséquences en termes de responsabilité pour autrui. L'employeur est, en effet, un commettant au sens de l'article 1384 al. 3 du code civil, alors que le commettant ne l'est pas en principe.

L'agent commercial et le courtier

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à considérer que c'est surtout la condition de permanence de la relation contractuelle nouée entre le commettant et l'intermédiaire qui distingue les deux figures contractuelles. La nature du contrat de courtage fait que l'intermédiaire travaille avec plusieurs commettants de façon occasionnelle participant à la réalisation d'opérations ponctuelles alors que l'agent entretient des liens permanents avec un (ou plusieurs) commettant(s).

Dans la pratique, ceci se traduira souvent par le fait que, contrairement à l'agent, le courtier ne fera pas partie du réseau organisé par le commettant.

L'agent commercial et le commissionnaire

Le premier négocie, et le cas échéant, conclut des actes juridiques au nom et pour le compte d'autrui alors que le second agit pour le compte d'autrui mais en son nom propre.

Section 3 Les obligations spécifiques

§ 1^{er}. Les obligations de l'agent commercial

Les obligations générales de l'agent

L'article 6 de la loi fait application de l'exigence générale posée par l'article 1134 al. 3 du code civil en droit commun des contrats. Il insiste sur le devoir imposé à l'agent d'agir avec diligence et dans le respect des intérêts de celui au nom duquel il intervient sur le marché. (Contrat relationnel de longue durée). Arrêt du 8 novembre 2007 de la Cour de cassation : elle jugeait cependant qu'il n'est pas interdit à un agent commercial d'agir pour d'autre commettants.

La clause de ducroire

L'article 25 prévoit que l'agent peut, sous certaines conditions, se porter ducroire. La loi vise ici les clauses qui l'obligent à garantir les obligations incombant à des tiers et, en particulier, la solvabilité des clients qu'il apporte et qui contractent avec son commettant.

La validité d'une telle clause est subordonnée à plusieurs conditions cumulatives :

- La clause doit faire l'objet d'un écrit, lequel doit préciser l'étendue de la garantie offerte par l'agent
- L'affaire doit avoir personnellement été négociée par l'agent et les conditions de passation de la commande doivent être celles qu'il a lui-même négociées.

La loi ajoute que :

- Sauf clause contraire écrite, la garantie due par l'agent se limite à la solvabilité du tiers
- La garantie est plafonnée dans son montant.

§ 2. Les obligations du commettant

Une obligation de bonne foi, de loyauté et de transparence

Outre l'obligation de payer la rémunération, le commettant est tenu par les obligations générales inscrites à l'article 8. Celles-ci soulignent surtout la bonne foi et la loyauté qui doivent présider à l'exécution du contrat d'agence commerciale.

Section 4 La durée et les modes de dissolution du contrat d'agence

§ 1^{er}. La durée du contrat

Le maintien de la liberté contractuelle

La loi maintient le principe selon lequel le contrat d'agence peut être conclu pour une durée déterminée ou une durée indéterminée.

Le contrat de durée déterminée

Les parties peuvent par écrit faire le choix d'un terme conventionnel qu'elles devront alors préciser. Comme il en est en droit commun des contrats, l'agence commerciale qui présente une durée déterminée prendra fin par l'échéance de son terme. D'autres règles dérogent cependant au droit commun. L'article 20 concernant l'indemnité d'éviction. L'article 4 al. 3 concernant la réputation d'avoir été conclu pour une durée indéterminée. L'article 18 concernant la résiliation unilatérale anticipée. Cela ne concerne en principe que les CDI.

Le contrat de durée indéterminée

Conditions :

- S'il est qualifié de tel par les parties
- S'il n'a fait l'objet d'aucun écrit ou est constaté dans un écrit qui ne dit rien de sa durée
- S'il a initialement été conclu pour une durée déterminée, mais son exécution s'est poursuivie au-delà de l'échéance de son terme (article 4 al. 3)

§ 2. Les modes de dissolution du contrat

Les principes

A. Résiliation du contrat à durée indéterminée/à durée déterminée accordant une faculté de résiliation anticipée

La première condition: un congé

Article 18 §2 précise que la résiliation doit être notifiée par la remise d'un écrit qui indique le début et la durée du préavis. La notification peut être réalisée soit par lettre recommandée soit par exploit d'huissier. La loi est muette concernant la sanction en cas de non respect ; il semble que la nullité relative du congé soit la sanction qui s'impose.

La seconde condition: un préavis

Article 18 §1^{er} = lorsque la résiliation unilatérale est admise, elle doit intervenir moyennant un préavis. La durée sera :

- D'un mois si la résiliation intervient pendant la première année de vue du contrat
- Si la résiliation intervient après la première année, la durée du délai de préavis sera augmentée d'un mois par année supplémentaire commencée sans que ce délai puisse excéder six mois et sans préjudice des dispositions de l'alinéa 3.

La durée étant impérative, le juge ne peut davantage accorder un délai plus court ou plus long que celui prévu par le législateur. L'article 18§3 précise que le contractant qui résilie le contrat sans respecter le délai légal est tenu de payer à l'autre une indemnité égale à la rémunération en cours correspondant soit à la durée du préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir.

B. L'exception: la résiliation sans préavis, mais motivée (article 19)

L'invocation d'un des deux motifs légaux

L'article 19 de la loi précise deux motifs qui autorisent cependant une dissolution sans préavis ou avant l'expiration du terme. Sont visés :

- Les circonstances exceptionnelles qui rendent impossible la poursuite de la collaboration entre les parties
- Le manquement grave du cocontractant, c'est-à-dire selon la doctrine et la jurisprudence, la faute dont la gravité rend impossible la poursuite de la collaboration entre les parties contractantes

La notification du congé et du motif

La loi impose en outre une double notification. Le cocontractant qui résilie le contrat sur la base de l'un des deux motifs précités doit, tout d'abord, notifier sa volonté de rompre le contrat dans les 7 jours ouvrables de la connaissance du motif qui la fonde (article 19 al. 2). Le motif doit ensuite être notifié dans les 7 jours ouvrables qui suivent la résiliation (article 19 al. 3).

Arrêt du 8 juin 2007 de la Cour de cassation : le moyen qui suppose que lorsque le manquement grave consiste en un manquement persistant de la part de l'agent commercial, le commettant peut toujours résilier le contrat dans le délai légal tant que ce manquement persiste, manque en droit. = le point de départ du délai est le 1^{er} évènement.

La sanction

Article 18 §3

C. Agent protégés

Article 18 §§ 4 et 5

Section 5 La rémunération de l'agent

§ 1^{er}. La rémunération en cours de contrat

A. Les principes

D'une manière générale, l'article 9 énonce que la rémunération de l'agent commercial peut consister :

- En une somme fixe, laquelle devra, sauf disposition contraire être payée mensuellement (article 17)
- En des commissions (articles 10 à 16)
- Partiellement en une somme fixe et partiellement en des commissions

B. Les règles particulières relatives aux commissions

Le taux des commissions (article 15)

Cet article pose le principe de la libre détermination par les parties du taux de commission. A défaut de précision, ou si le taux n'est pas exprimé de façon suffisamment claire, c'est le taux usuel pratiqué dans le secteur économique de l'endroit où l'agent commercial exerce ses activités pour des affaires du même genre qui trouvera à s'appliquer (al. 2).

L'alinéa 3 ajoute que sauf clause contraire, les commissions sont calculées :

- Sur la base du prix qui est facturé au client

- Sous déduction des frais accessoires (notamment des frais d’emballage, de fret, d’assurance) sauf s’ils ont été facturés séparément

L’alinéa 4 parle quant à lui des remises de fidélité.

Le «fait générateur» des commissions (articles 10 à 12)

Situations dans lesquelles l’agent a droit au paiement de sa commission. Commission conclue par son intermédiaire :

- Pendant l’exécution de la convention d’agence matrimoniale : l’agent a droit à une commission directe mais aussi indirecte lorsque la conclusion de cette affaire résulte indirectement de ses efforts (article 10) = convaincre un client d’acheter chez le commettant
- Après la cessation des relations d’agence matrimoniale : dans ce cas, l’agent garde le droit au versement d’une commission lorsque l’affaire a été conclue grâce à son intervention (article 11) + indemnité d’éviction (article 20).

La naissance du droit à la commission et son exigibilité (article 13)

En tout état de cause, elle l’est au plus tard lorsque le tiers a exécuté sa part de l’accord ou devrait l’avoir exécutée si le commettant avait exécuté sa part de l’accord (droit impératif) = exigibilité au moment où le tiers paye le prix, sauf carence du commettant.

L’absence de commission (article 14)

L’obligation d’information du commettant (article 16)

L’agent commercial peut exiger que lui soient fournies toutes les informations nécessaires pour vérifier l’exactitude du montant des commissions.

§ 2. Les indemnités consécutives à la cessation du contrat = compensatoires d’un préjudice de l’agent et d’un avantage du commettant (// bail commercial)

Les articles 20 à 23 prévoient deux indemnités qui peuvent être dues à l’agent à la suite de la cessation de sa relation contractuelle avec le commettant. Cessation des activités = articles 20 et 21. Décès de l’agent (article 23). = perte du bénéfice d’avoir créé une clientèle et des commissions qu’il comptait obtenir.

A. L’indemnité d’éviction

Les principes et l’objet

L’article 20 reconnaît à l’agent dont le contrat prend fin – que ce soit sur la base des articles 18 et 19 ou parce que le terme est échu – le droit au versement d’une indemnité d’éviction.

Cette indemnité présente un double objet, distinct de l’indemnité compensatoire de préavis à laquelle elle peut s’ajouter :

- Elle indemnise l'agent du préjudice consécutif à la perte de clientèle et des commissions qu'il aurait pu percevoir en cas de poursuite du contrat
- Elle représente la contrepartie de l'avantage dont continuera à bénéficier le commettant après la fin du contrat

Les conditions d'octroi

Article 24. L'agent qui prétend au paiement d'une telle indemnité doit établir :

- Avoir contribué à la réalisation d'une plus value, par l'apport de nouveaux clients ou le développement sensible de la clientèle existante **et**
- L'existence d'avantages substantiels dont tire profit le commettant et qui résultent des affaires conclues avec la clientèle que l'agent a apportée ou contribué à maintenir

L'indemnité d'éviction doit, à peine de déchéance, être demandée par écrit dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat (article 20).

Le montant de l'indemnité est établi en tenant compte tant de l'importance du développement des affaires que de l'apport de la clientèle.

B.L'indemnité complémentaire : réparation d'un préjudice distinct

L'article 21 de la loi prévoit la possible réparation d'un préjudice distinct de celui compensé par l'indemnité d'éviction. Si l'indemnité d'éviction est insuffisante à réparer intégralement le dommage subi par l'agent, ce dernier peut (en outre) solliciter le paiement d'une indemnité complémentaire qui couvre le dommage non réparé à condition d'en établir l'existence et le montant.

Section 6 La clause de non-concurrence

Cette clause protège le commettant contre les agissements de l'agent après la fin du contrat.

Les conditions de validité

L'article 24 de la loi autorise la stipulation d'une clause de non concurrence. Conditions :

- La clause doit être rédigée par écrit
- L'obligation de non concurrence doit viser le type d'affaires dont était chargé l'agent (limite matérielle)
- L'obligation ne peut viser que le secteur géographique ou le groupe de personnes confié à l'agent (limite territoriale)
- La clause ne peut prévoir une durée supérieure à 6 mois à dater de la fin du contrat (limite temporelle)

Les effets

La clause de non concurrence crée ainsi, en faveur de l'agent commercial, une présomption *iuris tantum* d'avoir apporté une clientèle.

Les sanctions du non-respect de la clause

Le contrat d'agence commerciale peut prévoir une indemnité forfaitaire en cas de violation de la clause de non concurrence (clause pénale). Dans ce cas, l'indemnité ne pourra toutefois pas dépasser une somme égale à une année de rémunération.

Section 7 Dispositions finales

§ 1^{er}. La prescription abrégée

Article 26

§ 2. La loi applicable et la compétence juridictionnelle

Article 27

CHAPITRE 4 Le contrat de concession de vente - La loi du 27 juillet 1961

Section 1 Précisions introductives

A la différence de la loi du 13 avril 1995, cependant, la loi du 27 juillet 1961 ne régit qu'une problématique particulière : la résiliation unilatérale des contrats qui entrent dans son champ d'application. Le législateur s'est ainsi gardé de réglementer les phases de formation et d'exécution du contrat ainsi que son contenu. La loi belge fait d'ailleurs figure d'exception en la matière. Aucun Etat européen ne protège d'une manière comparable ses concessionnaires de vente. Cette originalité est d'autant plus importante que la loi se dit impérative (article 6) – elle l'est en faveur du concessionnaire – et constitue une loi de police.

Le caractère limité du régime légal justifie que tous les points non régis par la loi du 27 juillet 1961 seront soumis au droit commun des obligations et des contrats, sous réserve de stipulations particulières convenues entre les parties et des usages. Par ailleurs, étant un contrat d'intégration, la concession de vente devra respecter les exigences communautaires en matière de droit de la concurrence qui voit une entente entre entreprises.

Section 2 Le champ d'application de la loi

§ 1er. Un contrat de concession de vente...

A. Définition légale et éléments caractéristiques

Toute convention en vertu de laquelle un concédant réserve à un ou plusieurs concessionnaires le droit de vendre, en leur propre nom et pour leur propre compte, des produits qu'il fabrique ou distribue (article 1^{er} §2)

Le concessionnaire est un indépendant qui agit en son nom et pour son compte

Le contrat de concession de vente accorde au concessionnaire le droit de commercialiser, en son nom et pour son compte, les produits fabriqués ou distribués par le concédant. La situation du concessionnaire est donc celle d'un commerçant qui retire directement tous les profits de son activités et en assume tous les risques. Selon une doctrine et une jurisprudence unanimes, ceci se manifeste concrètement par le fait que le concessionnaire sera acheteur des marchandises qui sont ensuite (re) vendue à la clientèle finale. Il sera donc propriétaire du stock et supportera les risques liés à la distribution des produits.

La reconnaissance conventionnelle d'une situation «préférentielle» et de droits «spéciaux»

Le contrat de concession de vente suppose que des droits spéciaux aient été réservés par le concédant au concessionnaire. = quasi exclusivité. Il faut mettre à charge du concessionnaire des obligations importantes contre une situation préférentielle de celui-ci.

Une relation organisée dans la durée

La loi souligne également l'importance d'être en présence d'une relation stable et organisée.

La relation contractuelle se concrétisera généralement par la conclusion d'un contrat-cadre de concession

B. Les caractères du contrat de concession de vente

Un contrat consensuel, *intuitu personae*

La validité du contrat de concession de vente n'est soumise à aucun formalisme. La doctrine qualifie majoritairement le contrat de contrat intuitu personae dans le chef du concessionnaire.

C. Distinction entre le contrat de concession de vente et le contrat d'agence commerciale

Ces deux contrats de distribution présentent des traits communs. Premièrement, comme l'agent commercial, le concessionnaire entretient des liens permanents et réguliers avec son cocontractant. Ensuite, ces deux intermédiaires sont juridiquement des indépendants même si dans les faits ils seront souvent dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de leur cocontractant.

Cela étant, plusieurs éléments essentiels distinguent ces contrats. Premièrement, là où l'agence commerciale tend à la conclusion d'affaires relatives à des produits ou à des services, la concession de vente porte exclusivement sur des produits, raison pour laquelle on parle d'ailleurs de concession de vente. Ensuite, l'agent agit au nom et pour le compte de son commettant là où le concessionnaire agit en son nom et pour son compte et supporte, dès lors, un risque économique plus important.

§ 2. Une concession de vente exclusive, quasi exclusive ou imposant des obligations importantes au concessionnaire

§ 3. Les contrats de concession qui ont été conclus pour une durée indéterminée

La loi paraît enfin ne s'appliquer qu'aux concessions de vente qui sont conclues pour une durée indéterminée, seules visées dans la version initiale du texte. Depuis 1971, sous certaines conditions, elle étend cependant sa protection à des contrats de durée déterminée.

Article 3bis de la loi = La partie qui veut éviter la reconduction du contrat à durée déterminée à l'échéance est tenue d'adresser à l'autre un congé au plus tard trois mois et au plus tôt six mois avant l'échéance du terme. À défaut, une nouvelle convention liera les parties.

Arrêt du 22 décembre 2005 de la Cour de cassation qui affirme le caractère impératif de cette disposition.

Une convention de concession de vente de durée déterminée ne peut être renouvelée ou reconduite qu'à deux reprises; au-delà elle devient de durée indéterminée = règle de qualification (al. 2).

Section 3 Les modes de dissolution du contrat de concession de vente à durée indéterminée

§ 1er. La résolution unilatérale pour faute grave

L'article 2 laisse entendre qu'en cas de manquement grave commis par l'une des parties contractantes, il peut être mis fin au contrat sans préavis ni indemnité. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a jugé que les clauses résolutoires expresses sont par principe valides.

§ 2. La résiliation unilatérale sans faute

Le principe

Lorsque le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, l'article 2 accorde à chaque partie le droit de le résilier unilatéralement. La présente loi impose expressément l'obligation de respecter un préavis raisonnable ou de verser une juste indemnité.

Un congé écrit ?

La plus souvent, la résiliation prendra pour support extérieur un congé écrit. Elle est alors expresse. Arrêt du 22 octobre 1998 de la Cour de cassation a admis que le manquement d'une partie à ses obligations peut constituer la preuve de sa volonté (implicite) de mettre fin au contrat.

Théorie dite de l'acte équipollent à la rupture : un manquement peut, dans certaines circonstances, s'interpréter comme un acte juridique (résiliation) qui manifeste, de manière implicite mais certaine, la volonté de celui qui le pose de mettre fin au contrat.

Un préavis ou une indemnité compensatoire ?

L'article 2 énonce qu'il ne peut être mis fin au contrat que moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité. Arrêt de principe de la Cour de cassation du 6 novembre 1987 qui refuse une telle lecture du texte légal. Selon la Haute juridiction, l'auteur de la résiliation n'est pas le débiteur d'une obligation alternative. L'indemnité prévue par la loi est nécessairement compensatoire et dès lors subsidiaire. Elle se substitue nécessairement à un préavis dont la durée n'a pas été respectée (absence de préavis ou préavis insuffisant).

La durée du préavis

Le concédant doit donc, au plus tard au moment de la résiliation, fixer la durée de préavis qu'il propose. Si cette durée est insuffisante ou si aucune durée n'est précisée à ce moment, la résiliation est irrégulière et naît un droit à une indemnité compensatoire dans le chef de celui qui la subit.

La Cour de cassation a cependant admis que le préavis raisonnable ou la juste indemnité soient déterminés *ab initio* par les parties dans le contrat qu'elles concluent. Selon elle, la clause contractuelle qui impose le respect d'un préavis minimum (ce qui n'empêche pas une action judiciaire) n'est pas en soi inconciliable avec les articles 2 et 6 de la loi.

L'indemnité compensatoire

La Cour de cassation pense que l'indemnité compensatoire qui remplace l'obligation contractuelle non respectée de donner un préavis raisonnable doit être calculée sur la base des avantages dont le contractant évincé est privé. Par un arrêt du 10 février 2005, elle décidait par ailleurs que le préavis raisonnable a pour objet de mettre à la disposition du concessionnaire le temps nécessaire à la réorientation de ses activités. Le juge devra, enfin, tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce dont il a connaissance au moment de rendre sa décision : ancienneté de la relation, développement et importance du chiffre d'affaires etc. Ainsi le délai de préavis raisonnable ne s'apprécie ni *in abstracto* ni en référence à la situation du concessionnaire au moment de la résiliation ; des événements postérieurs pourront aussi intervenir dans l'appréciation de la durée du préavis raisonnable.

Réorientation des activités - reconversion

Critères = ancienneté, développement et importance du chiffre d'affaires, étendue du territoire concédé, impact de la résiliation sur les activités du concessionnaire, charges assumées par le concessionnaire durant l'exécution du contrat, etc.

La base de l'indemnité est la moyenne du chiffre d'affaires ou du bénéfice (selon l'une ou l'autre jurisprudence). Les frais compressibles sont ceux qui vont se réduire à la fin du contrat. Ex : transport – pub. Les autres frais sont par exemple, l'investissement dans le bâtiment. Le juge va tenir compte dans une certaine mesure de ceux-ci pour fixer une indemnité dépendant du nombre de mois de préavis.

Compétence du juge des référés.

Arrêt de la cour de cassation du 12 janvier 2007 = possibilité de prendre des mesures limitées conservatoires.

§ 3. L'indemnité complémentaire

L'article 3 accorde par ailleurs au concessionnaire l'indemnisation des préjudices qui ne sont pas couverts par l'indemnité compensatoire de préavis, lorsque le concédant résilie le contrat sans invoquer une faute grave dans son chef ou si c'est lui qui résilie en invoquant une faute grave du concédant.

Les postes indemnisables

Cette indemnité fixée globalement et forfaitairement ne peut porter que sur les trois composantes limitativement énumérées par la loi, c'est-à-dire :

- la plus-value «notable» de clientèle
- les frais exposés par le concessionnaire
- les indemnités de rupture

Section 4 La compétence et le droit applicable à la concession internationale (article 4)

Le critère de l'exécution en Belgique

Les tribunaux belges sont compétents dès que la concession de vente sort ses effets sur toute ou partie du territoire belge. Saisis d'un litige, ils sont tenus d'appliquer exclusivement la loi belge.

Section 5 Le contrat de sous-concession

L'article 5 de la loi envisage la situation de la sous concession. On est donc dans une situation où le concessionnaire a recours à un sous concessionnaire.

CHAPITRE 5 Le contrat de franchise

Section 1 Notion et traits caractéristiques

§ 1er. Les traits caractéristiques

Un contrat innommé en constante progression

Bien qu'innommée en droit belge, la franchise est une réalité bien connue de la vie économique. Elle est aujourd'hui une des principales formes de collaboration commerciale.

Tentatives d'approche de la notion : accord de réitération, concept et réseau

Il prend, en effet, appui sur une formule de commercialisation à succès, qui va ensuite être réitérée à plus grande échelle, à travers un réseau de franchisés indépendants.

Article 1^{er} du code européen de déontologie : «Système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés, dans lesquelles le franchiseur accorde à ses franchisés le droit et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du franchiseur.

Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou le service, le savoir-faire, les méthodes commerciales et techniques, les procédures et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet»

Transmission d'un savoir-faire mis au point et développé par le franchiseur

Une des caractéristiques essentielles de la franchise tient à son objet : procurer au franchisé une méthode originale d'exploitation grâce au savoir-faire mis au point et expérimenté par le franchiseur.

Le savoir-faire est un ensemble de connaissances pratiques transmissibles et non immédiatement accessibles au public.

Le code déontologie européen de la franchise et l'article 1^{er} f du règlement n°2790/1999, l'information ainsi communiquée par le franchiseur au franchisé doit être :

- Secrète : c'est-à-dire non connue du grand public, ni aisément accessible par lui ;
- Substantielle, en ce sens qu'elle est spécifique à une franchise en particulier et permet de la distinguer d'autres ;
- Identifiée, en ce sens qu'elle est décrite d'une façon complète dans l'accord entre le franchiseur et le franchisé.

Concrètement, la transmission de savoir-faire se concrétise par une information et une assistance du franchiseur au franchisé.

Présence de signes de ralliement de la clientèle

La franchise se caractérise, en outre, par la présence de signes de ralliement de la clientèle. Ceux-ci prennent appui sur la marque et l'enseigne du franchiseur, mais comprennent plus largement tous les éléments qui vont concrètement permettre de capter la clientèle et de la maintenir. L'économie même de la franchise impliquera donc assez logiquement que le franchiseur garantisse au franchisé la validité de ses droits sur la(les) marque(s) et/ou enseignes dont il lui confère contractuellement l'usage.

Gamme de produits, de services ou des technologies

Au genre « franchise », répondent différentes espèces selon que l'objet porte sur une gamme de produits, de services ou de technologies. Trois types particuliers de franchise :

- La franchise dite de « distribution » qui porte sur des produits et que peut elle-même prendre deux formes soit le franchiseur fabrique lui-même les produits soit il ne les fabrique par lui-même.
- La franchise dite de « services » qui a pour objet des services lesquels peuvent être des plus variés.
- La franchise dite « industrielle » où, dans le cadre d'une licence, le franchisé fabrique et commercialise, sous la marque du franchiseur, avec son assistance technique et selon ses normes et instructions, les produits qu'il a créés ou mis au point.

§ 2. La traduction juridique

Les caractères juridiques de la franchise de distribution

Juridiquement plusieurs éléments vont, dès lors, caractériser le contrat de franchise de distribution. La franchise de distribution apparaît en effet comme étant :

- Un contrat conclu entre deux commerçants
- Un contrat synallagmatique (article 1102 du code civil) dès lors que :
 - D'une part le franchiseur s'engage, selon des modalités variables à fournir au franchisé des produits, à lui transmettre un savoir-faire (différent du concessionnaire
 - D'autre part, le franchisé s'engage à s'approvisionner en produits exclusivement auprès du franchiseur.
- Un contrat à titre onéreux : la contrepartie financière versée par le franchisé prendra le plus souvent une forme originale :
 - Soit le franchisé sera tenu de verser un droit d'entrée dans le réseau (indemnité d'affiliation) et payera ensuite une redevance périodique
 - Soit la rétribution du franchiseur sera intégrée dans le prix de vente que celui-ci applique au franchisé

Contrat de collaboration commerciale entre deux agents économiques juridiquement indépendants en vertu duquel un franchiseur met à disposition du franchisé, en contrepartie d'une rémunération, une marque et des signes de ralliement de la clientèle et lui transmet un savoir-faire sous la forme d'une assistance continue et dont le respect est contrôlé par lui.

Contrat commercial d'intégration et relationnel.

Section 2 Le droit applicable à la franchise

En fonction du lieu où les actions sont exercées.

§ 1er. Droit international privé:

Le règlement de Rome I.

§ 2. Le droit belge et communautaire

L'absence de législation spécifique

La franchise n'est pas réglementée en tant que telle par le législateur belge, et ce malgré le dépôt de plusieurs propositions de loi allant en ce sens. Loi du 19 décembre 2005 consacre une obligation précontractuelle d'information. L'application de cette loi à la franchise de distribution ne fait aucun doute. La doctrine majoritaire consent à appliquer la loi du 27 juillet 1961 à la franchise, à tout le moins lorsque les circonstances de l'espèce rencontrent les conditions que pose la loi du 27 juillet 1961 pour fixer son champ d'application. La jurisprudence y donne également écho.

Le droit commun des obligations contractuelles.

Ce sera surtout au droit commun des contrats qu'il faudra faire appel (articles 1101 à 1369 du code civil) pour régir tous les autres aspects qui ne sont pas régis par les parties. C'est surtout sur la base des articles 1134 et 1135 du code civil que sont dégagés les principaux devoirs de collaboration imposés aux partenaires.

La loi sur les pratiques du commerce et le droit de la concurrence

La LPCC pourrait également trouver à s'appliquer spécialement dans les relations entre franchiseur et les candidats à la franchise. Le contrat de franchise, est par ailleurs, soumis au droit de la concurrence et, en particulier à l'article 81 du traité CE qui pose le principe de l'interdiction des ententes et pratiques restrictives de la concurrence, tout en prévoyant les hypothèses où cette interdiction peut être écartée (article 81 §3) → entente si le franchiseur et le franchisé sont des entreprises concurrentes : accord vertical.

Arrêt Pronuptia du 28 janvier 1986

La Cour de justice a reconnue la compatibilité de telles ententes avec le droit de la concurrence. Les autorités européennes ont également eu d'autres occasions de souligner l'intérêt que de telles ententes présentent dans le développement des petites et moyennes entreprises européennes.

Règlement d'exemption par catégorie n°2790/1999

§ 3. L'autorégulation du secteur de la franchise: principes éthiques, codes de déontologie et soft law

Les fédérations de la franchise

Des fédérations de la franchise existent tant au niveau mondial et européen qu'au niveau national. Celles-ci ont élaboré des instruments d'autorégulation qui tendent principalement à fixer les normes de comportement à respecter lors des phases pré et contractuelles.

Ex : parmi ces devoirs, on soulignera spécialement, outre les désormais habituelles obligations précontractuelles d'information et d'assistance, l'exigence imposée au franchiseur d'avoir développé son concept de manière satisfaisante pendant un délai raisonnable dans au moins une unité pilote avant d'en proposer une formule de franchise.

World Franchise Council

Fédération européenne de la franchise ou Fédération belge de la franchise

Les contrats types d'Unidroit

Unidroit a tout particulièrement œuvré à une uniformisation des règles en la matière, à travers un Guide sur les accords internationaux de franchise principale et une loi de type du 25 septembre 2002 sur la divulgation des informations en matière de franchise.

CHAPITRE 6 La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial

Obligation d'information et de confidentialité

Nécessité d'un juste équilibre entre l'exigence d'un consentement éclairé (dans le chef du franchisé) et la protection des secrets d'affaires (dans le chef du franchiseur).

Section 1 Précisions introductives

La *ratio legis*: rééquilibrer les échanges et protéger le consentement éclairé de l'économiquement faible

Il ressortit du rapport déposé que le franchisé « moyen » était un petit investisseur privé plaçant toutes ses économies dans la nouvelle activité qu'il choisissait d'exercer, mais aussi que sa situation était relativement précaire eu égard au poids économique de son contractant-franchiseur. Il se justifiait donc de protéger l'économiquement plus faible contre l'économiquement plus fort, et plusieurs propositions de loi furent ensuite déposées. Certaines, plus ambitieuses, prétendaient réglementer tant la formation que l'exécution du contrat de franchise.

Elle se limite en effet à rééquilibrer de tels échanges – on parle « d'assainir les relations contractuelles » - à travers une protection accrue du consentement du contractant faible à certains accords de partenariat commercial. Seule l'inégalité informationnelle est alors prise en compte.

Impérativité de la loi

La loi est impérative, comme le confirme l'article 8, qui précise qu'elle s'applique nonobstant toute clause contractuelle contraire.

Section 2 Le champ d'application de la loi

§ 1er. Un champ d'application controversé

Volonté de viser d'autres partenariats commerciaux que le contrat de franchise

Une seule certitude ressort clairement des travaux préparatoires : celle d'une volonté ministérielle de viser d'autres partenariats commerciaux que le seul contrat de franchise, archétype de base qui constitua la référence lors des discussions préliminaires.

Le projet de loi concerne les relations entre les commerçants professionnels et non les relations entre commerçant et le consommateur = contrats relationnels avec intégration.

Mais quand il s'agit de savoir quels sont plus précisément ces « autres contrats » soumis au régime légal, tout devient beaucoup plus flou.

§ 2. Les critères retenus à l'article 2

Un contrat de «partenariat commercial»...

On peut s'étonner de l'emploi du terme, relativement vague. C'est de manière délibérée que le législateur a fait le choix de l'utiliser, se refusant à retenir une définition trop spécifique qui risquerait de ne pas inclure de nouvelles formules qui pourraient se développer à l'avenir.

Ce terme est employé pour viser une forme particulière de relations commerciales qui repose sur un partage d'expériences et de responsabilités entre des cocontractants indépendants.

Les travaux préparatoires soulignent, par ailleurs, que le partenariat suppose une certaine permanence dans la relation nouée entre les parties et non pas d'une succession de transactions isolées.

... conclu entre deux personnes ...

Il suffit d'être en présence de deux parties pour que la loi trouve à s'appliquer + acceptation des contrats multipartites.

... où chaque contractant agit «en son nom et pour son compte»...

Cette condition devrait être appréciée dans les seuls rapports entre parties au cours de la phase de négociation du contrat et non dans les rapports ultérieurs d'une partie avec des tiers dans le cadre de l'exécution même du contrat finalement conclu.

... par lequel une partie accorde à l'autre le droit d'utiliser une formule commerciale...

Le droit d'utiliser une formule commerciale peut prendre plusieurs formes :

- Une enseigne = signe distinctif qui permet de localiser et d'identifier un fonds de commerce. Un nom commercial = nom qui désigne une entité économique exploitée par une société et qui est utilisé dans ses rapports avec les tiers.
- Le transfert d'un savoir-faire
- Une assistance commerciale ou technique : support logistique et conseils dispensés par un cocontractant à l'autre ; qui a le droit d'utiliser la formule commerciale.

Ces précisions invitent à conclure que peuvent, dans ce cadre, intégrer le champ de la loi, les contrats de franchise, les contrats d'agence commerciale et les contrats de gérance libre.

... lors de la vente de produits ou de services...

Cet élément invite à exclure les contrats de collaboration qui portent sur la production.

... en contrepartie d'une rémunération...

Plus souvent le terme de compensation financière. La loi exige cependant que cette rémunération soit versée en contrepartie du droit d'utiliser une formule commerciale. Cette condition peut rendre délicate l'insertion, dans le champ de la loi, de contrats comme le contrat d'agence commerciale où la rémunération est versée par le commettant à l'agent, et non l'inverse.

Le partenariat doit « principalement » se réaliser en Belgique

La loi précise, enfin, qu'elle s'applique à tous les accords de partenariat qui se réalisent « principalement » en Belgique (article 9).

§ 3. Conclusions

Un doute persistant mais grande souplesse

La combinaison des différents critères énoncés par le législateur ne permet pas d'inclure de manière certaine la plupart des contrats de distribution que nous avons étudiés, sous la seule réserve du contrat de franchise. Les travaux préparatoires paraissent plaider en faveur d'une plus grande souplesse donc acceptation de l'agence commerciale.

Section 3 Les obligations légales et leurs sanctions (articles 3 à 6)

§ 1er. L'obligation d'information

Données, économiques et juridiques, pertinentes (article 3 et 4)

Communication, au moins un mois avant la conclusion du partenariat, d'un projet d'accord et d'un « document particulier », composé de deux parties :

- dispositions contractuelles importantes

- données pour une appréciation correcte de l'accord (données socio-économiques jugées pertinentes)

Mise à la disposition par écrit ou sur un support durable et accessible.

Les sanctions du non-respect de l'obligation d'information. Une absence de réciprocité

On notera utilement que le législateur en fait peser une obligation légale d'information que sur l'un des négociateurs.

§ 2. L'obligation de confidentialité (protection des secrets d'affaires)

Article 6.

Section 4 Les règles relatives à la rédaction et l'interprétation du contrat

Article 7 de la loi précise, en outre, que les clauses de l'accord doivent être rédigées de manière claire et compréhensible. A l'instar de l'article 31 §4 de la LPCC mais également de l'article 1602 du code civil, le législateur prévoit qu'en cas de doute sur le sens d'une clause, c'est l'interprétation la plus favorable à la partie faible qui doit prévaloir.

Section 5 La compétence juridictionnelle et la loi applicable au contrat

Le critère de l'exercice de l'activité principalement en Belgique

Article 9. Accord = lieu où s'exécute le contrat de partenariat commercial.

Section 6 La Commission d'arbitrage

Article 10. La loi prévoyait, enfin, la mise sur pied d'une commission d'arbitrage dont la première mission était de soumettre un rapport d'évaluation à la Chambre des représentants avant le 1^{er} septembre 2006. L'article 2 de l'arrêté royal du 1^{er} juillet 2006 lui reconnaît ensuite également une mission consultative en ce qui concerne l'application et l'interprétation de la loi.

Titre II – Le droit de la concurrence

RESUME

Du décret d'Allarde au droit de la concurrence : libertés d'entreprendre et de concurrence.

Théorie de la main invisible d'Adam Smith

Droit de la concurrence : ensemble des règles qui ont pour objet de rendre effective la liberté de concurrence, tout en évitant que celle-ci fasse l'objet d'un usage déloyal ou, en tout cas, dont l'effet ou l'objet est ou serait destructeur de la concurrence.

Articles 81 et suivants du Traité CE : ententes, concentrations, abus de position dominante, aides d'État,

Les ententes (article 81 TCE) et l'abus de position dominante (article 82 TCE) = sources les plus évidentes de pratiques anticoncurrentielles.

→ même résultat: la concurrence est faussée au détriment des consommateurs (marges bénéficiaires très importantes, restrictions des services moins rentables, absence d'incitants à l'innovation, etc.).

- Ententes « verticales » : les parties à l'accord s'unissent à des stades distincts de la chaîne qui va de la production à la commercialisation du produit ;

- Ententes « horizontales » : l'accord réunit des parties au même niveau de la chaîne de production.

L'encadrement de ces deux pratiques laisse dans l'ombre une troisième pratique: la concentration d'entreprises, dont le but est de supprimer l'autonomie des entreprises partenaires (en les soumettant à un contrôle commun) et de leur permet d'accroître leur position sur le ou les marchés concernés, voire d'acquérir une position dominante.

Pour le droit européen de la concurrence, la concentration = la fusion + l'acquisition par une société de la majorité des actions d'une autre ou même d'une minorité, dès lors que la première société a la possibilité d'exercer une influence décisive sur la seconde.

Deux autres questions liées au droit de la concurrence ne sont pas traitées.

- Octroi par l'Etat de monopole ou de privilèges à des entreprises publiques ou, plus généralement, à des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général (article 86 du Traité C.E.).

Aides d'État incompatibles par principe avec le marché commun (article 87, § 1^{er}, TCE) malgré certaines exceptions (article 87, § 2, TCE) soumises à l'examen de la Commission (article 88 TCE).

Introduction

Du décret d'Allarde au droit de la concurrence

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie constitue le fondement de notre ordre économique. Sont donc à la fois consacrées, sur le même plan, les libertés d'entreprendre et de concurrence. La liberté de concurrence représente, selon les théories économiques classiques, la meilleure garantie d'atteindre l'optimum économique et, dès lors, l'intérêt général. le théorie de la main invisible d'Adam Smith illustre bien un tel modèle : bien que chaque agent agisse de manière égoïste, en ce qu'il poursuit, au premier titre, son intérêt personnel, la coordination (invisible) des actions individuelles et isolées permet en soit

d'atteindre un équilibre efficient dans un système de prix et de salaire flexible. En d'autres termes, la somme des intérêts individuels tend naturellement à rencontrer l'intérêt général. en bref, la libre concurrence parfaite apporte la satisfaction maximale des intérêts tant individuels que collectifs. Limites dans la réalité d'une concurrence qui n'est point parfaite et où les opérateurs économiques peuvent, si la liberté d'agir leur en est laissée de manière complète, fausser le jeu de la concurrence au profit de leurs intérêts particuliers.

Droit de la concurrence = ensemble des règles qui vont avoir pour objet de rendre effective la liberté de concurrence, tout en évitant que celle-ci fasse l'objet d'un usage déloyal, ou, en tout cas, dont l'effet ou l'objet est ou serait destructeur de la concurrence. Dès 1934, les Etats-Unis adoptaient en ce sens le Sherman Act qui prévenait les abus que pouvait engendrer la position dominante d'une entreprise sur le marché. La concurrence est au service de l'intérêt général et si sa poursuite s'identifie en principe, à la réalisation de l'intérêt collectif, cette présomption peut être renversée. On évite donc l'usage déloyal de la concurrence et les comportement qui la limitent ou la détruisent.

Du choix délibéré de restreindre notre étude au droit européen de la concurrence : justifications

Articles 81 et s. du TCE dessine le droit européen de la concurrence. On va analyser les notions de globalisation de marchés et la dimension communautaire. Ils considèrent que toute restriction de la concurrence n'est pas mauvaise. Il y a un droit national de la concurrence mais le droit européen s'impose. La décentralisation renforce le choix de privilégier le droit européen. Par ailleurs, cette intégration de la concurrence dans le travail de nos juridictions et de nos administrations nationales, contraint, en vertu de la primauté du droit européen, les Etats membres à s'inspirer plus complètement encore des textes et de la jurisprudence européenne.

Une autre limite : le choix parmi les pratiques anticoncurrentielles visées par le droit communautaire : ententes – abus de position dominante – concentrations

Au sein même du droit communautaire de la concurrence, les ententes (article 81 TCE) et l'abus de position dominante (article 82 TCE) constituent indéniablement les sources les plus évidentes de pratiques anticoncurrentielles. L'abus de position dominante est illustré par une part importante du marché et le fait qu'on va toujours essayer de renforcer sa position dominante. Attention qu'elle ne détient pas un monopole mais elle est le leader sur le marché. Les ententes prohibées et les abus de position dominante aboutissent au même résultat : la concurrence est faussée au détriment des consommateurs. Dans tous les cas, on veut protéger les consommateurs.

Ainsi les ententes peuvent avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. Elles peuvent être dites verticales, lorsque les parties à l'accord s'unissent à des stades distincts de la chaîne qui va de la production à la commercialisation du produit ou horizontales, lorsque l'accord réunit des parties au même niveau de la chaîne de production. Les ententes sont l'objet de l'article 81 du traité. La position dominante, sans être synonyme d'abus, peut y conduire. L'article 82 réprime de tels abus.

Concentrations d'entreprises = les concentrations supposent, certes, souvent, une entente, mais cette entente a ceci de spécifique qu'elle a pour but de supprimer l'autonomie des

entreprises partenaires en les soumettant à un contrôle commun et leur permet d'accroître leur position sur le ou les marchés concernés, voire d'acquérir une position dominante.

Pour le droit européen de la concurrence, la concentration couvre non seulement la fusion, mais aussi l'acquisition par une société de la majorité des actions d'une autre ou même d'une minorité, dès lors que la première société a la possibilité d'exercer une influence décisive sur la seconde.

L'action de l'Etat qui par l'octroi de monopole ou de privilèges à des entreprises publiques ou, plus généralement, à des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général, restreint et fausse la concurrence.

Chapitre I - Les ententes (art. 81 du Traité de Rome)

Le principe et les exceptions – Cadre général

Le droit communautaire interdit tous les accords et les pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou fausser la concurrence. Tel est le principe de l'article 81§1^{er}. Le §2 assortit cette interdiction d'une sanction : la nullité de l'entente. Le §3 déclare, cependant, les dispositions du §1^{er} inapplicables lorsque la restriction à la concurrence est compensée par des effets économiques bénéfiques supérieurs.

La mise en œuvre du principe

Le règlement 17/62 du 6 février 1962 du « règlement 17 » instituait le régime suivant. Il consacrait deux modes de légitimation des ententes : soit la Commission prononçait une exception au cas par cas (exemption dite individuelle), soit l'exemption se réalisait « par catégories », catégorie que la Commission établissait au fil du temps sur la base de sa propre pratique et de la jurisprudence communautaire = monopole de la commission.

Deux inconvénients : lourd pour la commission – contrôle a priori monopolisé par la Commission.

Le règlement 1/2003 : perte ou renforcement des pouvoirs de la Commission ?

Ce règlement, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2004, met en place un système plus souple qui tend à répondre à cette double attente. Celui-ci repose sur trois idées maitresses. En premier lieu, il substitue un régime d'exception légale au régime d'autorisation préalable. En deuxième lieu, la responsabilité des autorités nationales de concurrence (en abrégé et dans la suite du texte (ANC) et la compétence des juridictions nationales sont réaffirmées en ce qui concerne, du moins, l'application des articles 81 et B2 TCE (principe de décentralisation), et ce même si, d'une part, la Commission garde une compétence concurrente et, d'autre part, peut d'initiative contrôler les ententes les plus importantes.

En résumé : contrôle a posteriori et suppression du monopole de la commission – commission conservant une influence prépondérante sur la politique de concurrence.

Régime d'exception légale et non d'autorisation légale

Responsabilité des autorités nationales de concurrence et compétence des juridictions nationales

Décentralisation → les autorités et les juridictions nationales coopèrent et appliquent/interprètent de la même manière le droit communautaire (harmonisation de la mise en œuvre).

Section 1 Le domaine d'application du droit communautaire

A. Le droit communautaire appliqué par les États membres

La décentralisation et la primauté du droit communautaire

Le principal acquis du règlement 1/2003 est la dévolution de compétences aux ANC et aux juridictions nationales dans l'application du droit communautaire des articles 81 et 82.

Le terme « également » de l'article 3 du règlement signifie qu'en vertu du principe de primauté du droit communautaire et de son effet direct, ce droit s'applique nonobstant toute disposition nationale contraire, dès lors que l'entente, au sens le plus large porte ou est susceptible de porter atteinte au commerce entre États membres.

L'atteinte au commerce entre États membres

Le critère de l'atteinte au commerce entre États membres, conçu en tant que critère de répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres appelle quelques précisions.

- Le mot commerce est pris au sens large : il s'agit, en effet, de couvrir toute activité économique, y compris les services voire l'activité sportive
- La notion « d'affectation » couvre également la possibilité d'affectation : on se satisfait en effet d'un degré suffisant de probabilité lequel est apprécié sur la base d'un ensemble de facteurs objectifs, de fait et de droit, permettant de déduire une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre États membres.
- Enfin l'influence sur les échanges entre États membres doit être « sensible ». Les lignes directrices déjà évoquées insistent sur la nécessité d'une appréciation in casu. Les lignes directrices proposent des exceptions comme celle de faire échapper les PME.

B. L'application par les États membres: de la décentralisation à la répartition des compétences

Les A.N.C. et les juridictions nationales

Le règlement 1/2003 n'évoque les ANC qu'à propos de la création du « Réseau européen de la concurrence ». L'article 35 oblige les États à désigner la ou les autorités membres de ce réseau et compétences pour appliquer les articles 81 et 82 TCE. Dès 1999, la Belgique s'était notamment dotée d'un Conseil de la concurrence.

L'article 5 al. 1^{er} de la loi coordonnée sur la protection de la concurrence économique du 15 septembre 2006 prévoit seulement une compétence minimale des ANC. Elles peuvent agir d'office ou sur plainte et adopter les décisions suivantes :

- Ordonner la cessation d'une infraction
- Ordonner des mesures provisoires
- Accepter des engagements
- Infliger des amendes, astreintes et toute autre sanction prévue par le droit national

La règle de présomption ou de dessaisissement

La décentralisation implique que les ANC et les juridictions nationales sont en principe compétentes pour juger elles-mêmes des cas qui leur sont soumis ou qu'elles décident de poursuivre. Cette règle connaît, cependant, une importante limite. L'article 11 al. 6 du règlement 1/2003 énonce, en effet, que l'ouverture par la Commission d'une procédure soustrait automatiquement le dossier à l'analyse par l'ANC qui en serait saisie. Une communication de la Commission de 2004 réserve cette possibilité à des cas justifiés (lenteur de la procédure, risque de contradiction etc.).

La collaboration des A.N.C. au sein du R.E.C

Le règlement 1/2003 prévoit diverses mesures de coopération entre les ANC. La première concerne l'échange d'informations, qu'elles soient générales (article 11 al. 3) ou concernent un dossier en particulier (article 12).

La répartition des affaires entre A.N.C

Quelle ANC sera compétente lorsque par exemple l'accord conclu concerne une entreprise danoise et une entreprise belge et a pour objet le partage du marché allemand ?

Sans entrer dans les détails des solutions prônées par la Communication, relevons la notion d'autorité bien placée pour l'examen de l'affaire, qui constitue le critère d'appréciation de la compétence retenue. La Commission s'estime la mieux placée si l'affaire concerne plus de trois Etats.

Section 2 Le champ d'application de l'article 81 du Traité C.E.

Les notions utilisées par l'article 81

Termes flous utilisés par la commission. Le point positif est que cela permet d'aborder plus de cas. Le point négatif est l'interprétation pouvant être divergentes.

A. Le domaine d'application *ratione personae*

La notion d'entreprise par la Cour : «toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement».

L'activité économique vise toute activité de production consistant à offrir des biens ou des services. Elle exclut des activités n'ayant pas un objet économique, ainsi lorsque l'activité découle de l'exercice même de la puissance publique soit dont l'activité est sociale. Deux précisions complètent l'analyse de la notion.

Premièrement, l'absence de but lucratif ne permet pas d'exclure la qualification d'entreprise. Un institut de recherche public institué sous forme de fondation est qualifié d'entreprise. En second lieu, à diverses reprises, la Cour de justice a rappelé que les règles de concurrence s'appliquent aux activités d'un organisme qui sont détachables de celles qu'il exerce en tant qu'autorité publique (théorie des activités dites détachables).

Ex : la FIFA a pu être qualifiée d'association d'entreprises dans la mesure où outre sa fonction de régulateur, elle organise des manifestations sportives.

L'entreprise peut être une personne physique ou morale et est indépendante du statut juridique de l'entité.

Une personne physique peut être qualifiée d'entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence. L'entreprise est indépendante de l'existence d'une personnalité morale. La notion d'entreprise s'applique également aux entreprises publiques qui se voient, dès lors, appliquer les articles 81 et 82 du TCE. Un service administratif qui exerce des activités industrielles ou commerciales, même sans être pourvu d'une personnalité juridique, est une entreprise publique. L'article 2 1° b) de la directive 2000/52 définit plus particulièrement l'entreprise publique comme étant toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui les régissent.

Le cas particulier des entreprises publiques en charge d'un s.i.e.g.

Les entreprises publiques peuvent échapper partiellement aux règles de la concurrence dans la mesure où leurs activités correspondent aux deux conditions alternatives suivantes : premièrement, l'entreprise doit être chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Secondement, l'application des règles de concurrence ferait échec à l'accomplissement de la mission de service public.

L'exigence d'une autonomie de décision.

Pour constituer une entreprise au sens du droit communautaire, encore doit-on être en présence d'une unité économique indépendante, en ce sens qu'elle détermine elle-même son positionnement sur un marché considéré. Constitue une entreprise, l'entité qui dispose d'une capacité de décision propre quant à sa stratégie industrielle, financière ou commerciale.

- Ainsi une succursale ne peut être qualifiée d'entreprise
- La qualification comme entreprise d'une filiale (satellite de la société mère du groupe, dotée de la personnalité juridique) est en principe également exclue sauf s'il est établi au regard des faits de la cause, qu'elle bénéficie d'une autonomie économique réelle.

- Le cas des agents commerciaux suit le même raisonnement. L'agent ne peut pas être considéré comme un opérateur économique autonome et que, partant, il forme avec fournisseur une seule et même unité économique. Tel est le cas, selon la Cour, lorsque cet agent ne supporte aucun risque financier et commercial important en ce qui concerne la vente ou l'exécution des contrats conclus avec la clientèle finale. Le contrat d'agence commerciale tombera, cependant, sous le joug de la législation communautaire s'il est établi que l'agent est un faux agent, en ce sens qu'il supporte dans les faits de tels risques.

B. Le domaine d'application *ratione loci*

De l'Espace économique européen (E.E.E.) aux pratiques des entreprises situées dans des États tiers

Les règles de la concurrence s'appliquent aux entreprises situées dans les territoires des États membres, c'est-à-dire dans les 27 États membres.

L'accord impose, cependant, la décision de la Commission dès qu'une entente, même conclue par des entreprises hors territoire de l'Union européenne, a affecté le commerce entre États membres de la communauté.

La doctrine souligne, cependant, que les autorités communautaires ne disposent pas de pouvoir d'enquête auprès de telles entreprises et ne peuvent effectivement sanctionner les entreprises situées dans les États tiers qu'à travers leurs filiales situées dans l'Union européenne. Pour pallier ces limites, des accords de coopération ont été conclus par la Communauté avec des pays tiers, les États-Unis, le Canada et le Japon.

C. Le domaine d'application *ratione materiae*

1. Accords, décisions d'associations d'entreprises, pratiques concertées : la conception large de l'entente

Une définition large: un acte volontaire

L'interdiction des ententes anticoncurrentielles énoncée par l'article 81 al. 1^{er} TCE frappe les « accords », les « décisions d'associations » et les « pratiques concertées », c'est-à-dire toutes les formes d'engagement reposant sur un acte volontaire des partenaires. L'énonciation des trois catégories témoigne de la volonté des autorités européennes de concevoir de façon large la notion d'entente. L'entente exclut par contre le comportement unilatéral d'une entreprise qui imposerait sa loi à ses partenaires. De telles mesures unilatérales constituent, le cas échéant, l'indice d'un abus de position dominante et soient dès lors sanctionnées sur la base de l'article 82 TCE. Cela étant, au regard de l'article 81 TCE, la volonté commune peut être tacite.

La notion d'accord

L'accord existe lorsque les parties ont abouti à un consensus sur un projet qui limite ou est de nature à limiter leurs libertés commerciales en déterminant leur ligne d'action ou d'abstention

d'action mutuelle sur le marché. L'accord peut résider dans un contrat écrit ou verbal ou un pacte d'actionnaires. La qualification de l'accord importe peu. De même le fait que l'accord n'ait aucune portée juridique, voire l'exclut expressément, est sans incidence. Un gentlemen agreement pourrait, par exemple, constituer un accord au sens de cette disposition.

Les «décisions d'associations d'entreprises»

Constituent des décisions d'associations d'entreprises la création de l'association, ses décisions et règlements, voire ses recommandations si elles sont suivies. Décision du 24 juin 2004 : la Commission a sanctionné la mise en place par l'Ordre des architectes belges d'un barème honoraire minima recommandés.

La notion de «pratiques concertées» et sa preuve (initiatives de coordination des comportements)

Arrêt des matières colorantes de la CJCE du 24 juillet 1989, la Cour a défini cette pratique concertée comme une forme de coordination entre entreprise qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence.

La notion vise à réprimer des actions de coordination sciemment conduites par des entreprises sans qu'elles n'aient utilisé un instrument juridique identifiable, ni même une décision formalisée par écrit.

Certes, il conviendra de démontrer l'existence d'une collusion : les opérateurs peuvent, en effet, simplement, et c'est leur droit, justifier la similarité de leurs comportements par la nécessité d'adapter leurs comportements à celui de leur concurrents.

Ce qui importe, c'est que les parties aient consciemment, par des prises de contact directes ou indirectes, limité leur autonomie, par exemple à la suite du dévoilement par un concurrent de sa stratégie.

2. *Le «marché en cause»*

Il est nécessaire pour évaluer l'impact sur la concurrence d'une pratique anticoncurrentielle, de déterminer au préalable les contours du marché dont le fonctionnement a été ou risque d'être affecté. C'est ce que l'on nomme le marché en cause. La délimitation du marché doit permettre d'identifier le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. C'est dans cette optique que la définition du marché permet, en particulier, de calculer les parts de ce marché détenu par chaque opérateur, ces parts apportant des informations utiles concernant l'existence d'une éventuelle position dominante ou du pouvoir de marché d'une entente.

La détermination du «marché en cause»

Le marché au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur

un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres.

La détermination du marché nécessite une double attention : la première porte sur le produit ou le service en cause, la seconde invite à analyser la zone géographique en question.

Plus la substituabilité entre produits est forte, plus le marché est large.

La détermination du marché au regard critère du produit ou du service

Sans doute, la nature intrinsèque du produit ou du service, c'est-à-dire ses caractéristiques essentielles constitue un premier critère de la substituabilité de la demande encore qu'il ne soit pas définitif. On songe aussi à la différence de prix ou aux caractéristiques de l'offre. Les autorités de la concurrence ajoutent parfois un autre critère pour déterminer le marché en cause : celui de la capacité des entreprises à adapter à faible coût ou à bref délai leur production ou leur service de manière à entrer dans le jeu concurrentiel = pour redynamiser la concurrence.

La détermination du marché en cause au regard du critère géographique

L'aspect géographique influence la demande d'un produit ou d'un service de trois manières. Premièrement, la distance entre l'offre et la demande influence la substituabilité du produit. En deuxième lieu, la culture et les habitudes sociales d'un milieu ont également un effet direct sur la substituabilité. Enfin, certains marchés sont géographiquement limités par la présence de contraintes ou de normes légales ou réglementaires même si, comme nous l'avons vu au titre précédent, la politique européenne tend à démanteler ces barrières à la circulation des biens et services. Il faut pour tomber sous le coup de l'interdiction qu'un dommage soit causé au marché ou que ce but soit poursuivi par l'entente en question. Les accords sont interdits lorsqu'ils ont pour objet ou pour effet d'altérer la concurrence. Ainsi, un accord dont le but est d'entraver la concurrence remplit les conditions de l'interdiction sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'il a produit des effets concrets.

La distinction entre entente à objet concurrentiel et celle à effet concurrentiel est importante pour la Commission car, dans le premier cas, les autorités concurrentielles n'ont pas à se poser la question des effets réels ou potentiels de l'entente.

3. Une entente qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence

La condition et son interprétation: les principes.

L'objet anticoncurrentiel

L'objet anticoncurrentiel résulte de la nature même de l'accord. Les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire. Il s'agit des restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de

concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81 §1^{er} de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché. La seule présence d'un objet anticoncurrentiel suffit. Il n'est pas nécessaire que la restriction à la concurrence soit l'objectif unique ou principal de l'entente.

L'effet anticoncurrentiel

Il est possible que l'entente n'ait pas un objet anticoncurrentiel, mais que son existence ait de tels effets potentiels. De tels effets, doivent non seulement être sensibles comme nous l'avons dit mais en outre doivent exister ou pouvoir se manifester avec un degré suffisant.

La Commission ajoute que l'effet négatif ne se présume pas et se fonde sur une condition minimale : l'existence pour les entreprises en cause d'un pouvoir sur le marché, pouvoir qu'elle définit comme étant la capacité de pratiquer pendant une durée significative des prix supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou de maintenir, pendant une durée significative, la production en termes de quantité, qualité et diversité à un niveau inférieur à celui qui résulterait de la concurrence.

La preuve du lien de causalité incombe donc aux autorités de concurrence. Pour établir ce lien de causalité, la Cour de justice applique la règle de l'équivalence des conditions : le lien existe dès que l'acte a pu concourir à l'entrave même s'il n'a pu suffire à lui seul.

Section 3 es ententes prohibées et les ententes légitimes au sens de l'article 81, § 3, du Traité C.E.

A. Les ententes prohibées

L'article 81 §1^{er} TCE énumère de manière non exhaustive des « objets » d'entente dont la nature anticoncurrentielle est évidente.

1. La fixation directe ou indirecte des prix d'achat, de vente ou d'autres conditions de la transaction

Les pratiques d'alignement des prix

Sans doute, la pratique la plus facilement repérable et condamnable est celle du prix « obligatoire ». Il s'agit de maintenir artificiellement les prix à un niveau supérieur à celui qui résulterait de la concurrence. L'entente entre entreprises peut revêtir à cet égard diverses formes selon que les participants :

- Fixent entre eux le prix
- S'engagent à ne pas accorder de rabais
- Appliquent les mêmes conditions de crédit à leurs clients
- Créent une agence de vente en commun
- Adoptent une comptabilité analytique de leurs coûts communs pour faciliter la comparaison

Au-delà de ces cas évidents, la pratique des prix « conseillés » ou « indicatifs » a également pu être interdite lorsque, derrière de telles qualifications, l'intention des parties est d'appliquer effectivement de tels prix.

A côté des prix fixés contractuellement, sont également prohibés les prix « indicatifs » fixés par une association d'entreprises, les notifications de changement de prix ou encore les accords conduisant à un refus de vendre aux distributeurs qui ne respectent pas le tarif des prix.

Sont également interdits les rabais lorsqu'ils dépendent d'un cumul d'achats auprès d'un groupe d'entreprises.

2. Le contrôle de la production, des débouchés ou des développements

La limitation ou le contrôle de la production, des débouchés ou du développement technique voire des investissements

Sont également blâmables les pratiques qui permettent un cloisonnement du marché. Il s'agit alors de rendre difficiles les importations parallèles et, notamment, d'empêcher les distributeurs d'étendre leur marché par-delà les frontières.

BMW Belgique, fut, de même, condamné pour avoir exercé une pression sur ses détaillants afin de les empêcher de réexporter vers un autre Etat membre.

La limitation ou le contrôle de la production des débouchés ou du développement technique ou des investissements

Une clause qui interdit l'exportation constitue toujours une infraction grave. Ces pratiques, sanctionnées par plusieurs décisions de la Commission portent, en effet, directement préjudice au consommateur dans la mesure où elles raréfient l'offre à plus long terme lorsqu'elles ont pour effet d'empêcher le progrès et la commercialisation de nouveaux produits.

3. La répartition des marchés

La répartition des marchés ou des sources d'approvisionnement

Ces premières réflexions concernent des accords dits verticaux, c'est-à-dire les accords entre prestataires ne se trouvant pas sur le même niveau de la chaîne de production, de distribution jusqu'au consommateur final. Parmi ces accords verticaux, les accords qui confèrent un droit exclusif à une clientèle sont interdits. L'exclusivité d'approvisionnement auprès d'un fournisseur est également condamnable. Les décisions ne manquent pas à cet égard.

Clause anglaise = une telle clause présente dans les contrats de distribution autorise l'acheteur à s'approvisionner auprès d'un autre fournisseur qui lui proposerait des produits de même qualité à un meilleur prix, mais oblige ce dernier à informer son fournisseur des prix et conditions pratiqués par les fournisseurs tiers.

La réparation des marchés peut également être le fait de concurrents direct se trouvant au même niveau de production ou de distribution, par le biais d'accords dits horizontaux.

4. *L'application des conditions générales*

L'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage concurrentiel

La loyauté du jeu économique exige de ne pas avantager ou désavantager un utilisateur ou un fournisseur comparativement aux autres. Une application de ce principe apparaît, notamment, dans la décision Pittsburgh Corning Europe S.A., qui visait une pratique concertée de prix discriminatoires selon le pays destination à l'intérieur du Marché commun. L'entreprise avait, notamment, vendu son verre cellulaire en RFA par l'intermédiaire de sa filiale allemande à des prix considérablement plus élevés que ceux pratiqués en Belgique et aux Pays-Bas.

La subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats

De nombreux accords entre entreprises subordonnent l'approvisionnement ou, de manière plus large, la prestation d'un concurrent ou d'un fournisseur à des conditions qui n'ont d'autre but que de permettre à l'une des parties de se prémunir, au moins partiellement, contre la concurrence et le jeu normal du marché. Sans doute ces clauses, qui excèdent les nécessités de l'objet du contrat, peuvent être le signe d'un abus de position dominante visé par l'article 82 TCE mais elles exigent également en dehors cette hypothèse = imposition de prestation supplémentaire pour pouvoir bénéficier du contrat principal.

B. Les ententes admises dans le cadre de l'application de l'article 81, § 3, TCE –

L'équilibre souhaité par le législateur européen: la *rule of reason*

L'article 81 §3 du Traité, les dispositions de l'article 81 §1^{er}, peuvent être déclarées inapplicables dans certaines conditions qu'il énumère. La concurrence, selon l'approche européenne, n'est pas un bien en soi ; elle n'est pas une valeur absolue. Les exigences de la concurrence peuvent, et doivent, céder le pas si l'atteinte que constitue l'accord procure une satisfaction plus grande des consommateurs au regard de l'intérêt général que le libre jeu de cette même concurrence = économiquement justifié.

Le producteur y trouve intérêt, certes, mais le courant d'informations que l'accord engendre avec les distributeurs, relais de préoccupations de la clientèle, lui permet aussi d'améliorer son produit et de réclamer de ces concessionnaires, en échange de l'avantage que l'accord leur octroie, un meilleur service aux consommateurs (même si la concurrence est réduite cela peut avoir un effet positif sur la concurrence).

Ainsi, il peut apparaître que le marché européen ait à gagner avec de telles restrictions à la concurrence. L'innovation technologique et la lutte contre la concurrence internationale peuvent rendre légitimes les ententes entre entreprises.

Le réalisme implique que la possibilité existe d'échapper au principe de l'interdiction. L'article 81 §3 : possibilité d'exemption qui y est stipulée nuance l'interdiction de principe énoncée au §1^{er}.

Quelle que soit la forme de l'exemption, l'entente doit nécessairement répondre aux quatre conditions cumulatives prévues par l'article 81 §3 ; la pratique doit être, à la fois, un facteur de productivité pour les partenaires, et de profit pour les consommateurs, elle doit respecter le principe de proportionnalité et elle ne peut supprimer la concurrence dans le marché considéré.

Du règlement no 1/2003 aux lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, du Traité C.E

Le règlement 1/2003 avalise le système d'autorisation préalable des ententes. Chaque entreprise doit prendre le risque de mettre en œuvre l'entente ou risque d'avoir une sanction.

Cette suppression de tout examen préalable maintient, cependant, comme nous l'avons dit, un contrôle a posteriori par les autorités de la concurrence, parmi lesquelles opèrent en concurrence les autorités nationales et communautaires.

La Commission fixe de la manière la plus précise l'interprétation à donner aux conditions d'exemption de l'article 81 §3 (balises de recommandation auxquelles on peut se fier).

Les Lignes directrices du 27 avril 2004: quelques accents nouveaux

L'exemption visée par l'article 81, § 3, peut être individuelle ou par catégories

Nous avons noté la position délicate des parties à l'accord qui, depuis l'entrée en vigueur du règlement 1/2003, doivent juger elles-mêmes de la licéité de leur accord sur la base d'un bilan concurrentiel mettent surtout en balance des effets pro et anticoncurrentiels.

La Commission a édicté plusieurs règlements d'exemption en ce qui concerne les accords verticaux et horizontaux.

Le fait qu'un accord relève d'une exemption par catégorie ne constitue pas une garantie absolue de licéité. La Commission, comme les autorités nationales de concurrence, peuvent retirer le bénéfice de l'exemption si, nonobstant la conformité aux conditions imposées pour l'exemption, il s'avère que, dans les faits, l'accord est incompatible avec les règles de l'article 81 (règlement 1/2003 article 29§1^{er}). Quoi qu'il en soit, exemption individuelle ou par catégorie, les quatre conditions de l'article 81 §3 trouvent à s'appliquer. Les deux premières sont exprimées de manière positive. Les deux dernières de manière négative.

La première condition: l'amélioration de la production ou de la distribution, ou la promotion du progrès technique ou économique

Elle conduit les parties à devoir démontrer les gains d'efficacité permis par l'entente qu'elles ont conclue. Ces gains peuvent être réalisés (rationalisation, suppression des postes de travail) sur les coûts ou être qualitatifs (services ou produits nouveaux), résulter d'accords verticaux ou horizontaux.

Selon la Cour de justice, l'amélioration doit présenter des avantages objectifs sensibles de nature à compenser les inconvénients en résultant sur le plan de la concurrence. L'amélioration peut se situer tant au niveau de la production que de la distribution.

L'amélioration de la production s'entend de la rationalisation d'investissement, de l'augmentation de la rentabilité ou des capacités de production, de l'élargissement de la gamme des produits. Sans leur accord, les deux entreprises auraient difficilement pu parvenir séparément à la production offerte ensemble.

Ex : licence exclusive de savoir-faire – l'accroissement du nombre de centres de fabrication du produit faisant l'objet de cette licence – licence de brevet.

Le gain d'efficacité réalisé sur les coûts, notent les Lignes directrices peuvent aussi résulter d'économie d'échelle ou de la réduction de surcapacité structurelle. La réunion d'actifs complémentaires par la mise en commun de savoir-faire (laboratoires d'analyse en commun) autorise la production innovante et l'élargissement de la gamme de produits.

Quant à l'amélioration de la distribution, il est évident que des distributeurs spécialisés fournissent un service mieux adapté à la clientèle, peuvent livrer plus rapidement et assurent une meilleure qualité du produit tout au long de la chaîne de distribution. On tient compte à cet égard de la nature du produit, de sa complexité et du besoin de service après-vente. La promotion du progrès technique constitue la troisième facette de la notion de gain d'efficacité.

La deuxième condition: une partie équitable du profit est réservée aux «utilisateurs»

La première condition visait d'abord le profit des membres de l'accord ; la deuxième réclame que les utilisateurs jouissent également d'une part des bénéfices liés audit accord.

Si les lignes directrices utilisent le terme « consommateur » par préférence à celui d'utilisateur c'est, cependant, pour entendre le premier terme de façon large. La notion de « consommateur » englobe, en effet, tous les utilisateurs discrets ou indiscrets, des produits couverts par l'accord, y compris les producteurs qui utilisent les produits pour transformation, les détaillants et les consommateurs finaux. L'utilisateur peut donc être le client de l'entente en question. Quant à la notion de « partie équitable », elle suppose qu'une compensation des inconvénients de l'atteinte à la concurrence leur soit assurée : une baisse de prix certes, mais également l'amélioration du service ou de la qualité du produit peuvent constituer cet avantage. L'avantage peut être différé dans le temps (l'accord peut ne produire ses effets réels sur le marché qu'après un certain délai) ou ne viser qu'une catégorie de « consommateurs » et être défavorable à d'autres : c'est le caractère favorable de l'incidence sur l'ensemble des consommateurs dans les marchés pertinents qui compte.

La troisième condition: le caractère indispensable des restrictions – principe, critères et exemple

L'altération de la concurrence doit être limitée à la mesure nécessaire à la réalisation des deux premières conditions et, en tout cas, de la première. C'est, à tout le moins, ce qui ressort des Lignes directrices qui précisent, sur ce point, que tant que l'accord lui-même que chacune des restrictions à la concurrence qu'il engendre doivent être justifiés par les gains d'efficacité.

Les autorités de la concurrence seront ainsi attentives aux alternatives qu'offrirait le marché aux parties et qui étaient moins anticoncurrentielles.

Une restriction sera ainsi jugée indispensable si son absence réduisait ou compromettrait fortement le gain d'efficacité souhaité par l'accord. Une règle d'appréciation se dégage aisément : plus la restriction est forte, plus le critère qui fixe la condition doit être rigoureusement apprécié.

La quatrième condition: le maintien d'une concurrence

Le comportement visé, énonce l'article 81 §3, ne doit pas éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Dès lors, dans le cadre de cette appréciation, la Commission doit, après avoir défini le marché de référence, déterminer quelle est la part de ce marché qui est affecté par l'accord.

Cette condition permet, par exemple, de refuser l'exemption lorsque la part de marché détenue par les entreprises concernées est importante ou lorsqu'une entreprise est déjà en situation de monopole.

Il y a ici lieu de prendre en considération les produits de substitution européens ou importés, c'est-à-dire ceux qui diffèrent des produits examinés, mais qui peuvent répondre aux mêmes besoins à des prix égaux ou inférieurs.

Enfin les lignes directrices insistent sur la nécessité de prendre en considération le comportement des parties sur le marché et l'interaction concurrentielle qui préexistait à l'accord. Elles proposent, ensuite, en ce qui concerne la concurrence potentielle, pas moins de huit facteurs explicatifs d'une barrière à l'entrée sur le marché pour ces concurrents potentiels.

CHAPITRE 2 Les abus de position dominante (article 82 du Traité C.E.)

De la notion d'abus de position dominante et d'autres notions

La notion de position dominante se différencie de celle de monopole ou de quasi monopole.

Le principe: légitimité de la position dominante, non de son abus

L'article 82 TCE déclare incompatible avec le marché commun, non la position dominante elle-même mais uniquement son abus : seule est, en effet, interdite l'exploitation abusive d'une situation de prédominance sur un marché, c'est-à-dire celle qui affecte la concurrence ou pénalise le consommateur. L'abus est réprimé en toute hypothèse. L'application de l'article est elle, inconditionnelle. L'article 82 suppose simplement la vérification de deux conditions : l'existence d'une position dominante sur un marché et celle d'une exploitation qualifiable d'abus de cette position.

Section 1 La position dominante: notion et hypothèse

A. La notion de position dominante

L'application *ratione personae* : une ou plusieurs entreprises

L'article 82 est applicable aux entreprises. Elle s'entend, dès lors, de toute organisation autonome ayant des activités économiques, qu'elle qu'en soit la forme ou le caractère public ou privé. L'article 82 interdit l'abus commis par une ou plusieurs entreprises. Il peut donc s'agir d'un groupe de sociétés : une société mère et ses filiales pourront être visées par cette disposition dans la mesure où leur autonomie de décisions autorise la qualification d'entreprises.

Peut-on considérer que l'abus soit le fait de plusieurs entreprises autonomes ? La Cour l'a parfois considéré indépendamment de la constatation de toute entente ou pratique concertée. L'abus collectif peut également résulter de l'exploitation de l'avancée technologique de certaines entreprises sur d'autres, avancée résultant par exemple d'un brevet pris en commun.

La position dominante collective peut être horizontale ou verticale. Réunion de trois conditions suivantes :

- Chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres afin de vérifier s'ils adoptent ou non d'une même ligne d'action.
- Il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, en ce sens qu'elle constitue une incitation pour chacun à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché
- La réaction prévisible des concurrents, actuels et potentiels, et celle des consommateurs ne doit remettre en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune.

L'application *ratione materiae*: la notion de position dominante et sa distinction avec le monopole

Monopole – domination – pouvoir

Le monopole désigne la situation où une entreprise est la seule à exercer un type d'activité économique sur le marché (fourniture de biens ou prestation de services). Cette situation découle le plus souvent de droits exclusifs accordés par l'Etat à l'entreprise, la protection contre toute concurrence étant alors garantie réglementairement et toute activité concurrentielle réprimée = monopole de droit voir monopole légal.

L'entreprise en situation de monopole légal et qui occupe, par conséquent, une position dominante sur le marché ne tombe pas nécessairement dans le champ d'application de l'article 82.

Le monopole existe plus rarement du fait du marché lui-même (monopole de fait). Il en sera ainsi lorsque l'activité requiert un investissement tel qu'une seule entreprise peut se le permettre ou que l'entrée de concurrents s'avère très difficile.

A la différence d'une situation de monopole ou de quasi-monopole, la position dominante n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence. Cette position permet à l'entreprise qui en bénéficie d'influencer notablement les conditions de cette concurrence et, en toute hypothèse, de ne pas en souffrir.

Position dominante = position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportement indépendant dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs.

L'entreprise est dite en position dominante lorsque les partenaires commerciaux ont peu de liberté de se tourner vers la concurrence.

B. Les critères de la position dominante

Le marché «en cause» ou «relevant»

Marché en cause = tenir compte de la situation géographique – nature du produit – substituabilité.

La Cour de justice des communautés européennes précisait que la délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle, les possibilités de concurrence ne pouvant être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause, en vertu desquels ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits. Elle ajoute que la substituabilité des produits n'est pas seulement fonction de leur utilisation à des fins identiques, mais également des caractéristiques particulières qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination.

Ex : la banane n'est pas un produit substituable aux autres fruits frais en raison de ses qualités propres, qui les rendent particulièrement adaptés à la consommation des malades, des personnes âgées et des jeunes enfants.

Le marché relevant: la zone géographique

L'article 82 TCE exige une position dominante sur l'ensemble du marché ou sur une partie substantielle de celui-ci. Concernant le caractère substantiel de l'espace géographique du marché en question, il apparaît que le marché est perçu moins dans son étendue géographique que dans son importance économique par rapport à l'ensemble du marché commun et que, dans l'appréciation de ce poids économique, il faut tenir compte de la densité de population, de la localisation des produits et des possibilités d'écoulement des produits.

Il ne faut pas non plus oublier que, tout comme le domaine d'application de l'article 81, celui de l'article 82 ne vise que l'abus de position dominante susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres.

La position dominante: de la part du marché

Trois décisions considérées comme modèle en la matière.

Affaire Continental Can

Elle concerne un groupe américain (Continental Can) qui occupait à l'époque la première place dans le monde sur le marché relatif à la production de certains emballages. CC décide d'acquérir plusieurs sociétés européennes (d'abord avec une filiale allemande). La stratégie est mise en œuvre sans incident majeur dans un premier temps. CC acquiert ainsi plusieurs entreprises européennes, qui lui permettent de couvrir une partie encore plus importante du marché. Cette situation ne plaît guère aux concurrents. Ils réagissent avec force lorsque CC annonce son intention d'acheter l'entreprise néerlandaise TDV. Une plainte est adressée à la Commission par les concurrents. La cour annonce que « les parts de marché importantes, le programme de production englobant tous les marchés partiels et quelques produits, l'avance technique et la puissance économique et financière de C fondée sur une très grande dimension, assurent à cette entreprise des possibilités de comportements indépendants qui lui donnent une position très forte sur le marché allemand des emballages légers pour les conserves de viande et de poisson, ainsi que des couvercles métalliques ». Remarque : en 1972 pas encore de contrôle des concentrations. Si elle le faisait aujourd'hui elle devrait déposer un dossier à la Commission avant de s'emparer d'une filiale.

Facteurs :

- Part de marché : C détient une part importante sur le marché.
- Puissance économique et financière : peut faire appel au marché international des capitaux dans une mesure qui n'est pas ouverte aux concurrents
- Connaissance techniques
- Intégration verticale : elle peut ainsi maîtriser le processus du début à la fin. Cela renforce sa flexibilité → elle peut varier la production en fonction de l'évolution caractérisant la demande sans être exposée au danger de constituer des stocks excessifs. L'intégration verticale renforce également l'entreprise face à ses concurrents.
- Présence sur des marchés voisins : Elle peut proposer à ses clients un vaste assortiment. Elle peut répondre à un éventail large de besoins. L'assortiment permet aussi de limiter les contacts que peut avoir la clientèle avec d'autres fournisseurs potentiels.

Affaire United Brands

Production et distribution de bananes : Chiquita. UBC est la seule entreprise présente sur le marché de la banane à cumuler tous les avantages précités. Les éléments relevés à l'appui de la décision sont analysés comme suit :

- L'entreprise dispose d'une part importante sur le marché
- Son organisation est fondée sur l'intégration verticale
- Sa puissance financière lui permet de maintenir et de développer cette organisation, en finançant notamment de vastes campagnes publicitaires
- Son avance et son savoir-faire sont sans égal dans le secteur

Affaire Hoffmann-La Roche

Leur position est dominante au motif que l'accès aux marchés de vitamines nécessitant, pour être rentable, des investissements importants et spécialisés et des capacités programmées sur de longues périodes, on ne peut pas estimer que la perspective d'un accès éventuel de nouveaux concurrents à ce marché puisse actuellement modifier d'une façon appréciable la position de Roche. L'analyse développée par la Commission a été confirmée par la Cour. Pour la juridiction, la part détenue par l'entreprise est prépondérante en vue de déterminer si une entreprise domine un marché. A cette occasion, la Cour introduit pour la première fois la notion de « partenaire obligatoire ». Cette notion se déduit de la constatation que, à la suite de la présence d'une entreprise détenant une part substantielle de marché, les clients potentiels ne peuvent se tourner vers un fournisseur alternatif.

La position dominante → possibilité d'adopter un comportement de l'entreprise indépendant vis-à-vis de ses concurrents

L'affirmation est récurrente dans la jurisprudence de la commission : il y a position dominante lorsque les entreprises ont la possibilité de comportement qui les met en mesure d'agir dans tenir notablement compte des concurrents.

Plus précisément, la position dominante peut concerner une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle à l'apparition et au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement, des consommateurs.

Section 2 L'abus de position dominante

A. Généralités

La notion d'abus: abus de comportement ... et abus de structure?

La notion d'abus n'est pas définie dans le traité. Définition de la Commission en 1965 : il y a exploitation abusive d'une position dominante lorsque le détenteur de cette position utilise les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages qu'il n'obtiendrait pas en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace.

Cette définition limite l'abus à ce qu'il est convenu d'appeler l'abus de résultats par opposition à l'abus dit de structure. Par l'abus de résultat il s'agit de contrôler l'action ou l'abstention de l'entreprise qui porte préjudice soit aux concurrents soit aux clients soit aux consommateurs finaux.

La doctrine s'est interrogée que l'intérêt d'étendre la notion d'abus et de distinguer « l'abus de structure », résultant de l'effet d'un acte ou d'une opération sur les conditions d'exercice et l'intensité de la concurrence sur le marché, en pratique, l'exclusion des concurrents actuels ou potentiels [...] et « l'abus de résultat », l'entreprise tirant parti de son pouvoir de marché pour obtenir des avantages de ses clients ou fournisseurs qu'une concurrence effective ne lui aurait pas permis d'atteindre. L'abus de structure permet de viser moins de troubles immédiatement subis par les fournisseurs ou les utilisateurs que des altérations apportées aux structures concurrentielles.

Le bien-fondé de l'extension: de quelques limites à la prise en considération de l'abus de structure

Que faut-il entendre par moyens anormaux ? Une OPA sauvage peut-elle être qualifiée de telle ? Des pratiques de diminution de prix ou d'encerclement du concurrent sont, certes, des moyens anormaux, mais, dans de tels cas, n'est-on pas simplement devant une hypothèse d'abus de résultat qui précéderait l'acquisition de l'autre entreprise ?

La théorie des *essential facilities* ou des ressources dites « essentielles »

Par exception au principe de la libre utilisation des ressources acquises ou créées ; de la liberté contractuelle qui en découle, la théorie d'origine américaine des « infrastructures essentielles » impose à l'entreprise dominante qui détient une ressource rare, à l'image des infrastructures dominées par les monopoles historiques de permettre l'accès à cette ressource à des concurrents parce qu'ils en ont besoin pour commercialiser leurs propres produits ou services sur un autre marché, moyennant bien entendu, une juste rémunération. Dès lors, le refus de donner accès à cette infrastructure essentielle peut être constitutif d'un abus de position dominante par le titulaire de la ressource rare.

Affaire Sea Containers : Port de Holyhead : un concurrent B&I se plaignait de ce que les horaires des ports étaient organisés de façon à rendre son travail le plus difficile possible.

Depuis cette décision, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser les conditions d'applications de cette théorie qui constitue une véritable dérogation à la liberté contractuelle : l'infrastructure à laquelle l'accès est demandée doit, tout d'abord, être détenue par un monopole ou une entreprise détenant une forte position dominante ; ensuite, sans cet accès, l'activité de l'entreprise demandeuse ne doit être guère possible ou, du moins, toute solution alternative qui pourrait être choisie par l'entreprise demandeuse doit s'avérer non rentable ; enfin, les concurrents doivent être incapables de pouvoir fournir une infrastructure de remplacement dans des conditions économiques rentables.

Deux autres conditions ont encore été rajoutées : la première exige la démonstration du refus ou des conditions discriminatoires d'accès à l'infrastructure ; la seconde nécessite la preuve de l'existence de capacités suffisantes de l'infrastructure pour l'offre de concurrents, sans quoi le refus d'accès serait justifié.

Pour ces raisons, la firme dominante devrait pouvoir avoir le choix de rechercher, pour ses projets réussis, une compensation suffisante pour entretenir sa motivation à investir, puisqu'elle prend à son compte le risque d'échec de projets. Il peut s'avérer nécessaire pour la firme dominante d'exclure d'autres opérateurs de l'accès à la ressource pendant une certaine période.

B. Les cas d'abus de position dominante définis par l'article 82 TCE

Une comparaison avec l'article 81, § 1er, du Traité

Sans doute, la répartition des marchés implique fréquemment l'existence d'une entente entre entreprises mais il est aisé de concevoir qu'elle puisse être opérée dans un groupe de sociétés

correspondant à une unité économique, c'est-à-dire une entreprise, tombant, dès lors sous le coup de l'article 86 (notamment affaire Hoffman La Roche).

La liste de l'article 82: une liste non exhaustive - le cas particulier des licences de propriété intellectuelle et Microsoft

L'affaire est mise en branle principalement à la suite de la plainte de Sun. Cette société se plaint de s'être vu opposer un refus de Microsoft à sa demande de communication des informations et de la technologie qui devaient lui permettre de développer des serveurs de groupe de travail interopérables avec le système d'exploitation Windows pour PC clients. Le principal argument de défense de Microsoft tient à l'exercice de ses droits de propriété intellectuelle sur ce système d'exploitation et qui l'autorisent selon elle à refuser une licence.

L'approfondissement progressif du débat: propriété intellectuelle versus concurrence

Elle concerne le cas d'une entreprise de télévision qui avait invoqué le droit de propriété intellectuelle sur sa grille de programme pour en refuser la licence à une société, la société Magill, éditrice d'une publication hebdomadaire des grilles de programme télévisuel.

Ces circonstances exceptionnelles exigent la prise en considération de trois éléments cumulatifs :

- Le refus doit empêcher l'apparition d'un produit nouveau, que l'auteur du refus de la licence n'offre pas et pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs
- Le refus ne doit pas être justifié
- L'auteur du refus doit se réserver, de la sorte, un marché dérivé, en excluant toute concurrence sur ledit marché

Décision Brönnner :

Le refus concernait ici un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité principale de la prise de paris, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel soit comme un produit nouveau dont l'apparition serait entravée, malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière de la part des consommateurs.

Restreignant :

- Le refus doit porter sur un produit indispensable pour l'exercice d'une activité sur un marché
- L'entreprise qui a demandé la licence doit avoir l'intention d'offrir, sur le marché de la fourniture des données en cause, des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs
- Le refus ne peut être justifié par des considérations objectives
- Le refus doit être de nature à réserver à l'entreprise titulaire du droit de propriété intellectuelle le marché de la fourniture des données sur les ventes de produits pharmaceutiques dans l'Etat membre concerné, en excluant toute concurrence sur celui-ci.

Elle refuse de se prononcer sur l'existence d'un droit de propriété intellectuelle dans le chef de Microsoft en ce qui concerne les informations dont ce dernier refuse la communication.

Premièrement, existence de deux marchés : le marché du système d'exploitation et celui dérivé des produits utilisant ce système d'exploitation sur lequel Sun entendait se profiler.

Deuxièmement, la Cour estime que ce marché dérivé ne doit pas nécessairement exister. Il s'ensuit qu'il est déterminant qu'il puisse être identifiés deux stades de production différents, liés en ce que le produit en amont est un élément indispensable pour la fourniture du produit en aval.

Troisièmement, la Cour exige que les informations refusées puissent être considérées comme indispensables à l'existence de produits ou services sur ce marché voisin.

In casu, la Cour démontre que la détention par Microsoft de 90% du marché des systèmes d'exploitation pour PC justifie d'admettre que cette troisième condition est rencontrée. Sur la base de ce constat, la Cour définit l'interopérabilité, en tant que condition nécessaire de l'émergence de produits nouveaux sur un marché dérivé qui doit pouvoir être concurrentiel.

Quatrièmement, il importe de démontrer qu'à défaut de prévoir cette interopérabilité, les concurrents puissent être exclus ou, plutôt, risquent d'être exclus de toute présence sur le marché dérivé concerné. Sun, présent sur le marché des serveurs pour groupe de travail, se doit de démontrer qu'à défaut d'accéder à l'information nécessaire pour permettre l'interopérabilité de ces serveurs, il sera de facto privé de toute possibilité de continuer à servir ce marché.

La décision Microsoft : critiques et conclusion

1. L'imposition (directe ou indirecte) de prix ou de conditions inéquitables

Les difficultés de la notion de prix équitables

L'article 81 TCE sanctionnait les ententes relatives à la fixation des prix, quel que soit leur niveau. Il s'agit ici, de sanctionner des prix inéquitables, ce qui suppose que l'autorité de la concurrence puisse déterminer le prix normal.

Ainsi l'entreprise peut être enfermée dans un dilemme ou même dans un trilemme :

- Si elle augmente ses prix, elle abuse d'une position dominante
- Si elle diminue à un niveau prédateur, il en est de même
- Si elle les laisse inchangés, elle peut être considérée comme coupable d'une pratique concertée avec d'autres entreprises

On cite, à cet égard, notamment l'ampleur de la marge bénéficiaire. Pourtant, même cet indice est contestable dans la mesure où le bénéfice peut servir à rémunérer la titulaire du droit de propriété intellectuelle lié au produit. Dans l'affaire Touanier, c'est le prix demandé

par le même produit dans les pays voisins qui a permis de détecter son caractère inéquitable, que ce prix demandé soit le fait de concurrents ou de la même entreprise.

De quelques hypothèses de prix «bas» inéquitables

La fixation de prix anormalement bas, dans le but de pénétrer un marché et d'éliminer la concurrence a été jugée constitutive d'un abus de position dominante dans plusieurs affaires.

Ex : Affaire Akzo → arrêt du 3 juillet 1991 la Cour décidait que des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.

Dans l'affaire Virgin c. British Airways, la Commission considéra que les rabais accordés par British Airways aux agents de voyage constituaient un abus, et ce pour deux motifs :

- Dès que l'agent dépassait en achats le nombre de tickets qu'ils avaient achetés l'année précédente, il bénéficiait d'un rabais sur tous les tickets de l'année et pas seulement sur les tickets additionnels.
- Les rabais étaient, de plus, discriminatoires, car les agents qui se trouvaient dans la même situation quant au nombre de vente de tickets recevaient des taux de commission différents selon l'objectif assigné à chacun, et ce sans justification objective.

2. La limitation du développement technique ou commercial

En effet, en l'absence d'entente, le Traité ne semble pas envisager un contrôle des investissements ou du développement technologique ou commercial, tout au moins à travers des règles de concurrence.

En effet, l'atteinte à la structure concurrentielle ne suffit pas à caractériser l'abus et ne tombe pas automatiquement sous le champ d'application de l'article 82. il faut encore que les moyens utilisés soient anormaux.

3. Les pratiques discriminatoires : le refus de livrer

Dans l'affaire Tomra, le groupe norvégien fournisseur d'appareils de collecte des emballages usagés de boissons vaut, sur cinq marchés nationaux, développés une telle stratégie d'exclusion entre 1998 et 2002.

L'abus de position dominante était, selon le Tribunal, manifeste. Toutes ces pratiques visaient à – et ont eu pour effet de – empêcher ou, du moins retarder, l'arrivée ou le développement de concurrents existants ou potentiels de manière à les évincer du marché et créer une situation de quasi-monopole.

4. L'interdiction des contrats couplés

Les diverses formes de la limitation de la liberté des acheteurs

L'article 82 d) condamne les pratiques qui consistent à subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec leur objet. La pratique visée par l'article 82 d) prendra souvent la forme du refus de fournir un produit ou un service du fait que le client n'est pas intéressé par un autre produit ou service que l'entreprise en position dominante entend fournir avec le premier.

CHAPITRE 3 Les concentrations

L'enjeu du phénomène

La création d'un marché intérieur suppose le regroupement de forces économiques qui, par ailleurs, doivent être à même de lutter contre leurs concurrents des pays tiers. L'introduction révélait l'absence de dispositions en la matière dans le Traité fondateur de la Commission européenne.

Les différents types de concentration : horizontales, verticales et conglomerales

- Les concentrations horizontales ont lieu entre concurrents, producteurs du même produit ou service dans le même marché et au même niveau des cycles de production ou de distribution. Ces concentrations sont les plus susceptibles d'affecter la concurrence
- Les concentrations verticales s'opèrent entre sociétés situées à des niveaux de marché différents, que la concentration ait lieu vers l'amont de la chaîne de production ou de distribution ou vers l'aval.
- Les concentrations conglomerales réunissent des entreprises qui ne sont pas concurrentes et ne créent aucune intégration verticale. On en distingue trois types :
 - Extension des lignes de produit
 - Extension des marchés
 - Création d'un pur conglomérat sans lien fonctionnel entre les firmes qui en sont membres.

Les articles 81 et 82 hors jeu: vers une réglementation spécifique

L'article 81 TCE est donc inapplicable puisqu'il suppose un accord entre des entreprises maintenues séparées, il exclut donc de son champ d'application les conventions entre partenaires qui peuvent conduire à leur rapprochement et dont le but est la disparition d'un membre de l'accord et non d'une entente entre deux partenaires qui conservent leur autonomie. L'article 82 est aussi hors jeu. Deux raisons expliquent la difficulté de parvenir à un consensus en la matière. La première réside dans la peur des Etats-nations de perdre toute compétence sur une question où se mêlent des enjeux économiques mais également politiques, en termes de sauvegarde de l'emploi et de stratégie nationale. La seconde difficulté réside dans l'affrontement des critères d'appréciation du bien-fondé de la concentration.

Section 1 Le champ d'application du règlement no 139/2004

La notion de concentration : « changement durable de contrôle »

L'article 3 du règlement 139/2004 réputé réalisée la concentration en cas de changement durable et contrôle. Voir plus spécialement les articles 3§1^{er} a et b et §4.

Cette dernière situation est précisée par une communication de la Commission de 1998. L'entreprise est alors dite commune de plein exercice, s'il y a contrôle conjoint de l'entreprise commune par les entreprises fondatrices et si l'entreprise commune fournit l'ensemble des fonctions normalement exercées par les entreprises fondatrices et non une seule de celles-ci. L'article 3§2 concerne le contrôle. Le contrôle ne suppose donc pas nécessairement l'acquisition d'une participation majoritaire comme c'est le cas en droit des sociétés.

Le contrôle peut être commun si, quelle que soit l'importance des parts détenues par les actionnaires en question, un partenaire peut s'opposer à des décisions jugées capitales pour la stratégie commerciale de l'entreprise.

Les domaines suivants seront considérés comme essentiels à la stratégie commerciale de l'entreprise :

- La nomination du personnel d'encadrement et d'établissement du budget
- L'établissement du plan d'entreprise
- Les investissements, sauf s'il s'agit d'investissements extrêmement élevés, un veto relevant dans ce cas de la protection normale d'un actionnaire minoritaire ou d'investissements ne jouant pas de rôle essentiel dans la politique de marché de l'entreprise
- L'utilisation d'une technologie fondamentale pour les activités de l'entreprise ou sur l'ouverture de nouvelles lignes de produits dans un marché caractérisé par la différenciation et l'innovation.

L'article 3§4 excepte quelques opérations de la notion de la concentration.

La concentration « de dimension communautaire »

Une opération de concentration présentera une dimension communautaire lorsque deux conditions cumulatives sont réunies (article 1^{er} §2) :

- Le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées doit représenter un montant supérieur à 5 milliards d'euros ET
- Le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la communauté par au moins deux des entreprises concernées doit représenter un montant supérieur à 250 millions d'euros.

L'article 1^{er} §3 étend, cependant, le champ d'application de la notion aux cas de concentration répondant aux 4 critères cumulatifs suivants :

- Le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées doit représenter un montant supérieur à 2.5 milliards d'euros
- Dans chacun d'au moins trois Etats membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées doit être supérieur à 100 millions d'euros

- Dans chacun d'au moins trois Etats membres visés ci-dessus, le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux (et non toutes les parties concernées) des entreprises concernées doit être supérieur à 25 millions d'euros ET
- Le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées doit représenter un montant supérieur à 100 millions d'euros.

Les exceptions au principe du «guichet unique»

Guichet unique = Soit la concentration d'entreprises présente une dimension communautaire et est examinée par la Commission, soit elle n'atteint pas cette dimension et le cas échéant, elle tombe sous l'application des législations nationales.

La première exception est celle de la protection dite d'intérêts légitimes que peut soulever conformément à l'article 21 §3 du règlement, un Etat lorsque la concentration nonobstant sa dimension communautaire touche à des intérêts nationaux supérieurs.

L'article 9 du règlement présente une deuxième exception : nonobstant la dimension communautaire et la notification de la concentration à la Commission, un Etat membre peut demander le renvoi du dossier à ses autorités nationales de la concurrence lorsque la concentration ne concerne, selon lui, que son marché national distinct = clause allemande.

L'article 4 §4 présente une troisième exception : si les parties estiment que la concentration peut avoir un effet particulier dans un Etat membre, considéré comme un marché distinct, elles peuvent proposer que le dossier soit traité par les autorités de cet Etat membre. La commission renvoie alors l'affaire à l'Etat membre, qui peut exprimer son désaccord d'un tel renvoi.

Section 2 La procédure et l'examen d'admissibilité par la Commission

A. La procédure

La notification

Article 4 = la notification s'opère en principe soit au moment de la conclusion de l'accord, de la publication de l'OPA ou de l'acquisition d'une participation de contrôle soit dès que le projet d'accord, d'OPA ou d'acquisition est suffisamment concret pour devoir être notifié.

La conséquence de la notification ou de l'absence de notification: la suppression

L'article 7 du Règlement interdit la mise en œuvre de la concentration avant qu'elle ait été déclarée compatible par décision de la Commission décision qui doit intervenir dans les délais qu'il énonce à l'article 10 §1^{er}. Exceptionnellement, la Commission peut octroyer à la demande des parties une dérogation à la suspension de la concentration (article 7 §3). L'absence de notification est sanctionnée par le paiement d'amendes (article 14).

La procédure en deux phases: vers une décision

Première étape = décision de la Commission qui, dans un délai de 25 jours à dater du jour ouvrable qui suit la notification ou le jour où le dossier est complet se déclare compétente et non et, dans l'affirmative, déclare si la concentration soulève ou non des doutes sérieux quant à sa comptabilité avec le marché commun. Notamment des observations à l'article 19 §1^{er} et §2.

Seconde étape = durée de 90 jours (article 10 §3). Elle permet de consolider ou d'infirmer le résultat de la première étape. La concentration peut alors être interdite ou soumise à des conditions.

La procédure doit, bien évidemment, respecter tant les droits de la défense des intéressés – lesquels pourront accéder au dossier et devront être entendus – que leurs secrets d'affaires pour lesquels existent des obligations strictes de confidentialité imposées aux enquêteurs (articles 3 §3, 17, 19 §7 et 20 §2).

La procédure peut s'achever par ce que la Commission appelle des mesures correctives ou par des engagements dits de structure ou de comportements des entreprises participant à la concentration.

B. L'examen d'admissibilité

Du marché concerné à la part de marché occupée par les partenaires

L'analyse des opérations de concentration dépend fortement des parts de marché détenues par les parties qui elles-mêmes dépendent de la définition du marché concerné. En la matière, les critères de substituabilité du produit ou du service et de zones géographiques (marchés distincts) déjà développés à propos des ententes et de l'abus de position dominante méritent d'être brièvement rappelés.

Du nouveau critère d'admissibilité adopté en 2004 :

Le règlement de 2004 élargit le pouvoir d'appréciation de la comptabilité, en permettant son affinement. Une opération de concentration sera, en effet, désormais réprouvée si elle «n'entrave pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante» (article 2, § 3).

Il ressort des Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales qu'une concentration peut entraver de manière significative la concurrence effective sur un marché en supprimant d'importantes pressions concurrentielles sur un ou plusieurs vendeurs, dont le pouvoir de marché se trouve en conséquence accru. L'effet le plus direct de l'opération sera l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration.

Les cas particuliers des restrictions accessoires

L'article 8 §1^{er} al. 2 du règlement n°139/2004 confirme une pratique de la Commission : Les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration sont couvertes par l'admission de celle-ci. Cette extension est automatique. En cas de doute sur la

qualification d'accessoire d'une restriction, la Commission se devra de prendre une décision à cet égard afin d'éviter toute insécurité juridique.

Les gains d'efficacité

Les lignes directrices du 5 avril 2004 soulignent l'obligation pour la Commission de prendre en compte, et ce à la décharge des partenaires de la concentration, les gains d'efficacité que permet la concentration.

Trois conditions cumulatives sont, cependant, posées :

- Ces gains devront aboutir, à un avantage pour le consommateur (prix ou nouveaux produits)
- La concentration doit être le moyen nécessaire et sans alternative moins anticoncurrentielles de l'obtention de ces gains
- Troisièmement, les gains doivent être vérifiables selon des critères précis, objectifs et convaincants

Les lignes directrices (points 89 à 91) prévoient, enfin, un autre cas d'admissibilité celui où il est établi que l'entreprise qui est l'objet de la concentration eût été contrainte de quitter le marché en raison de ses difficultés financières si cette reprise n'intervenait pas.

LIVRE VI - Les pratiques du commerce et la protection du consommateur

La liberté de commerce : le principe

Si la Constitution n'a pas proclamé d'une manière expresse et formelle le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, il est généralement admis que ce principe fait partie de notre droit public traditionnel. Confirmé par les traités internationaux, il s'intéresse plus au comportement que le droit de la concurrence qui s'intéresse au problème de structure donc plus du niveau macro économique. Ici on prend en compte la relation bilatérale entre le professionnel et le consommateur. La Cour de cassation tout comme le CE reconnaît le décret d'Allarde en tant que norme obligatoire dont elle a à connaître de la violation.

La portée actuelle de la liberté de commerce

→ Une règle de fond (liberté publique de créer ou d'exploiter une entreprise économique dans des conditions normales de concurrence, garantie par l'État) et une règle de compétence (interdiction pour l'État de régir le domaine industriel et commercial par une police d'autorité, sans habilitation législative). Ces deux règles fixent une limite à l'intervention de l'État.

En tant que liberté publique, on impose à l'État d'en permettre l'exercice au citoyen tout en lui permettant de la limiter dans le respect de garanties strictes. Le mandat peut être donné à l'État pour rendre praticable l'exercice d'une liberté.

Les déclinaisons civiles de la liberté de commerce

Liberté « civile » exercée dans les rapports individuels entre personne de droit privé, la liberté de commerce impose aux autres d'en tenir compte sous peine d'adopter des comportements qui seront considérés comme illicites. Inversement, l'exercice d'une telle liberté dans la relation commerciale légitime a priori l'acte posé dans le cadre de celle-ci, porterait-il à des intérêts légitimes d'autres acteurs, voire même, créerait-il un dommage dans leur chef au sens des règles régissant la responsabilité civile.

Les libertés s'exercent nécessairement en concurrence. Elles s'opposent les unes aux autres au gré d'un équilibre délicat qui se déplace sans cesse en fonction des circonstances et du contexte factuel et juridique dans lesquels ces libertés sont exercées. Les ruptures d'équilibre s'expriment en matière commerciale de manière particulièrement significative au travers des actions en cessation révélant des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale. Le juge fait cesser un comportement parce qu'il y a une rupture dans l'équilibre.

La liberté de commerce : une liberté surveillée

Surveillée par la réglementation sur les pratiques du commerce ou la réglementation de la concurrence économique. C'est que l'exercice plein et entier de la liberté de commerce et de l'industrie – et de sa sœur, la liberté de concurrence – entraînerait nécessairement des excès dommageables pour autrui et pour la société toute entière. C'est pourquoi la liberté de commerce et d'industrie, tout comme la liberté de concurrence, fait l'objet de réglementations nombreuses qui sans annihiler le principe de liberté, met néanmoins cette dernière sous surveillance en la balisant par de nombreuses limites.

Une surveillance à finalité diverse

Un premier type de réglementation tend à rétablir l'équilibre entre le consommateur, d'une part et, selon le cas, le vendeur, le professionnel ou le commerçant, d'autre part. B to C

Un deuxième type de réglementation vise à protéger les entreprises/prestataires contre elles-mêmes → maintenir une concurrence loyale entre commerçants et, de manière plus générale, entre les intervenants sur les différents marchés. B to B

Un troisième type de réglementation vise à réglementer l'utilisation des nouveaux outils de communication issus des nouvelles technologies de l'information (loi du 11 mars 2003 sur certains aspects de la société de l'information - loi dite «e-commerce»).

Titre I La loi du 14 Juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (L.P.C.C.)

Introduction

Loi du 14 juillet 1991.

Chapitre 1 Définitions et champ d'application de la L.P.C.C.

L'importance des concepts et définitions

La loi du 14 juillet 1991 régit certaines réglementations spécifiques sur la base de concepts qu'il convient d'emblée de préciser si l'on veut correctement apprécier leur champ d'application.

Les modifications de la loi du 5 juin 2007

La loi du 14 juillet 1991 vient de faire l'objet d'importantes modifications à la suite de l'adoption de la loi du 5 juin 2007 qui met en œuvre la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

La notion de vendeur : généralités

La loi du 14 juillet 1991 n'était applicable qu'aux commerçants et artisans donc mêmes ambiguïtés et difficultés d'interprétation que celles existant quant à la portée de la notion de commerçant. L'article 1^{er} 6^o de la loi du 14 juillet 1991 élargit ce champ d'application en offrant une définition du vendeur désormais destinataire de la plupart des obligations légales.

Le vendeur a pourtant la vie dure puisqu'il aura même survécu à la transcription en droit belge de la récente directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 qui lui préférerait pourtant la notion de professionnel définie comme suit : « toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou toute personne agissant au nom et pour le compte d'un professionnel (article 2) ».

Trois catégories de vendeur sont visées par le texte légal :

La notion de vendeur : première catégorie : « tout commerçant ou artisan ainsi que toute personne physique ou morale qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services, dans le cadre d'une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire » (article 1^{er} 6 a de la loi).

Par contre, les professions libérales en sont exclues. Par contre le droit de la concurrence considère que les professions libérales sont des entreprises. L'activité professionnelle ne fait

pas l'objet d'une définition légale. Peu importe ici le secteur d'activité concerné (agriculture, immobilier, ...). La notion doit s'entendre dans son sens usuel.

La notion de vendeur: deuxième catégorie : «les organismes publics ou les personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant qui exercent une activité à caractère commercial, financier ou industriel et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services» (article 1^{er} 6 b de la loi).

Ce texte vise notamment des entreprises publiques Belgacom, La Poste, la RTBF etc., pour autant qu'elles exercent les activités énoncées par le texte de la loi.

La notion de vendeur: troisième catégorie : «les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à caractère commercial ou financier ou industriel, soit en leur nom propre, soit au nom ou pour le compte d'un tiers doté ou non de la personnalité juridique et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services» (article 1^{er} LPCC).

Catégorie résiduaire, elle vise, en résumé, toute personne exerçant une activité de type commercial avec ou sans but de lucre à condition qu'elle offre en vente ou vende des produits ou services.

La notion de consommateur (article 1, 7° de la loi) : «toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché».

La condition d'acquisition ou d'utilisation d'un produit ou service élargit fortement la notion par rapport à un acheteur au sens du Code civil puisque l'utilisateur d'un bien, sans acquisition de la propriété est un consommateur.

Affectation professionnelle = c'est souvent sur base de ce critère que l'on conclura ou non à la qualité de consommateur, à l'exclusion d'autres comme la connaissance ou les compétences techniques de l'acquéreur du produit ou service. Quid de l'affectation mixte ? C'est le cas lorsque l'acquéreur donne au service ou produit une affectation à la privée et professionnelle. Une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence refuse ce raisonnement et en cas d'affectation mixte dénie à l'acheteur la qualité de consommateur sur la base d'une interprétation stricte du texte (excluant tout caractère professionnel).

La notion de consommateur (article 93.1° nouveau de la L.P.C.C.).

Cet article reprend l'ancienne définition analysée au § précédent mais omet d'y viser la personne morale. Rappelons que cette nouvelle définition ne vaut que pour le nouveau chapitre VII de la LPCC. La directive 2005/29/CE ne vise pas les personnes morales mais seulement les personnes physiques.

La notion de produits et services (article 1.1° et 2° de la L.P.C.C.)

Produit = biens meubles corporels

Services = toutes prestations qui constituent un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi sur le registre de l'artisanat.

Le produit comme meuble corporel exclut de la définition tous les meubles incorporels (créances, actions en justice, actions de société ou obligations, rentes, ...). Par contre sont compris dans la définition, les animaux, les navires, le gaz, l'électricité...

La définition de vendeur est toujours liée à celle de l'offre en vente ou de la vente de produits ou services.

La notion de produit (article 93.1° nouveau de la L.P.C.C.).

Cette nouvelle définition du produit s'explique également par le fait que la définition issue de la directive englobait les biens immeubles, les droits et les obligations.

CHAPITRE 2 Les pratiques contraires aux usages honnêtes en matière commerciale et les pratiques commerciales déloyales

Section 1 Généralités

Introduction.

La loi du 14 juillet 1991 prévoyait deux dispositions générales interdisant tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Articles 93 ancien LPCC (intérêt du vendeur) et 94 ancien LPCC (intérêt du consommateur). La première disposition a été conservée telle quelle, mais le régime à l'égard des consommateurs a été totalement revu à la suite de l'adoption de la directive 2005/29/CE.

Historique.

Au départ, les pratiques à réprimer n'étaient sanctionnées qu'au travers de l'action en réparation fondée sur l'article 1382 du code civil. La convention d'Union de Paris (article 10bis) vise la notion d'usage honnête en matière commerciale. Mais il subsistait une disposition générale, l'article 54. La loi du 14 juillet 1991 étend ensuite le champ d'application des destinataires de la règle à tout vendeur (et plus seulement le commerçant ou l'artisan) et le champ d'application de la protection au consommateur (en introduisant l'article 94 à côté de l'article 93).

La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. (Permettre la libre circulation des produits et des services)

Le point de départ est la constatation de différences marquées entre les législations des Etats membres pouvant entraîner des distorsions sensibles de concurrence et faire obstacle au bon fonctionnement du marché. Cette directive a dès lors pour objet de rapprocher les législations des Etats membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs. La directive va d'abord modifier le régime des pratiques déloyales en adoptant une définition

générale spécifique de ces pratiques. Elle introduit aussi un régime particulier pour les pratiques trompeuses et agressives qu'elle définit, ces notions étant nouvelles en la matière. Le but de la directive est bien de réaliser une harmonisation aussi totale que possible en établissant un cadre réglementaire unique basé sur des concepts juridiques clairement définis réglementant tous les aspects des pratiques commerciale déloyales au sein de l'Union européenne.

La transcription de la directive dans la loi du 5 juin 2007 → insérer le régime de la directive dans la réglementation existante, opérant par modifications ponctuelles de la L.P.C.C.

Choix difficile :

- Soit se lancer dans une réforme en profondeur de la LPCC ce qui l'aurait immanquablement mis en retard au regard du calendrier de mise en œuvre de la directive. Elle ne concerne que le B to C. Elle va modifier le régime des pratiques commerciales déloyales.
- Soit et c'est l'opinion retenue insérer le régime de la directive dans la réglementation existante, opérant par modifications ponctuelles de la LPCC. Le résultat est malheureusement que la compréhension de la LPCC se complexifie encore. Il y a donc une superposition des règles dans la loi de 1991. B to B et B to C.

Le principe d'interdiction des actes visés par les articles 94.3 et 94.4 et suivants de la L.P.C.C.

L'ancien article 93 a été maintenu à l'article 94.3 nouveau. L'article 94 ancien a été remplacé par le régime nouveau issu de la directive, inséré aux articles 94.4 et s. On parle ici non plus d'actes contraires aux usages honnêtes mais de pratiques commerciales déloyales.

Section 2 La relation entre vendeurs: l'interdiction des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale (article 94.3 nouveau de la L.P.C.C.)

La notion d'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

Ainsi, l'usage dont il est question ici n'est pas une habitude invétérée, sous peine de sclérose en la matière. L'usage est souvent le résultat d'une répétition, mais ce n'est pas toujours le cas, car il peut évoluer très vite. L'usage ne se confond pas non plus avec la coutume ou avec une règle morale, ni même avec une règle de déontologie sensu stricto. Usage = la matérialisation d'un sentiment collectif profond qui en affirme l'existence et le caractère obligatoire. C'est une règle, règle de comportement et non légale.

Il ne s'agit pas d'introduire un élément particulier de bonne ou de mauvaise foi. La malhonnêteté sanctionnée n'est pas nécessairement intentionnelle. Par ailleurs, il peut s'agir d'un acte réprimé par une loi pénale ou autre, mais pas nécessairement.

Les deux types d'actes contraires aux usages honnêtes.

- 1) Tout acte contraire à une loi ou une réglementation obligatoire qui s'impose au commerçant dans le cadre de l'exercice de son activité économique. Violation d'une disposition étrangère à la LPCC
- 2) Acte qui heurte une règle de référence constatée par le juge et s'imposant au vendeur dans le contexte où il a été posé

Il s'agit en gros de celui que n'aurait pas posé un bon père de famille agissant dans le contexte commercial.

L'atteinte ou la potentialité d'atteinte aux intérêts d'autres vendeurs.

L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale n'est prohibé que s'il porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres vendeurs (article 94.3). Ce sont donc des actes qui sont potentiellement dommageables pour un ou plusieurs autres vendeurs. Il n'est cependant pas requis de rapporter la preuve d'un dommage né et actuel.

Rappelons aussi que le vendeur qui a posé l'acte litigieux pourra, très souvent, justifier et fonder a priori celui-ci par l'existence de sa liberté de commerce et d'entreprendre, sa liberté de concurrence ou une liberté spécifique dérivée et déclinée par la jurisprudence telle la liberté de copier, la liberté de prospecter la clientèle d'autrui ...

Ce faisant, exerçant légitimement ses libertés civiles, il portera souvent atteinte à l'intérêt d'autres vendeurs. Cette atteinte n'est pas illicite en elle-même, elle est inhérente à l'exercice de toute liberté civile. Elle ne le deviendra que si, au vu des circonstances dans lesquelles l'acte est posé, ce dernier est considéré comme un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale.

Ex : si le débauchage du personnel d'autrui a pour but de surprendre les secrets de fabrique ou d'affaires, de désorganiser l'entreprise qui le subit ...

L'illicéité ne naît pas de l'atteinte aux intérêts d'autres vendeurs, mais bien de la qualification de l'acte posé. Les intérêts visés sont en ce qui concerne l'article 94.3 de la LPCC les intérêts économiques du vendeur.

Les types d'actes contraires aux usages honnêtes.

Actes portant atteinte :

- Au fabricant ou au vendeur (ex : atteinte au nom, dénigrement)
- A l'entreprise (ex : débauchage du personnel)
- Aux produits et aux services (ex : confusion sur la forme et les couleurs des services ou produits)
- Par et à la publicité (ex : reproduction d'image sans le consentement des personnes)
- Aux prix (ex : vente au rabais agressive).

Section 3 Les relations entre vendeurs et consommateurs: les pratiques commerciales déloyales

La portée du principe d'interdiction (article 94.5 LPCC)

Pour comprendre la portée de cette interdiction, il faut d'abord se référer à la définition de la pratique commerciale contenue à l'article 93.5 nouveau de la LPCC = toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing de la part d'un vendeur, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture de produits ou de services aux consommateurs.

La notion de pratique commerciale «déloyale»: la norme standard : une pratique commerciale est déloyale «si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur auquel elle s'adresse, par rapport au produit ou au service» (article 94.5, § 2 nouveau, de la L.P.C.C.).

On est à nouveau ici devant un standard de comportement, analogue à celui visé par l'interdiction de l'acte contraire aux usages, toujours de mise entre vendeurs.

Elle comporte une condition «objective» et une condition «subjective».

Objective = elle doit être contraire aux exigences de la diligence professionnelle. Article 93.8 LPCC : diligence professionnelle = niveau de compétence spécialisée et de soins dont le vendeur est raisonnablement censé faire preuve dans son domaine d'activité vis-à-vis d'un consommateur conformément aux usages honnêtes en matière commerciale.

Subjective dans le chef du consommateur destinataire = la pratique doit en effet altérer ou être substantielle son comportement économique. La pratique doit compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Il faut que l'acte considéré comme objectivement déloyal ait – ou ait pu – avoir comme conséquence d'influencer sa décision à l'égard de l'offre de produit ou de service.

Selon le considérant 18 de la directive, il y a lieu de se référer au consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu de facteurs sociaux, culturels et linguistiques, ce qui est conforme à l'interprétation qui en est donnée par la Cour européenne de justice. Il s'agit donc de se livrer à une interprétation in abstracto des effets de la pratique à l'égard d'un consommateur fictif.

La nouvelle disposition légale introduit cependant une règle particulière à l'égard de consommateurs particulièrement vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité (article 94.5 §2 al. 2 LPCC). En vue d'empêcher plus efficacement l'exploitation de type de consommateur, le texte indique qu'il convient ici de se référer du point de vue du membre moyen du groupe auquel elles s'adressent.

Ex : publicité pour des jouets – enfant – ou pour certains médicaments.

Les règles spécifiques relatives aux pratiques commerciales «trompeuses» et «agressives».

Ces pratiques sont considérées comme déloyales en tant que telles, dès lors qu'elles répondent à des conditions spécifiques visées par la LPCC ou qu'elles sont reprises dans une des listes de pratiques visées explicitement par le texte.

Pratiquement, on appréhende la pratique commerciale au travers de trois tests successifs:

- (1) la pratique reprise dans une des listes visées par le texte est interdite in se;
- (2) la pratique qui répond aux conditions propres aux pratiques «trompeuses» ou «agressives» est également interdite in se;
- (3) la pratique qui a passé avec succès les deux premiers tests est confrontée à la norme générale standard.

Les règles «spécifiques» à l'égard des pratiques commerciales trompeuses.

Article 94.6 al. 1^{er} LPCC = une pratique commerciale est réputée trompeuse par la LPCC si elle contient des informations fausses ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur à propos de certaines informations relatives au produit ou au service.

On retrouve ici aussi la règle déjà soulignée dans le standard : la pratique n'est interdite que si elle amène le consommateur ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. On ne retrouve cependant pas l'exigence de violation de la diligence professionnelle. Article 94.6 al. 2 = informations fausses ou susceptibles d'induire en erreur. Ex : prix – caractéristiques principales du service ou du produit.

La pratique commerciale est également considérée comme trompeuse lorsqu'elle peut être qualifiée d'omission trompeuse. Il ne s'agit plus de présenter erronément une information, mais de dissimuler une information substantielle dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause.

L'article 94.8 prévoit une liste noire de pratiques commerciales susceptibles d'induire le consommateur en erreur et qui sont réputée déloyales en toutes circonstances.

Ex : Déclarer ou donner l'impression que la vente d'un produit ou d'un service est licite alors qu'elle ne l'est pas.

Les règles «spécifiques» à l'égard des pratiques commerciales agressives

La pratique agressive vise des cas où le vendeur, a recours au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée afin d'amener l'acheteur ou le candidat acheteur à prendre une décision commerciale. Il faut néanmoins qu'elle altère ou soit susceptible d'altérer de manière significative la liberté de choix ou de conduite du consommateur à l'égard du produit ou du service.

L'article 94.10 indique les éléments du contexte factuel dont il convient de tenir compte, tels que le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, le recours à la menace verbale ou physique, l'exploitation en connaissance de cause de tout malheur ou circonstance particulière

d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur ou encore tout obstacle non contractuel payant ou disproportionné imposé par le vendeur lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels.

L'article 94.11 prévoit une liste noire des pratiques agressives qui sont considérées comme déloyales en toutes circonstances, indépendamment de leurs effets réels sur le comportement du consommateur.

Ex : inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes à leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité.

Section 4 Questions particulières

La cessation de l'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale et la réparation des conséquences dommageables d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

Selon la thèse majoritaire, une fois la cessation prononcée, autorité de la chose jugée par le juge de la cessation à l'égard du juge de la responsabilité. Une autre moins souvent relevée est l'exclusion de la compétence du juge des cessations en cas de violation d'une disposition contractuelle en application du principe d'interdiction du concours entre les règles de responsabilité extracontractuelle et de responsabilité contractuelle. Il n'y aurait donc pas d'action en cessation possible si l'acte contraire aux usages honnêtes nait de la violation d'un contrat. Le texte même des dispositions en cause n'implique pas une telle conclusion.

Ensuite la cessation de l'acte contraire aux usages honnêtes – tout la pratique commerciale déloyale – ne paraît pas être conditionnée par l'existence du caractère subjectif de la faute au sens de l'article 1382 du code civil.

De manière plus large, il nous paraît que l'action en cessation commerciale diffère sensiblement de l'action en responsabilité, et que l'influence de la première sur la seconde doit rester limitée.

La cessation d'un acte illicite n'est pas contrairement à ce que semble considérer encore aujourd'hui la majorité de la doctrine et la jurisprudence une mesure de réparation fût-ce en nature.

Il n'est donc pas nécessaire que toutes les conditions de la responsabilité issues des articles 1382 et 1383 du code civil soient remplies pour obtenir la cessation d'un acte contraire aux usages honnêtes, en particulier la condition de faute.

A notre avis, seule la violation objective d'une règle préexistante – violation de la LPCC, d'une loi ou d'une règle de diligence en matière commerciale – est la condition commune aux deux types de sanctions.

Il n'y aurait donc qu'une autorité de chose jugée limitée de la décision en cessation sur la décision de la responsabilité : l'acte objectivement illicite donnant lieu à cessation. Pour les auteurs du manuel, pas d'équivalence des conditions et donc pas d'autorité de chose jugée.

Partant on ne voit pas non plus pourquoi il ne pourrait considérer que la violation d'une règle contractuelle est constitutive d'un acte contraire aux usages honnêtes ou d'une pratique commerciale déloyale dès lors qu'elle n'est appréhendée alors que comme un acte objectivement illicite, plus spécifiquement la violation objective de la loi des parties à un contrat. On se situe en amont de la faute extra contractuelle et/ou contractuelle et le problème du cumul des responsabilités ne se pose pas encore à ce niveau.

La concurrence déloyale et l'atteinte à la propriété intellectuelle d'autrui.

Les lois protégeant la propriété intellectuelle organisent des actions spécifiques dites en contrefaçon – protégeant le titulaire des droits exclusifs en cause contre toute atteinte à leurs droits.

Le législateur de 1971 avait voulu séparer la protection particulière conférée par la réglementation des droits de propriétés intellectuelles de la règle générale d'interdiction des actes contraires aux usages honnêtes.

L'action en cessation commerciale était donc exclue pour des actes constituant une contrefaçon, c'est-à-dire impliquant une violation des droits de propriété intellectuelle visés par cette disposition.

Les tribunaux de commerce sont en effet aujourd'hui, en règle et sauf exceptions, en matière de droit d'auteur, droits voisins et droit des producteurs de base de données, compétents pour connaître des actions en contrefaçon et leurs présidents peuvent également en connaître dans le cadre des actions en cessation commerciale.

La concurrence déloyale et la violation d'un contrat

La jurisprudence considère traditionnellement que l'action en cessation commerciale n'est pas ouverte en cas d'acte constitutif d'une violation contractuelle (opinion inverse aujourd'hui).

Nous considérons néanmoins, sur la base de la constatation de la différence de nature entre la cessation commerciale et la réparation civile que l'application de la théorie de l'exclusion du cumul des responsabilités n'est pas justifiée en la matière et qu'en réalité, la LPCC n'exclut nullement que la violation d'un contrat soit considérée comme un acte objectivement illicite pouvant donner lieu à une cessation commerciale.

Section 5 Aspects procéduraux de l'action en cessation commerciale

Les aspects procéduraux de l'action en cessation: compétence d'attribution

Les articles 95 à 100 de la LPCC organisent l'action en cessation d'un point de vue procédural. L'article 95 énonce que le principe de la compétence d'attribution du président du tribunal de commerce qui constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant une infraction aux dispositions de la présente loi (+ articles 94.1 / 95 / 97).

Cette compétence, exclusive, est à interpréter restrictivement. Limitée à un ordre de cessation des actes visés par la LPCC, elle ne comprend pas, par exemple, celle de connaître d'une demande en réparation (D&I devant le juge du fonds).

Les aspects procéduraux de l'action en cessation: la mise en œuvre de l'action en cessation

Liste des personnes pouvant introduire l'action en cessation devant la juridiction présidentielle = article 98 → vendeurs et consommateurs – curateur ou liquidateur – Ministre des Affaires économiques – groupements professionnels – associations de consommateurs (+ article 97bis).

Les aspects procéduraux de l'action en concurrence déloyale: mode de procédure

L'action en cessation est mise en œuvre dans le cadre d'une procédure comme en référé (article 100 LPCC). Néanmoins, la décision est rendue au fond, et non au provisoire comme les décisions en référé.

L'action en cessation ne subit pas les conséquences du principe selon lequel le pénal tient le civil en état (articles 101 et 106 LPCC). C'est même l'inverse qui prévaut ici : c'est la juridiction pénale qui doit sursoir à statuer dans l'attente d'une décision rendue sur la base des articles 97 et s. et coulée en force de chose jugée.

De plus, le président peut ordonner des mesures de publicité si cela lui est demandé (aspect préventif dans l'intérêt général par la stigmatisation du vendeur). L'astreinte est aussi envisageable si elle est également demandée.

CHAPITRE 3 Le régime de la publicité

Section 1 Introduction

L'historique de la réglementation de la publicité

Avant la loi du 14 juillet 1991, la publicité ne faisait pas l'objet d'une réglementation spécifique dans la LPCC. Article 94.1 = section consacrée à la publicité comparative. Article 94.2 = régime de la publicité entre vendeurs qui reprend en substance le contenu de l'article 23 ancien. Concernant la publicité à l'égard des consommateurs, le nouveau régime est intégralement contenu dans celui des pratiques commerciales repris aux articles 94.4 et s.

La définition de la publicité : article 93.3 nouveau de la L.P.C.C. : «toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre».

La communication est l'élément objectif de la publicité.

On vise ici de manière extrêmement large tout acte assurant la transmission d'une information, quel que soit le moyen, le lieu ou le nombre de destinataires mis en cause.

L'intention de promouvoir la vente de produits/services en constitue l'élément subjectif

Cette intention est a priori indépendante de la notion de commercialité. Toute personne privée ou publique, commerçante ou non, vendeur ou non, agissant ou non dans un but de lucre, dans l'intérêt général ou non est susceptible de tomber sous le champ d'application du régime de la publicité organisé par la LPCC dès lors qu'elle a pour but de promouvoir la vente d'un produit ou d'un service. Peu importe le destinataire de la communication et la promotion indirecte suffit.

L'importance et la portée de la définition de la publicité.

L'importance de la définition de la publicité est à relativiser depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 juin 2007. Adressée à des consommateurs, la publicité est englobée dans la notion de pratique commerciale, elle-même définie de manière très large. Il convient également de noter que la nouvelle architecture du régime a pour conséquence de limiter le régime de la publicité aux communications émanant de vendeurs au sens de la LPCC. Une publicité émanant d'un particulier ne rentre donc plus dans le champ du régime issu de la nouvelle LPCC. il s'agira donc d'une pub mais qui ne sera pas prise en compte.

Section 2 Le régime des publicités comparatives (94.1 et 94.2, 6° à 8°, de la L.P.C.C.)

L'interdiction de certaines publicités comparatives: généralités.

L'admission de la publicité comparative reste au centre d'un vif débat entre ses partisans qui y voient le gage d'une meilleure information et d'une plus grande transparence du marché au profit des consommateurs, et ses opposants, qui fustigent le caractère subjectif et invérifiable de la comparaison. Il n'empêche que légalement le principe en la matière est celui de licéité de principe de la publicité comparative sauf exceptions (article 94.4 nouveau de la LPCC) et que ce régime vaut que la publicité soit destinée à d'autres vendeurs ou à des consommateurs. Cette licéité de principe est cependant strictement conditionnée. A tel point que l'on se demande parfois si les exceptions ne constituent pas en définitive le principe.

L'interdiction de certaines publicités comparatives: article 93.4° nouveau : «est considérée comme comparative toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des produits ou services offerts par un concurrent».

La condition d'identification pose, en ce sens, difficulté, dès lors qu'une identification implicite suffit. Il n'est ainsi pas nécessaire de citer explicitement un concurrent ou ses produits ou services pour qu'une publicité soit qualifiée de comparative. Les limites sont cependant imprécises et la jurisprudence est souvent contradictoire. Suffit-il par exemple d'un renvoi général vers la concurrence, faut-il que ce renvoi général s'accompagne d'une possibilité d'identification précise de certains concurrents ou alors rejeter la qualification tant qu'une identification précise n'est pas possible au départ de la publicité ?

La cour de cassation dans un arrêt du 29 avril 2004 a indiqué que la définition n'impliquait pas que le destinataire puisse identifier la concurrence sans examen plus précis. Le concurrent à identifier n'est pas non plus défini par la loi.

Le régime général des publicités comparatives: l'article 94.1 (23bis ancien) de la L.P.C.C.

L'article émet d'abord trois conditions à l'admissibilité d'une publicité comparative. La comparaison doit porter sur des produits ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif (produit substituable). La publicité ne sera en outre acceptée que si « elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits et services, dont le prix peut faire partie » (article 94.1 3° LPCC).

Enfin pour les produits ayant une appellation d'origine la comparaison doit rapporter dans chaque cas à des produits ayant la même appellation (article 94.1 6° LPCC). Le texte légal vise ensuite cinq interdictions qui limitent d'autant l'admission de la publicité comparative. Cette dernière ne peut :

- Etre trompeuse (Articles 94.2, 1° à 5° et 94.6 à 94.8)
- Engendrer une confusion sur le marché (article 94.1 4°)
- Entraîner le discrédit et le dénigrement des marques (article 94.1 5°)
- Tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque (article 94.1 7°)
- Présenter un produit ou un service comme une imitation (Article 94.1 8°)

L'interdiction de certaines publicités comparatives entre vendeurs si la comparaison implique sans nécessité l'identification d'un ou plusieurs vendeurs (94.2, 7°).

La publicité sera illégale si la possibilité d'identification est créée sans nécessité. Partant, la publicité pourra normalement remplir son office si la comparaison est nécessaire à la promotion vantée ou à la situation économique envisagée. Dans les faits actuels, la philosophie juridique est a priori favorable à l'égard de la publicité comparative. On acceptera également la nécessité lorsque la publicité compare l'annonceur à un vendeur ayant une position dominante ou étant en position de monopole.

L'interdiction de la publicité (comparative) dénigrante (94.2, 6°, et 94.1, 5°, de la L.P.C.C.).

Publicité dénigrante = une communication contenant un élément ou une allégation de nature à porter atteinte dans l'esprit des tiers au crédit ou à la réputation d'un opérateur économique, de ses produits ou de ses services ou de son activité.

Il apparaît en effet comme inadmissible qu'un acteur économique tente d'obtenir un avantage concurrentiel au départ de la mise en exergue des défauts d'un concurrent et non des qualités de ses propres produits ou services (il faut mettre l'accent sur ses propres qualités). Il faut alors, pour que la comparaison soit admise, qu'elle soit objective et rédigée en des termes neutres.

L'interdiction de la publicité (comparative) créant une confusion (articles 94.2, 8°, et 94.1, 4°, de la L.P.C.C.).

La publicité ne peut comporter des éléments susceptibles de créer la confusion soit avec un autre vendeur ou avec un concurrent – soit avec ses produits, services, activités ou signes distinctifs en cas de publicité comparative. On retrouve ici l'idée du plagiat.

Section 3 Les publicités interdites entre vendeurs

Généralités concernant l'article 94.2 de la L.P.C.C.

Cet article vise explicitement treize cas de publicités interdites, susceptibles d'être regroupés en différentes catégories.

- 1) Publicités dites trompeuses ou déceptives (articles 94.2 1° à 5°, 9°, 11° à 13° LPCC)
- 2) Certaines publicités comparatives (article 94.2 7°)
- 3) Publicité dénigrante (article 94.2 6° et 7° et 94.1 5° LPCC)
- 4) Publicité créant une confusion (articles 94.2 8° et 94.1 4° LPCC)

L'interdiction des publicités trompeuses ou «déceptives» par leur contenu.

Article 94.2 (1°/2°/3°/4°/5°/9° (ce sont les vendeurs qui sont touchés)/11°/12°/13°) LPCC.

L'existence ou non de la tromperie relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Le caractère trompeur de message dépend du résultat subjectif qu'il peut avoir sur le destinataire in concreto, en tenant compte du degré de discernement et du sens critique du public cible auquel il appartient. On se réfère souvent à un consommateur moyen ou ordinaire.

Section 4 Les publicités interdites envers les consommateurs

Le renvoi au régime des pratiques commerciales déloyales.

On a vu que le régime des publicités à l'égard des consommateurs était compris dans celui des pratiques commerciales déloyales. Il convient néanmoins de noter l'existence de quelques dispositions propres à la publicité notamment :

- Article 94.7 §5 LPCC
- Article 94.11 5° LPCC
- Article 94.15 LPCC

Dans le nouveau chapitre VII.

- Article 94.12 §1^{er} LPCC
- Article 94.12 §2
- Article 94/17 LPCC

Section 5 Les règles spécifiques à la publicité sur internet

La notion de publicité dans la loi du 11 mars 2003 (loi «e-commerce»).

Certaines dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de l'information concernant la publicité (articles 13 à 15 de la loi « e-commerce »).

La publicité est définie comme toute forme de communication destinée à promouvoir directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée (article 2, 7°). Par rapport à la définition présente dans la LPCC c'est donc principalement l'ajout de la référence explicite à la promotion de l'image de l'entreprise comme finalité de la communication qui caractérise cette définition.

Les règles spécifiques d'identification, de loyauté et de transparence.

Sur internet, la publicité doit non seulement être, dès réception, identifiable comme telle, mais en outre comporter en elle-même la mention « publicité » de manière lisible, apparente et non équivoque (article 13 1° loi « e-commerce »). En outre, la personne pour le compte de laquelle la publicité est faite doit aussi être clairement identifiable (article 13 2° de la loi « e-commerce »).

L'envoi de publicités par courrier électronique.

La question de l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique (spamming ou pollupostage) est récurrente depuis que ce dernier s'est imposé comme le vecteur essentiel des communications pour les entreprises. L'article 14 de la loi « e-commerce » érige en principe l'interdiction de l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité. L'exception principale réside dans l'obtention du consentement préalable libre, spécifique et informé du destinataire des messages.

Il faut noter que ce régime est directement tempéré par des exceptions prévues par l'AR du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicité par courrier électronique. Article 1^{er} 1° et 2°.

CHAPITRE 4 De quelques pratiques réglementées

Section 1 La réglementation des clauses abusives

Introduction

Les articles 30 à 33 LPCC transposent en droit belge la directive 93/13/CEE en précisant un régime spécifique de protection des consommateurs contre les clauses et conditions abusives.

§ 1er. Un champ d'application propre

La ratio.

La section consacrée aux clauses abusives (articles 31 à 34) est dotée d'un champ d'application propre, plus large que celui de la loi dans laquelle elle s'insère.

Les définitions *ad hoc*.

Vendeur = non seulement les personnes visées à l'article 1^{er} 6° mais aussi toute autre personne physique ou morale à l'exception des titulaires d'une profession libérale qui, dans un contrat conclu avec un consommateur, agit dans le cadre de son activité professionnelle.

On n'impose plus qu'il y ait vente ou offre de vente de produits ou de services. Tout professionnel est visé, sous la seule réserve des titulaires de professions libérales. La notion de produit reçoit également un contenu élargi par rapport à celui que lui réserve l'article 1^{er} de la loi : sont, en effet, visés non seulement les biens meubles corporels mais aussi les biens immeubles les droits et les obligations.

Des «clauses» ou des «conditions»?

§ 2. La rédaction des clauses ou conditions et leur interprétation

La consécration légale de l'interprétation *contra proferentem*.

L'article 31§4 de la LPCC précise que lorsque toutes ou certaines clauses du contrat sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. Cette disposition érige ainsi en principe la règle, pourtant exceptionnelle en droit commun des contrats, de l'interprétation *contra proferentem*.

§ 3. La clause ou la condition abusive au sens de la L.P.C.C.

Introduction: complémentarité des mécanismes.

Le législateur énonce tout d'abord une liste générale d'abus avérés en toutes circonstances. Il y joint, ensuite une définition générale de l'abus, qu'il reviendra au juge de confronter à la situation concrète dont il est saisi.

A. Une liste noire des clauses abusives en soi (article 32): présomption irréfragable d'abus.

L'article 32 LPCC retient pour sa part une liste limitative de clauses considérées en toutes circonstances comme étant abusives.

Les problématiques visées sont fort larges et paraissent pouvoir toucher tous les niveaux de la relation entre un vendeur et un consommateur:

- la formation des contrats et l'entrée des clauses ou conditions dans le champ contractuel;
- les prérogatives unilatérales accordées au vendeur;
- ses obligations en matière de défaut de conformité et de garantie des vices cachés;
- les éventuelles limitations portées aux recours ouverts au consommateur et de leurs conséquences au regard du droit commun;
- les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité;
- les clauses pénales et les clauses de dédit;

- les clauses relatives à la durée du contrat et à ses modes de terminaison;
- les clauses relatives aux modes de preuve ouverts au consommateur et celles relatives à la cession du contrat.

B. Une définition générale de la clause abusive (article 31)

Le principe.

L'article 31 énonce une règle générale et résiduaire selon laquelle il faut entendre par clause abusive, toute clause ou condition qui à elle seule ou combine avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties.

Un «déséquilibre»

La notion de déséquilibre ne fait l'objet d'aucune définition légale. Le déséquilibre auquel il est fait référence est avant tout de nature économique (ce qui suppose que soit appréciée l'équivalence des prestations réciproques en ayant égard aux circonstances de la cause), quoiqu'une partie de la doctrine ait soutenu que serait seul visé le déséquilibre juridique.

Un déséquilibre «manifeste»

Selon la doctrine majoritaire ne se réfère pas au déséquilibre lui-même mais à l'étendue du pouvoir d'appréciation confié au juge : ce pouvoir est marginal.

Les critères de l'appréciation juridictionnelle

La loi précise que l'appréciation du caractère abusif d'une clause ou d'une combinaison de clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part et les produits ou services à fournir en contrepartie d'autre part pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible (article 31 §3 al. 2).

C. Les pouvoirs accordés au Roi (article 34)

Une délégation de pouvoir au Roi

L'article 34 habilite enfin le Roi à prescrire ou à interdire l'usage de certaines clauses ainsi qu'à imposer l'utilisation de contrats types. Le Roi a usé de cette faculté en matière de courtage matrimonial. Il a réglementé certaines clauses dans les contrats conclus avec une agence immobilière ainsi que dans le cadre de l'achat d'un véhicule neuf.

§ 4. Les sanctions

Une nullité relative et, en principe, limitée

Toutes les clauses abusives au sens de la loi sont interdites et nulles (article 33 §1^{er}). La nullité ne frappe en principe que la clause litigieuse (article 33 §1^{er} al. 2) il n'en sera autrement que si le contrat ne peut subsister sans ladite clause, c'est-à-dire lorsque celle-ci étant déterminante du consentement.

La compétence du président du tribunal de commerce

Le législateur prévoit, en outre, la possibilité de saisir le président du tribunal de commerce en vue de faire ordonner, dans le cadre d'une procédure comme en référé, la cessation de l'utilisation d'une clause ou d'une condition abusive (article 95 al. 1^{er}).

§ 5. La Commission des clauses abusives

Une compétence d'avis et de recommandation

La Commission dispose d'une compétence de recommandation dans le domaine contractuel et d'avis sur les projets de clauses ou conditions et de propositions concernant les modifications législatives qui paraissent souhaitables.

Section 2 Les ventes promotionnelles

Le régime des ventes à perte

Il est interdit de tout commerçant d'offrir en vente ou de vendre un produit à perte. Est considérée comme une vente à perte toute vente à un prix qui n'est pas au moins égal au prix auquel le produit a été facturé lors de l'approvisionnement ou auquel il serait facturé en cas de réapprovisionnement.

L'interdiction ne protège pas le consommateur, qui aurait intérêt à acheter à un prix plus bas, mais les concurrents. Elle vise les prix d'appel, portant sur un article et ayant pour but de drainer une clientèle qui en achètera d'autres, tout autant que des pratiques de dumping visant plus à éliminer des concurrents qu'à conquérir une nouvelle clientèle. Ce faisant, la loi n'interdit pas expressément la location ou l'offre en location à perte, une simple annonce, ni la vente ou l'offre en vente à perte de services.

Le régime de la vente en liquidation

La vente en liquidation est toute offre de vente ou vente qui est annoncée sous la dénomination « Liquidation » qui est pratiquée en vue de l'écoulement accéléré d'un stock ou d'un assortiment de produits ou l'un des cas prévus par la loi (articles 46 à 48 LPCC). En raison de l'article 48, les ventes en liquidation ne sont autorisées que moyennant le respect de certaines conditions.

Aucune liquidation ne peut avoir lieu si le vendeur n'a pas préalablement notifié au ministère des Affaires économiques son intention d'y procéder. Il ne peut être procédé à la liquidation que dix jours ouvrables après l'envoi de la lettre recommandée. La durée de la liquidation est limitée à cinq mois.

Le régime de la vente en solde

la vente en solde est la vente au consommateur, annoncée comme telle, qui est pratiquée en vue du renouvellement saisonnier de l'assortiment d'un vendeur par l'écoulement accéléré et à prix réduits (article 49 LPCC). Seule la vente au consommateur est visée (ce n'est pas le cas en ce qui concerne les ventes en liquidation). Les ventes en solde ne sont autorisées que moyennant le respect de certaines conditions (articles 51 à 53 de la LPCC). Les soldes ne peuvent avoir lieu que pendant certaines périodes déterminées par un arrêté royal. La période précédant celle des soldes est appelée « période d'attente » (article 51 §3 LPCC).

Section 3 Les offres conjointes ou jumelées

La notion : l'acquisition, gratuite ou non, de produits, de services, de tous autres avantages, ou de titres permettant de les acquérir, est liée à l'acquisition d'autres produits ou services, même identiques (article 54, alinéa 1er de la L.P.C.C.).

La loi ne vise que les offres conjointes à destination d'un consommateur.

Une offre conjointe suppose deux offres, une offre principale et une offre subsidiaire, liées en une offre globale de manière obligatoire, la réalisation de l'offre subsidiaire étant subordonnée à l'acceptation de l'offre obligatoire.

Le régime

Sauf exceptions, toute offre conjointe est interdite, même si elle est pratiquée par plusieurs vendeurs, à conditions qu'ils agissent dans une unité d'intention (article 54 al. 2 LPCC).

2 raisons :

- Encombrement du consommateur par des produits inutiles (achetant un produit car on lui offre une autre).
- Préjudice à des vendeurs concurrents du produit accessoire

Les exceptions

Les articles 55 à 57 LPCC prévoient diverses exceptions au régime d'interdiction de principe.

Offre conjointe pour un prix global (article 55)

Il est en effet permis d'offrir conjointement, pour un prix global, des produits ou des services constituant un ensemble (article 55.1 LPCC).

«Ensemble» lorsque «l'usage de vendre groupés ces produits ou services est incontestable, leur utilisation normale postule le groupement, les produits ou services doivent relever de la même branche industrielle ou commerciale, l'offre groupée doit présenter un avantage financier pour le consommateur par rapport aux produits ou services offerts individuellement».

Constitue un ensemble des produits (i) qui doivent pouvoir être offerts séparément, (ii) qu'il est usuel d'utiliser ensemble et (iii) qui appartiennent à la même branche, (iv) à condition que l'offre conjointe soit plus avantageuse que l'offre séparée.

Les produits ou services soient alors identiques → (i) chaque produit et chaque service puisse être acquis séparément à son prix habituel dans le même établissement, (ii) l'acquéreur soit clairement informé de cette faculté ainsi que du prix de vente séparé de chaque produit et de chaque service et (iii) que la réduction de prix éventuellement accordée ne peut excéder le tiers des prix additionnés (3 pour le prix de 2, mais pas 2 pour le prix de 1).

Article 56 = offre conjointe gratuite.

Titre II - LA LOI DU 11 MARS 2003 SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DES SERVICES DE L'INFORMATION (E-COMMERCE)

Historique et *ratio legis* des lois « e-commerce »

Entre 1995 et 2000 : nouveau canal de distribution pour leurs produits et services.

Commerce électronique = l'utilisation de réseaux ou médias électroniques en vue d'effectuer des opérations commerciales entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs.

Le commerce électronique bute sur 2 problèmes principaux : l'insécurité juridique et l'insécurité physique/ psychologique de l'internaute.

- L'insécurité juridique : l'utilisation des nouvelles technologies sans que les règles applicables dans le monde réel soient toujours capables d'y apporter des solutions claires et nettes. En outre, le caractère international du commerce sur internet n'est pas pris en compte correctement dans le cadre d'une application nationale de règles divergentes d'Etat à Etat. Les règles ne sont pas adaptées à l'éclatement des frontières. Dans le monde réel on avait un support matériel des règles applicables.
- L'insécurité physique ou psychologique de l'internaute : l'outil fait peur et le consommateur se méfie – à raison – des possibilités nouvelles offertes par la technologie de porter atteinte à ses biens et avoirs ou à sa personne.

Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique (« directive sur le commerce électronique ») → 2 lois du 11 mai 2003 : la « loi e-commerce » et la « loi de procédure e-commerce »

Ayant compris les opportunités économiques nouvelles offertes par l'internet pour les Etats membres, l'Union européenne prend vite la direction des opérations législatives en vue de pallier ces inconvénients et de permettre l'essor réel du commerce électronique. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

Deux lois du 11 mars 2003 :

- La première loi – ci-après « loi e-commerce » - transcrit les règles de fond relatives au commerce électronique et porte, comme son titre l'indique, « sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information »
- La seconde loi – ci-après « loi de procédure e-commerce » - a pour objet principal de déterminer les mesures de restrictions de la liberté de circulation. Elle introduit également une action en cessation spécifique ouverte en cas d'infraction de la loi e-commerce.

Les étapes de la conclusion d'un contrat en ligne et l'application cumulative de la L.P.C.C. et de la loi « e-commerce »

L'objet du commerce électronique étant la conclusion de transactions commerciales par la voie électrique. Il faut se concentrer sur les règles particulières conditionnant la conclusion d'un contrat en ligne.

Chapitre 1 - Articulation des textes applicables

Des champs d'application personnelle distincts entre la L.P.C.C. et la loi « e-commerce »

Alors que les dispositions relatives aux contrats à distance contenues dans la LPCC ne s'appliquent que dans le cas de contrats conclus entre un vendeur et un consommateur au sens de cette loi, le champ d'application de la loi e-commerce est plus large (la LPCC protège le consommateur). LPCC = B to C tandis que E-com = B to C – B to B.

L'application de la loi e-commerce sera souvent impérative dans la relation prestataire – consommateur (B to C). Par contre, l'application des mêmes dispositions pourra être écartée dans le cadre d'une relation entre prestataire – client non consommateur (B to B) pour autant que le contrat prévoit explicitement la dérogation via une clause spécifique (article 11 de la loi sur le commerce électronique). La loi sur le commerce électronique définit en effet la notion de consommateur comme étant toute personne physique qui acquiert ou utilise des biens ou des services à des fins excluant tout caractère professionnel (article 2, 6°) alors que la loi du 14 juillet 1991 définit celui-ci comme toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché (article 1^{er} 7°).

Des champs d'application matérielle distincts entre la L.P.C.C. et les lois « e-commerce »

Article 77 §1^{er} 1° LPCC définit le contrat à distance.

Le but de la protection est différent. Dans la LPCC, le but est de pallier les inconvénients issus de la distance qui séparent les parties au contrat, en particulier pour le consommateur. Dans les lois e-commerce, il s'agit d'apporter des réponses aux risques spécifiques de la conclusion de contrats en ligne protégeant tous les destinataires des services, qu'ils soient consommateurs ou professionnels. Le champ d'application matérielle des articles 77 et s. LPCC s'avère dès lors plus large a priori que celui des lois e-commerce.

Chapitre 2 Les obligations d'information préalables à la commande

Article 78 1° LPCC et article 7 de la loi e-commerce. Afin d'assurer la transparence et la sécurité juridique des transactions commerciales en ligne, le législateur fait peser sur les prestataires de services en ligne des obligations d'information préalables qui peuvent se diviser en trois catégories.

- Informations concernant le vendeur/prestataire de service de la société de l'information
- Informations relatives au produit ou service proposé à la vente
- Informations sur les prix

Ces obligations ne devront être exécutées de manière cumulative que si le contrat à conclure lie le prestataire/vendeur à un consommateur au sens de la LPCC. L'article 7 de la loi e-commerce considère que les obligations d'information s'appliquent également si le site du prestataire est, par exemple, purement informatif et publicitaire, sans qu'il soit possible de conclure un contrat en ligne avec le prestataire.

Les modalités de communication des informations

Les informations générales dont question à l'article 7 de la loi « e-commerce » doivent faire l'objet d'un accès facile, direct et permanent sur tout site tenu par un prestataire de la société de l'information (article 7 §1^{er} de la loi « e-commerce »).

En pratique, cela signifie que cette obligation sera normalement remplie si le prestataire place en bas de chaque page de son site un hyperlien vers une page contenant ces informations. Cet accès devra être donné dès la première page du site et devra être maintenu sur toutes les pages de celui-ci.

La LPCC quant à elle prévoit que les informations préalables requises dans les contrats à distance à destination des consommateurs doivent être communiquées lors de l'offre en vente à distance (article 78).

La notion d'offre en vente au sens de la LPCC est cependant plus large que la notion d'offre en sens civil du terme dès lors qu'elle paraît couvrir non seulement l'offre ferme et définitive faite à destination du consommateur, mais aussi toute proposition de conclure une vente à distance.

Chapitre 3 Les obligations spécifiques en cas de commande

Le contenu des informations (article 79 de la L.P.C.C. et article 8 de la loi « e-commerce »).

Si un processus de commande est lancé, d'autres informations doivent être transmises au destinataire du service. Ces informations visent, en résumé, des mentions spécifiques à insérer dans les conditions générales.

Les modalités de communication des informations

La LPCC prévoit que le consommateur doit recevoir ces informations, pour les produits au plus tard lors de la livraison au consommateur et pour les services, avant l'exécution de tout contrat de service et, le cas échéant, pendant l'exécution du contrat de service, si l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de renonciation (article 79 §2 LPCC). La loi sur le commerce électronique impose quant à elle que ces informations soient communiquées au destinataire, avant la passation de la commande, de manière claire et compréhensible et non équivoque (article 8§1^{er} de la loi e-commerce).

Le législateur a veillé à ce que le client puisse conserver une trace des clauses contractuelles et des conditions générales applicables. C'est ainsi que la loi sur le commerce électronique impose que les clauses contractuelles et les conditions générales soient communiquées au destinataire d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire (article 8 §2 de la loi e-commerce).

L.P.C.C. : au plus tard lors de la livraison au consommateur ou avant l'exécution de tout contrat de service (article 79, § 2, de la L.P.C.C.).

Loi sur le commerce électronique : avant la passation de la commande, de manière claire, compréhensible et non équivoque (article 8, § 1^{er}, de la loi «e-commerce»).

Conserver une trace des clauses contractuelles et des conditions générales applicables : conserver et reproduire (article 8, § 2, de la loi «e-commerce»).

Chapitre 4 Les règles spécifiques à la conclusion du contrat

Obligation de mettre en place des dispositifs techniques d'identification et de correction des erreurs de saisie (article 9 de la loi «e-commerce»)

A cette fin, le prestataire est non seulement tenu d'informer le client des étapes techniques à suivre pour conclure le contrat, mais il doit également mettre à la disposition de ce dernier des dispositifs techniques d'identification et de correction des erreurs de saisie des données de la commande. En pratique, le moyen le plus efficace et le plus sûr sera de soumettre au client du récapitulatif de sa commande. Certains dispositifs techniques permettent également de signaler au client les erreurs manifestes dans l'enregistrement de la commande, ainsi la commande de quantités manifestement exagérées ou l'absence d'indication dans une rubrique jugée essentielle par le prestataire.

La loi sur le commerce électronique précise toutefois que cette obligation ne s'applique pas si les contrats sont conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques. De plus, dans le cadre d'une relation B to B, il peut être dérogé conventionnellement à cette obligation (article 11 de la loi e-commerce).

Obligation d'accuser réception (article 10 de la loi « e-commerce »)

L'obligation pour le prestataire qui a reçu une commande en ligne d'en accuser réception. En pratique, sur les sites de commerce électronique, l'accusé de réception est automatiquement envoyé sous la forme d'un courrier électronique dans les instants qui suivent l'enregistrement

de la commande par le logiciel du vendeur/prestataire. Dans le cadre d'une relation B to B, il peut être dérogé conventionnellement à cette obligation.

Obligation de confirmation (article 79 de la L.P.C.C.)

Le vendeur est tenu de faire parvenir au consommateur, après la conclusion du contrat, non seulement la confirmation des éléments de la commande, mais également d'une série d'informations complémentaires.

Mise en œuvre d'un droit de renonciation (article 80 de la L.P.C.C.)

Le consommateur dispose en principe d'un délai de 7 jours ouvrables pour renoncer au contrat conclu dans le cadre d'un système de vente à distance mis en place par le prestataire/vendeur. Le délai est porté à trois mois au cas où l'obligation préalable à l'information sur l'exercice de ce droit n'a pas été exécutée par le vendeur.

Il s'agit d'un droit discrétionnaire qui s'exerce sans indication de motif et qui, dès lors, n'a pas pour effet d'écarter, ni de limiter les autres droits dont le consommateur bénéficie en vertu du droit belge, comme la garantie des vices cachés ou la non-conformité.

Le point de départ du délai de 7 jours prend cours, pour les produits à dater du lendemain du jour de leur livraison. S'il s'agit de produits faisant l'objet de livraisons successives, le délai prend cours à dater du lendemain du jour de la première livraison.

Les exceptions au droit de renonciation

AR du 18 novembre 2002. La première exception concerne la fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de renonciation du 7 jours ouvrables.

Le droit de rétractation reçoit également exception en cas de :

- De fourniture de produits confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmérer rapidement :
- De fourniture d'enregistrement audio ou vidéo ou de logiciels informatiques scellés par le consommateur
- De fournitures, de journaux, de périodiques et de magazines
- De services de paris et de loteries
- Hébergement, transport, restauration et de loisirs ...

L'information quant au droit de renonciation

La loi oblige le vendeur/le prestataire à préciser si le consommateur bénéficie ou ne bénéficie pas en regard de l'objet du contrat, d'un droit de renonciation. Une clause spécifique, prévue par l'article 79 §1^{er} 2° doit être insérée dans l'information, sous peine de permettre au consommateur de ne pas payer son service ou de ne pas restituer le bien en cas d'exercice du droit. Aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation de 7 jours ouvrables (article 80 §3 LPCC).

L'exécution de la commande

La LPCC prévoit que sauf si les parties en ont convenu autrement, le vendeur doit exécuter la commande au plus tard dans les trente jours à compter du lendemain de celui de la transmission de la commande par le consommateur (article 81 §1^{er} LPCC).

Chapitre 5 Les règles de preuve

Charge de la preuve

L'article 12 de la loi e-commerce prévoit ainsi que la charge de la preuve des informations préalables des informations spécifiques en cas de commande de la mise en place des dispositifs techniques d'identification et de correction des erreurs de saisies et de la délivrance d'un accusé de réception, repose entièrement sur le prestataire/vendeur.

La problématique du formalisme contractuel dans l'environnement électronique

Article 16, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 : « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités de cette exigence sont préservées ».

L'article 16, § 2, de la loi : dispositions transversales particulières pour couvrir les exigences de forme relatives à un écrit, à une signature ou à des mentions manuscrites.

Application du droit commun de la preuve

Les règles de preuve applicables sont celles issues du droit commun telles que modernisées à la suite de l'introduction en droit belge de la signature électronique. Aussi, les règles sont différentes selon que le prestataire de service ait à prouver des obligations mises à charge d'un commerçant ou d'un non commerçant.