

mémentos

APPRENDRE

UTILE

2021/22

Isabelle Sérandour • Lionel Andreu

Droit commercial

3^e

Cours intégral
et synthétique



Outils
pédagogiques



Isabelle Sérandour

est Professeure agrégée à l'université de Bretagne Occidentale.

Lionel Andreu

est Professeur agrégé à l'université de Poitiers.

Suivez-nous sur



www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr



© 2021, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
978-2-297-13361-6
ISSN 2680-073X

mémentos

APPRENDRE

UTILE

2021/22

Isabelle Sérandour • Lionel Andreu

Droit commercial

3^e

Cours intégral
et synthétique



Outils
pédagogiques



 *Gualino*

un savoir-faire de

Lextenso

mémentos

APPRENDRE

UTILE

- C'est un cours complet et synthétique avec des aides pédagogiques différenciées.
- Il correspond à un enseignement dispensé en Licence et Master.
- Il est entièrement rédigé de manière structurée, claire et accessible.
- Il est à jour de l'actualité la plus récente.

Chez le même éditeur

- Amphi LMD
- Mémentos
- Exos LMD
- Méthodo LMD
- Carrés Rouge
- Annales corrigées et commentées
- Master
- En Poche
- Droit Expert
- Droit en poche
- Petit Lexique
- Hors collection

Présentation

Le droit commercial est le socle du droit des affaires. Il constitue une branche du droit privé qui régit tant les commerçants, personnes morales ou physiques (ainsi que leurs conjoints ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité), que les actes de commerce qu'ils accomplissent (actes de commerce par la forme, par nature, par accessoire ou par leur fonction). Le commerçant exerce une **activité commerciale**, le plus souvent au moyen d'un **fonds de commerce**, de sorte que le droit commercial s'intéresse également aux conditions d'exercice de cette activité (lesquelles sont marquées par le principe de liberté du commerce et de l'industrie) et au fonds de commerce grâce auquel elle peut être exercée (fonds qui peut faire l'objet de différentes opérations, telles que cession, location ou nantissement). L'un des éléments centraux de ce fonds est le **bail commercial**, dont le régime spécifique le singularise également du bail de droit commun.

La spécificité du droit commercial est ancienne et constitue l'un des traits les plus marquants du droit privé français. Elle se traduit par l'existence d'un **code spécifique** (le Code de commerce) et de **juridictions dédiées** à la matière (les tribunaux de commerce). L'époque contemporaine est néanmoins marquée par un affaiblissement de cette spécificité, se traduisant par un rapprochement du droit commercial et du droit civil. À côté du commerçant, de nombreux professionnels gravitent – artisan, agriculteur, professionnel libéral, etc. – qui sont soumis, sinon aux règles du droit commercial, du moins à des règles similaires.

Fruit de l'histoire de la matière, cet ouvrage se propose de présenter les différentes règles qui régissent le droit commercial.

Plan de cours

P résentation	5
I ntroduction	17

PARTIE 1 Quoi ? L'acte de commerce

TITRE 1 • Identification des actes de commerce

C hapitre 1 Les actes de commerce par la forme	25
Section 1 La lettre de change	25
Section 2 Les sociétés commerciales par la forme	26
C hapitre 2 Les actes de commerce par nature	27
Section 1 Les actes de commerce par leur objet	27
1 L'achat pour revendre	27
2 Les opérations d'intermédiaires	29
3 Les opérations financières	29
Section 2 Les actes de commerce en entreprise	30
1 Les activités de négoce	30
2 Les activités d'intermédiaire	31
3 Les activités industrielles	32

Chapitre 3	Les actes de commerce par accessoire	33
Section 1	La qualification d'acte de commerce par application de la règle de l'accessoire	33
1	Conditions	34
2	Domaine d'application	35
Section 2	L'exclusion de la commercialité par application de la règle de l'accessoire	36
Chapitre 4	Les actes de commerce par leur fonction	37
Section 1	La cession de l'entreprise commerciale	37
1	La cession du fonds de commerce	37
2	La cession de droits sociaux	38
Section 2	Certaines sûretés	39
1	Le cautionnement	39
2	Le gage	40
TITRE 2 • Le régime des actes de commerce		
Chapitre 5	Le régime des actes de commerce purement commerciaux	43
Section 1	Les règles dérogatoires	43
1	La compétence de la juridiction consulaire	43
2	La preuve des actes de commerce	44
3	La solidarité des codébiteurs	45
Section 2	Les règles rattachées à la sphère commerciale	47
1	L'admission facilitée de l'anatocisme	47
2	L'exécution rafferme des obligations	48
3	L'accélération de la prescription commerciale	50
Chapitre 6	Le régime des actes mixtes	53
Section 1	Le régime dualiste	53
1	L'application distributive symétrique	53
2	L'application distributive dissymétrique	54
Section 2	Le régime unitaire	55

PARTIE 2

Qui ? Le commerçant

TITRE 1 • Identification des commerçants

Chapitre 7 Les commerçants personnes physiques 61

Section 1 Les critères d'identification des commerçants 61

- 1 L'exercice d'une activité commerciale 61
- 2 L'exercice d'une profession habituelle 62
- 3 L'exercice d'une activité indépendante 63

Section 2 Les différents types de commerçants et leurs conjoints 65

- 1 Les commerçants de droit et les commerçants de fait 65
- 2 Les époux ou partenaires commerçants 65
 - A - *L'exercice séparé d'une activité commerciale* 65
 - B - *La participation à l'activité commerciale de l'époux* 66
 - 1) 1^{er} statut : le conjoint ou partenaire salarié 66
 - 2) 2^e statut : l'association 66
 - 3) 3^e statut : le conjoint collaborateur 67
 - 4) En l'absence de choix 68
 - C - *La coexploitation de l'entreprise commerciale* 68

Chapitre 8 Les commerçants personnes morales 71

Section 1 Les sociétés 71

- 1 Les sociétés civiles 72
- 2 Les sociétés commerciales 72
 - A - *Les sociétés à risque illimité* 72
 - B - *Les sociétés à risque limité* 72
 - C - *Les sociétés hybrides* 73

Section 2 Les autres personnes morales 74

- 1 Les groupements d'intérêt économique 74
- 2 Les associations 74

TITRE 2 • Le statut des commerçants

Chapitre 9 L'accès à la profession commerciale 79

Section 1 Le principe de la liberté d'entreprendre 79

Section 2 Les limites à la liberté d'entreprendre 80

- 1 Les limites légales 80

A - Les incapacités	80
1) Les mineurs	80
a) Le mineur émancipé	80
b) Le mineur non émancipé	81
2) Les majeurs protégés	82
B - Les limitations fondées sur l'intérêt général	82
1) Les limitations liées à la qualité des personnes	82
2) Les limitations liées à l'activité exercée	84
2 Les limitations conventionnelles	85
Chapitre 10 Les obligations des commerçants	87
Section 1 La publicité légale de l'activité commerciale	87
1 La publicité au registre du commerce et des sociétés	87
A - Les conditions de l'immatriculation	88
B - Les effets de l'immatriculation	89
2 Les autres publicités obligatoires	92
Section 2 Les autres obligations du commerçant	92
Chapitre 11 La protection du commerçant personne physique	95
Section 1 La protection des biens immobiliers du commerçant personne physique	95
1 L'insaisissabilité volontaire des droits portant sur les biens immobiliers de l'entrepreneur	96
A - Les conditions	96
1) Les conditions d'applicabilité	96
2) Conditions d'application	97
B - Effets	97
2 L'insaisissabilité légale des droits portant sur la résidence principale de l'entrepreneur	98
A - Conditions	98
1) Conditions d'applicabilité	98
2) Conditions d'application	99
B - Effets	99
Section 2 La protection du patrimoine personnel du commerçant personne physique	100
1 Le dispositif de « saisissabilité limitée » des actifs personnels	100
2 Le dispositif de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée	101
A - Les conditions	102
1) Un entrepreneur individuel	102

2) Le patrimoine affecté	102
a) Consistance du patrimoine affecté	102
b) Constitution du patrimoine affecté	103
B - Effets de la déclaration d'affectation	104

TITRE 3 • Le contentieux des commerçants

Chapitre 12 Le règlement judiciaire du contentieux 109

Section 1 Le règlement des litiges non commerciaux 109

1 La détermination légale du juge compétent 109

A - La compétence d'attribution 109

B - La compétence territoriale 111

2 La modulation conventionnelle de la compétence 112

A - Les extensions conventionnelles de compétence d'attribution 113

B - Les extensions conventionnelles de compétence territoriale 114

Section 2 Le règlement des litiges commerciaux 114

1 La détermination de la juridiction compétente 115

A - L'existence des juridictions commerciales 115

B - La compétence des juridictions commerciales 116

 1) La compétence matérielle 116

 2) La compétence territoriale 118

2 Le régime particulier des conventions relatives à la compétence 118

A - Les conventions relatives à la compétence territoriale 118

B - Les conventions relatives à la compétence matérielle 119

Chapitre 13 Le règlement non judiciaire du contentieux 123

Section 1 Le recours à l'arbitrage 125

1 Les conditions de validité des conventions d'arbitrage 126

2 L'« indépendance » des conventions d'arbitrage 128

Section 2 La constitution du tribunal 129

Section 3 Le déroulement de l'instance arbitrale 130

Section 4 La sentence arbitrale 131

Section 5 Les voies de recours 132

PARTIE 3

Comment ? Les biens du commerçant

TITRE 1 • Le fonds de commerce

Chapitre 14 La notion de fonds de commerce 137**Section 1** Définition du fonds de commerce 137

1 Un ensemble de biens 137

A - Un ensemble 138

B - Une universalité de fait 138

2 Un ensemble de biens mobiliers 139

Section 2 La composition du fonds de commerce 139

1 Les éléments corporels 140

A - Le matériel et l'outillage 140

B - Les marchandises 140

2 Les éléments incorporels 140

A - La clientèle 140

1) Notion de clientèle 140

2) Les caractères de la clientèle 141

a) Une clientèle réelle et certaine 141

b) Une clientèle personnelle 142

B - Les autres éléments incorporels du fonds de commerce 144

1) Le nom commercial 144

2) L'enseigne 145

3) Les droits de propriété industrielle 145

4) Le droit au bail 145

Chapitre 15 Les opérations sur fonds de commerce 147**Section 1** La location-gérance du fonds de commerce 147

1 Les conditions de la location-gérance 147

A - Conditions de fond 148

B - La publicité 149

2 Les effets de la location-gérance 150

A - Les effets entre les parties 150

1) Les effets à l'égard du bailleur de fonds 150

2) Les effets à l'égard du locataire-gérant 150

a) En cours de location-gérance 150

b) À la fin de la location-gérance 151

B - Les effets à l'égard des tiers 151

1) Les cocontractants du bailleur de fonds 151

2) Les créanciers du locataire-gérant 152

Section 2	La cession du fonds de commerce	153
1	Les conditions de la cession	154
	<i>A - Les conditions de fond</i>	154
	1) Capacité	154
	2) Consentement	155
	3) Contenu	155
	a) <i>Le fonds de commerce</i>	155
	b) <i>Le prix</i>	155
	<i>B - Les conditions de forme</i>	156
	1) Conditions de publicité	156
	a) <i>L'information des créanciers du cédant</i>	156
	b) <i>L'information des salariés</i>	157
	c) <i>La déclaration préalable à la commune bénéficiaire d'un droit de préemption</i>	158
	2) Mentions obligatoires	158
2	Les effets de la cession	160
	<i>A - Les effets de la cession à l'égard du cédant</i>	160
	1) Le transfert de propriété	160
	2) L'obligation de délivrance	160
	3) La garantie des vices cachés	160
	4) La garantie d'éviction	161
	a) <i>La garantie légale d'éviction</i>	161
	b) <i>La clause de non-concurrence</i>	162
	5) Le privilège du vendeur	162
	6) La résolution pour défaut de paiement du prix	163
	<i>B - Les effets de la cession à l'égard du cessionnaire</i>	164
	<i>C - Les effets de la cession à l'égard des tiers</i>	164
Section 3	Le nantissement du fonds de commerce	165
1	Le nantissement conventionnel	165
2	Le nantissement judiciaire	166

TITRE 2 • Le bail commercial

Chapitre 16 Le champ d'application du bail commercial 169

Section 1	Les conditions personnelles	169
1	Le bailleur	169
	<i>A - La capacité</i>	169
	<i>B - Le pouvoir</i>	170
2	Le preneur	171
Section 2	Les conditions matérielles	172
1	Les conditions relatives au lieu	172
2	Les conditions relatives au fonds	173
3	Les conditions relatives au contrat	174

A - Les conditions relatives à la nature du contrat	174
B - Les conditions relatives à la durée du contrat	174
Chapitre 17 Les règles applicables au bail commercial	177
Section 1 Les règles applicables au moment de la conclusion du bail	177
Section 2 Les règles applicables en cours de bail	179
1 Droits du locataire	179
A - Les droits relatifs à la durée	179
B - Les droits relatifs à la destination des lieux	180
1) La déspecialisation partielle	181
2) La déspecialisation totale	183
C - Cession du bail	184
1) La cession du bail avec la cession du fonds de commerce	185
2) La cession isolée du bail	186
D - Protection contre la résiliation anticipée	187
E - Droit de préemption	187
F - La sous-location	188
1) Les conditions de la sous-location	188
2) Les effets de la sous-location	189
a) En présence d'une sous-location régulière	189
b) En présence d'une sous-location irrégulière	190
2 Obligations du locataire	191
A - Paiement du pas-de-porte	191
B - Paiement des charges	191
C - Paiement du loyer	192
1) La révision triennale des loyers	194
2) La révision organisée conventionnellement	198
a) La révision spéciale des loyers indexés	198
b) L'absence de révision judiciaire des clauses recette	200
Section 3 Les règles spéciales en fin de bail	200
1 Le renouvellement du bail	201
A - Les conditions du renouvellement	202
1) Les conditions de forme	202
2) Conditions de fond	203
a) L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés	203
b) L'exploitation du fonds	204
B - Les effets	204
2 Le non-renouvellement du bail	206
A - Le refus de renouvellement du bail avec indemnité d'éviction	207
B - Le refus de renouvellement du bail sans indemnité d'éviction	209
Bibliographie	211
Index	213

Liste des principales abréviations

BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
C. com.	Code de commerce
C. minier	Code minier
C. urb.	Code de l'urbanisme
CA	Cour d'appel
Cass. 1 ^{re} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2 ^e civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. 3 ^e civ.	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CET	Contribution économique territoriale
CGI	Code général des impôts
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CPC	Code de procédure civile
CPC exéc.	Code des procédures civiles d'exécution
CSE	Comité social et économique
EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
EPIC	Établissement public industriel et commercial
EURL	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
GIE	Groupement d'intérêt économique
INPI	Institut national de la propriété intellectuelle
LPF	Livre des procédures fiscales
PACS	Pacte civil de solidarité
RCS	Registre du commerce et des sociétés
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SASU	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SCA	Société en commandite par actions
SCI	Société civile immobilière
SCM	Société civile de moyens
SCP	Société civile professionnelle
SCS	Société en commandite simple
SEL	Société d'exercice libéral
SELARL	Société d'exercice libéral à responsabilité limitée
SMIC	Salaires minimum interprofessionnel de croissance
SNC	Société en nom collectif
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TJ	Tribunal judiciaire
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
VRP	Voyageur, représentant et placier

Introduction

1. Le droit commercial est l'ensemble des règles spécifiquement applicables aux activités du commerce. Cela conduit à étudier la définition de l'acte de commerce, la manière dont une personne devient commerçante, ce qu'est un fonds de commerce et quelles sont les opérations dont il peut faire l'objet.

2. Le droit commercial n'englobe pas les règles relatives à l'exercice des activités professionnelles indépendantes non commerciales – c'est-à-dire le statut des artisans, des agriculteurs ou des professionnels libéraux. Celles-ci font partie, avec le droit commercial, de ce que l'on appelle le droit des affaires. Autrement dit, si le droit commercial fait partie du droit des affaires, le second est plus large que le premier. Comprendre cette affirmation suppose d'évoquer l'histoire du droit commercial.

3. Le droit commercial est apparu au Moyen Âge. De nombreuses institutions sont en effet nées aux ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles, d'une part grâce au développement des échanges maritimes et terrestres dans certaines Républiques de l'Italie du Nord (Venise, Gênes, Pise) ou des villes de Flandre (Bruges, Amsterdam, Anvers), et d'autre part en raison de l'essor des villes de foires, notamment en Champagne.

Ainsi, les tribunaux de commerce sont nés pendant les foires et ne siégeaient que pendant leur durée. Ces juridictions nouvelles présentaient un double avantage, que l'on retrouve aujourd'hui (v., sur ces juridictions d'exception, *infra*, n^{os} 262 et s.) : non seulement les commerçants étaient jugés par leurs pairs, mais ils bénéficiaient d'une procédure simplifiée permettant de rendre la décision rapidement. Pareillement, la lettre de change (v. *infra*, n^{os} 16 et s.) a été créée par les marchands italiens : elle leur permettait de payer leurs contractants sans utiliser d'espèces mais aussi d'obtenir des crédits – c'est le mécanisme de l'escompte. Le Moyen Âge a encore vu naître le droit de la faillite (devenu droit des entreprises en difficulté), dont l'objectif premier était alors d'écartier le commerçant défaillant du monde du commerce.

4. Parallèlement, à partir du ^{xiii}^e siècle, les commerçants ont commencé à se sédentariser. Les métiers de marchands, artisans, négociants se sont organisés, sous la forme de corporations notamment. Ces corporations réglementaient l'accès aux professions, en définissaient les modalités d'exercice... Elles exerçaient un pouvoir considérable.

5. De la fin du Moyen Âge au xviii^e siècle, le pouvoir royal a édicté des ordonnances, répondant ainsi à un besoin, exprimé par les marchands, de disposer un droit uniforme, lequel serait plus sécurisant que le droit coutumier qui variait d'un endroit à un autre. Deux ordonnances, principalement, peuvent être mentionnées : l'ordonnance de 1673, tout d'abord, connue aussi sous le nom de « Code Savary », qui régissait le commerce en général ; l'ordonnance de 1681, ensuite, qui réglementait le commerce maritime. Colbert était à l'initiative de ces deux ordonnances.

6. À la veille de la Révolution française, les commerçants disposaient donc d'un droit autonome, issu tant des corporations que des ordonnances royales.

7. La Révolution française a conservé ces ordonnances royales ainsi que les tribunaux de commerce. Si cette survie des juridictions consulaires peut surprendre compte tenu de l'hostilité des révolutionnaires à l'égard des juridictions d'exception, elle se justifie par le mode de désignation – l'élection – des juges. En revanche, les corporations ont été abolies (loi du 14 juin 1791, dite « loi *Le Chapelier* ») et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été affirmé (le « décret d'Allarde » – il s'agissait en réalité d'une loi – des 2-17 mars 1791, dont l'article 7, toujours en vigueur, dispose qu'« 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 suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits »).

8. L'empire a ensuite doté les commerçants d'un Code de commerce en 1807. Contrairement au Code civil, il se révèle très vite obsolète et incomplet. Il ne dispose ainsi d'aucune disposition relative aux sociétés, alors même que le recours aux sociétés pour exercer le commerce était déjà fréquent.

9. Au cours des siècles suivants, le législateur s'est attelé à compléter le droit commercial et à le moderniser. Mais l'essentiel des textes est demeuré en dehors du Code. À la veille de sa recodification en 2000, le Code de commerce ne comportait plus que 140 textes sur ses 646 articles initiaux, dont 33 seulement étaient restés inchangés depuis 1807.

10. Jusqu'aux années 1950, le droit commercial présentait une réelle spécificité : les règles applicables aux commerçants, par exemple, s'appliquaient – quasi exclusivement – à eux, à l'exclusion des autres professionnels. Aujourd'hui, cette affirmation n'est toutefois plus exacte :

- d'une part, certaines règles autrefois applicables au seul commerçant sont désormais applicables à tous les professionnels (initialement réservé au commerçant, le droit des entreprises en difficulté s'étend ainsi aujourd'hui à toute personne morale de droit privé, aux agriculteurs, aux artisans et aux professions libérales) ;
- d'autre part, les règles applicables aux activités artisanales, agricoles, voire libérales, ne sont pas très éloignées de celles qui sont applicables aux activités commerciales :
 - l'accès à ces différentes professions obéit à des principes similaires,
 - les structures d'exercice de ces activités sont identiques (société pluri- ou unipersonnelle, exercice à titre individuel, auto-entreprise),

- les dispositions protectrices du conjoint de l'entrepreneur ne diffèrent pas sensiblement selon le type d'activité exercée, etc.

11. Cette précision étant faite, se pose la question de savoir quels sont les critères d'application des règles du droit commercial. Deux approches sont possibles :

- selon une **approche subjective** (c'est-à-dire prenant en compte le sujet concerné), les règles du droit commercial s'appliquent aux commerçants. L'idée est que ces commerçants, en raison de leur qualité, pourraient se voir appliquer des règles spécifiques et adaptées au monde commercial, auxquelles les autres professionnels ne sont pas soumis (sur les acteurs du droit commercial, v. *infra*, n^{os} 102 et s.);
- selon une autre **approche, objective** cette fois (c'est-à-dire ne prenant pas en compte le sujet, mais en rapport à un objet donné), le droit commercial s'appliquerait à certaines opérations : les actes de commerce (sur l'acte de commerce, v. *infra*, n^{os} 13 et s.).

Grossièrement envisagée, cette seconde approche revient à la première, en ce sens que ce sont généralement les commerçants qui passent de tels actes de commerce. Mais l'approche objective ne se réduit pas à l'approche subjective, dès lors qu'elle conduit à appliquer les règles du droit commercial aux situations dans lesquelles des personnes qui n'ont pas la qualité de commerçant participent à la réalisation d'un acte de commerce. Il en résulte que la question de la détermination des critères d'application du droit commercial – faut-il retenir une approche subjective ou une approche objective ? – est essentielle. Pourtant, il n'est pas possible, à l'heure actuelle, d'y apporter une réponse uniforme. Le législateur, la doctrine et la jurisprudence n'ont en effet jamais réussi à opter clairement pour l'une ou l'autre analyse, de sorte que les règles du droit commercial s'appliquent tantôt en raison de la qualité de la personne qui participe à un acte, tantôt en raison des caractères de cet acte.

Surtout, il existe des règles qui reposent :

- soit sur des **critères alternatifs**, c'est-à-dire qu'elles peuvent s'appliquer tant aux commerçants qu'aux actes de commerce (v., par ex., la compétence de la juridiction commerciale dès lors que le litige oppose des commerçants **ou** a trait à des actes de commerce, *infra*, n^{os} 267 et s.);
- soit sur des **critères cumulatifs**, en ce sens qu'il est nécessaire non seulement qu'il s'agisse d'un commerçant, mais aussi que l'acte soit un acte de commerce (v., par ex., le principe de la liberté de la preuve en droit commercial, lequel suppose un commerçant pour un litige ayant trait à un acte de commerce, *infra*, n^{os} 67 et s.).

12. Le droit commercial est structuré autour de trois questions. Quoi ? Cette question concerne l'acte de commerce (partie 1). Qui ? Cette deuxième question vise le commerçant (partie 2). Comment ? Cette dernière question se rapporte aux biens du commerçant (partie 3).

