

TROISIÈME ANNÉE DE BACCALAURÉAT EN DROIT
PROFESSEUR : M. YVES DE CORDT

COURS DE DROIT COMMERCIAL

OLIVIER COULON

ANNÉE ACADÉMIQUE 2010-2011
UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
LOUVAIN-LA-NEUVE

Support pédagogique : en vente le 9 février au service cours, 30 €.

Sur icampus : documents complémentaires pour éclaircir la matière.

Modalités d'examen : oral ; 15 points sur le cours magistral ; 5 points pour les TP.

Titre 1. Théorie générale de la commercialité

Chapitre 1. Bref aperçu du droit commercial

Définition du droit commercial : c'est un droit privé d'exception, qui se démarque du droit civil pour devenir un droit sur mesure, c'est-à-dire adapté soit à une catégorie de personnes (commerçants), soit à une catégorie d'actes (actes de commerces). Certains considèrent que le terme de droit commercial est archaïque, et voudraient parler de droit économique ou droit des affaires.

Il reste un droit à la recherche de sa définition : il n'est pas facile d'en décrire le contenu. Il est d'exception en ceci qu'il s'applique à des personnes « exceptionnelles », et est donc limité, tout en étant en pleine expansion.

Section 1. Du Moyen Âge au Code de commerce de 1807

Un droit commerçant, fondé sur la pratique des marchands

C'est traditionnellement le droit des marchands, le droit mercantile. On situe sa naissance au Moyen-Age. Pourquoi cette époque ? Car à cette période, on a valorisé le marchand, alors qu'à l'époque du droit romain, il n'était pas estimé à sa juste valeur (on leur préférait les militaires). Le Moyen-Age est une période de paix relative, qui est condition nécessaire du commerce (le commerce pouvant lui-même aider à la paix). Le second élément expliquant l'émergence du droit commercial est que les marchands devaient déjà se déplacer de villes en villes, de foires en foires, se mettaient sous la protection des seigneurs... il ne convenait pas tellement aux marchands de devoir changer de droit en changeant de zones. La vocation internationale, d'uniformité trouve donc racine au Moyen-Age. Le troisième élément est que vont se développer des juridictions commerciales, appelées parfois juridictions consulaires. Un même marchand, quelle que soit sa nationalité sait que, quelque soit la foire où il va exercer, il sera jugé en vertu d'un même droit, par une juridiction spécifique (juridiction consulaire, c'est-à-dire composée de commerçants).

Le terme banqueroute nous vient déjà de cette époque où quand un commerçant était un mauvais payeur, un escroc, on brisait le banc, la table sur laquelle il exerçait son commerce.

De la même manière, se sont développées à cette époque les lettres de change.

Notons aussi que l'église, à l'époque, avait une influence importante. Elle condamnait le prêt à intérêt. Mais, si l'on prenait un risque en exerçant une activité commerciale, ce risque générant, *in fine*, un profit, l'église était plus tolérante. On trouvait donc déjà des sociétés commerciales qui permettaient de réaliser un bénéfice et de partager les profits sans que l'église ne condamne ces pratiques.

Le droit commercial était donc déjà spécifique, et va acquérir une certaine autonomie par rapport au droit civil.

Le droit commercial a une vocation internationale, ou inter-régionale. Il s'applique à une communauté d'intérêts qui transcendent les frontières et territoires.

C'est enfin un droit professionnel : il s'applique et s'adapte à une profession !

Le processus de codification

Une codification de ces usages apparaît en 1673 en France. L'ordonnance de Colbert est une première tentative de codification (pour les commerçants français). On trouve une pareille tentative en Angleterre. Ces codifications revêtaient toutefois un caractère national.

En 1791 vient le décret d'Alarde (ortho?). Encore aujourd'hui, c'est le texte légal qui consacre la liberté de commerce et d'industrie. Le commerce et l'industrie cessait donc d'être le privilège d'une caste ou d'une corporation. Mais déjà à l'époque, le législateur prône une libéralisation car il y voit un avantage fiscal : tout le monde peut faire du commerce, mais cela implique la détention d'une patente, qui est payante !

Toujours en 1791 vient la loi Le Chapelier (ortho?) qui elle interdit les corporations (corollaire du décret d'Alarde).

La codification intervient en 1807 sous l'initiative de Napoléon. Le Code de commerce de 1807 a été négligé pendant plusieurs mois avant d'être remis à l'ordre du jour par Napoléon pour punir les commerçants qui avaient tenté d'escroquer l'armée en livrant des marchandises avariées et en émettant des lettres de change sans provision.

Certains ont appelé ce code le « Code des boutiquiers », indiquant par ces biais qu'il était obsolète dès sa naissance. Il a été peu à peu décharné, dans un processus rapide. Sa structure était rudimentaire, on n'y a pas intégré l'ordonnance de Colbert, des matières et domaines déjà émergents à l'époque y ont été négligés (société commerciale, fonds de commerce).

Section 2. Du Code de commerce à nos jours

Du code de commerce à nos jours ? C'est l'époque de la révolution industrielle, de l'essor du capitalisme libéral, mais ce qu'il est important de relever est que dès le moment où l'on a parlé de liberté (dans le sens libéralisme), il y a eu la volonté de protéger la partie faible.

Au même moment, le législateur nationale ou européen a conscience de ce qu'il faut protéger certains intérêts dignes de protection, certaines parties faibles : les travailleurs ; les épargnants ; et les consommateurs. Il y a constamment une volonté d'équilibre entre les intérêts, entre les puissants et les faibles. Si on va plus loin, il arrive aussi que le législateur protège un petit commerçant à l'égard d'un grand commerçant (le boutiquier vs la multinationale).

Il y a eu une période d'économie planifiée, dirigée (réglementation des prix, planification économique...). On a toujours le contrôle des banques, assurances etc., mais le droit commercial est moins dirigiste qu'il ne l'a été dans les années 70-80. Par contre, le droit a toujours l'ambition d'encadrer ! On trace un cadre dans lequel pourra s'exercer une certaine forme de liberté. La loi de

2010 sur les pratiques déloyales indique bien qu'on fait confiance, *a priori*, au commerçant, mais on encadre les abus.

Chapitre 2. Définition et principes du droit commercial

Section 1. Définitions

En tant que droit privé d'exception, le droit commercial a été un droit flexible et évolutif, car les dérogations au droit commun ne sont pas arrivées du jour au lendemain. Il y a eu un besoin de souplesse et de flexibilité, mais on a aussi vite constaté que le droit commercial devait être évolutif.

C'est aussi un droit en expansion ! Outre les aspects privés, les aspects publics de l'économie pourrait intervenir dans le droit commercial. Du reste, le droit de la concurrence a un impact politique au niveau des équilibres entre états. De la même manière, le droit pénal des affaires a fait son entrée dans le droit commercial.

Flexible, évolutif et en expansion sont donc trois caractéristiques du droit commercial.

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

Le droit commercial est-il un droit subjectif ou objectif ?

A. La conception « subjective » de la commercialité

1. Principes et objections

Dans la conception subjective, le droit commercial apparaît comme le droit d'un groupe de personnes.

Les objections à l'encontre de cette conception, qui implique la nécessité d'une nuance, sont les suivantes : (1) d'abord, c'est une conception contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi ; (2) le droit commercial, dans certaines de ses composantes, s'applique à d'autres entités que les commerçants, le mot clé étant « entreprise » (le droit commercial s'appliquant parfois à des entreprises qui ne sont pas des commerçants). Le droit commercial s'applique donc à d'autres agents que le droit commercial ; (3) des obligations particulières s'imposent à des entités exerçant une activité économique sans pour autant être commerçants ; (4) enfin, quand on prend les art. 1 et 2 du

Code de commerce, on constate cette circularité qui fait que le sujet commerçant se définit par les actes qu'il pose, ce qui voudrait dire que la conception subjective n'est rien sans la conception objective qui se focalise sur l'objet, l'acte posé par le commerçant.

B. Conception « objective » de la commercialité

1. L'opération commerciale en tant que critère de définition

Dans sa conception objective, le droit commercial est le droit qui s'applique aux actes de commerce. C'est la nature des actes posés qui est relevante et pertinente pour savoir si le droit commercial s'applique. Ainsi, dans une certaine mesure, les sociétés civiles (sociétés qui n'ont pas un objet commercial) sont visées par certains aspects du droit commercial : droit de la concurrence ; compétence éventuelle du tribunal de commerce...

§2. Du droit commercial au droit des entreprises

A. L'élargissement du droit commercial au monde des affaires

Ce qui est vrai est que tout cela amène la doctrine à se demander « pourquoi encore parler du droit commercial, et pas du droit des affaires, du droit économique ou du droit des entreprises ? ».

Si on en vient à considérer que le droit commercial doit être un droit des entreprises, il nous faut alors nous poser la question de savoir ce qu'est une entreprise !

B. Les nouvelles définitions du droit commercial : du code des « boutiquiers » au droit économique

On peut prendre deux définitions du concept d'entreprise.

Certains définissent l'entreprise comme l'organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels rattachés à un sujet juridique autonome poursuivant d'une façon durable un but économique.

D'autres la définissent comme étant « une organisation indépendante et durable dans laquelle une ou plusieurs personnes produisent ou distribuent des produits ou des services avec l'aide de moyens matériels et immatériels et ce, moyennant le paiement par l'acheteur de ces biens ou services, d'une rémunération destinée à couvrir au moins les dépenses nécessaires en vue du fonctionnement continu de l'organisation ». Cette seconde définition est plus approfondie, et contient notamment l'élément important suivant : le but économique est l'obtention d'une rémunération économique couvrant au minimum les dépenses occasionnées par l'activité.

On passerait donc d'un droit commercial vers un droit des entreprises, un droit des activités économiques, des affaires. La plupart des auteurs de doctrine acceptent cette évolution, mais on

relève que dans la notion de droit commercial, il y avait peut être des valeurs, une forme d'éthique qui se perd quelque peu dans un droit économique qui apparaît plus opérationnel, plus pragmatique et fonctionnel. Ce dernier insiste plus sur l'aspect instrumentalisé du droit commercial. Le droit commercial portait peut être encore certaines valeurs communes, une certaine éthique. Mais même si le droit commercial / économique est devenu de plus en plus opérationnel, cela n'a pas empêché un mouvement qui pousse le législateur à protéger les parties faibles.

Section 2. Les principes du droit commercial

§1. Les principes du droit commercial issus du Code de commerce de 1807

Quels sont les principes issus du Code du commerce de 1807 ?

A. La liberté de commerce, ses limites

Le premier principe est celui de la liberté de commerce et d'industrie.

B. Les pratiques et usages

Le second est celui de l'importance de certaines pratiques et de certains usages.

C. La bonne foi et l'équité

Le troisième principe relève de la bonne foi et de l'équité. La bonne foi explique donc certaines règles du droit commercial. L'équité va justifier que, dans certains cas, lorsqu'il y a un déséquilibre des intérêts, on protège la partie faible.

D. La simplicité et la rapidité des procédures et la maîtrise de leur coût

Dernier principe : la simplicité et la rapidité. Parmi les raisons d'être du droit commercial, il y a un objectif de rapidité, de sécurité et de promotion du crédit. Le temps étant de l'argent, la rapidité des transactions, des négociations est importante. Ce besoin de rapidité est donc satisfait en partie par une exigence de simplicité. *Ex : les modes de preuve en droit commercial sont libres, larges ! On exige pas toujours qu'on se ménage un mode de preuve particulier ! L'image forte ce sont les commerçants qui dès le Moyen-âge se tapaient dans la main pour conclure une transaction.*

La seconde manifestation de ce besoin de rapidité est qu'on se fie aux apparences. La théorie de

l'apparence est mise en œuvre de manière plus fréquente, voire constante, en droit commercial. Le tiers peut se fier aux apparences, notamment quant à savoir si le gérant d'une société a vraiment les pouvoirs d'engager sa société. Les prescriptions sont du reste plus courtes ! Six mois, cinq ans, rarement dix ans ! Ce qu'il reste du formalisme est en réalité une standardisation qui contribue à la rapidité ! Le formalisme est généralement perçu comme une complication. Mais quand le droit commercial a recours à un formalisme, c'est dans le sens d'une standardisation. Ce formalisme permet aussi de se fier à la volonté déclarer sans devoir sonder les intentions profondes des parties.

E. Le besoin de sécurité

Le besoin de sécurité renvoie et est rencontré par l'institution historique de la faillite : on mettait au ban de la société de commerçants les mauvais commerçants, et ce en vertu du risque systémique.

La lettre de change a permis la sécurité des transactions, et le permet encore d'une certaine manière.

Au niveau de la sécurité juridique, le droit commercial fait tout pour préserver la validité des contrats ! On préférera recourir à une réfaction du contrat (modification du prix) plutôt qu'à une annulation.

F. L'exigence de renforcement du crédit

L'entreprise se caractérise par le but économique, la réalisation d'un profit... Il y a parfois un décalage dans le temps : les commerçants vivent parfois à crédit. Il y a des institutions du droit commercial qui contribuent à favoriser le crédit : rassurer les banques qui font crédit...

Il y a plus fondamentalement l'idée de solidarité. Entre co-débiteurs civils, il n'y a pas de solidarité d'office. En droit commercial, deux co-débiteurs commerçants sont solidaires ! Solidarité se rattache donc à crédit !

Chapitre 3. Les sources du droit commercial

La plupart des sources dont on parle seront analysées plus tard, dans le cadre de ce cours ou dans le cadre d'autres cours.

Les sources du droit commercial sont à l'image de ce qu'on vient de dire au niveau de la définition et des principes. Le monde des commerçants est globalisé. On a donc un mélange de sources nationales, supranationales, européennes, internationales...

C'est du reste un droit spontané. Le droit commercial transpire des pratiques suivies par les commerçants. A force de répétition des mêmes pratiques se dégagent des usages, et à force de respect des usages se dégagent des coutumes.

Le droit commercial est aussi un droit codifié. C'est une tendance générale : code de commerce, des sociétés... Mais on trouve aussi des codifications privées ! Certaines institutions privées regroupent dans des ouvrages différentes règles pour en faire de règles ou d'usages uniformes.

La dernière caractéristique est que parmi les normes du droit commercial, on trouve des normes d'intensité variable du point de vue de la forme contraignante : certaines normes s'imposent à tous ; d'autres seulement à certains ; d'autres sont spontanément respectées sans pour autant qu'il y ait une sanction légale (la norme est « privée » : des personnes se mettent d'accord pour respecter une norme).

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

A. D'un droit d'exception à un droit autonome

1. Le Code de commerce

Il n'est plus qu'un squelette. Même ses premiers articles datent en réalité d'une loi belge de 1872, et ne sont donc pas d'origine.

Au surplus, le droit des sociétés est aujourd'hui dans le code des sociétés ; le droit des assurances fait l'objet de lois particulières... Le code de 1807 fut donc dépecé peu à peu.

Malgré l'autonomie / émancipation du droit commercial, le substrat de base reste le droit des obligations et le droit des contrats. Quand on a une question dont la réponse ne se trouve pas dans le droit commercial, la réponse se trouve alors en tout cas dans le droit civil. Par ailleurs, il faut être attentif au fait que le droit commercial déroge au droit civil et y fait exception (en matière de preuve, mais aussi pour le calcul des intérêts moratoires, pour le gage).

Ce mouvement d'autonomie ne doit pas conduire à l'excès contraire qui serait de négliger le droit civil.

2. La multiplication des lois particulières

Des lois particulières ont aussi été promulguées pour prendre en considération, de manière réactive, des phénomènes nouveaux. Un exemple emblématique est l'information et la protection du consommateur. Autre exemple : la matière de faillite, du concordat ou de la continuité des entreprises. D'autres exemples : le partenariat commercial, code des sociétés...

Section 2. Les sources internationales

§1. Les traités internationaux

Au niveau des sources internationales, on a des traités internationaux (l'OMC étant l'exemple le plus frappant, avec deux clauses importantes : la clause de la nation la plus favorisée qui oblige un état à reconnaître à tous les états un privilège qu'il aurait reconnu à un seul état ; et la clause du traitement national qui oblige l'état à attribuer un traitement national à tous les produits, quelle que soit leur origine). Dans l'OMC, on a une instance, une juridiction spécifique pour le règlement des différends entre états.

§2. La coutume et les usages

A. Introduction

Une source particulière est constituée de la coutume et des usages.

La coutume constitue une source indéniable du droit. C'est en quelque sorte un usage de droit. La coutume nécessite un élément matériel et un élément psychologique. L'élément matériel est la répétition d'une pratique. L'élément psychologique est le sentiment d'obligatorité. Ceux qui observent ces usages finissent par avoir la conviction que la force contraignante s'impose à eux.

Les usages sont eux des usages de fait ou conventionnels. On est pas dans la même intensité de conviction ou de répétition chronologique. Mais on constate déjà que dans certains types de contrats, on retrouve un certain nombre de clause, et que les parties respectent un certain nombre d'engagements. Sauf si on y déroge explicitement dans le contrat, tel type d'obligation est alors considérée comme implicitement contenue dans le contrat.

B. La coutume et les usages : distinction en terme de preuve

La grande différence est que la coutume, à l'inverse de l'usage, ne doit pas être prouvée. Mais, en vertu du principe selon lequel on peut, en droit commercial, prouver par toute voie de droit, on peut imaginer qu'un commerçant puisse démontrer que dans telle profession / zone géographique, tel usage s'impose.

L'autre phénomène est qu'à force de voir se développer certains usages, on a pris l'initiative de les codifier. Les « incoterms » est une codification de clauses usuelles dans le domaine du commerce international. Finalement, de façon pragmatique, on évite de devoir prouver l'usage ! Il suffit de viser l'incoterms n°X pour savoir auquel on se réfère. On trouve dans ces incoterms jusqu'où doit aller l'obligation de livraison des marchandises dans la vente internationale. Cette codification contribue à la rapidité et la clarté, et réduit du reste les coûts de transaction en cas de litige.

Le crédit documentaire est lui soumis à des règles et usages uniformes !

§2. *L'auto-régulation*

C'est un phénomène comparable à ce qu'on vient d'évoquer, avec certaines particularités.

A. Notion d'auto-régulation

L'auto-régulation renvoie à ce qu'on a appelé la procéduralisation du droit, de la production de la norme. Cela part du constat que la qualité de la norme, son effectivité, dépend de la procédure qui a abouti à la création de cette norme. L'auto-régulation part du principe, à cet égard, que si on associe les destinataires de la norme à son élaboration, la norme sera meilleure, plus spontanément respectée que s'il s'agit d'une norme imposée par le législateur aux acteurs de la vie économique.

Au niveau européen, on a en 2003 un accord, qualifié de « better regulation ». Dans ce texte, on retrouve les objectifs de rapidité, d'effectivité et de flexibilité de la norme ! On trouve aussi l'exigence d'une transparence et d'une représentativité des acteurs qui vont être associés au processus de production de la norme. On ne va donc reconnaître une norme comme étant issue de l'auto-régulation que si les acteurs ayant participé à sa régulation soient représentatifs.

Dans la co-régulation, le Législateur (européen ou national), fixe un objectif et les acteurs se débrouillent pour atteindre cet objectif en produisant une norme adaptée. Dans l'auto-régulation, il n'y a même pas cette intervention initiale de l'autorité qui imposerait cet objectif.

B. Une alternative pertinente aux interventions législatives – arguments en faveur de l'auto-régulation

Quels sont les arguments en faveur de l'auto-régulation ?

Le premier est l'expertise des acteurs qui vont contribuer à la production de la norme. Ils en sont les destinataires, et ont donc à leur disposition des experts qui vont contribuer à la qualité de la norme.

Le second argument est l'effectivité, c'est-à-dire le respect spontané de la norme.

Le troisième argument est la souplesse et en même temps la flexibilité. La flexibilité renvoie à l'idée que la norme sera suffisamment fine, nuancée, pour s'adapter à la complexité d'une problématique. L'aspect souplesse renvoie lui à l'idée qu'on peut adapter plus facilement la norme dans le temps.

Quatrième argument : ces règles sont généralement conformes à des standards internationaux et ne sont donc pas réduits à un ordre de préoccupation purement national ! Les destinataires savent qu'en les respectant, ils se conforment à des standards internationaux.

Enfin, dernier argument, la concurrence et l'émulation améliore la qualité de ces normes. Le législateur se préoccupe peu de la critique de son travail, à l'inverse des acteurs qui sont à la base de l'auto-régulation.

Ex : le code de gouvernance d'entreprise, à destination des sociétés cotées (mais il en existe un pour les sociétés non-cotées). Ce code a été adapté dans sa version 2009. Il ne déroge pas au code des sociétés, mais le complète ! Le code a tenu compte de l'évolution législative.

Cette soft-law peut *in fine*, « s'endurcir » pour devenir de la hard law. Le législateur reprend alors à son compte une obligation issue de l'auto-régulation.

Au-delà de cela, si l'on revient à des catégories juridiques mieux connues, il y a une force obligatoire implicite dans ses codes où il y a une juridicité indirecte. Si un code de règles issues de l'auto-régulation devient une norme de comportement, lorsque le juge devra appliquer l'existence d'une faute, le standard d'appréciation de l'existence d'une faute sera cette norme issue de l'auto-régulation.

D'autre part, si une entreprise inscrit dans ses statuts qu'elle respectera le code issu de l'auto-régulation, en cas de non respect de ce code, et sur simple base de la théorie de l'engagement unilatéral, cela devient une forme de contrat entre la société et ceux qui pourront se prévaloir d'une part de l'existence de ce code et, d'autre part, de l'adhésion de la société à ce code.

La frontière entre l'auto-régulation et la source du droit commercial (norme contraignante issue du pouvoir législatif ou exécutif) est donc ténue : on trouve des transmutations (soft-law => hard-law) ; et puis, le juge peut s'en inspirer dans sa fonction de juger.

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

Section 1. La détermination des actes de commerce

§1. L'énumération légale des actes de commerce

A. L'absence de critère abstrait : principe

Le code de commerce se satisfait et se limite à une énumération (anarchique et hétéroclite) des actes de commerce. Les art. 2 et 3, qui apparaissent comme étant des articles du Code de commerce viennent en réalité de 1872 (loi du 15 déc. 1872).

On trouve d'abord les actes commerciaux objectifs ; puis viennent les actes commerciaux subjectifs.

B. Les actes commerciaux objectifs

Parmi les actes commerciaux objectifs, on peut tenter une systématisation.

D'abord, les actes isolés ; puis les actes réitérés.

Parmi les actes isolés, on trouve notamment l'achat de vente pour la revente ; achat de meuble pour louer etc. Les actes commerciaux par entreprise font eux l'objet d'une réitération, d'une répétition. Le mot entreprise indique la réitération, la répétition. Parmi ces entreprises : travaux public ; spectacle ; assurance etc.

L'adverbe « objectivement » indique que c'est l'objet qui détermine la nature de l'acte. Mais en l'espèce, c'est plutôt la forme de l'acte qui importe.

C. Les actes commerciaux subjectifs

Quid des actes commerciaux subjectifs ? A partir du moment où l'on se trouve en présence d'un commerçant, on présume, sauf preuve contraire, que les actes posés sont commerciaux. Cette présomption est réfragable. On fait comme si tout acte d'un commerçant était un acte commercial.

On trouve donc une circularité : je suis commerçant car je pose des actes de commerce ; ce sont des actes de commerce car ils sont posés par un commerçant.

D. L'exigence spécifique d'un but de lucre

La Cour de cassation est venue rajouter un critère qu'on pourrait qualifier de subjectif, qui s'attache au but poursuivi. Cet élément subjectif, lié à l'état d'esprit du sujet, est le but de lucre au sens où la Cour de cassation l'a défini dans l'arrêt *piscine du curé en 1973* (19 janvier 1973). *Nous sommes*

en présence d'un brave curé qui, dans le cadre de l'exercice de sa vocation, de sa fonction cléricale, ayant réuni des fonds, était parvenu à faire construire une piscine et à donner accès à cette piscine aux membres de la paroisse moyennant un « ticket modérateur ». Si l'on tenait à l'énumération, on pouvait qualifier son activité de commerciale : c'était bien une entreprise (en l'occurrence, bizarrement, de spectacle). La Cour de cassation considère que puisque le curé n'avait pas l'intention de subvenir à ses besoins, ne recherchait pas le lucre (excédant des recettes sur les dépenses), ce n'était donc pas un acte de commerce et le curé n'était donc pas un commerçant. La Cour de cassation adopte le raisonnement suivant : si le Code de commerce énumère certains actes comme étant commerciaux, c'est parce que le législateur de 1872 a présumé que lorsqu'on posait ces actes, c'était dans un but de lucre, c'est-à-dire le but d'obtenir un revenu, des ressources ou des bénéfices.

Or cette présomption est aussi susceptible d'être renversée ! Le curé n'était donc pas commerçant. L'important est que la Cour de cassation ajoute un critère subjectif qui relève plus de l'intention que du sujet pour contribuer à la définition de ce qu'est un acte de commerce.

E. Les activités exclues du droit commercial

Dans un second temps, on a aussi exclu expressément de la liste des actes de commerce certains types d'actes. Ainsi, l'art. 2bis précise que les actes posés par les pharmaciens ne sont pas des actes de commerce. Inversement, les professions libérales ne sont pas des commerçants, mais sont bien des entreprises, notamment eu égard au droit de la concurrence. Pareillement, les prestations sportives, les activités agricoles etc., sont expressément exclues par le législateur (art. 2 et 3) ou la jurisprudence (exigence supplémentaire de la Cour de cassation).

§2. Les actes mixtes

Une problématique importante est celle des actes mixtes : c'est un seul acte, mais qui a une nature différente dans le chef de l'une ou de l'autre partie. L'acte est à la fois commercial et civil, selon qu'on se place dans la position du commerçant ou du non commerçant. *Ex : une police d'assurance. La compagnie est un commerçant, pas l'assuré ; la vente de biens de consommation. L'acte est civil dans le chef du consommateur et commercial dans le chef du commerçant.*

L'enjeu est de savoir quelles règles appliquer ? Il faut se poser la question de savoir quelle est la nature de l'acte dans le chef de celui à l'égard duquel on veut que l'acte sorte ses effets. *Ex : le commerçant agit contre le non commerçant, il agit devant le TPI et doit respecter les règles de preuve du droit civil, puisqu'il veut que l'acte sorte ses effets à l'égard du non commerçant. Par contre, si le consommateur agit contre le non-commerçant, il agit devant le T. commerce et peut recourir au mode de preuve en droit commercial. On protège donc le non-commerçant, en présumant que le commerçant est la partie forte.*

Section 2. De l'acte de commerce au commerçant

A. Définition du commerçant

L'art. 1 du Code de commerce indique que sont commerçants ceux qui posent des actes de commerce tels que qualifiés par la loi, et qui en font leur activité principale ou d'appoint (vérifier la déf.). Pour comprendre l'art. 1, il faut donc passer par les art. 2 et 3.

Si la personne dont on parle est une personne physique, il exercera son activité en tant que commerçant au sens plein, en qualité de personne physique. Si par contre c'est une société, on parle plutôt de société commerciale (la société a un objet commercial). Pour les personnes physiques, on se focalise sur les actes effectivement posés. Pour les sociétés, il suffit de prendre connaissance de son objet statutaire ; à la limite, peu importe ce qu'elle fait quotidiennement. Là où ça se corse, c'est que, pour qualifier une société de société, il faut déjà se poser la question de savoir quel est, non pas son objet, mais son but. On trouve donc deux buts de lucre : le but de lucre permettant de savoir s'il s'agit d'un acte de commerce ; et le but de lucre au sens du droit des sociétés qui permet de savoir si on est en présence d'une société ou d'une association.

B. Conditions d'acquisition de la qualité de commerçant

Pour être commerçant, trois conditions donc :

- *accomplir des actes de commerce*
- *en faire sa profession* (à titre professionnel et non occasionnel donc) : l'objectif est de tirer un bénéfice, un moyen de subsistance. On cherche donc un excédant des recettes sur les dépenses. Si l'acte est occasionnel, on est pas en présence d'un commerçant. Par contre, si quelqu'un exerce, à titre d'appoint, une profession commerciale, il pourra être commerçant dans le cadre de cette activité.
- *en son nom et pour son compte* : exit le mandataire du commerçant, sauf exception pour les agents commerciaux ; le dirigeant d'une société (administrateur délégué ou gérant) n'est pas, à titre personnel, commerçant : il agit au nom et pour compte de sa société. De la même manière, celui qui est dans un lien de subordination à l'égard de son employeur (cet employeur étant commerçant) n'est pas commerçant, car les actes ne sont pas posés en son nom et pour son compte).

Dès que ces conditions sont remplies, on est commerçant. Peu importe que l'on respecte d'autres obligations liées ou non au statut de commerçant (inscription à la banque carrefour par exemple). Inversement, ce n'est pas parce que je suis inscrit à la banque carrefour que je suis commerçant si je ne remplis pas les trois conditions.

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

La distinction entre commerçant et non-commerçant a d'importantes conséquences. A ce stade, on peut déjà distinguer trois conséquences : (1) la juridiction compétente : On agira devant le TPI ou le T. Commerce selon la qualité ; (2) au niveau de la preuve : elle est plus libre / allégée en matière commerciale qu'en matière civile ; (3) seuls les commerçants sont susceptibles d'être déclarés en faillite (mais même pour les personnes non commerçantes, la loi du 23 novembre 1998, s'inspirant de la faillite, a organisé des procédures de règlement collectif de dettes).

Titre II : L'acteur du droit commercial

On s'intéresse ici moins aux actes qu'au sujet. On va tirer les conséquences de la qualité de commerçant.

Chapitre 1. Acquisition et perte de la qualité de commerçant

Assez logiquement, on se pose la question de l'acquisition et de la perte de la qualité de commerçant.

L'acquisition est spontanée : on devient commerçant en posant des actes réputés commerciaux (avec les trois conditions *supra*). Si on arrête ces activités, en principe, on est plus commerçant (pour les personnes physiques). Mais, à des degrés divers, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, il y a une phase de liquidation dans le cadre de laquelle des actes commerciaux continuent à être posés.

Si par contre la fin des activités s'explique par le décès du commerçant (personne physique), on ne prévoit pas de transmission automatique, en droit, aux héritiers. L'héritier qui reprend le fonds de commerce deviendra commerçant, mais l'héritier n'est pas obligé de reprendre l'affaire. Il faut un acte volontaire de l'héritier pour qu'il devienne commerçant : la qualité de commerçant n'est donc pas héréditaire.

Inversement, le décès n'a pas un effet rétroactif qui disqualifierait les actes posés par le défunt avant son décès : cela reste des actes de commerce.

La date à laquelle on perd la qualité de commerçant est importante, surtout dans le domaine de la faillite : à partir du moment où l'on arrête ses activités, on a plus le risque d'être déclaré en faillite. Cela dit, pour éviter des fraudes, le droit de la faillite permet parfois de remonter dans le temps et de considérer que la qualité de commerçant a été maintenue malgré les apparences.

Chapitre 2. La capacité juridique requise pour être un commerçant

Nous ne passerons pas beaucoup de temps ici : soit on se rapproche du droit civil, soit parce que le Code de commerce contient encore des anachronismes.

On peut dire que depuis 1958, chaque époux peut devenir commerçant sans l'accord de l'autre ; on a toutefois maintenu un droit d'opposition, quel que soit le genre : chaque époux peut s'opposer à l'exercice, par l'autre époux, d'une activité commerciale qui pourrait nuire ou porter préjudice aux intérêts moraux ou matériels du couple, ou des enfants mineurs (art. 216 C. civ.).

En agissant devant le TPI, l'un des deux époux peut s'opposer à l'exercice par l'autre époux d'une activité risquée.

Pour ce qui est des incapacités (mineurs, incapables, minorité prolongée, prodigues...) on peut pratiquement renvoyer vers les cours de droit des personnes. Le mineur ne peut donc pas faire de commerce, ni par lui-même ni par l'intermédiaire de son représentant légal (même si émancipé). La seule exception est l'hypothèse d'un décès qui met le mineur en situation de poursuivre l'exploitation du fonds de commerce moyennant l'autorisation du juge de paix.

Il y a d'autres interdictions, non pas au sens d'incapacité, mais bien d'interdiction légale. On interdit alors à certains individus, en raison de leur qualité, d'exercer une activité commerciale : les avocats, notaires, membres de l'ordre judiciaire (magistrats donc) et les agents de l'état.

On peut aussi parler d'interdiction judiciaire : au moment où un juge prononce la faillite d'un commerçant, ou du dirigeant d'une société commerciale, il peut lui interdire d'exercer pendant un certain nombre de mois ou d'années, soit une activité commerciale, soit une activité de direction au sein (?).

Vient enfin le statut du commerçant étranger : encore aujourd'hui, l'exercice d'activités professionnelles indépendantes implique la délivrance d'une carte professionnelle (valable pour 5 ans) délivrée par le SPF classe moyenne. L'exception importante à cette règle est que les membres des états de l'espace économique européen (plus large que l'UE) ne doivent pas répondre à ces conditions.

Chapitre 3. Droits et obligations du commerçant

Il s'agit plutôt, en réalité, d'obligations. Le seul droit étant celui d'être juge consulaire.

Section 1. La publicité des conventions matrimoniales

A. La raison d'être

La première obligation est la publicité des conventions matrimoniales. La notion d'information, de publicité et de transparence sont assez importantes en droit commercial : que ce soit le droit commercial au sens strict, le droit de sociétés ou le droit de la concurrence. On impose au commerçant ces obligations.

A partir du moment où, au moment du mariage ou après le mariage, l'un des conjoints est commerçant, on considère que les futurs créanciers (tiers) ont le droit de savoir quel est le régime matrimonial adopté. Le périmètre du patrimoine dépend en effet du régime matrimonial. Cette information doit être mise à jour, en cas de changement de régime.

B. Sanctions

Au niveau des sanctions, en cas de non respect, on peut considérer que l'époux commerçant est banqueroutier simple ; on peut aussi dire que le contrat de mariage n'est pas opposable aux tiers !

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

L'inscription à la banque carrefour des entreprises. A l'époque, le commerçant avait un registre de commerce. Ainsi, depuis 1824 (ou 1924 ?) on avait créé un registre dans lequel devaient s'inscrire les commerçants. Ce registre a été modernisé avec la naissance de la banque carrefour des entreprises.

A. Finalités

Plusieurs objectifs sont poursuivis :

- objectif statistique : savoir combien il y a de commerçants

- objectif fiscal
- objectif de contrôle administratif, notamment à l'égard des étrangers pour contrôler la détention ou non de la carte professionnelle. Du reste, l'accès à certaines professions est subordonné à la connaissance de certaines choses.

Carrefour ? Peuvent venir s'approvisionner ou fournir des informations différents types d'intervenants. Le but de simplification administrative fait que le commerçant s'inscrit une fois pour toute, obtient un numéro d'entreprise, donne toute une série d'informations qui permettent d'avoir sa fiche signalétique... Il réalise ainsi ses obligations en une seule fois, sans devoir passer par différents guichets.

Le mot entreprise indique bien que ne sont pas concernés que les commerçants ! Elle concerne les sociétés commerciales, les personnes physiques, mais aussi les associations ou personnes morales qui ne sont pas commerçantes mais qui sont néanmoins des entreprises.

L'inscription préalable se fait par l'intermédiaire d'un guichet d'entreprise dans toutes les régions.

Le numéro d'entreprise obtenu lors de l'inscription doit figurer sur tous les documents officiels de l'entreprise.

Ce n'est pas cela qui attribue la qualité de commerçant ! Il ne suffit donc pas d'y être inscrit pour être commerçant, et l'on est commerçant même sans y être inscrit. Mais un commerçant qui ne s'y inscrit peut être sanctionné pénalement, mais aussi sur base de la loi d'avril 2010 : à partir du moment où un commerçant exerce une activité commerciale sur un marché à l'égard d'un consommateur sans être inscrit à la banque carrefour, c'est un motif suffisant pour introduire une action en cessation d'activités.

B. Données faisant l'objet de l'inscription

Quelles sont les données ? C'est une forme de fiche signalétique de l'entreprise / du commerçant : son nom, sa dénomination, son adresse (ou siège social pour l'entreprise), sa forme juridique, la date de naissance (et de cessation de l'activité), l'objet social (quel type d'activité économique), la production des éventuelles autorisations nécessaires, l'adresse éventuelle du site web.

Certaines de ces informations sont accessibles totalement. D'autres nécessitent, pour être consultées, l'autorisation de la commission de la vie privée.

Section 3. Les obligations de compétences professionnelles

Ce sont les obligations de compétence professionnelle. La seule chose à relever est une loi de 1998 (10 février 1998) sur la promotion de l'entreprise indépendante, qui impose aux dirigeants des PME de démontrer, faire la preuve d'une certaine capacité entrepreneuriale.

C'est intéressant parce qu'on y définit ce qu'est une petite et moyenne entreprise, et on pourra rattacher cette définition à une petite société en droit des sociétés. L'art. 2 énonce trois critères

cumulatifs permettant de définir les PME :

- le nombre de travailleurs (50, mais cela pourrait évoluer)
- critères financiers : chiffre d'affaire, total du bilan...
- les associés de l'entreprise lorsqu'il s'agit d'une société commerciale. On considère que la filiale d'un grand groupe international ou d'une grande société belge n'est pas une PME, quelle que soit sa taille.

Section 4. La tenue de comptabilité

La tenue d'une comptabilité. La comptabilité est un des modes de preuve privilégié du droit commercial. Depuis la loi de 1975, et sous réserve d'exceptions (là aussi en fonction de la taille de l'entreprise), il y a une obligation de la part des commerçants de tenir une comptabilité.

A. Ratio legis

Trois raisons d'être :

- Dans l'intérêt du commerçant lui-même : les transactions sont rapides, se nouent et se dénouent dans un court laps de temps. Il faut donc qu'il puisse faire le point de la situation financière ! Il fait le bilan des opérations réalisées.
- Dans l'intérêt des personnes, commerçants ou non, qui concluent ces opérations avec le commerçant.
- La comptabilité (et sa publicité) permet de protéger les créanciers, singulièrement les créanciers sociaux (travailleurs).

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

Chaque commerçant doit avoir un compte en banque ! Le numéro du compte doit aussi figurer sur les factures. La sanction est qu'aussi longtemps que le numéro de compte n'est pas inscrit sur la facture, les intérêts moratoires ne courent pas. Derrière cette obligation se trouve une raison d'être qui relève de la transparence et de l'information, ainsi que la lutte contre le blanchiment.

Section 6. Le « droit » à la nomination en qualité de juge consulaire

A partir du moment où l'on est commerçant, on a la possibilité de devenir juge consulaire. C'est l'occasion de rappeler que les tribunaux de commerce sont composés de manière mixte, avec un

président magistrat professionnel et deux assesseurs, qui consacrent une partie de leur temps à l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Conditions ? Avoir au moins 30 ans et au moins 5 ans d'exercice honorable d'une fonction commerciale ou dirigeante au sein d'une société commerciale.

Chapitre 4. Quelques règles particulières dictées par la qualité de commerçant

Quelles sont les règles particulières dictées par la qualité de commerçant ? La grande problématique est celle de la preuve !

Sauf exceptions, le droit commercial repose sur le droit commun des contrats. Chaque fois que le droit commercial ne déroge pas au droit civil, on peut donc continuer à appliquer les dispositions du code civil.

L'art. 1107 du Code civil fait déjà allusion à cette dérogation puisqu'il admet que des règles particulières s'appliquent aux transactions commerciales.

On peut parler d'exception, mais aussi de complémentarité : il n'y a pas de paroi étanche, et il n'y a plus une hiérarchie qui mettrait à la première place le droit civil.

Section 1. La preuve en droit commercial

Le siège de la matière est l'art. 25 du Code de commerce.

Inutile de dire que la preuve est une problématique importante du droit : peu important les droits qu'on prétend exercer, sans la preuve de leur existence, exit !

Il y a une souplesse et une spécificité en droit commercial. La souplesse se traduit par l'éventail, plus large, des modes de preuve. Mais il y a aussi des modes de preuve spécifiques au droit commercial, qui n'ont pas de reconnaissance en droit civil : la facture et la comptabilité.

§1. L'article 25, alinéa 1er du Code de commerce et le principe dit de la preuve « libre »

L'alinéa premier de l'art. 25 concerne la liberté et la souplesse ; l'alinéa 2 parle du mode spécifique de la facture ; les art. 20 à 24 concernent la comptabilité. La législateur spécifique explique comment tenir une comptabilité.

A. Rappel des principes gouvernant la preuve en matière civile

L'on a en mémoire l'art. 1341 C. civ., qui consacre la prééminence de l'écrit, sur le principe et sur le

contenu et sa forme. Au-delà de 375 €, il faut un écrit. Si on veut prouver contre un écrit, il faut avoir un écrit.

La preuve par toute voie de droit est exceptionnelle en droit civil : soit il faut un commencement de preuve par écrit ; soit il faut une impossibilité de produire un écrit. En dehors de ces circonstances, l'écrit est indispensable.

Il faut du reste que l'écrit soit signé et daté etc.

B. La preuve en matière commerciale, une dérogation aux règles du code civil

En matière commerciale, on déroge à 1341. Ce dernier annonce d'ailleurs lui-même l'exception, confirmée par l'art. 25 al. 1. L'écrit, en droit commercial, ne jouit pas d'un statut privilégié : possibilité donc de prouver par témoignage, par présomption de l'homme...

1. Principe et ratio legis

Quelle est la raison d'être de cette souplesse ? Il y a une forme de lucidité : ce qui distingue les échanges commerciaux, c'est la rapidité. Le rythme des affaires rend inadaptée l'exigence d'un écrit. Deuxièmement, on considère que les commerçants sont assez expérimentés, prudents, que pour exiger un écrit en cas de méfiance. On laisse donc le soin au commerçant d'apprécier lui-même la nécessité d'un écrit. Troisièmement, la comptabilité rassure d'une certaine manière : certes il n'y a pas d'obligation de prévoir un écrit, mais on sait que de toute façon, tôt ou tard, on va faire le bilan, photographier l'ensemble des opérations !

2. Champ d'application de la liberté de la preuve

Quel est le champ d'application du principe de la liberté de preuve ? On utilise les termes engagements commerciaux : un engagement commercial est un acte de commerce, et donc la juridiction saisie n'est pas nécessairement déterminante.

On prouve, de cette manière, non seulement la naissance mais aussi l'exécution ou l'extinction de l'obligation.

3. Limites au principe de la liberté de la preuve

Deux (voire trois) limites toutefois à cette liberté, énoncée dans l'art. 25, al. 1. On peut traduire autrement le principe de la liberté de preuve : il veut surtout dire qu'il n'y a plus de hiérarchie légale. La loi met sur pied d'égalité tous les modes de preuve, contrairement au droit civil. Mais on ne tombe pas dans l'excès contraire : on n'impose pas au juge une autre hiérarchie ! Le code de commerce fait donc confiance en la clairvoyance du juge pour apprécier souverainement quels sont les modes de preuve recevables et, en cas de conflit, d'établir sa propre hiérarchie.

On autorise donc le juge à accueillir la preuve par toute voie de droit, mais il peut aussi écarter certaines preuves !

Deuxième limite : le juge peut aussi se fier aux usages et constater que dans telle ou telle profession, ou pour tel ou tel montant, il est d'usage de se ménager une preuve écrite. Il n'est pas lié

par les 375 € du code civil, mais dans certaines circonstances, on peut imaginer qu'il trouve étrange de ne pas avoir d'écrit.

Il y a du reste des secteurs d'activité dans lesquels l'écrit s'impose !

Dernière limite enfin : le droit impose parfois un écrit ! Le droit commercial n'exclut donc pas une forme de rituel, ou un formalisme... Ainsi en va-t-il de la lettre de change ! Pareillement, quand on veut constituer une société commerciale, il y a un écrit authentique ou sous seing-privé. Quand on met en gage un fonds de commerce (gage sans dépossession), cela implique la rédaction d'un écrit. Dans la plupart des cas, le formalisme dont on parle est plus que purement probatoire : il est aussi formalisme de validité !

§2. Les modes (spéciaux) de preuve du droit commercial

A. Article 25, alinéa 2 – La preuve par facture

1. Principe

L'art. 25 al. 2 traite lui de la facture, qui est un mode spécial de preuve en droit commercial (comme la comptabilité). Ce mode de preuve s'impose au juge, qui doit le prendre en considération pour peu que certaines conditions soient remplies. On peut considérer qu'en tout cas, l'existence d'une facture instaure une présomption légale de créance qui s'impose au juge. Cette facture a une force probante équivalente à un acte sous seing privé, alors même qu'elle ne remplit pas nécessairement les conditions de l'acte sous seing privé.

2. Champ d'application

a. Ratione personae

L'hypothèse est bien celle où on est entre commerçants et où la facture sera un mode de preuve contre son destinataire. L'auteur de la facture va s'en prévaloir contre le destinataire de la facture. On est donc dans l'hypothèse où le destinataire de la facture est un commerçant. Si le destinataire de la facture est un consommateur, on sort du champ d'application de l'art. 25 al. 2.

Encore faut-il que la facture ait été acceptée expressément ou tacitement. L'art. 25 al. 2 ne s'applique pas lorsque c'est le destinataire de la facture qui pour une raison ou une autre s'en prévaudrait contre l'auteur de la facture. Mais dans ce cas-là, on peut retomber sur l'alinéa 1, et considérer que même lorsqu'elle est invoquée par le destinataire, la facture fait partie des modes de preuve libres.

b. Ratione materiae

Ratione materiae, la jurisprudence est divisée sur la question de savoir si on peut se prévaloir de ce mode privilégié lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise. L'incertitude vient de ce qu'on se demande si c'est dans ce cas-là aussi une présomption légale qui s'impose au juge ou si ce n'est qu'une

présomption de fait qui maintient le pouvoir d'appréciation du juge.

3. Conditions d'admissibilité

Les conditions d'admissibilité sont les suivantes :

- il faut d'abord une facture : c'est un écrit que le commerçant va établir unilatéralement, comprenant la quantité de marchandise ou le type de service presté, le prix et l'identité. Doivent aussi y figurer le numéro de l'entreprise, le numéro de compte bancaire etc.
- il faut qu'elle soit acceptée ! S'agissant d'un mode de preuve unilatéral que le commerçant s'offre, il faut qu'on puisse avoir de l'autre côté une acceptation. Cette acceptation peut être expresse, mais elle peut aussi être tacite, implicite.

L'acceptation implicite peut se déduire d'un silence circonstancié : pendant un délai raisonnable, court puisque de droit commercial, le destinataire de la facture ne réagit pas. En vertu du principe de rapidité, mais aussi d'un usage qui consiste à faire en sorte que l'autre partie ne reste pas trop longtemps dans l'incertitude.

L'acceptation tacite se trouve aussi lorsqu'il y a déjà entre les parties concernées une relation courante d'affaires, une récurrence d'opérations. On se base donc sur le passé de cette relation pour considérer une acceptation tacite.

4. Portée du principe posé par l'article 25, alinéa 2

Quelle est la portée du principe ?

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

La première proposition est que la facture acceptée établit, présume légalement l'existence et le contenu du contrat. En soit, ce document prouve son contenu. La question devient : on a pas de doute sur la quantité, le prix et l'identité, mais *quid* des conditions générales souvent au verso de la facture ? Sans communication préalable des conditions générales, ces dernières sont-elles opposables ? Là encore, la juridiction commerciale et sa composition mixte sont intéressantes : la jurisprudence n'est pas constante et uniforme. On trouve de la jurisprudence dans les deux sens : l'une considère que la facture établit l'existence et le contenu du contrat, en ce compris les conditions générales ; une autre jurisprudence indique que non, sauf si les conditions générales sont banales ou proches du droit commun. (Attention, on est bien ici entre commerçants !)

Dernier point : la présomption est-elle irréfragable ou est-elle susceptible d'être renversée (le prof n'aime pas réfragable, car pas français : le tape pas à l'examen hein gamin!). C'est une présomption qui suscite un renversement de la charge de la preuve : ce n'est plus au créancier, mais bien au destinataire de la facture qui doit prouver notamment qu'il n'a pas accepté la facture.

b. Seconde proposition : la facture acceptée jouit en soi d'une fonction probante

La seconde proposition sur la portée de l'al. 2 rappelle que s'agissant d'une présomption légale et non de fait, l'al. 2 s'impose au juge !

5. Questions particulières

Deux questions particulières sont liées à cette problématique.

a. La preuve du contrat et de ses modifications ultérieures

La première question est de savoir ce qu'il se passe lorsqu'il y a un contrat cadre entre deux commerçants pour la fourniture d'huile de moteur, et puis, dans ce cadre contractuel, il y a des livraisons successives, avec chaque fois une facture au verso desquelles se trouvent des conditions générales. Que se passe-t-il si, dans ce contexte et sans concertation préalable, le vendeur d'huile change la qualité de l'huile sans prévenir l'acheteur, qui, pendant 3 ans, continue à accepter les factures, en payer une grande partie, alors que ce changement de qualité était apparent dans la facture. La Cour de cassation rejoint le raisonnement du vendeur : on considère que même dans ce cas là (entre commerçants !), le changement de qualité a pénétré dans le champ contractuel, et donc ce changement de qualité a été accepté tacitement par l'acheteur, et la présomption s'attache également à l'accord de l'acheteur à propos de ce changement de qualité. Le silence du destinataire de la facture a été jugé, dans les faits, comme couvrant la modification d'une des dispositions contractuelles, en l'espèce celle concernant la qualité de l'huile livrée. Cela donne lieu à ce qu'on appelle des clauses *Law oral modification clause* (?) : on exclut la modification orale des clauses contractuelles, et on subordonne le changement des clauses contractuelles à un écrit.

b. La facture tardive

La seconde question est relative aux factures tardives. De la même manière que celui qui reçoit la facture ne doit pas laisser trop longtemps dans l'incertitude celui qui l'envoie, l'auteur de la facture ne doit pas attendre trop longtemps avant d'envoyer la facture par rapport à la conclusion du contrat ou à l'exécution du contrat. On exclut donc pas qu'une facture tardive suscite la présomption légale, mais se pose la question de la prescription (voir *infra*), et, si le créancier reste inactif pendant un trop long laps de temps, les intérêts moratoires seront postposés.

B. La preuve par « les livres de commerce », la comptabilité ; articles 20 à 24 du Code de commerce

1. Principes et notions

Deuxième mode de preuve particulier : c'est la comptabilité.

Ce mode de preuve est prévu à l'art. 1330 C. civ., et art. 20 et s. C. comm.

L'art. 1330 considère la comptabilité comme un aveu : c'est l'hypothèse où la comptabilité vaut

mode de preuve contre celui qui établit sa comptabilité. 1330 confirme simplement que l'aveu est un mode de preuve recevable, et que si un commerçant, dans sa comptabilité, inscrit une dette à l'égard d'un autre commerçant, cela vaut aveu.

Par contre, l'art. 20 C. comm., va plus loin : c'est l'hypothèse où le commerçant se sert de sa propre comptabilité à l'égard d'un autre commerçant. Évidemment, c'est soumis à l'appréciation du juge, qui devra admettre ce mode de preuve. Le juge conserve donc un pouvoir critique plus grand que s'agissant de la facture.

Cela implique, mais ça va de soi, que la comptabilité dont il est question doit être régulière, conformément à la loi de 75 et aux arrêtés royaux pris au-delà.

Il ne faut pas oublier qu'une comptabilité irrégulière pourrait valoir preuve sous le couvert de 25 al. 1.

2. Modalités de production de la comptabilité en justice – la communication et la représentation

Il y a deux manières de produire les livres de compte, toujours sous l'appréciation du juge : la représentation et la communication.

La représentation : le juge ordonne la production de certaines parties de la comptabilité. Ne sont alors révélées que les parties pertinentes de la comptabilité.

La communication vise la transmission intégrale de la comptabilité. On limite ce mode de révélation à certains cas particuliers, notamment en cas de faillite lors de la liquidation ; en matière de succession.

Voilà pour la preuve.

Section 2. La solidarité entre commerçants

§1. Principe

A. Une solidarité de droit

Cette solidarité est de droit : s'il y a plusieurs débiteurs, ils sont solidaires. On ne divise pas, comme le prévoit l'art. 1202. Ici, la solidarité implique que tous les co-débiteurs sont solidaires, ce qui permet au créancier d'exercer son droit d'élection. Cela n'empêche pas celui qui a payé de se retourner contre les autres pour leur demander une contribution.

Ce principe est un principe qui n'est pas d'ordre public, même pas impératif : les parties peuvent donc y déroger.

Autre règle : à partir du moment où la solidarité est une exception au principe du droit des contrats, on va l'interpréter restrictivement.

B. Une règle d'origine coutumière

C'est une règle d'origine coutumière, avec une consécration jurisprudentielle importante : arrêt de Cassation du 3 avril 1952.

C. *Ratio legis* de la règle

La raison d'être est le crédit ! On considère que c'est dans l'intérêt commun du créancier et des débiteurs qu'existe cette solidarité. Le créancier a en effet plusieurs débiteurs à sa disposition, et peut choisir d'agir contre le plus solvable. Dans le chef des débiteurs, il y a aussi l'idée que grâce à la solidarité, il y aura une propension à faire crédit (puisque l'on a plusieurs codébiteurs, on sera plus cool avec eux) ! La lettre de change est aussi un mécanisme qui renforce le crédit.

§2. *La champ d'application du principe*

A. Des débiteurs commerçants

C'est une solidarité passive : les codébiteurs commerçants sont concernés.

B. Une même obligation contractuelle

On parle d'une même obligation contractuelle : sont qui sont tenus par une même obligation contractuelle sont codébiteurs. Cela ne nécessite pas un contrat commun. On peut imaginer l'existence d'une simple cause juridique commune, unique.

L'exemple le plus simple est la caution : on a une obligation principale, et une caution, qui est l'accessoire. Là encore, il y a une solidarité, alors qu'il existe deux contrats différents.

Ce principe général est issu de la pratique pour répondre au besoin de renforcer le crédit. Mais la loi est venue confirmer et développer ce principe.

Section 3. Les (autres) principaux usages commerciaux

Il y a quelques autres principes, autres usages commerciaux, qui ont une portée importante en droit commercial. On peut en donner quelques exemples.

A. Une mise en demeure simplifiée

D'abord, la simplification dont bénéficie la mise en demeure. Contrairement au droit civil, on accepte (art. 1139) différents modes de mise en demeure du débiteur par le créancier. Un arrêt de cassation du 20 nov. 2008, qui s'inscrit dans un contexte de développement des technologies de l'information, indique qu'une mise en demeure ne nécessite pas d'office un écrit.

B. Le devoir de protester rapidement

Vient ensuite le devoir de protester rapidement (pour ne pas laisser trop longtemps le créancier dans l'incertitude).

C. Le remplacement unilatéral

Troisième usage : le remplacement unilatéral. Il est plus commode, en droit commercial, de remplacer un débiteur par un autre, s'agissant d'une prestation de service, même si, de ce point de vue là, il y a une tendance (en droit civil) de se rapprocher du droit commercial.

D. Les usages reçus en matière commerciale

Il y a une liste d'usages en matière de vente commerciale dans le manuel. Certains sont intéressants : le transfert de propriété et le transfert des risques se fait en même temps ; la délivrance de la marchandise est soumise à un délai raisonnable, alors qu'en droit civil le principe est celui de l'exigibilité immédiate ; les frais de livraison de la chose sont à charge de l'acheteur ; le fait qu'il faille protester rapidement en matière de vente commerciale lorsqu'il y a un vice affectant la chose vendue ; enfin, le principe de la réfaction du contrat (si les choses livrées ne sont pas conformes au niveau de la qualité, de la quantité et que l'écart entre ce qui était prévu et ce qui est exécuté n'est pas trop important, au lieu de remettre en cause le contrat, on va obliger le créancier à accepter une réfaction du contrat, c'est-à-dire une diminution de prix).

E. Usages et contrat de mandat

Deux autres usages existent, en dehors de la vente. Le mandat, en droit commercial, est présumé être à titre onéreux, alors qu'il est présumé gratuit en droit civil.

F. L'anatocisme

Enfin, l'anatocisme (forme de capitalisation d'intérêts : on calcul les intérêts sur les intérêts) : l'art. 1154 exclut *a priori* l'anatocisme sauf si des conditions particulières sont prévues (on ne peut par exemple pratiquer cette opération que sur une année entière). En droit commercial, à partir du moment où les parties sont dans le cadre d'un compte courant (on va massifier les dettes et créances et établir un compte courant), on accepte l'anatocisme chaque fois que le banquier va envoyer à son client un relevé de compte. Périodiquement, on va donc arrêter le compte courant, en faire le bilan, à partir de quoi on pourra calculer les intérêts sur les intérêts. On ne doit donc pas attendre un an, comme en droit civil.

Section 4. Les règles particulière régissant la prescription libératoire dans les transactions conclus par un commerçant

§1. Principe et ratio legis

La prescription est aussi un aspect important, dans le sens de la rapidité, de la simplicité.

On connaît le principe du code civil : délai de principe = 10 ans (art. 2262*bis*), puis viennent les art.

2271 à 2275 concernant des créances professionnelles soumises à des délais de prescription plus court (de 6 mois à 2 ans).

L'art. 2272 al. 2 C. civ., vise lui l'action des marchands à l'égard des non marchands. Nous ne sommes donc plus ici entre commerçants. Le délai prévu ici est d'un an. C'est ce qu'on appelle une prescription présomptive de paiement : s'il n'y a pas de réaction de la part du commerçant après un an, on va présumer que la dette a été payée. C'est une prescription qui présume du paiement.

§2. Champ d'application

Quel est le champ d'application ?

A. Ratione personae

Ratione personae : qu'est-ce qu'un marchand, qu'est-ce qu'un non marchand ?

Un marchand est un vendeur professionnel. Ce concept était important dans la loi sur les pratiques du commerce. Aujourd'hui, dans la LPPC, on utilise le terme entreprise. L'important est que ce n'est pas seulement le commerçant qui est visé, mais bien le marchand ! *Ex : entreprises publiques qui se livrent à des activités commerciales de vente sont des marchands (arrêt du 20 juin 2007 C. Const.)*. Par contre, la jurisprudence considère que les ASBL ne sont pas des marchands, même si elles se livrent à des activités commerciales.

Le non-marchand par excellence est le consommateur. Le consommateur étant la personne physique qui acquiert des biens à des fins privées. Un commerçant peut donc, le cas échéant, être un non marchand.

B. Ratione materiae

Le champ d'application *ratione materiae* : on parle de marchandises. Il y a en tout cas transfert de propriété d'une chose moyennant le paiement d'un prix.

On parle de marchandises. Qu'est-ce qu'une marchandise ? La jurisprudence considère que l'énergie est une marchandise : gaz, électricité...

Il y a des atténuations au principe d'une présomption courte, qui est une présomption présomptive de paiement.

§3. Atténuations du principe

A. La reconnaissance

La première exception est que si le créancier brandit une reconnaissance de la part du débiteur (le débiteur reconnaît ne pas avoir payé), on retombe dans l'hypothèse de la prescription décennale. La question alors ce qu'est une reconnaissance écrite ? Ce n'est en tout cas pas une facture.

Par contre, si, sur la facture, le débiteur signe pour accord, ou incorpore le contenu de la facture dans ses propres documents (ses comptes), on considérera qu'il y a là une reconnaissance écrite qui renverse la présomption de paiement. La Cour de cassation a eu l'occasion de dire que l'accusé de

réception qui suit la livraison de la marchandise ne constitue pas une reconnaissance écrite de la part du débiteur.

B. L'aveu et le serment

Deux autres atténuations : on exclut pas que le serment ou l'aveu soient utilisables, auquel cas la prescription tombe.

Petite remarque : la loi du 1 mai 1913 sur le crédit des petits commerçants et des artisans n'a pas modifié l'art. 2272, mais doit être prise en compte. Elle vise la même hypothèse (délai de prescription d'un an), mais a eu pour effet d'étendre 2272 aux artisans ; cette loi fait courir le délai d'un an à l'expiration de l'année civile dans le cours de laquelle les marchandises ont été vendues ou les travaux fournis. Cette loi prévaut sur 2272.

Titre 3. Le patrimoine du commerçant

Chapitre 1. Le fonds de commerce, sa cession et sa mise en gage

Section 1. Le fonds de commerce

§1. Définition

Le fonds de commerce a été développée sans qu'elle soit clairement définie dans une loi, d'abord pour permettre au commerçant de protéger leur clientèle. Le mot clé est le mot clientèle. On peut donc déjà dire que le fonds de commerce est tout ce qui permet au commerçant de capter et maintenir sa clientèle.

Cette notion avait aussi un sens pour protéger les créanciers du commerçant ! Les créanciers se trouvent parfois en présence de ce qui, en apparence, constitue un mélange hétéroclite de biens divers. Puisque le droit commercial veille à promouvoir le crédit, on s'est dit qu'il était utile de pouvoir mettre en gage le fonds de commerce, ce qui nécessite sa définition (pour définir l'assiette du gage).

La singularité de ce gage est qu'il a lieu sans que le débiteur soit dépossédé de son bien.

La définition ne se trouve nul part d'un point de vue conceptuel. On peut circonscrire le périmètre, mais pas en donner une définition. C'est une notion fuyante.

§2. Les éléments tenant à la nature du fonds de commerce

A. Une universalité de fait

Ce qu'on peut dire d'emblée, c'est que c'est une universalité de fait, et non une universalité de droit. L'universalité de fait insiste sur la circonstance que, malgré les apparences, il y a moyen de trouver une cohérence, un fil rouge qui réunit tous ces biens, tous ces éléments d'actif.

Cette cohérence est la captation, l'exploitation, le maintien d'une clientèle. Tout ce qui sert cet objectif fait partie du fonds de commerce. C'est l'outil de production et de travail du commerçant.

Cela permet de dire qu'il existe une universalité, composée par un ensemble factuel. On veut dire par là que, dans le patrimoine du commerçant, il n'y a pas deux patrimoines : celui qui constitue son fonds de commerce et celui qui lui permet de vivre en famille. Si le fonds de commerce était une universalité de droit, on pourrait dire que le commerçant limite les risques à cet universalité de droit. C'est le cas pour les personnes morales (sociétés commerciales). Le patrimoine d'une

personne morale est donc une universalité de droit, ce qui est important pour les créanciers : leur pouvoir sur les biens dont on parle ne sera pas nécessairement les mêmes.

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

Le fonds de commerce n'a donc pas une personnalité juridique, c'est bien le commerçant qui reste titulaire de cette personnalité. La finalité du fonds de commerce est la clientèle, ce qui veut dire que la clientèle est attachée au fonds, et pas à la personnalité du commerçant. A l'inverse, dans le domaine civil (profession libérale) on considère que la clientèle d'un médecin ou avocat est plus attachée à la personne de celui qui exerce l'activité.

Conséquence ? Il est plus simple de céder un fonds de commerce et sa clientèle que de céder la clientèle d'un avocat ou d'un médecin.

Cette plus-value est ce qu'on appelle le « Good-will (ou win?) ». Ce que les biens produisent dépasse la somme de leur valeur individuelle !

On peut aussi dire que le fonds de commerce est un bien incorporel ; meuble ; non-consommable (il ne se réduit pas au fur et à mesure où on l'utilise).

Qu'y a-t-il dans le fonds de commerce ? On peut y trouver tout ce que le commerçant y aura mis, à partir du moment où tous les biens dont on parle constituent une unité économique susceptible d'attirer et maintenir la clientèle.

Du point de vue du gage, où il faut protéger le créancier gagiste, la loi du 25 oct. 1919 contient une énumération supplétive et non limitative (donc en somme, exemplative). On trouve la clientèle elle-même, l'enseigne commerciale, le nom commercial, les droits de propriété intellectuelle, le know-how, les droits de créance, les biens meubles, les marchandises et matières premières, étant entendu que pour le gage on prend en considération que 50 de la valeur.

Section 2. La cession du fonds de commerce

La cession du fonds de commerce relève en grande partie du droit commun de la vente. Il y a une autonomie contractuelle : les parties peuvent rédiger un contrat de cession de fonds de commerce plus ou moins sophistiqué.

§1. Conditions de validité de la cession

On peut dire que cela relève du droit des contrats et de l'autonomie de la volonté, mais certains problèmes se sont posés : la déterminabilité du prix notamment (art. 1591 et 1129 C. civ.).

A. Le prix de cession

Le prix de cession n'était pas déterminé une fois pour toute, mais était de l'accord des parties fonction du chiffre d'affaires des années qui allaient suivre la cession. Certains considéraient qu'il y

avait là une condition purement potestative : le chiffre d'affaire futur dépend de ce que va en faire le cessionnaire (l'acheteur). Mais dans la mesure où le chiffre d'affaires dépend aussi d'autres choses, le prix n'est pas abandonné à la discrétion du cessionnaire.

B. L'objet de la cession

Seconde incertitude : l'objet de la cession (art. 1108). Tout va bien lorsqu'on indique clairement qu'on cède un fonds de commerce, et que les mots apparaissent dans le contrat. Lorsqu'on est en présence d'une énumération des composantes sans dire qu'il s'agit d'un fonds de commerce, est-on bien en présence d'un fonds de commerce, et l'objet cédé est-il déterminable *ab initio* (ce qui est une condition de la vente : un objet certain). Là revient le critère de la clientèle. Au terme d'une analyse au cas par cas, on considère qu'à partir du moment où on retrouve dans la cession tous les objets et composantes qui contribuent au maintien et au développement de la clientèle, il s'agit bien d'une cession de fonds de commerce, et l'objet est suffisamment déterminé ou déterminable pour que la vente soit valide.

§2. Conditions d'opposabilité de la cession

L'opposabilité de la cession : il faut être attentif au respect parallèle de certaines formalités (*ex: si on a des immeubles dans le fonds, il faut respecter la loi hypothécaire ; s'il y a des créances, il faut respecter 1690 ; s'il y a des contrats synallagmatiques, il faut respecter les règles de cession de dettes etc.*). Du point de vue fiscal, la cession du fonds de commerce implique un enregistrement de l'opération dans le mois qui suit sa conclusion, au sens de perception fiscale des droits d'enregistrement.

En plus de cet enregistrement auprès de l'administration de l'enregistrement, on trouve une condition d'opposabilité au fisc qui implique une notification au receveur ou au domicile du siège social du fonds cédant.

§3. Les obligations des parties

Quelles sont les obligations des parties ?

Le cessionnaire doit payer le prix et prendre possession du prix.

A. Obligations du cédant

Le cédant a lui deux obligations qui méritent qu'on s'y arrête : la garantie des vices cachés et la garantie d'éviction.

1. La garantie des vices cachés

Il y a l'obligation de délivrer une chose conforme à la chose vendue. Puis, il y a la garantie des vices cachés, qui affecterait le fonds au sens où le fonds de commerce tel que transféré ne permet plus le maintien ou le développement de la clientèle (ceci étant l'objectif même du fonds de commerce). La sanction est soit la remise en cause du contrat (action réhibitoire) soit une action estimatoire (réduction du prix + éventuels D/I en cas de mauvaise foi du cédant).

Important encore à relever : on applique pas, en l'occurrence, la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel.

2. La garantie d'éviction

Enfin, toujours à propos de la garantie d'éviction (art. 1626 à 1640 C. civ.), celui qui vend le fonds de commerce doit prémunir le cessionnaire des troubles venant des tiers, et des troubles émanant de sa propre personne ! Cela signifie que, dans ce domaine, on présume l'existence d'une obligation de non concurrence. On considère que la clause de non-concurrence est implicite dans ce type de contrat de cession. Cette clause s'appelle « clause de non rétablissement ». Le cédant garanti au cessionnaire qu'il ne va pas lui faire concurrence, qu'il ne va pas établir un commerce similaire dans la même zone géographique, dans un laps de temps plus ou moins court.

Soit la clause est explicite, soit elle n'y est pas, mais on considère, en se fondant sur la garantie d'éviction, que la clause est implicite.

Cette clause doit être limitée dans le temps, rarement plus d'un an. Cette clause doit être limitée d'un point de vue territorial (quartier, ville, rarement une région). Il y a aussi une limite matérielle : interdiction de rouvrir un magasin similaire, dont l'objet est fort proche de celui du fonds de commerce cédé. S'il s'agit d'une personne physique qui vend son fonds de commerce, puis qui rouvre son activité, toujours comme personne physique : on aura peu de mal à constater le non respect de l'obligation de la garantie d'éviction ; par contre, si après avoir vendu son fonds en qualité de personne physique le commerçant en question crée une société commerciale avec personnalité juridique et ouvre un magasin ayant le même objet, dans la même zone, dans un laps de temps assez court, la question se posera de savoir s'il a oui ou non respecté son obligation. En effet, il devient l'associé de cette personne morale : il n'en est pas toujours le dirigeant, ni toujours l'employé...

Si le cédant se satisfait d'un investissement (associé à la personne morale), on considérera qu'il n'y a aucune faute. Mais si, en plus d'y investir, il dirige la société et s'il a des contacts avec la clientèle, on considérera qu'il y a là une tentative de concurrencer le cessionnaire en captant la clientèle cédée antérieurement. Le critère est donc le lien « physique » avec la clientèle.

Section 3. La mise en gage du fonds de commerce

Le fonds de commerce est une universalité de fait, dont la cohérence est la captation, le maintien et le développement d'une clientèle. Pourquoi universalité de fait ? Parce que le commerçant a un seul patrimoine ! On parlera d'universalité de droit uniquement si l'agent économique a constitué une universalité de droit avec personnalité juridique ! C'est du reste un meuble incorporel.

A. Un gage sans dépossession

La mise en gage du fonds du commerce se fait par un gage sans dépossession. La chose est mise en gage alors que le débiteur exploitant du fonds de commerce reste en possession du bien ! C'est une hypothèse de gage contre nature. La loi du 25 oct. 1919 permet de mettre en gage le fonds de commerce, et donne un point d'équilibre entre l'accès au crédit, la protection du débiteur et la possibilité pour le commerçant d'exploiter lui-même le fonds.

La grande caractéristique est donc l'absence de dépossession.

B. Le créancier gagiste

Le créancier gagiste n'est pas n'importe qui : nécessairement une banque, un établissement de crédit ! On pense qu'il n'y aura pas de collusion entre la banque et son débiteur. Par contre, on a craint qu'on puisse fictivement constituer un gage sur fonds de commerce entre créancier et débiteur commerçant « ordinaire ». On a craint que le créancier se prétende fictivement créancier gagiste pour faire échapper le fonds de commerce à l'emprise d'autres créanciers.

C. L'obligation de continuer à exploiter le fonds

Le commerçant doit continuer à exploiter son fonds, et en devient le gardien, le dépositaire. Il a alors une obligation renforcée : s'il distrait certains biens du gage, il se rend coupable d'abus de confiance au sens de l'art. 491 C. pén., avec le risque d'une déchéance du terme. Le créancier a un droit de suite, de revendication sur les biens qui seraient distraits, donc écartés du gage. Il peut donc aller rattraper ou saisir les biens qui sortiraient du gage. Mais l'art. 2279 peut faire échec à la revendication : le possesseur de BF sera préféré au créancier gagiste (d'où la sanction pénale de l'abus de confiance).

Les dettes garanties sont stipulées dans la convention qui constitue le gage.

D. L'assiette du gage

L'art. 2 de la loi traite du contenu du gage, et vise son assiette. On n'y retrouve pas les immeubles, mais les immeubles par destination feront partie du gage ! Pour ce qui est du stock, on considère forfaitairement que 50 % du stock fait partie de l'assiette du gage. Les marchandises sont en effet destinées à être vendues. Cela reste toutefois une disposition supplétive (on peut par exemple moduler les 50 %).

E. Formalité d'opposabilité du gage

A partir du moment où le débiteur reste en possession du bien mis en gage, il faut que les créanciers sachent que le bien a été mis en gage. Il faut donc une formalité de publicité particulière. Avant cela, on peut dire que ce type de gage se constitue par acte authentique (avec notaire donc), ou par acte sous seing privé (le créancier reçoit alors le document original).

On va remplacer une publicité de fait par une publicité de droit. La publicité de droit est l'inscription du gage dans le registre de la conservation des hypothèques

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

Enfin, de manière générale, on peut dire qu'on facilite les procédures de saisie conservatoire et de saisie exécution. On déroge au droit commun lorsqu'il s'agit de vendre certaines composantes du gage, ou le gage lui-même.

Pour rester au niveau des principes, ce que le législateur a prévu, c'est de maintenir un contrôle juridictionnel sur la régularité de la procédure, et de permettre un temps de réaction au débiteur gagiste. Il pourra réagir soit en contestant le fait qu'il est débiteur ou qu'il n'a pas payé, soit en tentant de négocier. On a donc accéléré la procédure permettant à une banque de vendre le fonds ou une partie du fonds pour récupérer une partie de la dette.

Chapitre 2. Le bail commercial

Section 1. Le cadre général de la protection du bail commercial

C'est une matière très procédurale, où les délais sont importants. Tous sont prévus dans la loi de 51. On peut voir une certaine cohérence dans la manière dont sont prévus ces délais.

Le cadre général est de dire que le bail commercial fait l'objet d'une loi du 30 avril 1950, logée dans le code civil. L'enjeu a été de protéger le fonds de commerce dans le temps, tout en protégeant, en tenant compte, des droits légitime du bailleur en temps que propriétaire d'une bien immobilier.

On va raisonner pour le bail commercial comme pour le bail à ferme et comme pour le bail portant sur la résidence principale. Chaque fois, on essaye de trouver un point d'équilibre entre des intérêts dignes de protection sans être pour autant convergents.

On a aussi voulu protéger la « propriété » commerciale (qui porte sur le fonds de commerce) par rapport à la propriété immobilière. Dans l'esprit du législateur, on protège le « petit commerçant ». L'idée est que le fonds de commerce ne capte, ne maintient et ne développe une clientèle que s'il reste au même point géographique durant un temps suffisamment long.

Les dispositions de la loi sont en grande majorité impérative. Si on restreint la protection, il y a donc une nullité relative qui peut être invoquée par celui qu'on tente de protéger. Mais celui-ci peut aussi couvrir une nullité ! La nullité peut même être invoquée pour la première fois en cassation, puisque non considérée comme un nouveau moyen.

Section 2. Champ d'application de la loi

§1. Les conditions légales d'inclusion – article 1er

Art. 1 de la loi du 30 avril 1951.

Conditions ?

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

Le preneur a donc le droit de jouir paisiblement de cette chose, en payant un prix qualifié de loyer.

Si on prend le champ d'exclusion : on exclut les contrats portant sur des biens relevant du domaine public (on parlera dans ce cas de concession et non de bail). Il faut donc que les immeubles

appartiennent à des personnes privées.

On exclut également un contrat au terme duquel le propriétaire octroierait un droit d'occupation précaire. En France, on a prévu la possibilité pour les parties de conclure ouvertement un contrat d'occupation précaire (donc pas de protection dans le temps).

On exclut aussi la location de gérance : le commerçant met son fonds de commerce en location. C'est une toute autre hypothèse. Enfin, exit le leasing immobilier : on loue et on a vocation à devenir propriétaire. Ce n'est pas le but recherché ici : le propriétaire entend rester propriétaire.

B. L'affectation principale à l'exercice d'un commerce de détail ou à l'activité d'un artisan directement en contact avec le public

Il faut que le preneur affecte l'immeuble à titre principal à l'exercice d'un commerce de détail, ou à l'activité d'un artisan directement en contact avec le public.

Le critère est un point de contact « physique » entre le commerçant et l'acheteur. La clientèle est privée, et rencontre son vendeur dans l'immeuble. Avec cette exigence de clientèle privée, on exclut les manufactures, usines, importateurs etc.

On a élargi à l'activité artisanale qui implique un contrat de location de service avec prestation matérielle. L'artisan peut donc également être visé.

C. L'accord du bailleur à cette affectation spéciale

Le bailleur doit avoir consenti à cette affectation spéciale.

Il faut pouvoir vérifier dans les faits qu'il existe bien une exploitation commerciale. Sans exploitation de commerce, le bailleur pourra alors se délier de cette dénomination de contrat de bail commercial.

Section 3. La durée du contrat de bail

Le but étant de protéger le fonds de commerce et son titulaire, il était prévisible que le législateur impose une durée plus longue, et donne la possibilité au preneur d'obtenir des renouvellements successifs, sont exclure complètement la possibilité de résilier.

A. Le bail initial : une durée légale de minimum neuf

Le législateur a imaginé un premier terme de 9 ans ; et la possibilité d'obtenir 3 renouvellement (donc, 36 ans en tout, 4x9).

On a voulu, par ces délais, permettre l'amortissement des investissements, et faire en sorte qu'à partir du moment où le commerçant avait capté une clientèle, il puisse la préserver et la maintenir,

voire la développer. Quand on cède un fonds de commerce, celui qui acquiert le fonds de commerce veut être assuré quant à la possibilité qu'il aura de l'exploiter au même endroit. La protection s'attache au fonds et suit le fonds !

L'exigence d'une durée de 9 ans est impérative. On ne peut donc pas *ab initio* prévoir une durée inférieure à 9 ans. On ne peut du reste pas prévoir une durée d'essai. On ne peut pas non plus prévoir une durée indéterminée, sans quoi le contrat pourrait être résilié à tout moment.

C'est une nullité relative, ce qui signifie qu'on pourrait imaginer que les parties s'arrangent, trouvent un accord. Si la durée prévue est inférieure à 9 ans, elle est automatiquement portée à 9 ans. On annule donc pas le contrat.

Inversement, cela n'interdit pas aux parties de prévoir d'emblée une terme plus long. On peut prévoir plus, mais pas moins.

§2. La dissolution du bail : les facultés de résiliation

Art. 3, alinéas 3 à 5.

A. La résiliation amiable – le *mutuus dissensus*

La première hypothèse est celle d'une résiliation amiable. Si on est sûr que les parties sont d'accord pour résilier le contrat, cela peut se faire à tout moment. Mais pour protéger le preneur, on ajoute une condition de forme impérative : soit le consentement est constaté devant notaire, soit il fait l'objet d'une déclaration devant le juge de paix.

On veut protéger le preneur car on imagine que le notaire ou le juge de paix vont au moins lui poser la question de savoir s'il est sûr de vouloir mettre fin à un contrat sensé le protéger.

B. La résiliation unilatérale par le preneur (art. 3, al. 3)

La seconde hypothèse est que l'une des parties mette fin au contrat de manière anticipée. Intuitivement, on sait que pour mettre fin à un CDD, il faut respecter un préavis. On se doute également qu'on ne pourra pas le faire à tout moment (puisqu'on veut protéger le preneur). Du reste, si un délai est prévu pour le preneur, il sera inférieur à celui prévu pour le bailleur. On sait enfin qu'il faudra respecter une certaine procédure.

Selon les circonstances dans lesquelles le bailleur met fin au contrat, il sera peut être tenu de payer une indemnité. Quand il refuse le renouvellement demandé par le preneur, on peut également imaginer que le bailleur paye une indemnité d'éviction.

Si le preneur veut résilier, il doit le faire, comme le bailleur, soit par exploit d'huissier, soit par lettre recommandée. Ensuite, le preneur ne peut résilier qu'à la fin de chaque triennat. Enfin, le délai de préavis est un délai de 6 mois. Le caractère impératif, ici, est qu'on ne peut pas exclure son droit de résiliation !

C. La résiliation unilatérale par le bailleur

L'autre hypothèse est celle où le bailleur met fin au contrat (art. 3 de la loi). Là, il faut trois

conditions cumulatives pour que le bailleur puisse mettre fin au contrat avant son terme.

(1) : il faut une habilitation contractuelle expresse (le contrat de bail doit prévoir la possibilité) ; (2) le préavis est multiplié par deux (1 an au lieu de 6 mois) ; (3) à l'expiration d'un triennat.

Si le bailleur résilie, il doit invoquer un motif ! Il doit ensuite, effectivement, réaliser l'objectif invoqué pour résilier. *Ex : le bailleur résilie en invoquant comme motif le fait qu'il va exercer lui-même, dans les lieux, une activité commerciale. Il doit non seulement réaliser ce projet dans un certain délai (6 mois après le départ du preneur), mais doit également maintenir cette activité pendant un autre délai.* L'idée est qu'à partir du moment où le bailleur dit qu'il va faire quelque chose, il doit le faire effectivement, sans quoi il s'expose à devoir payer une indemnité d'éviction.

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

A. Le renouvellement du bail (articles 13 à 24)

Cela implique le respect d'une procédure avec accord des parties. Art. 13 à 24 de la loi de 1951.

Il y a une procédure assez contraignante avec des formalités (exploit d'huissier, lettre recommandée, éventuellement intervention du juge de paix), et une chronologie des événements fastidieuse.

1. La nature du droit reconnu au preneur

D'abord, il ne s'agit pas d'un droit au renouvellement, mais uniquement d'un droit à la demander ! C'est donc une possibilité, dans le chef du preneur, de demander un renouvellement par préférence à l'égard de concurrents.

Cela signifie que le bailleur a la possibilité de refuser le renouvellement. On parle chaque fois de renouvellement pour un même terme. C'est ce qui distingue le renouvellement de la reconduction. L'enjeu est de repartir pour 9 ans, sachant qu'on peut le faire trois fois.

Il y a des conditions préalables avant les délais et la procédure.

La première est qu'on doit, pour obtenir le renouvellement, continuer le même commerce, identique. C'est la continuation du même commerce. Par extension, le droit va aussi concerner les parties accessoires, c'est-à-dire les parties non affectées à l'exploitation du commerce.

Dans le cas du renouvellement, il y a un nouveau contrat ! Mais il y a une rencontre des volontés, un accord exprès des parties, ce qui n'est pas le cas de la reconduction qui est plus « accidentelle ». On pourrait donc imaginer que le renouvellement implique pour partie des modifications des termes du contrat ! A la fin, si on se met d'accord sur le renouvellement, il y a une rencontre des volontés.

En principe, la durée, quand il s'agit d'un renouvellement, est identique. Mais, le législateur a été assez lucide et a prévu qu'on puisse renouveler avec une variation de durée. On peut donc prévoir une durée inférieure ou supérieure aux neuf initiaux. Mais l'accord doit être constaté, soit devant notaire (acte authentique), soit devant un juge (décision de justice). Dans les deux cas, on veut donc s'assurer que le preneur a été éclairé sur les conséquences de son accord.

2. La demande de renouvellement adressée par le preneur (art. 14 al. 1)

La demande de renouvellement émane du preneur. L'art. 14 met l'accent sur les délais. Pour demander le renouvellement, cela ne doit être ni trop tôt, ni trop tard, et en tout cas dans une fourchette définie par la loi. 18 mois au plus, et 15 mois au moins avant l'expiration du bail en cours.

Le preneur envoie cette demande, qui doit contenir le cas échéant les conditions qui subordonnent sa volonté de renouveler. Il doit également attirer l'attention du bailleur sur le fait que ce dernier doit réagir dans les trois mois. S'il ne dit rien, il est présumé accepter : non seulement le renouvellement, mais également les conditions du renouvellement.

C'est une disposition impérative qui protège le bailleur !

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

En droit commercial, il ne faut pas laisser sans réponse. Si on laisse trop longtemps sans réponse, on s'expose au risque d'une déduction des conséquences qui ne vont pas dans nos intérêts. On considère que le bailleur doit réagir dans les trois mois, sans quoi on présume son accord.

Différentes hypothèses sont possibles.

Soit le bailleur refuse ; soit il accepte ; soit il ne réagit pas.

a. Pas de réaction du bailleur – le consentement présumé

S'il ne réagit pas dans les trois mois, on présume son consentement. Il sera donc renouvelé, aux conditions du preneur (!!).

b. L'acceptation expresse

Soit le bailleur accepte expressément dans les trois mois. Le nouveau contrat se noue alors aux conditions stipulées par le preneur.

c. L'acceptation sous conditions

Soit il accepte le renouvellement dans son principe, mais pose lui aussi ses conditions. Il y a donc une espèce de bataille des conditions (battle of forms). A partir du moment où le preneur a connaissance de cette réaction, il a trente jours pour réagir. S'il ne réagit pas, on ne présume pas de son absence de réaction une acceptation ! Dans ce cas-ci, l'absence de réaction a donc pour conséquence une absence de renouvellement. S'il réagit, et refuse les conditions, on saisit le juge de paix qui va trancher en équité, et c'est au preneur, toujours de ce trente jours, qu'il appartient de saisir le juge. Le prolongement de cette hypothèse est que si le juge de paix pose des conditions que le preneur n'accepte pas, ce dernier possède encore une possibilité de renoncer au renouvellement. Soit enfin le preneur accepte ces nouvelles conditions, auquel cas le bail sera renouvelé.

d. Le refus catégoriques, sans nouvelles conditions

La dernière hypothèse est celle où le bailleur réagit en refusant catégoriquement sans poser de nouvelles conditions. Soit il refuse sans motif, auquel cas le législateur considère qu'il s'agit d'un « caprice », auquel cas la note est lourde : il y a indemnité d'éviction de 3 ans de loyer.

On entre alors dans une liste de motifs qui est prévue par la loi ! Ex : *le bailleur veut occuper personnellement l'immeuble, avec ou sans exercice d'un commerce similaire ; refus car désaffectation du bien loué, démolition etc. ; manquement grave du preneur ; absence d'intérêt légitime du preneur (le fonds de commerce est laissé à l'abandon)...* Ce sont là des motifs qui peuvent donner lieu à une indemnité d'éviction, à l'une ou l'autre exception près. Selon le type de motifs, l'indemnité sera modulée, voire supprimée.

Il y a des conditions de forme relatives au refus du bailleur : signé et envoyé au preneur, dans les mêmes formes de l'envoi (si le preneur a utilisé un exploit d'huissier, le bailleur devra faire pareil).

Cette indemnité compense, dans le chef du preneur, l'inconvénient qu'il y a ne plus pouvoir exploiter les lieux ; elle compense aussi ses efforts, dans le sens où le preneur peut avoir développé une clientèle et consenti des investissements...

Le délai de prescription, s'agissant du paiement de l'indemnité, est d'un an. Ce délai commence à courir au moment où le refus est signifié.

B. La reconduction du bail

Elle est « accidentelle ». Art. 14 de la loi.

Dans cette hypothèse, le bail a pris fin, et malgré la fin du bail, le preneur est laissé en possession des lieux loués, sans réaction du bailleur et sans avoir introduit une demande de renouvellement. C'est donc tout à fait fortuit.

Dans ce cas, la loi prévoit un nouveau bail d'une durée indéterminée. Le bailleur peut y mettre fin moyennant un congé de 18 mois.

Il faut un consentement tacite dans le chef du bailleur. On revient ici avec la notion de silence circonstancié : si sa passivité ne peut s'expliquer que par sa volonté de laisser le preneur dans les lieux, il y aura reconduction.

Si le preneur veut mettre fin à un bail reconduit, la jurisprudence considère que le délai de 18 mois ne s'applique pas. On s'en tient alors au droit commun : le preneur doit respecter un préavis d'un mois.

Section 4. La révision du loyer (article 6)

A. Principes

Art. 6 de la loi.

Compensation au délai particulièrement long du bail. On oblige donc le bailleur à accepter un bail de 9 ans, qui peut être renouvelé trois fois.

Or le loyer a été fixé au début, il peut être révisé au moment du renouvellement, mais dans l'intervalle, sous réserve d'une résiliation, le loyer est sensé ne pas bouger. Le bailleur peut avoir intérêt à demander une augmentation, mais le preneur peut aussi demander une réduction de loyer.

Là aussi des modalités sont prévues. D'office, dans ce cas-ci, il faut une procédure judiciaire (donc exit procédure conventionnelle). Là encore, la période clé, ce sont les 3 derniers mois qui précèdent la fin d'un triennat.

B. Conditions cumulatives

Quelles sont les conditions cumulatives ?

Il faut d'abord une variation de valeur locative d'au moins 15 %. La valeur locative « normale » de l'immeuble varie donc d'au moins 15 %.

Ensuite, il faut que cette plus-value s'explique par des circonstances nouvelles et durables. Dans la mesure où c'est une procédure judiciaire, la jurisprudence a eu l'occasion de traiter abondamment de ces questions.

Cela vaut à la hausse comme à la baisse. On peut imaginer que des travaux importants de plusieurs années réduisent la valeur de l'emplacement du bien !

Le juge statue en équité ! C'est donc à dire qu'il ne va pas uniquement se baser sur la valeur du fond telle qu'elle résulte de l'exploitation du fonds par le preneur.

Section 5. Le droit du preneur de transformer les lieux loués (articles 7 à 9)

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

Art. 7 à 9 de la loi. C'est la dernière modalité qui permet au preneur de profiter pleinement du bien qui a été mis à sa disposition. La loi lui reconnaît la possibilité d'adapter les lieux à la spécificité de son commerce. Là aussi, c'est un droit pour le preneur de demander ! Il y a donc une vocation pour le preneur de transformer le bien.

A. Conditions de mise en œuvre

Ce droit est subordonné à 4 conditions cumulatives :

D'abord, l'utilité des travaux doit être démontrée.

Ensuite, le coût total doit être inférieur à trois années de loyer (36 mois).

Troisièmement, les travaux ne doivent pas défigurer le lieu loué : interdiction de toucher à la sécurité, la salubrité et l'esthétique du lieu.

Enfin, il faut avertir le bailleur, lui fournir les plans et devis etc.

Le mot utilisé par la loi est celui de « transformation ». Cela peut être plus qu'un simple aménagement des lieux, mais ne doit pas modifier fondamentalement la structure du bien.

Le but est de modeler les lieux pour que le bien loué s'adapte, avec une certaine souplesse, au type de commerce, aux particularités de tel ou tel commerce.

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

A. Les droits reconnus avant l'exécution des travaux

Avant l'exécution des travaux, le bailleur peut s'y opposer. Il doit aussi réagir dans un délai de trente jours. Autre souvenir : si le bailleur ne réagit pas dans ce délai, il est présumé avoir consenti.

Si le bailleur s'oppose dans le délai de trente jours, le juge de paix intervient, saisi par le preneur, pour trancher le litige.

B. Les droits reconnus pendant l'exécution des travaux

Pendant l'exécution des travaux, le bailleur a les droits d'un propriétaire : accéder au chantier, faire arrêter les travaux sur simple ordonnance du juge de paix s'ils sont entrepris sans lui demander son avis... De toute façon, ces travaux sont réalisés aux risques et périls du preneur. Le bailleur pourrait donc subordonner la réalisation des travaux à la souscription d'une assurance par le preneur.

C. Les droits reconnus en fin de bail

En fin de bail, deux hypothèses existent, prévues à l'art. 9.

Si les travaux ont été autorisés par le bailleur, ou s'il y a eu une autorisation judiciaire d'effectuer les travaux, le bailleur ne peut pas exiger de remettre les lieux dans leur pristin état. Soit le bailleur rembourse le preneur (frais, sur base des factures), soit il indemnise le preneur à concurrence de la plus-value acquise par le bien.

Dans l'autre hypothèse, celle où il a refusé, où on a entrepris des travaux contre sa volonté, il peut exiger la suppression des travaux, sans être tenu d'indemniser le preneur. Il peut également les

conserver sans indemnité pour le preneur.

Un peu comme c'est le cas pour d'autres contrats de bail, un droit de visite est prévu dans le chef du bailleur : il peut faire visiter le bien loué à un éventuel successeur.

Livre II. Introduction au droit des sociétés

Titre I. Les principes et les concepts

Parmi les concepts fondamentaux, il y a la définition de ce qu'est un contrat de société et la notion de personnalité morale avec ses conséquences, qu'on peut qualifier d'attribut de la personnalité morale. Puis on verra, de façon assez détaillée pour les unes, et sommaire pour les autres, différents types de sociétés. Nous allons d'abord les classer, puis on verra des sociétés sans personnalité juridique, on verra des sociétés avec une personnalité juridique rudimentaire, et finalement, on verra de façon panoramique, c'est-à-dire dans les grandes lignes, les trois sociétés que nous aborderons plus en détail dans le cours d'approfondissement en droit commercial.

Chapitre I. Les fondements et les sources du droit des sociétés

Section I. Les fondements du droit des sociétés

À la base d'une société, pour la personnifier il y a un contrat, et le droit des contrats, c'est-à-dire le code civil, à l'origine, réglementait le contrat des sociétés comme étant un contrat à cet égard. Il y a une évolution à cet égard qui est significative.

A. Les quatre finalités

La première finalité est d'offrir aux agents économiques un véhicule, une structure juridique de coopération. C'est-à-dire que soit le commerçant travail seul, individuellement, en tant que personne physique et il exploite un fonds de commerce avec éventuellement son conjoint aidant, soit ils sont plusieurs, ils se regroupent, coopèrent, collaborent, et la question est alors de savoir sous quelle forme, sous quel véhicule juridique ? Le droit en prévoit plusieurs, pour réaliser des bénéfices, les distribuer, s'enrichir, avec dans certains cas une limitation de responsabilité. Il y a des sociétés avec ou sans personnalité juridique, avec ou sans limitation de responsabilité dans le chef des associés.

Deuxième finalité, à partir du moment où on offre un véhicule juridique avec personnalité juridique, octroyant le privilège d'une limitation de responsabilité aux associés, le droit des sociétés, dans le souci d'équilibrer les intérêts, va aussi rassurer les créanciers, favoriser le crédit. Quand les créanciers sont face à une personne physique qui engage tout son patrimoine, on ne va pas les rassurer de la même manière que quand les créanciers sont face à une société dans laquelle les associés n'ont mis qu'une petite partie de leur patrimoine, et quand le risque de ces associés est limité à cette partie du patrimoine. On tient aussi compte des stakeholders¹, c'est-à-dire ceux qui sans être créanciers, ont misés sur la société d'une manière ou une autre. Parmi les créanciers, on a les fournisseurs, les clients, les travailleurs. Parmi les stakeholders, on a la communauté de vie, l'environnement, les personnes qui sont en contact avec la société sans être nécessairement créancier. À cela s'ajoute le fait qu'il faille reconnaître que les travailleurs ne sont pas des créanciers comme les autres, ils sont créanciers du salaire, mais l'entreprise représente tellement à leur yeux, l'enjeu est si significatif qu'il faut les prendre en compte. Se superpose, à ce niveau, au

1

« Détenteurs d'enjeux »

droit des sociétés le droit du travail, le droit des contrats etc.

Troisième finalité, dans les sociétés les plus sophistiquées, de grande taille, de capitaux, donc dans les sociétés qui se rapprochent plus d'une institution que d'un simple contrat, on doit aussi se préoccuper non seulement de protéger, mais de permettre à une certaine catégorie de stakeholders d'exercer un contrôle, une surveillance. Au premier rang de ces stakeholders, on trouve les actionnaires, les associés. Ils constituent une société, réalisent un apport, c'est-à-dire affectent une partie de leur patrimoine à l'exercice de l'activité sociétair, ils nomment des managers, des dirigeants, des administrateurs, et ils doivent pouvoir contrôler la manière dont ces dirigeants gèrent la société, c'est-à-dire une partie de leur patrimoine. Pour dire les choses autrement, le droit des sociétés offre des instruments de gestion de conflit des intérêts. L'intérêt des actionnaires n'est pas toujours le même que celui des dirigeants. L'intérêt des petits actionnaires n'est pas toujours le même que celui des gros actionnaires, il faut les concilier...

Dernière finalité, qui concerne surtout les sociétés cotées en bourse, et on ne rentrera pas dans le détail, c'est que le droit des sociétés permet aussi d'effectuer, en tout cas de contribuer, à une allocation optimale des ressources. Les sociétés cotées sont cotées en bourse, leurs titres, leurs actions sont cotées en bourse, et il y a un marché des capitaux. Il y a des marchés financiers. Sur ces marchés financiers, on peut vendre et acheter des sociétés, comme on peut vendre et acheter des immeubles. Il y a des transactions qui portent sur le contrôle, la maîtrise des sociétés. Si une société est mal gérée, son cours de bourse sera nécessairement inférieur à sa valeur intrinsèque, ce qui peut susciter l'envie de certains des investisseurs de prendre le contrôle de la société mal gérée, en achetant des actions en bourse, et puis de gérer mieux la société, de faire en sorte que sa cotation en bourse soit conforme à sa valeur intrinsèque, et ensuite de dégager une plus value, soit en dégageant des bénéfices, soit en revendant la société. Le droit des sociétés encadre ces opérations de transactions sur le contrôle des sociétés, avec deux principes qui à ce stade sont pratiquement des mots clés : transparence, un marché doit être transparent au niveau de l'information, la manière dont se nouent et dénouent les transactions, et deuxième mot clé, l'égalité entre les actionnaires, c'est-à-dire que quand on veut acheter une société, il faut proposer à tous ses actionnaires, tous ceux qui en détiennent les actions, un prix identique. Qu'on soit petit ou grand actionnaire, on reçoit le même prix lorsque l'enjeu est un transfert du contrôle, un changement de contrôle.

B. Les théories explicatives de la société commerciale

Après les finalités, on peut théoriser, conceptualiser la notion de société.

- Première théorie, c'est de considérer que la société est un contrat, c'est une théorie contractuelle, qui à l'origine était la seule valable, puisque la société n'était pas beaucoup plus qu'un contrat.
- Deuxième théorie, la société est une institution, ça vaut surtout pour les sociétés sophistiquées telle que la société anonyme. C'est une institution au sens où son organisation, son fonctionnement, la hiérarchie de ses pouvoirs, de ses organes, rappelle d'autres institutions, telles que l'Etat. C'est une institution aussi dans le sens où, vu les dispositions légales impératives ou contraignantes qui s'appliquent à la société anonyme, dans une certaine mesure, on adhère à l'institution, on la prend telle qu'elle est. On constitue une société, on prend l'institution. Pour le mariage, *mutantis mutandis*, c'est la même chose. On peut conclure un contrat de mariage, accommoder, moduler, mais on ne pourra pas modifier des éléments caractéristiques ou essentiels de l'institution.
- Troisième théorie, la théorie fonctionnelle, qui met l'accent sur l'objectif, c'est-à-dire à quoi sert une société, et on revient aux finalités dont on parlait. On s'attache plus au fait que la société

est une technique d'organisation entrepreneuriale. Maintenant ça ne répond pas tellement à la question de savoir quelle est la fonction d'une société ? Est-ce que la fonction d'une société est d'enrichir ses actionnaires dans le court terme, ou est-ce d'assurer des bénéfices dans le long terme, qui permettent d'assurer l'équilibre de la société, son épanouissement.

- Quatrième théorie, la théorie structurelle, qui met aussi l'accent sur la fonction qu'est censée remplir la société, mais qui en même temps annonce déjà que la société, ceux qui la dirigent, ceux qui la surveillent, doivent faire en sorte qu'il y ait un équilibre entre les intérêts concernés par la société. On parle de structure au sens d'une structure mobile. Parfois on privilégie l'intérêt des actionnaires, parfois on privilégie l'intérêt d'autres catégories de stakeholders boursiers, banques, travailleurs. Cette structure est mobile, et se rapporte à une notion dynamique d'équilibre.

C. L'approche de *corporate governance*

Approche corporate governance, l'idée est simplement, puisqu'on en est au stade des finalités, que le code des sociétés, c'est-à-dire les dispositions impérative et contraignantes, ne sont pas en toutes circonstances, en tout point, adaptées pour régir les sociétés commerciales, singulièrement les sociétés cotées en bourse, donc on fait appelle à l'autorégulation.

Dans un monde globalisé, où les marchés financiers sont internationaux, où les sociétés belges sont parfois cotées sur des marchés étrangers, ça n'a pas vraiment de sens d'avoir la prétention de proposer un modèle idéal, parfait, qui correspond à tous les standards internationaux. L'enjeu est que des sociétés belges soient attractives, disposent d'un label de qualité, aux yeux d'investisseurs américains, chinois... C'est un objectif.

Pour avoir cette attractivité, ce label de qualité, cette crédibilité à l'égard de ces investisseurs, il ne suffit pas de dire que ces sociétés sont conformes au code des sociétés belge, que le législateur belge a la réponse à tous les problèmes, que le *hard law* est autosuffisant pour appréhender le phénomène des sociétés commerciales. Donc depuis 2004 en Belgique, il y a un mouvement de corporate governance, qui implique que de manière complémentaire interagisse le code des sociétés, *hard law*, et le code belge de gouvernance d'entreprise, dont la dernière version date de 2009.

L'idée est donc celle d'une synergie entre deux types de productions de la norme en droit des sociétés. Le pouvoir législatif édicte des lois dans le code de société, et la commission belge de gouvernance d'entreprise, ASBL, publie un code de gouvernance d'entreprise. Dans ce code, on a des principes, des recommandations, et des lignes de conduite, dont le statut est différent :

- les principes s'appliquent sans discussion, sans dérogation, donc on les prend tel quels.
- les recommandations laissent un choix, c'est-à-dire que la société cotée les applique, soit elle explique pourquoi elle ne les applique pas. Elle ne les appliquera pas car sans doute les recommandations ne sont pas adaptées à son contexte. C'est le mode dit de « *comply or explain* », se conformer ou expliquer.
- Les lignes de conduites (*guide lines*), sont purement facultatives, on peut les suivre, mais si on ne les suit pas, on ne doit pas nécessairement s'en expliquer.

Il y a donc 3 types de normes différentes, avec portée juridique différente, pour faire en sorte que chaque société y trouve ce qui convient le mieux à sa situation, étant entendu qu'il y a un socle

commun constitué par les principes.

Sans entrer plus loin dans la réflexion, la sanction du non respect du code de gouvernance, ou la sanction du non respect du code sans explication, ce n'est pas tellement le législateur et les cours et tribunaux belges qui vont l'appliquer, puisque ça reste du *soft law*, mais c'est plutôt le marché lui-même qui va sanctionner la société qui ne s'explique pas. Cette sanction du marché peut consister dans le fait que des investisseurs vont vendre en bourse des actions qu'ils possèdent dans telle ou telle société, ce qui implique une chute du cours de bourse, et donc une perte d'attractivité, et donc de crédibilité, jusqu'à ce que finalement on puisse arriver à un cours de bourse tellement bas que ça suscite la convoitise d'investisseurs, qui ont l'espoir de prendre le contrôle de la société, et de la gérer mieux.

Il y a dans ce code des recettes pour mieux organiser, mieux gérer une société, mieux surveiller la gestion d'une société. Ça concerne la structure des organes, la composition de ces organes, et le comportement de ceux qui font partie de ces organes.

Section II. Les sources du droit des sociétés

La première loi significative en Belgique est une loi du 18 mai 1873. Dans le code de commerce de 1807, on parlait assez peu des sociétés commerciales. 1873 est une date clé parce qu'on va supprimer l'autorisation requise pour créer des sociétés à responsabilité limitée, et on va compenser cette suppression par des mesures qui rassurent les créanciers. On est là dans les deux finalités précédemment évoquées.

La conception d'une société à responsabilité limitée revient à dire qu'une ou plusieurs personnes physiques vont détacher une partie de leur patrimoine, l'apporter à une société, et le risque sera limité à cet apport. Donc contrairement à un commerçant personne physique, un agent économique personne physique, qui engage tout son patrimoine, universalité de fait que constitue le fonds de commerce, ici on permet à des commerçants et à des non-commerçants d'apporter de l'argent, des meubles et immeubles à une société dotée de personnalité juridique et de confiner le risque à leur apport.

Initialement, le gouvernement français, puis le gouvernement belge, ont voulu intervenir pour octroyer des autorisations et ainsi encadrer ce genre d'opération. On pouvait donc créer une société à responsabilité limitée que si on remplissait un certain nombre de conditions, et l'équivalent du SPF FMI octroyait une autorisation pour créer une SA ou une société en commandite par action.

Quand on a supprimé en 1873 cette autorisation, on a compensé par un régime de responsabilité accrue des fondateurs et administrateurs, et en même temps, on a fait en sorte qu'il y ait une publicité, une plus grande transparence, c'est-à-dire que les créanciers savent à quoi s'en tenir, ce qu'implique la création de telle ou telle société. Donc chaque fois qu'on a libéralisé la création de ce type de structures juridiques, pour rassurer les créanciers, on a offert des mesures compensatoires.

Deuxième moment clé, celui des lois coordonnées de 1935.

Arrive en 1999 le code des sociétés. L'idée était que dans le code des sociétés, on allait faire en sorte que chaque société soit régie par un code de règles complet. Alors que dans les lois coordonnées, on procédait par renvoi, dans le code des sociétés, on propose une série de

dispositions spécifiques pour chaque type de société, ce qui fait qu'on est passé de 200 articles dans les lois coordonnées, à plus de 1000 articles dans le code.

C'est aussi un domaine dans lequel le droit européen est important, puisque le législateur européen a considéré que pour parvenir à la création d'un marché commun, une Union économique, il fallait favoriser la liberté d'établissement, de circulation, et donc, à la fois parvenir à une harmonisation des règles applicables aux sociétés, qui constituent les principaux agents économiques, et aussi proposer des structures juridiques européennes propres, spécifiques. Quand on voit les directives citées dans le code, il y a trois préoccupations:

- Harmoniser les règles applicables aux sociétés : SA, SPRL, c'est-à-dire celles qui offrent une limitation de responsabilité. L'harmonisation porte tantôt sur la protection des créanciers, tantôt sur l'exercice du pouvoir (conflits d'intérêt).
- Permettre des restructurations entre sociétés – on vise les fusions et les scissions. On sait qu'une fusion implique que plusieurs sociétés n'en forment plus qu'une. Ce sont donc des restructurations d'entreprise qui ont un impact sur le taux de concurrence sur un marché. Le but étant de parvenir à un espace économique commun, c'est assez normal que le législateur européen propose, sous forme de directives, les règles pour réaliser ces opérations de restructuration.
- Proposer des structures juridiques propres à l'UE : la société coopérative européenne, le groupement... ce sont des structures emblématiques du droit européen, qui s'ajoutent aux structures spécifiques contenues dans les différents droits nationaux.

Le droit des sociétés offre l'exemple d'une synergie entre le *hard law* et le *soft law* (réglementation étatique et autorégulation), mais il procède aussi à une synergie avec le droit financier et le droit comptable. Donc d'une part, pour arriver à une flexibilité, à une adaptabilité des normes applicables à une société, on met en œuvre une forme de collaboration entre le législateur et les sociétés elles-mêmes, c'est ça l'autorégulation, pour parvenir à créer des normes en droit des sociétés. D'autre part, pour ce qui est du droit dur, le droit financier d'une part, et le droit comptable d'autre part, viennent en quelque sorte endurcir le droit des sociétés, et on sait évidemment que le droit comptable et le droit financier ne s'appliquent pas nécessairement à toutes les sociétés :

- Le droit financier s'applique aux sociétés cotées, ou aux sociétés qui font appel à l'épargne, le but étant la protection des épargnants, des investisseurs, donc on remet une couche sur la transparence des transactions ;
- Le droit comptable, qui vise à l'établissement de comptes fiables et le contrôle des comptes par des personnes indépendantes, ne s'applique pas à toutes les sociétés, là le critère n'est pas un critère d'accès au marché financier, mais un critère de taille, les grandes sociétés sont soumises à des règles plus contraignantes.

Si on prend le droit des sociétés dans ses aspects qui relèvent de l'autorégulation, on voit que le droit financier et le droit comptable visent à offrir un levier pour que l'autorégulation soit efficace. L'autorégulation n'a de sens que si on peut espérer que le marché financier exerce des sanctions, sous forme de vente d'actions, et pour que ces sanctions puissent s'appliquer, les sociétés cotées doivent donner des informations fiables au marché, aux investisseurs, informations fiables et régulières.

C'est dans le droit financier que se trouve le siège de la matière, c'est-à-dire la question de savoir quelles sont les informations que les sociétés doivent donner au public, au marché. Donc on peut rendre le droit financier plus exigeant pour compenser le fait que le droit des sociétés est plus flexible, plus doux que le droit dur.

Chapitre II. Définition de la société et la taxinomie

Section I. La définition de la société et la taxinomie

A. Le droit civil et le droit commercial des sociétés

Il y a une complémentarité au niveau des sociétés entre le droit civil et le droit commercial. Il n'y a pas une rivalité, une opposition, mais une complémentarité. La question n'est plus de savoir s'il y a un droit commun et un droit d'exception, la question est simplement de résoudre, d'établir une forme de hiérarchie des normes.

La société est soumise au code civil, au droit commercial, au code des sociétés et aux conventions des parties, puisque les parties peuvent aménager la société en fonction de leurs besoins. Tout le droit des sociétés n'est pas impératif ou d'ordre public. Selon le type de société, cette hiérarchie est modifiée. Tantôt c'est le droit commercial, le droit des sociétés qui est plus important, tantôt pas. Il y a donc un mélange, une structure mobile, qui fait que la hiérarchie des normes n'est pas immuable. Donc on parle de complémentarité entre le droit civil et le droit commercial.

B. La définition de la société

La définition se situe à l'article 1 du Code de commerce. On constate déjà qu'en principe, sachant qu'il s'agit d'un contrat, il faut être au moins deux. C'est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun dans le but réaliser, de partager un bénéfice patrimonial direct ou indirect. C'est la notion de but de lucre appliqué aux sociétés.

C. Les caractéristiques de la société

Conformément à la définition de l'article 1, la société présente les caractéristiques suivantes, qui la distinguent, à des degrés divers, d'un contrat de travail, d'un contrat de prêt, d'un contrat d'association ou d'un contrat de location de fonds de commerce :

- Deux ou plusieurs personnes ;
- Mettent quelque chose en commun (compléter avec l'article 19 – un apport)
- Pour exercer, dans leur intérêt commun, une ou plusieurs activités déterminées
- Non seulement il y a la réalisation d'un bénéfice (but de lucre), mais il y a aussi le partage du bénéfice entre les associés. Direct ou indirect dit le texte, ça signifie simplement qu'on considère qu'il y a bénéfice patrimonial dans deux hypothèses : un gain ou/et une économie, c'est-à-dire d'une réduction des dépenses. Il peut suffire, pour qu'il y ait une société, que le bénéfice réalisé consiste dans une réduction des dépenses. Là où les choses sont rendues plus compliquées, c'est que l'introduction de l'adjectif indirect a atténué la distinction entre les

ASBL et les sociétés.

D. Deux exceptions à cette définition

- 1- Même si ça paraît contre-nature, on accepte l'idée qu'une société soit constituée par une seule personne. Alors forcément on est plus en présence d'un contrat, mais on peut constater l'existence d'une société. c'est ce qu'on appelle une SPRLU, c'est le véhicule juridique préféré des professions libérales, le médecin ou l'avocat qui veulent travailler seuls, et peuvent constituer une SPRLU pour bénéficier d'une protection, celle qu'offre le privilège de la responsabilité limitée.
- 2- Deuxième exception, entre la société pure et simple et l'association, on a intercalé la société à finalité sociale, c'est-à-dire que c'est une société, mais qui ne poursuit pas nécessairement comme objectif de réaliser des bénéfices, et surtout pas de les distribuer à ses associés. Une forme qui n'a pas eu beaucoup de succès, mais dont l'idée était d'offrir un statut fiscal plus favorable à ce type de sociétés. Donc on l'intercalait dans la nomenclature entre la société pure et simple et l'association. Les associations sont soumises à l'impôt des personnes morales, qui est plus avantageux que l'impôt des personnes physiques.

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

Nous entrons dans la classification à laquelle on peut se livrer selon différents critères, étant entendu que les frontières ne sont pas toujours étanches, il y a des points communs entre les différentes espèces et ou pour classer, on est parfois amené à caricaturer, accentuer certains traits, pour donner une cohérence à la classification.

La première distinction est celle qui concerne les sociétés commerciales, les sociétés civiles et les associations. C'est un peu les poupées russes, dans le sens où on va de la classification, la distinction la plus large, à des distinctions plus spécifiques, plus partielles.

On aurait pu commencer par distinguer société et association, mais la différence est le but de lucre au sens du droit des sociétés, c'est-à-dire la réalisation et distribution d'un bénéfice patrimonial direct ou indirect. C'est une distinction présente dans la définition de la société.

A. La nature civile ou commerciale d'une société

La nature civile ou commerciale ne concerne en apparence qu'une société, puisqu'en principe l'association ne peut pas avoir une activité commerciale. Entre nature civile et commerciale, la réponse se trouve à l'article 3, §2, c'est-à-dire qu'il faut distinguer l'objet de la société : objet civil ou commercial, du but, qui est la cause, le pourquoi de l'existence d'une société. On le sait, c'est le bénéfice patrimonial direct ou indirect qui est le but d'une société. La société est commerciale quand son objet est commercial, elle est civile quand son objet est civil. Ex d'objet civil : les professions libérales. Un médecin veut créer une SPRL société commerciale mais à objet civil.

La nuance, la précision, est que s'il s'agit d'une société sans personnalité juridique, pour définir son objet, on va simplement observer ce que fait la société, c'est-à-dire son activité réelle et effective. S'il s'agit d'une société avec personnalité juridique, on va aller voir dans ses statuts, sa charte constitutive, son acte de naissance, et ce sera ça qui déterminera l'objet, c'est-à-dire l'objet social, l'objet statutaire. Si cet objet est commercial, la société sera commerciale, s'il est civil, la société sera civile. Dans certains cas d'objets complexes, on verra simplement quelle est l'activité

principale et quelle est l'activité accessoire.

On peut imaginer qu'il y ait des simulations, c'est-à-dire que les statuts mentionnent un objet civil, mais que l'activité réellement exercée soit commerciale, mais la sanction sera de rétablir la vérité, et la société civile sera déclarée commerciale, ce qui signifie qu'elle pourra être déclarée en faillite si elle est en situation de cessation de paiement. Si la société est civile, la faillite ne sera pas possible, mais s'il y a simulation, on rétablit la vérité.

La différence, les distinctions, ont tendance à s'estomper entre société civile et commerciale, en partie car il faut croiser cette distinction avec la distinction entre les sociétés à forme civile, et les sociétés à forme commerciale. Les sociétés à forme civile, dont le principal spécimen est la société qu'on appelle la société de droit commun, n'ont nécessairement pas la personnalité juridique. Tandis que les sociétés à forme commerciale, et on anticipe sur la deuxième distinction, ont la personnalité juridique. Ces sociétés à forme commerciale sont celles qui vont retenir notre attention. Ça veut dire qu'on peut avoir des sociétés à forme commerciale dont l'objet est commercial, mais on peut aussi avoir des sociétés à forme commerciale dont l'objet est civil. Dans les deux cas, il y a personnalité juridique, mais quand on va voir dans les statuts, on constate d'une part, qu'il y a un objet commercial, et d'autre part un objet civil.

Ex : si un médecin constitue une SPRLU pour exercer sa profession, on sera en présence d'une société à forme commerciale, mais à objet civil.

Par contre, les entreprises, les commerçants, tels qu'on les imagine, sont des sociétés à forme commerciale, par exemple la SA, avec un objet commercial. Par ailleurs, on a les sociétés à forme civile, c'est-à-dire sans personnalité juridique, qui exercent effectivement, réellement, soit un objet commercial, soit un objet civil. Là on ne pourra pas aller voir dans les statuts, il n'y a pas de personnalité juridique, donc on va observer ce qui se fait réellement.

On peut imaginer des avocats qui constituent une société à forme civile, sans personnalité juridique, avec un objet civil.

Donc les deux catégories, celle de société civile et commerciale, se croisent avec une autre distinction, entre sociétés avec ou sans personnalité juridique, entre les sociétés à forme commerciale ou à forme civile.

Au milieu de tout ça, il peut y avoir les associations, puisqu'en tout cas une association n'est pas une société, elle ne recherche pas un enrichissement personnel, ni l'enrichissement de ses membres, mais ça ne veut pas dire qu'une ASBL doit être mal gérée, qu'elle doit accumuler les pertes et qu'il lui est interdit de réaliser des bénéfices. Tout dépend de la manière dont elle le fait et de l'affectation de ces bénéfices.

B. Les associations

Tout ça pour dire qu'une ASBL ne peut pas avoir un objet commercial, mais qu'elle peut exercer dans une certaine mesure des activités commerciales, pour poursuivre son objectif non lucratif, son objectif désintéressé. La jurisprudence exige que ces activités commerciales soient accessoires, c'est-à-dire que quantitativement, elles soient moins importantes que les activités non commerciales, et aussi que les activités commerciales accessoires contribuent à l'exercice de l'activité principale. Maintenant, pour simplifier, on pourrait en arriver à un critère simple, qui est « aussi longtemps que l'ASBL ne distribue pas ses bénéfices, qu'elle ne laisse pas dormir ses bénéfices, mais au contraire elle les affecte à son objet social, peu importe la quantité de ces activités sociales, ce qui importe c'est l'usage qu'elle fera de ses bénéfices ».

Donc c'est plus avantageux d'être une ASBL du point de vue fiscal, maintenant là où l'aspect quantitatif peut avoir du sens, c'est au niveau de la concurrence. Si l'ASBL devient à ce point puissante qu'elle concurrence les sociétés, il y aura une forme de distorsion de la concurrence.

On retiendra à ce stade qu'une ASBL peut exercer des activités commerciales sans perdre sa qualité d'ASBL pourvu que ses activités soient accessoires au sens quantitatif, moins importante en volume que ses activités non lucratives, et accessoires au sens où ces activités lucratives servent les activités non lucratives, y contribuent.

C. La sanction de la violation du principe de la spécialité légale

Ce qu'on vient de dire, on y reviendra à propos de la spécialité légale.

- La spécialité légale d'une société est de réaliser un bénéfice pour enrichir ses associés, que l'activité soit civile ou commerciale ;
- La spécialité légale d'une association c'est l'inverse, c'est de contribuer à la réalisation d'un but social, philanthropique, artistique...

Le fait qu'une entité ne respecte pas sa spécialité légale peut entraîner sa nullité ou sa dissolution.

On fait une distinction selon que le non respect de cette spécialité est constaté dans le statut même de l'association, ou que le non respect est constaté dans les faits. Si une société respecte dans les statuts sa spécialité légale, mais que dans les faits elle distribue ses bénéfices à ses membres, il y aura une sanction qui pourra aller jusqu'à la dissolution, avec mise en cause de la responsabilité des membres.

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

Les ASBL ont une personnalité morale. Parmi les sociétés on peut distinguer celles qui l'ont et celles qui ne l'ont pas, mais les ASBL conforment à la loi de 21 l'ont.

On en vient à la distinction entre société qui ont ou pas cette personnalité.

Les sociétés à forme civile ne l'ont pas, alors que les sociétés à forme commerciales l'ont. Si on voit la structure du code des sociétés, le critère de progression sans les articles du code est précisément l'intensité de la personnalité morale. On va aller de la société de droit commun, qui n'a pas la personnalité juridique, et on termine avec la SA et la société européenne, qui non seulement ont la personnalité juridique, mais qui atteignent un degré de sophistication et de complexité élevé.

La seule façon d'espérer bénéficier d'une limitation de responsabilité dans le chef des associés est d'opter pour une société avec personnalité juridique. Une société sans personnalité, en principe, ne permet pas de limiter sa responsabilité. Par contre, parmi les sociétés avec responsabilité, il y en a deux et demis qui ne confèrent pas ce privilège de limitation de responsabilité.

A. Les sociétés sans personnalité juridique

Parmi les sociétés sans personnalité juridique, il y a :

- la société de droit commun ;
- la société momentanée ;
- la société interne.

La société de droit commun est celle qui se rapproche le plus du contrat, c'est-à-dire celle qui, avant le code des sociétés, était régie par les articles 1800 et quelques du code civil. Aujourd'hui ces dispositions ont été intégrées dans le code des sociétés, mais c'est vraiment l'idée que plusieurs commerçants, si la société de droit commun a un objet commercial, se mettent ensembles, et exercent ensembles le commerce à leurs risques et périls. Ça c'est la société de « droit commun », c'est-à-dire la société de base, la plus rudimentaire et la plus contractuelle, avec des règles propres qu'on verra plus tard.

La société momentanée correspondait à un besoin spécifique dans le domaine des travaux publics. Là aussi pas de limitation de responsabilité, puisque pas de personnalité juridique, mais le plus souvent, les associés de ces sociétés momentanées sont eux-mêmes des sociétés avec personnalités juridiques et donc les associés qui les composent disposent d'une responsabilité limitée. L'hypothèse est 3 ou 4 SA actives dans le domaine du marché public, qui vont pendant un temps limité, pour des opérations limitées, créer une société momentanée. Donc dans leur esprit, et surtout dans l'esprit de leurs associés, peu importe que la société momentanée n'ait pas la personnalité juridique, puisque les SA vont s'interposer entre les créanciers de la société momentanée et les actionnaires personnes physiques qui composent les sociétés membres de la société momentanée.

La société interne est d'une certaine manière l'exception, c'est-à-dire que c'est la première ébauche de limitation de responsabilité. La société interne n'a pas la personnalité juridique, mais parmi ceux qui sont impliqués, on peut avoir des personnes qui bénéficieront, mais à titre personnel et exceptionnel, à titre privilégié, d'une limitation de responsabilité.

B. Les sociétés dotées de la personnalité juridique

Parmi les sociétés avec personnalités, certaines ont une personnalité rudimentaire, c'est-à-dire pas de limitation de responsabilité, un certain type de société arrive à faire coexister deux catégories d'associés, les uns bénéficiant d'une limitation de responsabilité, les autres non, puis on a les plus emblématiques du droit des sociétés : la SPRL, la société coopérative, et la SA. Ces 3 là sont un peu l'archétype de ce qui aujourd'hui constitue, même statistiquement, dans le tissu économique, 90% de sociétés.

Ça a un sens, pour comprendre leurs fonctionnements, de parler de toutes les sociétés, y compris les plus rudimentaires.

C. Les sociétés de fait et les sociétés apparentes

Avant de passer à l'autre distinction, un mot de ce qu'aujourd'hui on appelle aujourd'hui les sociétés de fait.

Ça a pu avoir un sens de parler de sociétés de fait pour désigner une situation dans laquelle spontanément, sans le savoir, des associés exerçant ensemble une activité commerciale, constituaient une société dans les faits, une société de fait. C'était l'époque où la société de droit commun n'était pas régie par le code des sociétés, et sans entrer dans les détails, il y avait une jurisprudence impliquant des cadres légaux obligatoires. Donc on qualifiait de sociétés de faits les sociétés qui se constituaient spontanément, à l'insu même de leurs associés, et le juge constatait que

dans les faits, il y avait une société.

Aujourd'hui ça n'a plus vraiment de sens, car dans les mêmes circonstances on est en face d'une société de droit commun, la plus simple, rudimentaire, et rien n'empêche que cette société de droit commun n'ait pas fait l'objet d'un contrat écrit, ou même, comme on est en droit commercial, la présence d'une société se prouve par toute voie de droit, donc il n'y a plus de sociétés de fait, la plus simple des sociétés est une société de droit commun.

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

Autre distinction, au sein des sociétés avec personnalité juridique, et avec limitation de responsabilité, on a des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux.

A. Les sociétés de personnes

On peut dire d'emblée que la société de personnes est la société dans laquelle les personnes ont une importance. Pour faire le lien avec le droit des obligations, ce sont des contrats *intuitu*. La personnalité, les caractéristiques des associés, est encore importante, même s'il s'agit d'une société avec personnalité juridique, et avec limitation de responsabilité.

Ça ne veut pas nécessairement dire que tout le monde se connaît, mais que quand on veut vendre ses titres, ses parts (ce qui matérialise l'appartenance à la société), ce sera plus difficile quand on est une société de personne.

Pour être plus précis, la société privée à responsabilité limitée (SPRL) et la société coopérative à responsabilité limitée (SCRL), avec des nuances, sont des sociétés de personnes. Tandis que dans la société anonyme (SA), ce sont les capitaux qui sont importants, c'est-à-dire que ce sont les sommes investies, apportées. Évidemment, tout n'est pas aussi simple, mais à la grosse louche, on peut dire que c'est comme ça. Dans les sociétés de personnes, la personnalité des associés est plus importante, donc on quitte plus difficilement une société de personnes.

B. Les sociétés de personnes à responsabilité illimitée

On classe également dans les sociétés de personnes, les sociétés avec personnalité juridique, mais sans limitation de responsabilité. Là on est dans l'hypothèse où il y a une personnalité juridique, mais pas de limitation de responsabilité, c'est-à-dire qu'il y a une solidarité entre associés, et donc l'identité des associés est importante à la fois pour les créanciers et pour les autres associés, car la solvabilité des associés est importante, puisque chaque associé s'engage sur son propre patrimoine. C'est une préoccupation partagée par les créanciers et par les autres associés. Donc en tout cas, sont des sociétés de personnes, les sociétés à responsabilité illimitée.

C. Les sociétés de capitaux

Parmi les sociétés de capitaux, c'est-à-dire les sociétés où les personnes comptent nettement moins que ce qu'elles ont apportés dans la société, d'où le nom de SA (ses membres sont anonymes, ses associés), il y a une sous catégorie, ce sont d'une part les sociétés « privées », mais là on doit

mettre privé entre guillemets, et d'autre part les sociétés « publiques ».

1. Les sociétés anonymes privées

Les sociétés anonymes privées sont les SA qui pour se financer ne font pas appel à l'épargne, c'est-à-dire ne lancent pas un appel public collectif pour attirer l'épargne des ménages ou des investisseurs. Ça veut dire que ce sont des sociétés qui pour augmenter leurs fonds propres, leurs ressources, comptent uniquement sur des associés.

2. Les sociétés anonymes publiques

Les sociétés publiques sont des sociétés qui pour se financer, vu leur objet, leur activité, plus ambitieuse, font appelle à l'épargne publique, c'est-à-dire que sous le contrôle de la CBFA, elles vont de temps à autre émettre un prospectus par l'intermédiaire des banques et tenter de capter les capitaux.

Parmi ces SA, certaines franchissent un pas supplémentaire qui est celui de la cotation en bourse, c'est-à-dire qu'elles inscrivent leurs actions, leurs titres, sur un marché réglementé, en Belgique Euronext.

L'article 438 définit ce qu'est une société faisant appelle à l'épargne, et l'article 4 définit ce qu'est une société cotée.

Si on travail par sous ensembles, on a le grand ensemble que constitue la SA, deux sous ensembles, les privées et les publiques, et au sein des publiques, on a un nombre plus restreint qui sont les sociétés cotées, et parmi les cotées, on a les cotées bel 20, qui sont les 20 plus grosses capitalisations boursières, puis on a les sociétés plus modestes, elles aussi cotées en bourse. C'est aux sociétés cotées et aux sociétés « publics » que s'applique le droit financier.

Section V. Les grandes, petites ou moyennes sociétés

Il est ici question d'une distinction selon le critère de taille. On en a parlé avec les PME, ici l'enjeu est de savoir si le droit comptable s'applique à telle ou telle société et de savoir dans quelle mesure il s'applique.

Les critères de taille sont presque les mêmes que ceux des PME : le nombre de travailleurs, le chiffre d'affaire et la valeur du bilan. Tout ça pour dire qu'on croise des critères sociaux et financiers. On verra aussi que ce critère de nombre du travail est important en droit du travail, pour savoir s'il faut constituer un conseil de société. Donc le critère de 50 ou 100 travailleurs est un critère qu'on trouve en droit comptable et en droit du travail.

Section VI. Les groupes de sociétés

Dernière classification, c'est ce qu'on appelle les groupes de sociétés. C'est une notion surtout importante pour l'an prochain, qu'on abordera plus cette année, c'est une notion qui n'est pas définie dans le code des sociétés, autrement dit elle est jurisprudentielle et doctrinale.

Un groupe de société est un rassemblement de sociétés, un regroupement de sociétés sous un contrôle unique. Ça veut dire que toutes ces sociétés ont une autonomie juridique, une indépendance juridique, une personnalité juridique, mais qu'elles sont en état de dépendance économique à l'égard de l'une d'entre elles, qui est plus forte, plus puissante, on pourrait parler de dépendance financière. C'est simplement l'idée d'une société mère qui compte un certain nombre de filiales.

Chaque filiale a la personnalité juridique, ce qui distingue la filiale d'une succursale, qui n'est qu'un comptoir de vente. Elle a une existence propre, mais avec là aussi une intensité variable, elle est sous le contrôle économique de sa société mère, faitière. On pourrait avoir des sociétés filiales à 99%, 75%... et en fonction de l'investissement de la mère dans la fille, la dépendance de la fille sera plus ou moins grande. C'est cet équilibre entre indépendance juridique et dépendance économique et financière qui caractérise le concept.

Ça pose parfois des problèmes pour les créanciers, car si on est créancier de la filiale, et que la mère appauvri la filiale, c'est-à-dire si la mère rapatrie vers elle des ressources de la fille, les créanciers de la fille seront défavorisés par rapport aux créanciers de la mère. On a aussi une considération pour les actionnaires de la fille. Les actionnaires minoritaires de la fille ont aussi intérêt à ce que la mère n'impose pas à la fille des sacrifices financiers qui auront pour conséquence que la fille sera en perte, ne distribuera pas de dividende aux actionnaires, alors que la mère sera en gain.

Là où ça se corse, c'est quand la fille est cotée, car la le droit financier et le droit des sociétés essaient de protéger les actionnaires. Donc la jurisprudence, puisqu'en grande partie tout cela repose encore sur la jurisprudence, est venue dire que des sacrifices pouvaient être imposés par la mère à sa fille (ce qu'elle peut faire, car la mère siège dans le conseil d'administration de la fille et est actionnaire principale), ces sacrifices peuvent être imposés si on invoque un intérêt de groupe, qui transcende les intérêts des membres du groupe, c'est-à-dire mère et fille. De façon plus concrète, elle peut imposer des sacrifices à la fille à deux conditions :

- 1- Ça ne peut pas aller jusqu'à mettre en faillite la fille (cessation de paiement, ébranlement du crédit) ;
- 2- Fut-ce de manière indirecte et différée dans le temps, chaque sacrifice implique une contrepartie. Donc la mère pourrait dire à la fille qu'elle prend une opportunité d'affaire et la détournant de son entreprise, elle s'accapare une opportunité d'affaire qui dans un premier temps avait été offerte à la fille, un contrat important, mais à terme, tôt ou tard, il y aura une compensation, car on appliquera la règle des vases communicants. L'idée est d'établir un équilibre dans le long terme et moyen termes entre les associés.

Chapitre 3. Le contrat de société

Section 1. La forme

C'est un contrat pluripartite. Il y aura donc potentiellement plus de deux protagonistes. C'est un contrat consensuel (mais pour prouver l'existence du contrat / l'existence de la personnalité juridique, il sera bien évidemment plus simple d'avoir écrit), qui se noue donc sans formulaire sacramentaire. Au pire, en l'absence d'acte authentique / d'acte sous seing privé, ce sera un contrat de société dans sa plus simple expression ; le contrat est à titre onéreux (enjeu financier), commutatif, synallagmatique (l'associé apporte quelque chose à la société, à charge pour la société de lui reverser un bénéfice), et *intuitu personae* (les associés entre eux doivent savoir que telle personne est plus solvable ou moins solvable etc.).

Il y a des exceptions : la SPRLU (un seul associé) et la société à finalité sociale. Elles constituent des exceptions au principe de la pluralité / du caractère onéreux / du but de bénéfice.

Dans les sociétés avec personnalité juridique, le contrat joue en quelque sorte comme un acte de naissance, comme une charte constitutive. Puis la personnalité morale vis sa vie, fonctionne, se développe, s'organise. Dans les sociétés sans personnalités, le contrat reste la référence. Il n'y a pas d'organe, de structure délibérative etc. AU sens plein du terme, on exécute donc un contrat. Mais quand il y a une personnalité juridique, alors le contrat s'exécute dans le cadre d'une institution qui possède des organes... (ex : pour modifier les statuts, on a pas besoin de réunir l'unanimité des co-contractants (associés), mais d'une majorité plus ou moins importante).

Au niveau de la forme, si la société n'a pas de personnalité juridique, le code ne prévoit pas d'écrit : c'est donc un pur contrat consensuel. Si on est en présence de société avec personnalité juridique, il faut un acte sous seing privé ou authentique, car la démarche auprès du greffe du trib. Commerce implique un écrit préalable. Si c'est une société avec responsabilité limitée, il faut un acte authentique ; en revanche, si c'est une société sans limitation de responsabilité, un acte sous seing privé en autant d'originaux que de parties suffit.

Section 2. Les conditions générales de validité

Les conditions de fond relèvent du droit des contrats : capacité juridique etc. L'enjeu, par rapport au mineur, c'est qu'il peut prendre des participations dans des sociétés avec personnalité juridique et donc, en outre, avec une responsabilité limitée. Un actionnaire d'une SA n'est pas commerçant, tout comme un associé d'une SPRL. Mais la prise de participation dans une société commerciale à responsabilité limitée ne fait pas de l'investisseur ou du détenteur du titre un commerçant : il reste une personne civile.

D'où une procédure particulière en cas de décès d'un associé dans une société en nom collectif : un mineur qui hérite dans ces circonstances peut rester associé.

Le consentement de chaque associé doit être exempt de vice (dol, violence, lésion). Le dol recouvre notamment l'idée de faire croire à quelqu'un que la société tient la route alors qu'elle est en perte.

L'important est de dire que selon le type de société, ce qui affecte l'engagement d'un associé a, ou n'a pas de conséquence sur la validité du contrat. Le fait d'annuler l'engagement d'un associé peut ne pas avoir de conséquence sur la validité de la société (SPRL, SA, sociétés coopératives à responsabilité limitée). Mais dans une société (à responsabilité illimitée) avec un *intuitu personae* fort, la rétractation de l'engagement peut remettre en cause le principe même du contrat !

L'objet (objet statutaire si personnalité juridique ; objet effectif si pas de personnalité) du contrat est l'activité économique. L'objet de l'engagement des associés est ce qu'ils ont accepté de mettre en commun (un immeuble, ou 100 000 € etc.).

La cause (le but) de l'obligation (des associés) sont les droits sociaux. La cause de l'engagement des associés est la recherche d'un bénéfice, d'un droit de vote etc.

Section 3. Éléments caractéristiques ou conditions spécifiques

§1. Une pluralité d'associés

Il faut d'abord une pluralité de fondateurs / associés, avec l'exception de la SPRLU (à vérifier). Dans une société de capitaux, c'est vraiment la pluralité : l'anonymat fait que la fragmentation de l'actionnariat est telle qu'on a pas idée du nombre d'actionnaires.

Nuance : dans l'hypothèse où il y a plusieurs associés lors de la création du contrat, mais par la suite, toutes les parts se retrouvent dans les mains d'un seul. Dans la SPRLU, pas de soucis. Dans la SA, qui ne peut être uni-personnelle, une disposition légale laisse un temps de réaction à l'actionnaire qui se retrouve tout seul. Dans la rigueur des principes, on devrait dissoudre... Mais pour préserver l'existence de la société anonyme, on accepte qu'il reste seul pendant un an, et si après un an il n'a pas trouvé de solution, il est solidairement responsable des engagements de la société (il perd le bénéfice de la responsabilité limitée).

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

La société a pour but de réaliser des bénéfices et de les distribuer. Mais en cas de perte, les associés devront y contribuer. C'est donc dans la nature de la société qu'il y ait partage des bénéfices et pertes.

Pour ce qui est de la participation aux bénéfices, c'est ce qui distingue la société de l'association. La participation directe c'est de recevoir de l'argent. La participation indirecte recouvre l'idée de réaliser une économie (à la ciaco, avec la carte de la coopérative, on payait moins cher).

Le groupement européen d'intérêts économiques, qui est une société, c'est la même chose : il permet à ses membres de faire des économies. Il se substitue à ses membres pour exercer des activités accessoires par rapport à l'activité principale de ses membres. *Ex : 5/6 sociétés qui produisent des*

boissons vont outsourcer la fabrication des bouteilles, feront tous appel au même GIE, ce qui permet de réduire les dépenses.

La proportion des bénéfices peut être en rapport avec l'investissement (quelqu'un qui investit 100 recevra potentiellement plus que quelqu'un qui investit 50), mais ce n'est pas obligatoire : on peut dissocier les deux.

Le partage des pertes se fait en général soit quand on met fin à la société (dissolution), soit tous les ans (on demande aux associés de compenser la perte enregistrée). L'art. 1 n'évoque que le partage des bénéfices, tandis que l'art. 32 évoque le partage des bénéfices et la contribution aux pertes. Cette différence à amener certains auteurs à considérer que le partage des bénéfices est de l'essence même de la société, tandis que la contribution aux pertes était moins essentielle et que cela relevait simplement de l'idée que la société est un contrat d'intérêt commun.

La conséquence de ce raisonnement serait que s'il n'y a pas partage des bénéfices, la société est nulle. S'il n'y a pas contribution aux pertes, la société n'est pas nulle, mais la clause qui mettrait à charge d'un associé la totalité des pertes serait réputée non écrite.

Pour les SA, SPRL et SCRL, le législateur a mis tout le monde d'accord : dans les deux cas, la clause est réputée non écrite, que ce soit pour les bénéfices ou pour les pertes.

Mais dans les autres cas, le doute subsiste, puisque l'art. 1 n'évoque que les bénéfices, et que l'art. 32 traite aussi des pertes.

L'art. 32 est celui qui prohibe les pactes léonins, les clauses léonines. C'est une convention qui attribue la totalité des bénéfices à un associé, ou qui met à charge d'un associé la totalité des pertes ; ou encore la clause qui affranchit de toute contribution aux pertes un associé.

Cet article ne condamne pas un traitement innégalitaire. Il peut y avoir des disproportions, mais on exclut la TOTALITE de l'affranchissement des pertes ou de la mise à charge des pertes.

Cela signifie que si une clause prévoit que la moitié des parts d'un associé sera rachetée par un autre associé à un prix déterminé, indépendamment des résultats, certes l'associé est affranchit des pertes à concurrence de la moitié de ses parts, mais assume toujours un risque pour l'autre moitié de ses parts !

Si une clause prévoit qu'au moment de la liquidation de la société, le solde bénéficiaire revient à un seul associé, ce n'est pas une clause léonine, puisque pendant l'exercice de l'activité sociétaire, tous les associés ont reçu X % du bénéfice.

C'est donc bien de totalité dont il doit s'agir pour se retrouver dans l'hypothèse de l'art. 32.

La question s'est posée de savoir si l'art. 32 s'appliquait aux conventions de portage. Une convention de portage est la convention au terme de laquelle un porteur va s'engager à l'égard d'un donneur d'ordre à détenir des actions ou des parts pendant un certain laps de temps, et il s'engage d'autre part à vendre ces parts au donneur d'ordre à un prix fixé d'avances, qui exclut toute contribution aux pertes. En d'autre terme, le prix auquel le porteur vendra ses actions au donneur d'ordre est au moins égal au prix payé par le porteur pour acquérir ses parts.

Le donneur d'ordre possède des parts et les vend au porteur. Il s'engage à les lui racheter à un prix

au moins égal au prix initial. L'autre hypothèse, c'est celle où le donneur d'ordre ne possède pas les parts, mais convoite certaines part. Il n'a pas le premier € pour se les payer. Pendant un certain temps, c'est donc le porteur qui va acheter ces parts et les porter, puis va les vendre au donneur d'ordre qui s'engage d'ores et déjà à lui payer un prix au moins égal au prix payé par le porteur pour acquérir ses actions. Le porteur est donc affranchit de toute perte : ce qu'il a acheté 100, il revendra à 100 + éventuelles rémunérations.

Pour des raisons pragmatiques, il a fallu aller jusqu'en cassation pour qu'on considère que l'art. 32 ne s'applique qu'aux conventions qui porte atteinte au pacte social. Cela voudrait dire que c'est au moment de la constitution que la question se pose, au moment de la souscription d'actions nouvelles que la question se pose. Mais si la convention de portage concerne des actions existantes déjà émises qui ont déjà subi une part de risque, elle ne porte pas atteinte au pacte social !

Une convention de portage qui prend naissance au moment de la souscription de l'action nouvelle, ou qui concerne des actions nouvelles, pourrait elle porter atteinte au pacte social !

Quand on est pas au moment de la constitution de la société, ou au moment de l'augmentation du capital de la société (émission d'actions nouvelles), on applique donc pas l'art. 32 et la convention valable.

Certains auteurs, pour arriver au même résultat, prône l'application des principes généraux : il faut voir s'il y a un abus de droit (le porteur abuse-t-il de la faiblesse du donneur d'ordre ? Les deux abusent-ils de la société ?) ; l'autre critère est l'intérêt social (dans certaines circonstances, la société elle-même a intérêt à ce que la convention de portage soit valable et soit exécutée).

§3. Les apports

Autre élément caractéristique de la société, c'est l'apport : c'est l'aspect commutatif du contrat. Les associés apportent à la société, et en contrepartie reçoivent des bénéfices.

A. L'apport et le capital social

Les apports vont constituer le capital de la société. Là aussi, selon qu'elle a ou non la société, il y a des nuances à apporter. L'apport est une espèce de patrimoine d'affectation : les associés mettent à disposition de la société des biens qui vont lui permettre de vivre ou d'être exécuté si c'est un simple contrat.

Chaque année, si, quand on fait le bilan, il y a un supplément (on dégage un supplément par rapport aux apports initiaux), c'est un bénéfice et on le distribue !

La référence, pour dire si oui ou non il y a bénéfice, c'est finalement la somme des apports.

Ce qui est caractéristique de l'apport, c'est qu'il y a comme dans une vente un transfert de propriété, mais en contrepartie, il n'y a ni une somme d'argent comme dans la vente, ni un bien comme dans un échange. L'apport a de commun avec la vente et l'échange qu'il y a un transfert de propriété. Mais la contrepartie n'est pas une somme d'argent ou un bien équivalent, mais bien des actions, des parts, des titres représentatifs de l'apport, qui eux-mêmes octroient des droits à l'associé.

La souscription de l'apport est l'engagement pris par un associé de transférer un bien, ou de mettre un bien à disposition. La libération de l'apport, c'est l'exécution de cet engagement / de ces promesses. C'est donc la réalisation effective de ce transfert ou de cette mise à disposition.

Les apports des différents associés peuvent être inégaux. Mais tout l'enjeu est de déterminer la valeur de l'apport. Il faut s'assurer qu'il y a au moins une valeur, aussi minime soit-elle. L'apport ne doit être ni fictif (inexistant, ou un apport qui n'appartient pas à celui qui effectue l'apport), ni surévalué (procédure d'évaluation avec avis externe). S'il n'y a pas de disposition contraignante (c'est le cas lors d'une responsabilité illimitée), et bien on s'en remet aux négociations entre associés. La protection des créanciers impliquera l'intervention d'un tiers chaque fois qu'on veut éviter une surévaluation plus ou moins manifeste de l'apport.

L'apport doit aussi être irrévocable et inconditionnel, c'est-à-dire qu'au moment de la souscription on ne peut pas assortir son consentement de conditions ou de facultés de révocation. Il y a des circonstances où les créanciers personnels (à distinguer des créanciers sociaux) de l'associé, de l'apporteur, peuvent, s'ils ont l'impression qu'il y a une simulation, exercer les actions pauliennes en démontrant la fraude dont ils sont victimes.

B. Les types d'apports

1. En espèce

Les apports en espèce sont les apports qui portent sur une somme d'agent libellée en euros. Les intérêts sont dus de plein droit à compter de la date prévue pour la date de paiement (art. 23 ou 32 ?).

2. En nature

Les apports en nature sont des apports autres qu'en espèce, qui portent sur des biens susceptibles d'évaluation économique et qui présentent un intérêt pour la société bénéficiaire de l'apport.

3. Les apports en industrie

Il y a ensuite les apports en industrie : un associé promet d'exercer au sein de la société une activité (professionnelle, commerciale...). Dans les sociétés à responsabilité limitée, les apports en industrie ne sont pas pris en considération (ne donnent pas lieu à l'octroi de titre), et ce pour deux raisons : (1) s'agissant d'une obligation de faire, il est difficile de contraindre l'associé de réaliser son apport ; (2) ensuite, il est difficile d'évaluer un tel apport.

Dans les sociétés où l'apport en industrie est pris en considération, l'apport en industrie est valorisé, mais cela implique une obligation de non concurrence : celui qui promet un tel apport s'engage à ne pas concurrencer la société. Il octroie à la société l'exclusivité de ses services dans le cadre de l'apport en industrie.

L'art. 199 du code permet au créancier de la société d'exercer une action pour forcer les associés à libérer leur apport. La société restant inactive, n'obligeant pas les associés à libérer leurs apports, on permet aux créanciers, sur base de 199, d'exercer une forme d'action oblique.

Les modalités de réalisation des apports, on y reviendra de façon plus approfondie à propos des sociétés sans personnalité juridique. Mais on peut déjà dire qu'on peut leur apporter l'apport en propriété (transfert de propriété : l'importeur accepte d'être dépossédé du bien et ne pourra le récupérer). On va appliquer les règles en matière de vente par analogie : garantie d'éviction, des

vices cachés etc.

Tout cela ne pose aucun problème lorsque la société a la personnalité juridique. Un bien quitte le patrimoine de l'associé et arrive dans le patrimoine de la société qui, ayant la personnalité juridique, possède un patrimoine. Lorsque la société n'a pas la personnalité juridique, il n'y a pas nécessairement au sens strict un transfert de propriété, en tout cas en faveur de la société. Soit il y a une mise à disposition (ce qui implique une dépossession), soit le transfert se fait au bénéfice d'un associé gérant.

4. En jouissance

Puis on a des apports en jouissance : un associé accepte d'octroyer à la société ou à la communauté des associés la jouissance d'un bien (variante de l'apport en usufruit). La société va donc utiliser le bien (occuper un immeuble par exemple).

5. En nue-propriété

Le dernier type d'apport est celui en nue-propriété : tout en continuant à jouir du bien et en recevoir les fruits, l'associé a déjà transféré la nue-propriété, sachant qu'on reconstituera la pleine propriété quelques mois plus tard.

§4. L'affectio societatis

Le siège de cette condition, de cette caractéristique peut être l'art. 19 du code, qui complète l'art. 1. *L'affectio societatis* n'est pas uniquement l'intention de conclure un contrat de société. Par contre, si on le rattache à l'art. 19, c'est que *l'affectio societatis* insiste sur la volonté qu'ont les associés de collaborer, sur pied d'égalité (!) à la réalisation de leur intérêt commun : partage des bénéfices.

Ca peut donc permettre de distinguer le contrat de société du contrat de travail ou du contrat de prêt. Dans le contrat de travail, il y a un lien de subordination qui fait qu'on ne collabore pas sur pied d'égalité, même si le but est commun.

L'intérêt commun de l'art. 19 et la définition donnée de *l'affectio societatis* fait que *l'affectio societatis* est une condition spécifique, un critère de distinction du contrat de société.

L'autre conséquence du concept est qu'on considère qu'au moment de la conclusion du contrat, et dans le cadre de son exécution, l'obligation de bonne foi est renforcée ! Les associés entre eux et à l'égard de la société, qui leur inspire une certaine « affection », doivent se montrer loyaux et de bonne foi.

C'est donc à dire qu'ils peuvent poursuivre leur intérêt à travers la société, mais à partir du moment où ils sont entrés en société, ils ne peuvent pas poursuivre leur intérêt contre celui de la société / de leurs associés. Raison pour laquelle le principe d'exécution de bonne foi est plus fort dans l'exécution du contrat de société est plus fort dans les contrats de société.

Enfin, l'existence de *l'affectio societatis*, ou son inexistence, permet parfois de débusquer des simulations de société et d'en arriver à la conclusion qu'il y a des motifs de paiement de D/I. Ce n'est pas une cause de nullité de la société, mais cela permet notamment au FISC de réclamer des

D/I car on a constitué une société alors qu'en réalité, il s'agissait d'une vente pure et simple. Les droits d'enregistrement ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'un apport ou d'une vente.

C'est aussi sur cette base là (existence d'une *affectio societatis*) que l'on va distinguer au sein d'une société les véritables actionnaires et les investisseurs. Ces derniers jouent leur intérêt parfois contre ceux de la société, tandis que les actionnaires poursuivent leur intérêt personnel au travers de l'intérêt commun de la société.

§5. Une organisation économique ayant un intérêt propre

A. L'intérêt social – notion et conceptions

C'est le fait que le contrat de société implique une organisation économique ayant un intérêt propre. L'existence de cette organisation économique ayant un intérêt propre est plus évidente lorsque la société a une personnalité juridique.

Le contrat de société est un contrat pluripartite : les décisions vont donc être prises dans l'intérêt commun des associés, ce que confirme l'art. 19 du code.

Si la société a une personnalité juridique, on peut considérer qu'elle a un intérêt propre, autonome, qui transcende l'intérêt de ses membres. Or, la notion d'intérêt social est une notion qui, à intervalle régulier dans le code des sociétés, est mobilisé pour statuer sur la validité d'une décision d'un organe, et c'est aussi le critère de validité de certaines dispositions statutaires / conventions entre actionnaires. C'est donc un concept souvent utilisé mais jamais défini.

Deux conceptions s'affrontent : une conception plus financière et patrimoniale, qui considère que l'intérêt social est l'intérêt commun des associés et actionnaires ; la seconde tendance, plus sociale et entrepreneuriale, considère que l'intérêt social est non seulement l'intérêt commun des actionnaires, mais aussi l'intérêt d'une constellations de partenaires (stakeholders : travailleurs, fournisseurs, clients...), des partenaires qui gravitent autour de la société.. Des gens qui, d'une manière ou d'une autre, ont misé sur la société (leur travail, de l'argent etc.).

B. Les droits fondamentaux des associés

On en identifie aujourd'hui 4, même si on peut nuancer selon le type de société dans lequel on se trouve.

Le premier droit fondamental est celui de continuer à faire partie de la société, de ne pas en être exclu. Des nuances sont à apporter selon le type de société (en droit ou en jurisprudence).

Le second est le droit de contrôler la gestion, de surveiller l'usage qui est fait de l'apport (collaboration sur pied d'égalité).

Le troisième droit est celui du droit à la distribution d'une partie des bénéfices (l'art. 32, du reste, prohibe la distribution de tous les bénéfices à un seul).

Enfin, quatrième droit fondamental : droit à une égalité de traitement formelle.

Section 4. La nullité

On voit ici ressurgir une distinction entre les sociétés à responsabilité limitée et les autres.

A. Les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés privées à responsabilité limitée

Pour les premières (SA, SPRL, commandite par action, SCRL), le code limite les hypothèses (art. 227, 454 et 403 (à vérifier)). Hors ces hypothèses, pas de nullités.

Quand on parle de l'objet, c'est bien de l'objet et non de la cause. Un arrêt de la Cour de justice est venu confirmer que le but n'est pas une cause de nullité. Constituer une société pour écarter les biens du recours des créanciers n'est donc pas un motif de nullité ; tout comme constituer une société pour frauder le fisc (mais cela peut donner lieu à des D/I).

L'objet illicite serait le trafic d'organes, la prostitution, le trafic de drogue etc.

B. Les sociétés sans personnalité juridique, sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple

Pour les autres sociétés (sans personnalité, SNC et commandite simple), on applique le droit commun au niveau du consentement, de la contrariété à l'ordre public, l'*intuitu personae* etc.

Dernière précision : pour toutes les sociétés dont nous venons de parler, peu importe qu'elles aient la personnalité ou non, il faut que la nullité soit prononcée par une décision judiciaire ou une sentence arbitrale. Elle doit donc être prononcée ! La nullité implique donc une décision judiciaire ! La décision ne constate pas la nullité, elle constitue la nullité, en est la condition !

Si la société est dotée de la personnalité juridique, l'art. 72, pour limiter les dégâts, prévoit que la nullité n'a pas d'effet rétroactif (nullité *ex nunc*, à partir de maintenant). Quand on annule on liquide la société, c'est comme si elle était dissoute.

Toujours pour ces sociétés, le juge peut octroyer un délai de régularisation : si le motif de nullité peut encore être régularisé, l'art. 176 prévoit que la régularisation est possible !

L'art. 172 nous indique que la nullité n'est opposable aux tiers qu'à partir du moment où la décision est publiée. L'opposabilité aux tiers de la nullité implique donc une publication au moniteur.

Pour les sociétés qui n'ont pas la personnalité juridique, il y a un effet rétroactif : nullité *ex tunc*.

Le délai de prescription : l'action en annulation se prescrit par 5 ans, à dater de la publication de l'acte de société. Ce délai ne vaut que pour les sociétés dont on limite les causes de nullité, on a aussi prévu un délai de prescription plus court.

Chapitre 4. La personnalité morale

Le législateur attribue la personnalité juridique à des entités, à des organisations qui poursuivent un intérêt différent de celui de leurs membres. Rien que cela peut déjà renvoyer à l'intérêt social.

La reconnaissance par un état d'une personnalité morale implique que l'entité poursuive un intérêt qui transcende celui de ses membres.

Dans le contrat de société sans personnalité, l'intérêt social est l'intérêt commun des associés. Mais lorsqu'il a personnalité juridique, l'intérêt social est l'intérêt de la société, et cet intérêt propre, autonome, distinct, est la synthèse des intérêts communs qu'il transcende. Cela suffit à dire que l'intérêt social, lorsque la société a la personnalité juridique, ne peut plus être l'intérêt des associés.

Une fois qu'elles ont la personnalité juridique, les sociétés concernées ont la capacité juridique. On reviendra sur la distinction, mais on peut dire que pour tout ce qui n'est pas contradictoire avec leur caractéristique de personnalité juridique, les personnes morales sont titulaires de droits et obligations. Elles peuvent être titulaires de droit d'auteur, obtenir des D/I pour atteintes à l'image, elles peuvent assumer une responsabilité pénale... Et une personne morale peut être dirigeante d'une autre personne morale ! Une société avec personnalité juridique peut être administrateur d'une SA, siéger au sein du conseil d'administration (art. 61 §2 du Code). Simplement, on demande à la personne morale, dans ce cas, de désigner un représentant permanent, qui va physiquement siéger au sein du conseil, avec une responsabilité solidaire entre la personne morale et son représentant permanent.

§1. L'acquisition de la personnalité morale

Avant 1995, il y avait une forme d'acquisition spontanée de la personnalité morale : un juge, lorsqu'il constatait qu'un groupe de personnes exerçait en commun une activité commerciale pour se partager les bénéfices en résultant, reconnaissait en vertu de la théorie des cadres légaux obligatoires, l'existence d'une personnalité morale. A l'époque donc, la société par défaut était la SNC, par hypothèse irrégulière puisqu'on avait pas respecté les formes pour créer une SNC (société en nom collectif).

La conséquence est qu'à l'époque, la société de droit commun n'avait pratiquement pas d'occurrence : le juge constatant que des personnes se mettaient ensemble pour exercer une activité considérait qu'il y avait dans les faits une SNC.

On a aboli cette théorie, avec pour conséquence qu'aujourd'hui, il faut effectuer des démarches auprès du greffe du tribunal de commerce pour obtenir cette personnalité morale ! De là, il y a une restauration de la société de droit commun : société formée sur base purement contractuelle. Cette démarche auprès du greffe implique de déposer au greffe un extrait de l'acte constitutif.

C'est ce moment là qui est le moment clé (et non la publication au moniteur qui suivra le dépôt au greffe ; ni même l'inscription à la banque carrefour). Au moment où la société prend fin, lorsqu'elle a la personnalité juridique, elle va se dissoudre (processus lent).

Il y a un point particulier qui est réglé par l'art. 60 (du code, qui est supplétif) : problématique des sociétés en formation. La société n'existe pas encore ! On est dans la phase qui sépare l'accord de volonté sur la conclusion du contrat ou sur la naissance de la société, mais elle n'est pas encore née ! Entre temps, il faut peut-être poser des actes pour la société en formation (*ex : acheter les futurs meubles*). Les créanciers ayant besoin d'être rassurés, et les promoteurs de la société (ceux qui vont prendre des initiatives pour la faire naître) ayant tout autant besoin d'être rassurés (ils veulent que ce soit, *in fine*, la société qui reprenne ses engagements)... Ils assument une obligation sous condition résolutoire : en réalité, il y a deux conditions résolutoires : (1) que la société accède à la personnalité juridique dans les deux ans ; (2) que dans les deux mois qui suivent la naissance, la société reprenne les engagements. Tous sont donc rassurés.

Section 2. Attributs de la personnalité morale

§1. La spécialité légale et la spécialité statutaire

Selon le type de société, des précisions et nuances seront apportées.

Parmi ces attributs, il y a la capacité juridique de l'être moral, ce qui renvoie à la distinction entre spécialité légale et spécialité statutaire.

A. La spécialité légale

La spécialité légale limite la capacité de la société. C'est sa vocation, sa raison d'être, l'objectif en vue duquel la société est créée, en vue duquel le législateur a permis qu'une entité acquière la personnalité juridique. Une société, civile ou commerciale, a pour vocation de réaliser des bénéfices et de les partager (but de lucre). L'association a pour vocation d'exercer des activités diverses dans un but non lucratif (religieux, caritatif, social etc.).

Une société, en vertu du principe de spécialité légale, n'est donc pas sensée poser des actes à titre gratuit. La nuance est que pour remplir son objectif principal, on accepte que la société, dans certaines circonstances, pose des actes gratuits, altruistes, à condition qu'on puisse démontrer que directement ou indirectement, ces actes vont lui procurer, tôt ou tard, un avantage patrimonial.

Les sociétés commerciales pratiquent ainsi le mécénat, le sponsoring, des dons etc., pour améliorer leur image de marque. Aussi longtemps qu'il y a un lien entre l'acte gratuit et un éventuel effet positif, c'est permis, et même encouragé fiscalement : la société pourra déduire de ses bénéfices ce qu'elle aura donné à concurrence de certains montants.

Selon le secteur d'activité de la société, elle sera invitée à être plus ou moins altruiste. Ainsi, la FN Herstal a moins intérêt à sponsoriser une équipe de foot.

B. La spécialité statutaire

L'autre spécialité est la spécialité statutaire. Là, c'est l'objet statutaire qui, dans certains cas, limite la capacité de la société. Les actes posés par les organes qui dépassent l'objet social ne sont pas opposables à la société dans le sens où la société pourra dire que c'est contrat à sa spécialité statutaire. Sauf que, dans certaines sociétés (toujours les trois mêmes, voir supra : SCRL, SA

SPRL), on a fait en sorte que le dépassement d'objet social ne cause pas préjudice au tiers de bonne foi. Nonobstant le non respect de la spécialité statutaire, la société continuera donc à être engagée à l'égard des tiers, sauf à démontrer qu'ils sont complice de ce dépassement d'objet social. Ainsi donc, pour la SA, SCRL et SPRL, la capacité statutaire et son non respect n'a pas d'impact sur la responsabilité de la société à l'égard des tiers, mais a un impact sur la responsabilité des organes (les dirigeants). Si la société doit payer un tiers, elle le fait, mais se retourne alors contre son administrateur délégué !

§2. Le patrimoine social

Dans la mesure où la société a la personnalité juridique, elle a un patrimoine, apporté au départ, ou acquis. Quand la société a la personnalité juridique, il y a un réel transfert de propriété entre l'associé et la société au moment où l'apport est libéré. Si on promet d'apporter un immeuble, au moment où l'apport est effectué, l'immeuble quitte le patrimoine de l'associé et entre dans celui de la société. (droit d'enregistrement sur les apports est inférieur à celui du droit d'enregistrement pour vente immobilière).

Les créanciers sociaux (peuvent saisir le bien qui composent le patrimoine de la société. Selon que la société soit avec ou sans responsabilité, ils pourront ou ne pourront pas s'attaquer aux biens des associés.

Quid des créanciers personnels des associés ? Quel que soit le type de société, à partir du moment où un bien a été apporté, les créanciers personnels ne peuvent plus saisir les biens apportés. Ils peuvent saisir les parts reçues par les associés, mais par leur apport !

§3. La représentation par des organes

Troisième attribut : la société est représentée par des organes, qui sont des « mandataires² », qui incarnent la société. Physiquement, ils donnent vie à l'être moral.

Quand la société n'a pas de personnalité morale, il est plus compliqué de savoir qui peut agir au nom de l'ensemble des associés ! Ils forment une communauté, ont un intérêt commun, des biens ont été affectés à la société, et il est plus compliqué de savoir lequel de tous les associés va pouvoir agir au nom de l'ensemble. Dans ce cadre là, on est encore dans un mode de raisonnement analogue au mandat.

Ici, c'est plus simple : il y a un organe, et la loi indique qui fait partie de l'organe. Hors de ce que dit la loi, il n'y a pas d'organe. Cela rassure les tiers et créanciers qui peuvent plus facilement identifier qui est responsable et incarne la société.

A. Les différents organes

Il y a différents types d'organes. Les organes de délibération, qui partout portent le nom d'assemblée générale, qui a plutôt un rôle en interne ; puis on trouve des organes qui ont plutôt un rôle vis-à-vis de l'extérieur, avec une intensité variable : l'organe de gestion (du conseil d'administration d'une grande SA au gérant dans une SPRL ou dans une SNC).

Autre organe qui lui a uniquement un rôle de représentation (et là encore, cela varie selon les sociétés), va représenter la société à l'égard des tiers : des administrateurs dans une SA ; les gérants

(qui sont à la fois des organes de gestion et des organes de représentation)...

L'organe de contrôle / surveillance a lui un rôle interne et externe : il contrôle les comptes, certifie les comptes (après quoi il a un rôle d'intérêt général à jouer, raison pour laquelle on confie cette mission à des experts indépendants; L'institut des réviseurs d'entreprise est le garant de cette indépendance).

B. L'organe incarne la société

L'organe incarne donc la société, lui donne une existence physique. Cela permet à un être moral de s'identifier, s'incarner dans un être physique qui est le gérant, l'administrateur délégué etc.

Là encore, pour rassurer les tiers, il y a un arsenal de dispositions qui font en sorte, dans certains types de société, de rendre inopérante les limitations statutaires ou autres apportées au pouvoir de l'organe. A partir du moment où la société a adopté une forme juridique, où la loi décrit les pouvoirs du conseil d'administration, où les tiers connaissent l'identité des personnes qui composent le conseil d'administration, si la société a logé dans les statuts des dispositions qui limitent les pouvoirs de ces organes, ces limitations n'ont pas d'effet externe ! Elles ne sont donc pas opposables aux tiers, et n'ont qu'un effet interne en terme de responsabilité de l'organe. Ce n'est pas une question de capacité de la personne morale, mais bien une question de pouvoir de ses organes et de responsabilité de l'organe qui dépasse les pouvoirs.

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

L'organe sait donc que ses pouvoirs sont limités statutairement, ce que le tiers n'est pas sensé savoir. En cas de dépassement de pouvoir (et non pas d'objet social, comme plus haut), la société est engagée, mais le gérant voit sa responsabilité engagée. Cela implique que l'organe soit resté dans sa sphère de compétence. Pour prendre un exemple fort, si l'administrateur délégué de la société, dans un accès de colère, commet un assassinat sur son lieu de travail, la société ne sera pas pénalement responsable !

D. La responsabilité des administrateurs et des gérants

L'art. 61, dont on a déjà parlé à propos de l'administrateur personne morale, consacre cette théorie de l'organe en rappelant que tous les actes posés par l'organe dans sa sphère de compétence engagent directement la société elle-même. Le bon côté des choses, pour l'organe, est donc cette idée de transparence de l'organe ! C'est l'idée que la responsabilité de la société va absorber celle de l'organe. De la même manière que la personne morale s'identifie à l'organe, l'organe s'identifie à la personne morale. Il est transparent, on ne le voit pas. Lorsque le PDG exerce son rôle, il disparaît, est transparent, et c'est la société qui est directement engagée.

Quand on parle de responsabilité limitée, cela ne veut pas dire que la société personne morale bénéficie d'une limitation de sa responsabilité : la société est toujours responsable des actes qu'elle pose ou que l'on pose en son nom. Quand on parle de limitation de responsabilité, on vise dans certaines sociétés la limitation de la responsabilité des associés, dont la responsabilité est limitée aux biens apportés. Quand on parle de limitation de responsabilité, on parle aussi, pour toutes les sociétés cette fois-ci, d'une limitation de responsabilité des organes ! Les organes, lorsqu'ils exercent leur fonction, n'ont aucune responsabilité vis-à-vis des tiers (sauf exceptions, voy. *infra*).

Dans certains cas, même si l'organe agit en dehors de ses fonctions, si le tiers réussit à démontrer que l'apparence à été créée que l'organe agit dans ses fonctions, on retombe dans la théorie de

l'apparence ! Si on a laissé croire à un tiers qu'il pouvait considérer qu'une personne physique posait un acte au nom de la société, alors la société pourra être engagé. On entend ainsi protéger les tiers de bonne foi.

D'un point de vue de la responsabilité aquilienne, la société est engagée sur la responsabilité de ses organes qui créerait un dommage sur base de 1382, et non sur base de 1384 (car ce ne sont pas des agents d'exécution).

Cela ne veut pas dire que l'organe est, en toute circonstance, irresponsable. Cela aurait été dangereux de lui donner un tel privilège. Il y a d'ailleurs des cas où les associés d'une société RL peuvent subir une déchéance de cette limitation de responsabilité. L'abus de droit concerne aussi l'abus du droit de créer une responsabilité morale.

Ici, il y a une hiérarchie dans les fautes et, en parallèle, il y a une hiérarchie de ceux qui peuvent agir en responsabilité et du type de responsabilité qui est encouru par l'organe ou les membres de l'organe. Lorsque l'organe commet une faute de gestion, c'est-à-dire lorsqu'il exécute mal son contrat, seule la société peut agir en responsabilité pour faute de gestion, et la responsabilité est individuelle (chaque membre de l'organe assume cette responsabilité, ce qui n'exclut pas une éventuelle condamnation *in solidum*, mais n'est pas une responsabilité solidaire).

Si par contre l'organe ne respecte pas la loi ou les contrats (les « règles du jeu »), la responsabilité peut être mise en cause par la société, mais aussi par les tiers, et la responsabilité est solidaire ! En externe, cela n'a pas de conséquence : la société est engagée. Mais en interne, la responsabilité est renforcée (puisque solidaire).

Viennent enfin des hypothèses de faillite, où on sûr que la gestion a été tellement mauvaise que la société a été conduite à la faillite, auquel cas les tiers peuvent agir, la société aussi (donc le curateur, soit dans l'intérêt de la société, soit dans l'intérêt des créanciers). On peut même ratisser plus large : mettre en cause les administrateurs actuels, anciens etc.

L'art. 1382 peut aussi le cas échéant servir à mettre en cause la responsabilité de l'organe. Un tiers pourrait agir en responsabilité sur base de 1382 contre la société, mais aussi contre l'organe, mais sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation est contradictoire ! On est donc encore dans une période d'incertitude à cet égard.

L'intérêt social (voir *supra*) : la faute de gestion implique que l'organe n'ait pas agi dans l'intérêt social. Qu'est-ce que l'intérêt social ? C'est une notion souvent utilisée dans le code, mais qui ne reçoit pas une définition dans le code des sociétés. Il y a deux tendances : la tendance patrimoniale (l'intérêt social est l'intérêt commun des actionnaires), et la tendance plus sociale, qui considère que l'intérêt est l'intérêt des stake holders (les actionnaires, mais aussi les travailleurs, fournisseurs, clients etc.).

On peut dire que quand il y a une personnalité morale, l'intérêt social n'est plus l'intérêt commun des associés. Il va au-delà de celui de ses membres.

On considère aujourd'hui que l'intérêt social est un concept fonctionnel et procédural (on entend par là qu'on le définit en fonction du contexte, des circonstances, du type de société, de sa situation financière etc.). C'est un concept procédural dans le sens où c'est un critère qui permet de fonder la légitimité et la validité d'une décision.

Il ne peut être défini une fois pour toute, et la question est simplement de savoir s'il est de l'intérêt de la société de prendre en considération les préoccupations des actionnaires, ou plutôt des travailleurs, créanciers etc. La société doit donc établir une forme de hiérarchie des intérêts / enjeux.

Ses organes doivent donc tenter d'arriver à une promotion harmonieuse de ses enjeux : continuité, développement et croissance.

E. La responsabilité pénale des personnes morales

L'art. 5 du code pénal autorise depuis peu la poursuite au pénal des personnes morales. Si le ministère public peut démontrer que l'infraction a été réalisée dans l'intérêt de la société et « par elle » (**voir le syll pour être sûr**), alors elle pourra être poursuivie. Dans certaines circonstances, on peut punir la personne physique et la personne morale ; dans d'autres, ce sera l'un ou l'autre.

Les sanctions sont l'amende et la dissolution.

§4. La dénomination sociale

Art. 65. Cette dénomination sociale est protégée aussi longtemps qu'elle est suffisamment distinctive. Elle est protégée au sens où le code fait en sorte que le code des sociétés fait en sorte que l'homonymie (fait de porter le même nom) peut susciter une confusion dans le chef des tiers. Donc, une société qui s'est choisi un nom peut prétendre à l'exclusivité de ce nom.

Le risque de confusion susceptible de causer un dommage s'apprécie de façon abstraite dans le cadre de l'art. 65. Il suffit de démontrer que dans l'esprit du public (souvent, du consommateur), il y a un risque de confusion. Dans un autre domaine, c'est-à-dire dans le domaine des pratiques du commerce (marché), le risque de confusion s'apprécie de manière concrète : pour qu'une entreprise puisse reprocher à une autre entreprise de semer la confusion dans l'esprit du consommateur par l'usage d'un même nom commercial, on va voir si les deux entreprises sont concurrentes (opèrent dans le même marché / secteur / zone géographique). En d'autres termes, il suffit de démontrer que l'usage du même nom peut causer un dommage à la société même si les deux sociétés sont actives l'une dans le domaine bancaire, l'autre dans le domaine pétrolier, ou plus vraisemblablement qu'une société essaye de détourner la popularité d'une autre en choisissant le même nom.

La preuve à apporter est plus simple dans le cadre du code des sociétés : l'homonymie peut être combattue et remise en cause !

§5. Le siège social et la nationalité

On lie le siège social et la « nationalité ».

A. Le siège social

Le siège social permet de situer la société dans l'espace (belge, mais aussi européen, voire mondial). On peut utiliser le terme « critère de rattachement ». Cela la situe dans l'espace pour répondre à la

question de savoir où doit-on accomplir telle ou telle formalité, où doit se tenir telle ou telle réunion, où doit-on assigner la société... ?

A une certaine époque, la question était réglée dans le code des sociétés. Désormais, c'est le CODIP (code de droit int. privé.) qui définit les critères de droit applicable.

Le domicile de la personne morale est le siège statutaire, c'est-à-dire le siège indiqué dans les statuts. Sa résidence est son principal établissement, qui est son siège réel, lui même étant son centre de décision, centre des affaires ou de ses activités. Évidemment, parfois les deux coïncident, mais parfois, ils divergent. En cas de divergence, c'est le siège réel qui l'emporte.

B. La « nationalité »

On bascule là vers la « nationalité », puisque la nationalité d'une société est son droit applicable, la *lex societatis*. La nationalité de la société ne se rattache donc pas à la citoyenneté.

Le critère permettant de rattacher la société à un droit national est son siège réel, en tout cas en Belgique et dans la moitié ou les 2/3 des pays du monde. Dans l'autre tiers, le critère n'est pas le siège réel, mais bien l'*incorporation*, c'est-à-dire la constitution. *Ex : une société constituée aux USA, dans l'état du Delaware, sera américaine, même si son siège réel est à Bruxelles.*

Une société apatride serait une société constituée en Belgique, qui a son siège aux USA. **(voir manuel pour une explication bien faite, compléter les notes).**

L'art. 111 du Codip énonce les matières régies par le droit du siège réel.

La question se pose de la mobilité des sociétés. La mobilité des sociétés renvoie à l'idée qu'une société peut transférer son siège d'un état membre à un autre état membre. La tendance, aujourd'hui, est de dire que la jurisprudence de la Cour européenne est favorable à la mobilité des sociétés. Si une société (arrêt Cartésio) transfère son siège de la Hongrie à l'Italie, et si les deux droits sont respectés, elle changera de nationalité en même temps qu'elle changera de siège. L'arrêt Cartésio indique qu'on ne peut être binational quand on transfère son siège !

Le transfère est évidemment plus compliqué si les critères diffèrent entre les pays.

Chapitre 5. Dissolution de la société

La dissolution vise le contrat, comme la personnalité morale !

Quand la société a une personnalité morale, elle est réputée exister pour les besoins de sa liquidation. Elle est dissoute, puis s'ouvre une période de liquidation. Sa disparition est définitive lorsqu'on clôture sa dissolution. On vend l'actif, on récupère de l'argent pour rembourser les créanciers... au bout du compte, si la société est en boni, les associés recevront une partie des bénéfices.

Section 1. Les causes de la dissolution

On va examiner les causes de dissolution : il y a des causes communes à toutes les sociétés, et des causes spécifiques à certaines sociétés.

§1. Dissolution de plein droit

Parmi les hypothèses communes à toutes, on trouve la dissolution de plein droit, art. 39 du code.

- l'expiration du temps : lorsque la société a été prévue pour un terme, elle est dissoute à l'arrivée du terme. Prorogation possible. C'est rare lorsque la société a la personnalité juridique.
- L'extinction de la chose ou la consommation de la négociation : l'objet social est accompli, ou alors il devient impossible d'exercer l'objet social. *Ex : mine sans plus rien à extraire ; société bancaire qui reçoit un retrait d'agrément => dissolution.*

§2. Dissolution par volonté des associés

On trouve aussi la dissolution par la volonté des associés : ils se réunissent en assemblée générale, la dissolution peut alors se faire, ce qui implique un processus d'information des associés préalables à la décision.

En cas d'absorption par une autre société, il y a aussi disparition de la société absorbée.

§3. La dissolution judiciaire pour justes motifs

La dissolution judiciaire pour justes motifs est aussi possibles (art. 45 Code). Le juge ne prononcera la dissolution que s'il n'a pas d'autres moyens de résoudre le problème. Il y a des alternatives à la dissolution judiciaire.

Quelles sont les hypothèses ? Le juge pourrait aller jusqu'à dissoudre une société lorsqu'un ou plusieurs associés ne respectent plus leur obligation (promesse d'apport par exemple). Si la société accumule un déficit chronique, le juge pourra également décider d'arrêter les frais. Vient ensuite l'hypothèse de mésintelligence grave entre associés : les associés se disputent, au point qu'aucune

décision ne peut encore être prise !

§4. La dissolution judiciaire des sociétés inactives

La dissolution est donc toujours un moyen subsidiaire par rapport à d'autres moyens que le juge a à sa disposition pour tenter de résoudre les problèmes.

Autre hypothèse : société inactive, en sommeil. Si on constate que pendant trois exercices successifs une société n'a pas déposé ses comptes, l'art. 182 prévoit la possibilité de dissoudre la société.

§5. La dissolution comme sanction pénale

Dernière hypothèse : art. 7bis C. pén : parmi les sanctions possibles, on trouve la dissolution de la société.

Section 2. Les causes de dissolution propres à certaines sociétés de personnes

Parmi les causes de dissolution propres à certaines sociétés, et celles propres aux SA, SPRL et SCRL :

(vérifier cette partie)

– pour les sociétés de personne (SNC)

1° : réunion de toutes les parts en une seule main : on ne respecte pas la nécessité de pluralité des associés.

2° : renonciation (art. 39, 5°) d'un associé (car on peut logiquement résilier le contrat).

3° : les causes personnelles qui affectent un associé ont une influence sur l'existence de la société.

Section 3. Les causes de dissolution propres aux sociétés anonymes et aux sociétés privées ou coopératives à responsabilité limitée

Causes spéciales au SA, SCRL, SPRL (voir cours de l'année prochaine) : il y a ici une procédure de sonnette d'alarme. Lorsqu'une société a accumulé des pertes dans une proportion grave, l'AG doit rassembler ses actionnaires, et la dissolution pourra être décidée avec une majorité plus ou moins grave. Si les choses vont mal au point que l'actif net (richesse réelle) est en dessous du capital minimum à libérer, alors tout intéressé pourra agir en dissolution (le tribunal peut octroyer un délai de régularisation).

Enfin, dernière hypothèse : dans le cadre de la SPRL, où les parts des associés sont relativement incessibles (lorsqu'un associé veut céder ses parts, il doit obtenir l'agrément de tout ou partie des autres associés), l'associé qui voudrait partir (et ne parvient pas à trouver l'accord des autres) pourra demander la dissolution judiciaire.

Titre II. Les sociétés sans personnalité juridique

Chapitre 1. Les définitions

Vue l'absence de personnalité juridique, on se rappelle que la société est avant tout un contrat, et que ces sociétés n'ont pas les attributs de la personnalité morale. Cela peut simplifier ou compliquer les choses ! Tout dépend des points de vue. On trouve trois types de sociétés sans personnalités : de droit commun ; momentanée ; interne.

V. Art. 46 à 48 du Code, qui sont des dispositions spécifiques pour ces sociétés.

Section 1. La société de droit commun

La liberté retrouvée : suite à l'abolition de la théorie des cadres légaux obligatoires, qui voulait qu'à partir du moment où plusieurs personnes exerçaient en commun une activité commerciale dans le but d'en dégager un bénéfice, sans le savoir, elles constituaient, spontanément et aux yeux du juge, une société en nom collectif (SNC) irrégulière (car, par hypothèse, on avait pas respecté les conditions de forme).

A partir de 1995, on remet en cause cette théorie des cadres légaux obligatoires pour donner la liberté aux associés de créer des sociétés sans personnalité juridique. On peut donc parler de restauration de la société de droit commun.

Objet civil ou commercial : la société de droit commun est la plus contractuelle, c'est une société à forme civil (art. 46). L'art. 52 nous indique que selon qu'elle a un objet civil ou commercial, on va partager les bénéfices (et les dettes) par part virile, ou bien il y a une solidarité (si l'objet est commercial). L'art. 54 confirme lui la liberté contractuelle reconnue aux associés.

On rédige donc un contrat de société d'intérêt commun, et on a un cadre législatif inexistant ou purement supplétif ! C'est en cela que les choses sont parfois plus simples, ou plus compliquées.

Section 2. La société momentanée

Art. 47.

L'utilité et la nature commerciale de la société momentanée : Cette société se distingue par son objet, son but : accomplir des opérations commerciales déterminées. Le contrat a été conclu en vue de réaliser des opérations déterminées : son objet social est donc circonscrit à des opérations listées.

Cela se comprend quand on sait que la plupart des sociétés momentanées se rencontrent dans le secteur de la construction, et singulièrement dans le secteur des travaux publics : des entreprises se mettent ensemble sous couvert d'une société momentanée pour unir leur compétence et expertise,

capacités techniques, pour répondre à un appel d'offre dans le cadre des marchés publics, ainsi qu'à l'accomplissement de ces travaux. Ce n'est donc pas une question de durée, mais bien de quantification des travaux qui composent l'objet social de la société.

Section 3. La société interne

Art. 48.

Aussi appelée « société silencieuse », ce sont des sociétés qui mettent une société « vers l'intérieur ». Elle ne se présente pas, ne se déclare pas comme étant une société. Les tiers ne savent pas qu'ils sont en présence d'une société. Par contre, en interne il y a des associés actifs, des gérants, des participants (associés passifs) qui forment une société et le savent, sans le dire à l'extérieur.

Le participant va mettre de l'argent à disposition d'un gérant (associé actif) qui va accomplir l'objet social. Entre eux ils conviennent qu'une partie des bénéfices réalisés ira au participant, mais ce dernier reste dans l'ombre, la société reste silencieuse, et par définition, il s'agit d'une première ébauche de limitation de responsabilité.

C'est l'exception à la règle selon laquelle « sans personnalité juridique, pas de limitation de responsabilité ».

Contractuellement, il n'est pas exclu que le participant accepte qu'on prévoie, dans le contrat, qu'il contribue aux pertes. Mais *a priori*, il est dans une situation d'immunité. Conséquence ? Les participants ne peuvent révéler ni leur présence, ni l'existence d'une société, et ne peuvent pas la gérer ! Ils restent dans l'ombre, ce qui permet qu'on ne sache pas qu'ils sont présents dans la société, et empêche les tiers de se douter qu'ils sont en présence d'une société.

Il y a à cela des exceptions : on pourrait imaginer que le participant soit parfois mandataire du gérant, et accomplisse en son nom certaines opérations de gestion.

Quand on est en présence d'une société en commandite simple, on est en présence d'une société qui se présente comme telle, mais on retrouve dans cette société une dualité entre les commandités et les commanditaires, qui rappelle la dualité entre les associés gérants et les participants. Il y a donc en puissance une comparaison entre la société interne et la société en commandite simple.

Dans un cas, on ne connaît même pas l'existence de la société, dans l'autre on connaît l'existence de la société / des commanditaires, mais on est dans les deux cas dans une situation de responsabilité limitée, du participant et du commanditaire.

Chapitre 2. Les caractéristiques communes

Cela a-t-il un sens de parler de société sans personnalité juridique, puisqu'elles sont peu nombreuses ? D'un point de vue pédagogique et scientifique oui. Mais aussi parce que leur avantage est la simplicité, la légèreté, la souplesse qui fait quand des personnes morales veulent collaborer, elles pourraient imaginer de conclure entre elles une société interne, momentanée ou de droit commun. Les associés de ces sociétés sans personnalité juridique sont alors des sociétés avec personnalité juridique, qui protègent (en terme de responsabilité) les personnes physiques qui les composent. *Ex : une SA décide de coopérer pour réaliser tel ou tel objet, sous le couvert d'une société contractuelle sans personnalité juridique.*

Donc, les personnes physiques n'ont pas de crainte à avoir puisqu'entre la personnalité sans personnalité et eux-mêmes s'interposent une société avec personnalité juridique. On peut donc avoir les avantages de la souplesse, de la légèreté, sans pour autant avoir le risque de la responsabilité. On trouve ainsi des *joint ventures* qui se font dans ce cadre.

Section 1. L'absence de capacité

A titre personnel, les sociétés en question ne sont pas titulaires de droits et obligations. Ce sont les associés qui sont directement engagés. Les associés sont des commerçants. Les actes accomplis portent, en terme d'obligation, leurs effets sur la tête des associés.

Au niveau de la contribution, cela dépend des arrangements pris entre les associés, selon une clé de répartition purement contractuelle.

Les associés sont donc tenus des dettes sociales (nées dans le cadre de l'activité menée par la société). Pour qu'ils soient tenus, il faut simplement que les conditions soient remplies : celui qui a posé un acte doit avoir eu le pouvoir de l'accomplir (art. 51 du code), en vertu des pouvoirs de gestion et d'administration qui lui ont été conférés. Il faut du reste qu'il ait effectivement déclaré agir, non pas pour la société (qui n'existe pas), mais pour l'ensemble des associés.

Si l'associé ne dit rien, ou s'il dit qu'il agit pour la société alors qu'elle n'existe pas, il y a un risque qu'il soit alors tenu tout seul, et que les autres ne soient pas engagés.

Exception en vertu de l'art. 50 : si tous les associés concourent à l'accomplissement de l'acte, ils sont tous engagés.

Du reste, lorsque la chose ou l'acte a tourné au profit de la société, si le tiers arrive à démontrer que l'acte a profité à tous, on peut considérer qu'il s'agit d'un acte relevant de l'activité de la société, et on est donc en présence d'une dette sociale.

Pour la représentation en justice, c'est la même chose : soit tous les associés agissent conjointement, soit l'un d'entre eux (mandataire) va agir, non pas pour la société (qui n'existe pas et ne peut donc pas être partie à un procès), mais pour l'ensemble des associés.

Les associés peuvent être assignés, à titre personnel (puisque'il n'y a pas de société), et dans ce cas, si l'objet est commercial, la responsabilité sera solidaire, avec une possibilité de n'agir que contre l'un des associés pour obtenir satisfaction.

L'art. 54 précise que tout cela ne vaut que pour la société momentanée ou de droit commun. Dans la société interne en effet, les seuls personnes dans la lumière sont les gérants, les associés actifs.

Nuance toutefois : la jurisprudence fait le lien entre la capacité à agir et l'intérêt à agir. Si par impossible une société sans personnalité juridique était condamnée en première instance, on accepte qu'elle fasse appel !

Section 2. L'absence de patrimoine propre

Absence de capital social : à l'égard des créanciers, l'absence de patrimoine de la société ne pose aucun problème, puisque la responsabilité des associés est totale (du moins au niveau de l'obligation à la dette). Concernant les dettes sociales, les créanciers peuvent donc agir sur l'ensemble du patrimoine des associés. Les créanciers personnels des associés viennent donc en concurrence des créanciers sociaux pour agir sur le patrimoine des associés.

L'art. 203 ne s'applique pas à ce type de sociétés. Il s'applique aux SNC, et oblige le créancier social à agir d'abord contre la société puis contre les associés (avec toutefois certaines nuances). Lorsqu'on est en présence d'une société sans personnalité juridique, l'art. 203 ne s'applique pas, puisque'il n'y a pas de personne morale : on peut donc agir directement contre le patrimoine des associés.

On est en présence d'une « indivision préméditée ». De l'absence de patrimoine, due à une absence de personnalité morale, se forme une indivision composée de tous les biens affectés à l'exercice de l'activité sociale. Les biens mis à disposition des associés dans le cadre de l'exercice de l'activité sociale forment une indivision. Puisque c'est une indivision préméditée (puisque les parties au contrat ont eu l'intention de créer une indivision), on ne va pas appliquer les dispositions du code civil relatives à l'indivision (sauf pour la liquidation). Puisqu'il y a cette indivision intentionnelle ou organisée, on peut imaginer que les associés constituent entre eux un compte courant, et qu'ils ont constitué un patrimoine d'affectation commun pour exercer l'activité sociale. Il reste commun, puisque la société ne peut en être propriétaire.

La question s'est posée de savoir quels étaient les droits des créanciers personnels sur les biens mis à disposition de l'activité sociale. On a vu que s'agissant du patrimoine des associés, les créanciers personnels et sociaux entraient en concurrence. Mais s'agissant des biens mis à disposition de la société, les créanciers personnels ont-ils un droit d'agir ? Lorsqu'il y a une personnalité juridique, la question se pose pas, puisqu'à partir du moment où on a une personnalité juridique, il y a un véritable transfert de propriété de l'associé vers la société, ce qui a pour conséquence que les créanciers personnels ne peuvent pas s'attaquer aux biens dont la propriété a

été transférée. Ici, la question se pose, puisque juridiquement, les biens en question n'ont pas été transférés à la société, leur propriété n'a pas été cédée à la société ; mais il y a mise en commun et en disposition de ces biens.

Une partie de la doctrine, s'en tenant à la rigueur des principes, considère que les créanciers personnels peuvent agir sur les biens mis à disposition, puisqu'il n'y a pas de personnalité juridique. Une autre partie de la doctrine (à laquelle adhère le prof) considère qu'il faut respecter l'effet externe du contrat de société : ils s'imposent aux tiers. La base du raisonnement est de dire que les créanciers d'un associé n'ont pas plus de droit qu'un associé lui-même. Or l'associé a accepté que certains biens appartenant à son patrimoine soient, durant la vie de la société, affecté à l'exercice de l'activité sociale. Ces biens ne sont donc plus disponibles pour lui ! Les créanciers personnels ne peuvent donc agir que lorsque la société sera dissoute, parce que, dans la plupart des cas, les associés vont à ce moment reprendre le plein exercice de leur droit par rapport à ces biens qui avaient mis à disposition de l'ensemble des associés. L'art. 38 prévoit de toute façon cette idée que les droits des créanciers vont s'exercer au moment du partage du patrimoine commun.

Les créanciers sociaux ont une situation plus claire : ils doivent démontrer qu'ils ont une créance sociale (donc que l'ensemble des associés sont engagés) et peuvent exercer leur droit sur l'ensemble des biens qui ont été mis en commun, mais également sur le patrimoine personnel des associés puisqu'il n'y a pas de limitation de responsabilité.

Section 3. L'absence de dénomination sociale

L'absence de personnalité juridique entraîne nécessairement absence de dénomination.

Le caractère occulte de la société interne impose d'office une absence de dénomination. Pour la société momentanée, on indique souvent le nom des membres, en oubliant pas d'ajouter « société momentanée ». Enfin, la société de droit commun peut se choisir une dénomination sociale, mais ce nom ne peut pas être de fantaisie. Le nom de la société de droit commun sera alors le plus souvent la somme des noms des associés.

L'art. 2 §4 al. 4 du Code renvoie à l'art. 204 : l'associé qui signe sous la dénomination sociale engage l'ensemble des associés.

Section 4. L'absence de siège social et de nationalité

Le droit applicable n'est donc pas le droit du siège, c'est le droit l'exécution principale du contrat, ou plutôt le droit du lieu de la prestation caractéristique. Cela n'empêche que le lieu de la prestation caractéristique puisse être un « siège de fait » de la société ! Dans la plupart des cas, l'ensemble des associés, pour ce qui est de l'activité sociale, va élire domicile chez l'un d'entre eux. Le lieu de citation des associés, en cas d'action en justice, est alors le lieu du domicile du gérant où ont élu domicile les autres associés.

Le lieu où la société est gérée est déterminant parce qu'il est le lieu d'exécution des obligations principales liées au contrat (dans le cas d'un litige entre associés).

Chapitre 3. Les conditions de validité

Section 1. Les conditions de fond

A. Le droit commun

On applique ici le droit commun des contrats. Le mineur ne pourrait pas être associé d'une de ses sociétés. Par contre, il n'est pas exclu qu'il soit participant d'une société interne, puisqu'elle est silencieuse et son existence est inconnue des tiers.

B. Les conditions propres au contrat de société – la pluralité d'associés

Dans la société momentanée, l'objet doit nécessairement être limitée à une ou plusieurs opérations déterminées. A propos de la pluralité d'associés, on précise qu'il peut s'agir de personnes physiques ou de personnes morales. C'est, dans la société momentanée, le plus souvent et exclusivement des personnes morales. Cela peut être les personnes morales ou physiques qui ont conclu le contrat, et puis celles qui auront été admises à l'unanimité (ou à la majorité selon ce que prévoit le contrat). On pourrait même imaginer qu'une partie remplace ou succède à une autre partie.

Ce sont des sociétés avec un *intuitu personae* fort. Les caractéristiques des parties sont donc déterminantes des consentements. Cela a pour conséquence que tout ce qui arrive aux associés fragilise, voire anéanti la société elle-même !

Les « parts » (qui ne pourraient être représentatives du capital, puisqu'il n'y en a pas), sont en principe incessibles. Mais le contrat lui-même pourrait prévoir que ces parts sont cessibles.

On peut imaginer, comme c'est le cas dans une S.P.R.L., que moyennant l'accord de tous les autres associés, un associé puisse se faire remplacer par un tiers. Mais dans cette hypothèse, c'est une des parties au contrat qui entend se faire remplacer par quelqu'un. Ce n'est toutefois pas dans la nature de ce type de société.

C. Les conditions propres au contrat de société – les apports

Conditions propres au contrat de société ?

On trouve d'abord les apports. Ce n'est pas au sens strict un transfert de propriété ! Derrière le mot apport, il faut donc plutôt comprendre une mise à disposition : des biens sont mis à disposition de la société par certains associés. Dans le cadre des sociétés momentanées, un apport en nature sera, par exemple, la mise à disposition de machines ou de personnel.

Dans ce type de société, les apports en industrie sont pris en considération, sont valorisés. On peut considérer qu'un associé réalise un apport simplement parce qu'il promet d'exercer les activités, son industrie, au bénéfice de l'ensemble des associés. (art. 19 et 24). Conséquence ? Une obligation de non concurrence ! A partir du moment où un associé a promis d'apporter son industrie pour ce qui concerne l'activité sociale, s'il exerce son industrie au profit d'une autre société, il sera dans la situation où il devra indemniser la société, à supposer qu'il y ait un préjudice ou un dommage démontré par l'associé.

D. Les conditions propres au contrat de société – la réalisation des apports et ses vicissitudes

Les apports doivent être promis (souscription des apports), après quoi on passe à la phase de réalisation.

L'apport doit être soumis au risque. C'est une des conditions de validité ou d'existence du contrat de société. Dans l'hypothèse où il s'agit d'un apport en jouissance, on peut imaginer que la mise à disposition donne lieu au paiement d'un loyer, mais que ce loyer soit variable en fonction des pertes et bénéfices : il faut donc un risque, que l'apport soit soumis aux aléas. S'il donne lieu au paiement d'un loyer fixe, il s'agit simplement d'une mise en location.

Pour les apports en propriété, trois possibilités sont prévues, rencontrées dans la pratique.

Quand il s'agit d'un participant (société interne), le participant peut rester propriétaire du bien qu'il met à disposition des associés. Le propriétaire reste le participant, mais il met à disposition (on est pas loin de l'apport en jouissance pour peu qu'il y ait un loyer variable).

L'autre possibilité est un véritable transfert de propriété au gérant, qui en devient propriétaire, et va donc le gérer. Au moment de la dissolution, il restituera le bien. Si l'apport est en espèce, c'est la seule solution. On peut imaginer que même dans les autres sociétés, ce système soit adopté.

Enfin, troisième possibilité : c'est l'hypothèse où finalement, chacun reste propriétaire au sens strict des biens concernés, mais où se constitue un patrimoine d'affectation commun, cette fameuse indivision préméditée, qui n'est pas propre à la société, mais qui ressemble à une propriété

collective, au sens où dans une certaine mesure, chaque associé renonce à une partie de ses prérogatives sur les biens affectés à l'activité sociale.

L'art. 45 (à comparer à l'art. 1184) vise le domaine de l'exception d'inexécution. Si un associé néglige de libérer sa promesse, l'art. 45 prévoit une solution radicale. Il prévoit que le contrat est résilié dans son ensemble ! L'art. 45 est en plus une disposition impérative ! Tandis que si on se base sur 1184, on peut imaginer que la résiliation du contrat n'intervienne qu'à l'égard de la partie qui a manqué à son obligation. Selon les cas, il peut être plus intéressant pour les associés de se baser sur 1184 que sur l'art. 45. Ce dernier étant impératif, on ne peut l'exclure *a priori*, mais une fois que le problème se pose, si on veut préserver le contrat, il vaut mieux agir contre lui sur base de l'art. 1184, parce que le contrat restera préservé.

E. Les bénéfices et plus-values

A propos des bénéfices et plus-values, on ne trouve aucune règle impérative, en dehors de la prohibition des pactes léonins (art. 32). L'art. 30 prévoit à titre supplétif la proportionnalité : le partage des bénéfices / pertes se fera en proportion de ce que chacun a mis à disposition.

Un problème particulier s'est posé à propos de la plus-value acquise par un bien qui aurait mis à disposition de la société. C'est l'hypothèse de l'associé gérant qui reste propriétaire d'un fond de commerce ou d'un immeuble, qui exploite ce bien, qui le fait fructifier, puis ce bien acquiert une plus-value. Lorsque la société a la personnalité juridique, il y a un transfert de propriété envers la société. Pendant l'activité, les associés reçoivent des dividendes. Si on vend le bien, la plus-value tombe dans le patrimoine commun et est partagée, le cas échéant en cours du contrat (sinon en fin du contrat) entre les associés.

Ici, pour les bénéfices, pas de problème : on peut imaginer que chaque année, les loyers afférents à l'immeuble entrent en société et sont partagés. Mais si l'associé vend l'immeuble, il pourra se mettre la plus-value dans la poche (si rien n'est prévu dans le contrat), puisqu'il reste propriétaire de l'immeuble (dans l'hypothèse présente, l'immeuble n'est pas indispensable à l'activité de la société). Dans ce cas là, on peut prévoir dans le contrat que la vente d'un bien mis à disposition ne peut se réaliser qu'avec le consentement de l'ensemble des associés et, en outre, que l'éventuelle plus-value est répartie entre les associés selon la clé de répartition prévue pour les bénéfices (fruits produits par l'immeuble).

F. Les conditions propres au contrat de société – *l'affectio societatis*

L'affectio societatis : est aussi une condition propre au contrat de société.

Dans le cadre de la société momentanée, cela permet de la différencier du consortium (art. 10 §1 Code pour la définition). Le consortium est une société qui chapeaute les autres sans qu'il y ait de liens financiers entre la société qui contrôle et les autres. Dans une société momentanée, cela arrive souvent qu'il y ait une société leader, et le critère de l'affectio societatis (collaborer sur un pied d'égalité) permet de distinguer la société momentanée du consortium. On pourrait donc imaginer qu'on disqualifie une société momentanée en consortium en cas d'absence de l'affectio societatis.

L'affectio societatis permet de distinguer le contrat de société d'un prêt ou d'une cession de fonds de commerce ; tout dépend de la variabilité du prix. Si l'apport d'un lieu au paiement d'une somme d'argent fixe, indépendante de l'aléa (bénéfice / perte), on est pas en présence d'une société de droit

commun. Si par contre il y a un aléa dans la contre-partie, là on est en présence d'une société avec affectio societatis et avec notion de risque.

Si le remboursement de la mise à disposition d'argent prend l'argent d'une somme variable selon les bénéficiaires, on est bien présence d'une société. Si par contre, la mise à disposition d'argent donne lieu au remboursement d'une somme fixe, ce n'est pas une participation, c'est un prêt.

Section 2. Les conditions de forme et la preuve

Le contrat de société est consensuel (pas d'exigence d'écrit, mais il est plus simple d'en faire un pour la preuve), pas de condition de publicité. Si des formalités doivent être accomplies pour l'exercice de l'activité sociale, ce sont les associés qui devront les accomplir.

La société (momentanée ?) peut avoir un numéro de TVA et d'enregistrement.

Si l'objet de la société est commercial (art. 49), et entre partie, la preuve se fait par toute voie de droit. Vis-à-vis des tiers, on pourrait recourir à tout moyen de droit, quelque soit l'objet.

Section 3. La nullité

On applique le droit commun : on est donc pas dans le régime des sociétés avec personnalité juridique.

Chapitre 4. L'administration

Elle n'a ni personnalité juridique, ni organe. C'est donc la liberté qui règne. Il y a des dispositions supplétives qui sont prévues par le code des sociétés, mais on peut prévoir un régime sur mesure.

Dans les sociétés avec personnalité juridique, on distingue toujours l'aspect interne et l'aspect externe de l'administration et de la gestion. On a dans l'administration une part de gestion interne, et puis on la a représentation, qui s'exerce vis-à-vis de l'extérieur.

La distinction est moins claire pour les sociétés sans personnalité juridique.

Section 1. Le pouvoir d'administration

A. Le mandat tacite

On a prévu, à l'art. 36 §1 du Code, à titre supplétif, que les parties se sont données tacitement et réciproquement mandat de gérer dans l'intérêt de tous, dans l'intérêt commun des associés. Chaque associé est en quelque sorte un gérant en puissance, puisqu'il peut accomplir tous les actes de gestion et disposition qui s'inscrivent dans la réalisation de l'objet de la société.

Dans la foulée, il va aussi représenter les autres associés aux fins de réaliser l'activité sociale. Cela veut dire que les actes accomplis par chacun sont valables pour tous, sans que le consentement unanime des associés doivent être exprimé ou recueilli.

Toujours dans l'art. 36, on prévoit un droit de veto. Certes le contrat ne prévoyait rien, donc tous les associés ont vocation à exercer le pouvoir. Mais on peut imaginer que, dans certaines circonstances, les associés reviennent sur ce mandat tacite et réciproque en exerçant un droit de veto. Mais ce droit de veto peut être exclu dans le contrat !

Deux tempéraments à l'existence d'un mandat réciproque.

D'abord, un associé ne peut, sans le consentement des autres, apporter des innovations aux immeubles qui dépendent de la société.

Ensuite, dans le cadre de l'administration / gestion, un associé peut se servir des biens appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, mais surtout qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt des autres associés (art. 36, 2°).

B. La nomination du gérant

On peut déroger à ce régime de droit commun, ce qui impliquerait de nommer des gérants. La relation entre les associés et les gérants, relève aussi du mandat. Mais on peut aussi considérer qu'il y a un louage de services ou d'industrie, tout simplement parce que le mandataire pose des actes juridiques au nom et pour compte, et que le gérant doit parfois accomplir des actes matériels. Il y a donc aussi des actes matériels.

Soit le gérant est statutaire, soit il ne l'est pas. S'il est statutaire, cela veut dire que son nom apparaît dans le contrat de société. Dès le début, ou en cours de vie sociale, on le nomme, non pas dans un acte détachable du contrat, mais dans le contrat de société. Un gérant non statutaire est nommé dans le cadre d'un mandat spécifique qui est détachable du contrat de société.

Le gérant statutaire est nommé à l'unanimité, parce qu'en le nommant, chaque associé renonce à son mandat tacite et réciproque.

La révocation du gérant statutaire ne peut, en pratique, qu'être décidée par un juge qui constatera l'existence de motifs légitime. Pourquoi ? Car, si pour révoquer le gérant on a besoin de réunir l'unanimité, ce n'est plus une révocation, c'est une démission (puisque dans ce type de société, le gérant est à tous les coups l'un des associés). Lorsqu'il s'agit de révoquer un gérant statutaire, on soumet donc la question au tribunal. Cela revient à dire que le gérant statutaire a une stabilité très grande (comparable à celle du gérant statutaire d'une SNC).

Le gérant non statutaire est révocable *ad nutum*, conformément à l'art. 2004 C. civ., et 33 du code.

C. Les pouvoirs du gérant

Le gérant statutaire a un autre privilège : on ne peut exercer à son encontre le droit de veto, sauf cas extrême. Un veto s'apparenterait à une révocation, or une révocation n'est possible que moyennant l'intervention d'un juge.

Par contre, en présence d'un gérant non statutaire, le droit de veto est possible de la part des autres associés. On considère qu'il y a une révocation partielle, et non pour la généralité des actes. Dans ce cas, souvent, le contrat prévoit la possibilité d'exercer ce droit de veto à la majorité et non à la minorité. S'il y a plusieurs gérant, on en revient dans leurs relations réciproques à la même situation que lorsqu'il y a le mandat tacite et réciproque : chaque gérant peut poser seul des actes qui engagent l'ensemble des associés.

Section 2. Le pouvoir de représentation

Art. 50 et 51. Même si, dans ce contexte, la distinction entre pouvoir d'administration (interne) et de représentation (externe) est tenue.

Pour engager l'ensemble des associés, soit la chose a tourné au profit de l'ensemble des associés, soit l'associé était investi d'un pouvoir.

A défaut de pouvoir de procuration spécifique, qui serait donnée pour représenter à l'extérieur, à l'égard des tiers, l'ensemble des associés, l'art. 50 prévoit que le pouvoir d'administration implique, dans une certaine mesure, un pouvoir de représentation, ce pouvoir étant en quelque sorte le prolongement vers l'extérieur du pouvoir d'administration.

Il y a trois conditions :

- l'obligation entraîne un avantage dans le chef de la société, et on reste dans le cadre de l'objet social.
- L'associé, à défaut d'avoir un mandat écrit, porte à la connaissance des tiers, qu'il agit en qualité de représentant de l'ensemble des associés et non à titre personnel (ou lorsqu'il s'agit d'une société interne, de l'ensemble des associés actifs).
- ... ?

Section 3. La décision des associés

A posteriori, il est toujours possible aux associés de confirmer un acte qui aurait été posé à l'égard des tiers par un associé sans respecter les conditions. Si les associés tirent un avantage, ils vont a posteriori, concourir à la ratification d'un acte qui, à la base, n'était pas posé par quelqu'un qui avait le pouvoir de le de faire.

Le code ne prévoit pas l'existence d'assemblée générale. Mais rien n'empêche les associés de prévoir dans le contrat qu'ils vont se réunir. Dans ce cas, sauf disposition contraire, on prend les décisions à l'unanimité. On pourrait prévoir que certaines décisions se prennent à la majorité (par tête de pipe, sauf disposition contraire : chaque associé a droit à une voix). Le contrat pourrait aussi prévoir que chaque associé a droit à une voix en proportion de son apport.

Dans la plupart des cas, cette assemblée générale est compétente pour prendre certaines décisions de gestion et d'administration qui dépasseraient les pouvoirs du gérant. Par contre, là où l'assemblée générale au sens, c'est pour exercer le droit de veto : on se réunit pour savoir si oui ou non on exerce ce droit de veto ; l'autre hypothèse est lorsqu'il s'agit de nommer un gérant non statutaire. (???) Refaire ce §

Chapitre 5. La fin du contrat

A. Dissolution d'office

Dissolution d'office : art. 39 : objet social impossible ou réalisé. Cela a notamment un sens pour les sociétés momentanées.

Ce qui affecte un associé durant la vie sociale de la société, en raison du caractère *intuitu personae* aura aussi des conséquences sur la vie associés.

B. Dissolution volontaire

Dissolution volontaire : les associés décident à l'unanimité de résilier le contrat. Lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée illimitée (indéterminée), un associé peut y mettre fin (art. 39, 5°) en notifiant sa volonté de mettre fin au contrat.

un créancier ne peut pas provoquer la dissolution de la société en lieu et place de son débiteur, là encore en raison du caractère *intuitu personae* qui fait que la société a un statut particulier. Dans les SA, SPRL et SCRL, on trouve certaines hypothèses où un créancier peut mettre fin à la société.

C. Dissolution judiciaire

Dissolution judiciaire : art. 45 : dissolution pour justes motifs, quelle que soit la durée de la société. C'est l'hypothèse où un associé va assigner les autres associés. Les justes motifs s'apprécient au moment de l'introduction de l'action en dissolution. Là encore, un créancier personnel ne peut provoquer la dissolution d'une société en justice. Son intérêt ne constitue pas un juste motif de dissolution.

Titre 3. La Société en nom collectif

Chapitre 1. La définition et les caractéristiques

L'art. 201 définit la SNC: c'est la société que contractent des associés responsables et solidaires, qui a pour objet d'exercer une activité civile ou commerciale. C'est une forme rudimentaire : malgré l'interposition d'une personne morale entre les associés et les créanciers, les associés restent solidairement responsables à l'égard des créanciers.

La SNC a eu un grand succès à l'époque de la théorie des cadres légaux obligatoires (abolies depuis 1995). On ne constitue plus des SNC sans le vouloir, d'où réduction des nombres de SNC.

Le fait que le risque soit plus important dans le chef des associés ne contribue pas au succès des SNC. Mais pour sa simplicité et souplesse, la SNC reste choisie comme structure de collaboration entre des commerçants et des sociétés à forme commerciale.

Il y a de toute façon un intérêt pédagogique à expliquer cette matière, pour assurer une transition entre les sociétés contractuelles et les sociétés plus sophistiquées.

A. Une société de personnes

C'est une société de personne, d'où *intuitu personae*, donc fragilité et instabilité de la société, qui se traduit par plusieurs conséquences : (1) la cession des parts est interdite en principe (mais souvent les statuts l'autorisent) ; (2) la société est dissoute lorsqu'un événement grave affecte l'un de ses membres ; (3) les statuts ne peuvent être modifiés qu'à l'unanimité ; (4) la nullité d'engagement d'un associé contamine l'ensemble du contrat (la nullité doit être prononcée et est constituée par le jugement).

B. Sa personnalité juridique

Sa personnalité est rudimentaire, incomplète. Cela signifie que les créanciers de la société ne sont pas perturbés par l'existence de cette personnalité morale. Ils savent qu'ils peuvent agir sur les biens qui font partie du patrimoine de la société, mais ils savent aussi que si cela ne suffit pas, ils peuvent s'attaquer aux biens personnels des associés. Cela implique que les mesures protectrices des créanciers qu'on retrouve ailleurs ne sont pas nécessaires ici.

Si la société a un objet commercial, les associés d'une SNC sont eux-mêmes commerçants. Ce ne sont pas eux qui accomplissent nécessairement les actes de commerce, mais peu importe : des arrêts de cassation, en raison de la transparence du vêtement juridique, du fait qu'il y a cette responsabilité illimitée et solidaire, considère que les associés d'une SNC à objet commercial sont des commerçants.

Le soucis de protéger les tiers va jusqu'à dire que les associés sont des commerçants, car en leur attribuant cette qualité, on les rend susceptibles d'être déclarés en faillite.

C. Sa dénomination sociale

La dénomination sociale, en vertu de l'art. 201, anciennement appelée raison sociale, se compose du nom des associés. Il faut que si un associé quitte la société, son nom disparaisse de la dénomination sociale, sans quoi il pourrait devoir payer des D/I au tiers qui aurait été induit en erreur.

D. La solidarité des associés ; ses conséquences

L'art. 204 confirme que le gage des créanciers est le patrimoine de la société, mais aussi le patrimoine personnel des associés.

Quelles sont les conséquences de la solidarité ? L'art. 203 impose que la société soit condamnée avant que les associés puissent être mis en cause ! La raison d'être de cette règle est facile à comprendre : on veut d'abord s'assurer qu'il y a bien une dette sociale et non une dette personnelle. On veut également éviter des jugements contradictoires dans l'hypothèse où on agirait devant des juridictions différentes. La doctrine et la jurisprudence, de façon pragmatique, admettent qu'il y ait une seule citation (un seul exploit d'huissier) dans laquelle on cite d'abord la société, puis les associés ; on admet aussi qu'il y ait un seul jugement, mais que dans ce jugement le juge se prononce d'abord sur la condamnation de la société, ce qui implique la reconnaissance dans son chef d'une dette sociale (et pour les créanciers d'une créance sociale), et dans un second temps à condamner les associés solidairement avec la société.

Autre conséquence, selon la Cour de cassation, la faillite de la SNC entraîne la faillite des associés.

Le fait que les associés d'une SNC soient des commerçants a amené la Cassation à considérer que la faillite de l'une entraînait la faillite des autres. C'est encore plus discuté en doctrine que l'attribution de la qualité de commerçant aux associés d'une SNC.

Pour protéger les créanciers (ou les tiers en général), il suffit que les associés soient susceptibles d'être déclarés en faillite. C'est aller loin que de considérer qu'*ipso facto*, la faillite se propage.

Mais les deux masses faillies restent distinctes.

Inversement, la faillite de tous les associés n'entraîne pas nécessairement la faillite de la SNC. Ça entraînera sa dissolution, mais la dissolution de la SNC pourrait s'avérer bénéficiaire.

Revenons sur la distinction entre créanciers sociaux et créanciers personnels.

Les créanciers sociaux ont une situation privilégiée, puisqu'ils ont trois ou plusieurs patrimoines sur lesquels agir (celui de la société et deux des associés). Les créanciers personnels des associés ne peuvent pas agir sur les biens qui ont été apportés ! La création d'une SNC, si elle devait n'avoir qu'une seule utilité, a pour utilité de barrer la route aux créanciers personnels.

E. Les bénéfices et pertes

Les bénéfices et pertes : rien de neuf par rapport à ce qui a été dit. Prohibition de la clause léonine (art. 32) ; proportionnalité dans les bénéfices et pertes par rapport à ce qui a été apporté par chacun (art. 30).

Chapitre 2. La gérance

Section 1. La désignation du gérant

Ce qu'on a dit à propos des sociétés sans personnalités juridiques reste partiellement vrai. Mais il faut ici tirer toutes les conséquences de l'existence d'une personnalité morale.

On est donc en principe en présence d'un organe de gestion, mais là encore la personnalité est fragile et le vêtement juridique transparent

Dans le cadre de la SNC, ceux qui gèrent, administrent et représentent agissent au nom et pour compte de la société, et non au nom et pour compte des associés.

A. L'absence de gérant

Mais si, par impossible, on avait pas nommé de gérant, l'art. 36 s'applique et on se retrouve avec ce mandat tacite et réciproque entre associés pour assurer la gestion et l'administration de la société.

On a donc pas besoin de recueillir le consentement préalable des associés. Mais encore une fois, dans ce cas là, ce mandat tacite et réciproque s'exerce au nom et pour compte de la société ! Nuance toutefois : seuls les actes d'administration purs sont possibles, puisque la société a un patrimoine propre. Donc la société a des biens qui lui appartiennent réellement. Les actes d'administration sont donc possibles, mais pas les actes de disposition (qui eux requièrent l'accord de tous les associés).

B. Le gérant statutaire

Ensuite, il y a soit un gérant statutaire, soit un gérant non statutaire. Dans le premier cas, son nom est dans les statuts, dans le second il agit comme mandataire de la société (et non des associés).

Le gérant statutaire est le plus souvent un associé dans la mesure où on considère que vu les risques courus par l'ensemble des associés, il est logique que celui qui gère la société participe aux risques. Donc l'associé gérant statutaire jouit d'une position privilégiée analogue à celle du gérant statutaire d'une société de droit commun ou momentanée : on ne peut le révoquer que pour motifs légitimes, justes motifs ou graves, constatés par un juge.

On ne peut pas le révoquer de l'accord unanime, puisqu'il faut son accord (auquel cas il s'agit d'une démission).

La révocation pour motifs légitimes prononcée par le juge sur base de l'art. 1184 (résolution du contrat) est la conséquence (conséquence = dissolution de la société? À vérifier), sauf disposition contraire du statut. La révocation du gérant statutaire implique la fin de la personnalité morale, sauf disposition contraire.

La démission du gérant statutaire requiert aussi l'unanimité des associés, puisque son nom étant dans les statuts, sa démission implique une modification des statuts. Or dans une SNC, la modification des statuts, requiert l'unanimité des associés.

C. Le gérant mandataire

Le gérant mandataire ne trouve pas son nom dans les statuts. Il est nommé dans un acte détachable. Les associés doivent être d'accord à l'unanimité pour le nommer, car ce faisant, ils renoncent chacun

à l'exercice du mandat tacite et réciproque.

Le gérant mandataire est lui révocable à l'unanimité, mais les statuts pourraient prévoir une révocation à la majorité. Le fait qu'il soit révocable *ad nutum* est compensé par le fait qu'il peut démissionner de la même manière qu'un mandataire.

Section 2. Les pouvoirs

Quels sont ses pouvoirs ?

A. La réalisation de l'objet social

Il a le pouvoir d'accomplir tous les actes s'inscrivant dans la réalisation de l'objet social. Il peut donc poser des actes de disposition et d'administration. Ses pouvoirs sont donc plus étendus que les pouvoirs que peuvent exercer les associés individuellement en vertu du mandat tacite et réciproque. On pourrait imaginer que ses pouvoirs sont limités par les statuts, notamment en prévoyant qu'au-delà d'une certaine valeur, la signature du gérant doit être confortée par celle d'un autre associé. Ce type de limitation de pouvoir est opposable aux tiers dans ce contexte, mais on verra que dans les trois autres sociétés les plus importantes (SA, SPRL, SCRL ?), ces limitations de pouvoir n'ont aucun effet.

Il y a en plus de cela des actes qui échappent à la compétence du gérant : les actes de disposition portant sur des immeubles, sauf si l'objet de la SNC est l'achat ou la vente d'immeubles. Les immeubles qu'il ne peut pas aliéner sont des immeubles qui font partie du patrimoine de la société.

Le gérant ne peut pas (art. 1596) se porter contre partie dans le cadre d'une opération qu'il est sensé mener en temps que mandataire. La forme rudimentaire implique qu'on retombe sur les règles supplétives du mandat. On interdit donc carrément à un gérant de se porter adjudicataire des biens qu'il est sensé vendre. Il ne peut pas non plus faire concurrence à la société.

B. L'abus et l'excès de pouvoir

Après viennent les hypothèses d'abus ou d'excès de pouvoir. L'abus de pouvoir est l'hypothèse où le gérant agit pour compte de la société, dans les limites de ses pouvoirs, au nom et pour compte de la société, mais se réserve le bénéfice de l'opération. Dans ce cas-là, la société est liée mais elle exercera une action en responsabilité contre le gérant, voire cela constituera un juste motif de révocation.

L'autre hypothèse est celle où le gérant traite au profit de la société mais dépasse ses pouvoirs. Si les statuts contenaient cette limitation, elle est opposable aux tiers et la société peut donc invoquer cette limitation de pouvoir pour se dégager, pour considérer qu'elle n'est pas liée. C'est possible ici, mais pas dans la SA, la SPRL et la société coopérative.

Restera alors aux tiers que la société a ratifié l'opération après coup, soit que l'opération a tourné au profit de la société qui n'a donc aucune raison de s'en plaindre, soit encore d'invoquer l'apparence (ce qui sera compliqué dans la mesure où les statuts ont été publiés). Le doute profitera aux tiers de bonne foi.

L'art. 204 indique qu'en cas de signature sous la dénomination sociale, il y a une présomption que celui qui a signé engageait la société. C'est sensé protéger les tiers.

C. L'exclusivité des pouvoirs du gérant

S'il y a un gérant, il va monopoliser le pouvoir. Ces pouvoirs de gestion, par rapport aux pouvoirs résiduels ou supplétifs des associés, sont exclusifs. Les autres associés peuvent donc toujours donner des conseils, contrôler le gérant, mais ne peuvent plus exercer les pouvoirs qu'ils auraient pu exercer en l'absence du gérant. S'il y a plusieurs gérants, il pourrait y avoir une répartition des pouvoirs. S'il n'y a pas de répartition, chaque gérant se trouve dans la même situation que les associés.

D. Le contrôle de la gestion

Les associés non gérants vont exercer un pouvoir individuel de contrôle, sans s'immiscer dans la gestion, sans la contrarier. Il est légitime pour eux de vérifier que le gérant gère bien ce qui est encore, d'une certaine manière une propriété collective (puisque la société a la personnalité juridique et que les associés s'engagent également sur leurs biens personnels).

Ils peuvent toujours, réunis ou pas, exercer un veto contre un acte posé par le gérant. Mais si le gérant est statutaire, on assimile cela à une révocation.

E. L'assemblée générale

En principe, dans les SNC, il y a une assemblée générale. Pour la SNC, la seule évocation d'une AG se trouve à l'art. 184 dans une hypothèse particulière : celle de la liquidation. Le mode de liquidation est décidé par l'AG qui statue à une majorité de moitié des associés représentant les $\frac{3}{4}$ du capital. Il est important de voir que l'AG est au moins évoquée dans l'art. 184.

Dans la plupart des cas, ce sont les statuts qui vont régler le fonctionnement de cette AG, qui doit se réunir au moins une fois / an pour approuver les comptes. Si rien n'est prévu dans les statuts, on applique les règles et principes généraux applicables aux assemblées délibérantes. Ce que prévoient les statuts, c'est les quorum auxquels se prononcera l'AG, et si on tient compte d'une proportion entre le pouvoir votal et l'apport fait.

Section 3. La responsabilité du gérant

A. Les règles du mandat

Le gérant est responsable en vertu des règles du mandat (alors que dans les autres types de société, il y a des dispositions spécifiques dans le code). On considère que si la société néglige d'agir en responsabilité à l'égard du gérant, il y a une forme de résurgence du contrat qui fait que les associés pourraient se substituer à l'inaction de la société. La responsabilité est individuelle, mais elle pourrait être *in solidum* si le juge constate des fautes concurrentes ayant provoqué le dommage.

Chapitre 3. Le régime de cession de parts

A. Le principe

En vertu du caractère *intuitu personae* de la société, le principe est que les associés doivent rester ensemble, d'où une interdiction de céder les parts. Mais on peut nuancer.

B. Les dérogations

Quand on parle d'interdiction, on devrait plutôt dire qu'on ne peut céder les parts que lorsque les autres associés sont d'accord. Cela peut confiner à l'impossibilité : si le cédant doit recueillir le consentement de tous les associés, cela peut s'avérer impossible.

Les statuts prévoient parfois que la cession est possible moyennant l'agrément du cessionnaire, et que l'agrément peut être donné par la majorité des associés.

Ce qu'on ne peut pas faire, c'est arriver à un système de libre cessibilité : les parts d'une SNC ne sont pas les titres négociables comme le sont les actions d'une SA cotée en bourse.

A l'égard de la société, l'opposabilité de la cession implique le respect de l'art. 1690.

C. La responsabilité du cédant et du cessionnaire

Une fois que la cession est intervenue, on considère que le cédant reste responsable du passif social lié aux engagements contractés avec le changement d'associés (art. 209).

Le sort du cessionnaire est plus discuté : certains considèrent que le cessionnaire n'est responsable que pour l'avenir, d'autres considèrent qu'il est responsable pour tous les engagements de la SNC. Le cessionnaire au moment de la cession pourrait avoir eu la bonne idée de voir les comptes et l'état du passif social ; si vraiment il veut ne pas tout assumer, d'obtenir à l'égard des autres associés des garanties particulières que sa responsabilité sera limitée. S'il est assigné par un créancier, il peut obtenir un remboursement plus important des autres associés (mais cela relève de la négociation entre le cessionnaire, le cédant et les associés au moment de l'agrément).

Le cédant est immunisé du futur, mais le cessionnaire n'est donc pas immunisé à l'égard du passé.

D. La convention de croupier

L'art. 38 évoque la convention de croupier. C'est un dispositif que l'art. 38 du code avait envisagé. On est dans l'hypothèse où la cession de part n'est pas possible, soit parce que l'associé n'a pas obtenu l'unanimité, soit parce qu'il n'a pas obtenu la majorité pour le candidat cessionnaire au niveau de l'agrément.

Si celui qui veut partir a besoin d'argent, on autorise la conclusion d'une convention de croupier, ce dernier étant un tiers à la société. Au terme de cette convention, l'associé d'une SNC cède à un tiers les droits financiers qu'il détient à l'égard de la SNC. Entre le croupier et l'associé de la SNC se crée une forme de société interne (silencieuse, occulte). La SNC ne connaît que l'associé, qui continue à exercer les droits politiques et patrimoniaux. Pour ce qui est des droits financiers, tout ce que reçoit l'associé de la société doit être rétrocédé au croupier. Cela arrange tout le monde : la société conserve les mêmes associés, qui restent entre eux. Au fur et à mesure, il va verser aux tiers les revenus liés à ses parts. Il aura donc en un coup un montant, puis distribuera les dividendes chaque année.

Chapitre 4. La fin du contrat – la dissolution

Section 1. Les causes de la dissolution agissant de plein droit

A. Les circonstances affectant un associé

La SNC est fragile et affectée par des événements qui affectent les associés eux-mêmes. La mort d'un des associé entraîne en principe la fin de la société, sauf clauses contraires.

La première clause peut prévoir une continuation de la société entre les survivants. Les héritiers deviennent créancier de la valeur des parts du défunt. Ils sont créanciers soit à l'égard des autres associés, soit à l'égard de la société (art. 42 du code qui fonde la validité de la clause).

La seconde clause est une clause de continuation de la société avec les héritiers, ce qui est moins couteux pour les autres associés. Cela pose un problème en cas de minorité d'un des héritiers. On a pas ici la certitude que la société ne sera pas dissoute.

Troisième type de clause : clause avec continuation de la société avec un des héritiers. Par hypothèse, on choisira le majeur. Ce sont alors les autres héritiers qui auront contre ces héritiers une créance, dans la mesure où c'est le seul qui pourra tirer profit de cette forme de succession dans la qualité d'associé de cette SNC.

Quatrième clause possible : clause au terme de laquelle la SNC serait transformée en commandite simple. Dans ce cas, l'éventuel héritier mineur deviendrait le commanditaire de la nouvelle SNC. Son apport serait constitué par la valeur de la part du défunt, ce qui ne pose pas de problème car le commanditaire d'une société en commandite simple n'a pas la qualité de commerçant.

On peut trouver la volonté de l'associé de mettre fin à la société. Cette possibilité d'exercer une forme de liberté individuelle l'emporte sur la stabilité du contrat. On demande à l'associé d'exercer ce droit de bonne foi et non à contre-temps. Cela signifie qu'on considère que serait de mauvaise foi l'associé dont on peut démontrer que s'il exerce ce droit, c'est pour favoriser une société concurrente au sein de laquelle il serait actif.

Motif valable de retrait ? Hypothèse où l'associé ne retire aucun bénéfice de la SNC (les bénéfices sont mis en réserve, ce qui frustre un des associés).

Pour attester de sa bonne foi, un associé pourra dire qu'il exprime sa volonté de mettre fin au contrat, mais continuera à apporter son industrie (par exemple), tout en négociant son départ en douceur. Le fait qu'il ne faille pas exercer ce droit à contre-temps veut dire qu'un associé exerçant ce droit de résiliation doit accepter qu'on diffère dans le temps le principe de la dissolution. On peut lui demander d'attendre la réalisation de certains contrats. Dans tous les cas, la dissolution sera suivie d'une liquidation.

Section 2. Les causes éventuelles de dissolution

Lorsqu'il y a une durée statutaire (SNC à durée déterminée), il reste la possibilité d'invoquer les justes motifs en justice, par exemple en invoquant le manquement fautif d'un associé, ou la mésintelligence grave entre associés (disputes non stop).

Titre 4. La société en commandite simple

Chapitre 1. La définition et l'origine historique

Elle est intéressante car historiquement, c'est la première forme de société dans laquelle une catégorie d'associés bénéficie de la responsabilité limitée (art. 202 du code).

La commandite (SCS) est la société dans laquelle il y a deux catégories d'associés : les commandités (responsabilité solidaire et illimitée, donc même situation que les associés d'une SNC), et les commanditaires (responsabilité limitée, comme les associés d'une SPRL). Les commanditaires ont une responsabilité limitée à leur apport.

Historiquement, c'est la première qui est apparue (à l'époque, nommé le *commanda*) pour exercer le commerce maritime.

Dans la SCS, tout le monde sait qu'il y a une société, qui a la personnalité juridique, mais dans une certaine mesure, les commanditaires peuvent rester dans l'ombre (alors que dans une société interne, on ignore jusqu'à l'existence de la société !).

Ici encore, il y a un *intuitu personae* fort avec les mêmes conséquences pour la SNC : inaccessibilité relative des parts sociales ; causes de dissolution identiques.

Art. 205 confirme qu'entre les commandités se crée une SNC (car responsabilité illimitée). Ils sont commerçants si l'objet social de la société est commercial, et ils peuvent être mis en faillite.

La dénomination sociale : le nom des commanditaires ne peut pas figurer dans la dénomination sociale. Cela reviendrait à tromper les tiers sur la portée de l'engagement du commanditaire qui a une limitation de responsabilité.

Il faut bien être clair dans les statuts : la création d'une commandite simple ne se présume pas. L'existence de deux catégories d'associés ! Si on est pas assez clair, le juge aura tendance à considérer qu'il y a une SNC, ce qui aura pour conséquence que tous les associés seront traités sur le même pied quant à la responsabilité à l'égard des tiers.

Chapitre 2. L'apport du commanditaire

A. La nature de l'apport

On peut parler d'apport du commanditaire, même si l'art. 202 continue à appeler les commanditaires des bailleurs de fonds. Ce ne sont pas des prêteurs, mais de véritables associés : ce qu'ils apportent à la commandite subi un risque.

On considère que le commanditaire ne pourrait pas réaliser un apport en industrie, et ce pour deux raisons principales. D'abord, cela impliquerait qu'il s'immisce dans la gestion (or c'est interdit, car cela contribuerait à tromper le tiers sur la portée de sa responsabilité) ; ensuite, c'est assez compliqué d'obliger un débiteur à exécuter une obligation de faire, or la responsabilité du commanditaire est limitée. L'apport en industrie du commanditaire ne peut donc pas être valorisée, prise en considération.

B. Le caractère non commercial de l'engagement

L'engagement du commanditaire n'est pas commercial, même si la commandite a un objet commercial. Un mineur peut donc être commanditaire d'une commandite simple.

C. L'apport du commanditaire, gage des créanciers sociaux

Le commanditaire peut rester dans l'ombre. C'est dans l'hypothèse où il a souscrit et libéré immédiatement son apport. S'il n'a pas libéré la totalité de son apport, il doit accepter le fait que son identité sera révélée, car les créanciers ont besoin de savoir qui sont les commanditaires qui doivent encore à la société une certaine somme d'argent. Soit il veut rester anonyme, soit il accepte que son identité soit révélée, auquel cas il peut libérer graduellement son apport.

Les tiers ont intérêt à connaître l'identité du commanditaire pour évaluer sa solvabilité, mais aussi pour savoir contre qui agir le cas échéant.

L'identité est révélée parce qu'on publie chaque année la liste des commanditaires, ainsi que les valeurs qui doivent encore être apportées (art. 69, al. 1, 5°).

D. L'action directe et l'action oblique des créanciers sociaux

Tout cela n'aurait pas de sens sans l'art. 206 : il vise l'existence d'une action directe en faveur des créanciers. Ils peuvent agir directement contre les commanditaires pour les obliger à libérer leur part. Comme c'est une action directe, les commanditaires ne peuvent opposer aux créanciers aucune exception qu'ils auraient pu opposer à la société elle-même ; ils ne peuvent invoquer aucune convention entre la société et eux qui les dispenseraient de libérer leur apport.

A l'égard des créanciers, les commanditaires ne peuvent donc rien invoquer pour se soustraire à l'obligation de se libérer de leur part.

Reste l'art. 199 §3 qui s'applique à toutes les sociétés. C'est une action oblique sur le modèle de l'art. 1166 : si le gérant de la société néglige d'agir contre les commanditaires pour obtenir la libération de parts, les créanciers peuvent s'y substituer.

Chapitre 3. La gérance

Grand principe : le monopole du ou des commandité(s) de gérer la société.

A contrario, les commanditaires sont exclus de la gestion d'une commandite simple (art. 207). Là encore, deux raisons : on ne veut pas que cela entretienne l'illusion à l'égard des tiers que le commanditaire est responsable au-delà de son apport ; on veut protéger les commandités, car si le commanditaire gère la commandite sans engager son patrimoine, il aura tendance à courir des risques inconsidérés.

Les commanditaires ne peuvent pas délibérément participer à la gestion. L'art. 208 prévoit une hypothèse où en cas de décès du commandité gestionnaire, tout intéressé demande en justice la nomination d'un administrateur provisoire. Le juge peut très bien nommer dans ce cas-là un commanditaire. Mais comme c'est provisoire, il s'agit bien d'actes urgents et de simple administration. Dans ce cas-là, le commanditaire peut donc assurer l'administration.

Dans la mesure où ce qu'on veut éviter, ce sont les contacts avec les tiers, on interdit pas au commanditaire de contrôler la gestion, de donner des conseils, de donner son approbation pour certains actes etc.

Si le commanditaire ne respecte pas cette interdiction d'immixtion de façon ponctuelle, il sera responsable à l'égard des tiers pour cet acte ponctuel. Si cette immixtion est habituelle, l'art. 207§2 indique que le commanditaire devient un commandité et est responsable solidairement et indéfiniment. Il sera alors engagé au-delà de son apport pour les dettes sociales. Cela n'exclut pas qu'il obtienne des commandités un remboursement de ce qu'il aurait dû payer aux tiers.

Chapitre 4. La répartition des bénéfices et pertes

On retrouve l'art. 30 et l'art. 32 : interdiction des clauses léonines et principes supplétifs de proportionnalité entre les apports et la répartition des bénéfices / pertes, en tenant compte de la limitation de responsabilité des commanditaires.

Les clauses d'intérêt fixe se rencontrent souvent dans les statuts des commandites, et au terme de ces clauses, le commanditaire est assuré de recevoir au minimum un certain montant de dividende. Le terme intérêt est usurpé. Il ne s'agit pas d'un prêt ! S'il y a des bénéfices cela ne pose pas de problème. Cela pourra avoir pour conséquence que les commanditaires sont garantis d'être servis en premier. Par contre, si on applique cette clause même en cas de perte, cela pose un problème puisque la responsabilité des commanditaires est limitée, et qu'à l'égard des tiers, l'attribution de ce dividende fixe représente l'attribution d'un bénéfice fixe, donc de restitution de l'apport. Or, en vertu de l'intangibilité du capital, on ne peut pas restituer un apport avant d'être au stade de la dissolution.

Partant, l'action directe de l'art. 206 peut permettre au créancier d'obliger les commanditaires à restituer les dividendes fictifs qu'ils auraient perçus. Cette action directe (art. 198 du code) se prescrit après 5 ans.

Si un commanditaire a subi une telle action directe, s'il a dû rembourser la société, il peut toujours agir contre les autres associés / contre le gérant. Mais on se situe ici dans la question de la contribution à la dette.

Chapitre 5. L'incessibilité des parts

Principe = incessibilité (*intuitu personae*), ou plus exactement de la cessibilité à l'unanimité. On peut prévoir un régime plus ou moins souple, sachant qu'à l'égard de la société, cela ne sera opposable que dans le respect de 1690.

Le commanditaire qui n'aurait pas encore libéré son apport reste tenu vis-à-vis de la société nonobstant la cession de ses parts. La cession de part par le commanditaire ne lui permet pas de s'exonérer.

Titre 5. Les grandes caractéristiques des sociétés à responsabilité limitée

Chapitre 1. Les définitions

A. Les grands traits distinctifs

1. La SA

La SA est une société définie à l'art. 437 du Code. On en parle en premier lieu parce que d'une certaine manière, elle superpose deux niveaux de responsabilité limitée.

Le premier niveau est le niveau classique, mentionnée à l'art. 437 : les actionnaires n'engagent que leur mise, que leur apport. C'est là un point commun entre la SA, la SPRL et la SCRL.

Mais, selon certains points de vue, il y a un second niveau de limitation de responsabilité, lié au fait qu'il s'agit d'une société de capitaux. Les actions sont donc librement cessibles.

Cela signifie que l'actionnaire n'engage que sa mise dans la société X, mais qu'en plus, si cela sent le roussi et s'il trouve quelqu'un qui lui rachète ses parts, il peut investir dans la société Y. Ainsi, s'il a du flair, il peut prendre sa mise, sous le couvert d'une cession d'action, et réinvestit ailleurs.

Non seulement son risque est limitée à sa mise, mais en plus, il peut sauver la mise par le biais des cessions d'action. Si en prime la société est cotée en bourse, il peut même trouver un acheteur anonyme qui lui rachètera ses actions. Il y a donc en quelque sorte un double degré de limitation de responsabilité.

On verra que dans la coopérative, c'est vrai aussi, mais c'est lié à d'autres considérations.

On peut ajouter que la SA est la plus sophistiquée : l'organisation de l'exercice des pouvoirs et du fonctionnement des organes est fort élaboré. Les deux autres (SPRL et SCRL) sont encore, par certains aspects, proches du contrat. Ce n'est pas le cas de la SA.

2. La SPRL

La SPRL (art. 210, 211 du Code) est une société à responsabilité limitée, mais dont les parts sont moins librement cessibles, en tout cas pas négociables. Pour céder les parts d'une SPRL (on y revient *infra*) il faut remplir certaines conditions. Le caractère *intuitu personae* est donc toujours présent.

La SPRL présente une stabilité de l'organe de gestion : la stabilité du gérant d'une SPRL est plus grande que l'administrateur d'une SA.

Conséquence de la limitation légale de la cessibilité ? Une SPRL ne peut pas être cotée en bourse. Selon le besoin de financement de l'entreprise, et si l'objet social justifie à terme des apports de fonds importants, il vaut mieux constituer d'emblée une SA (puisque la transformation d'une SPRL en SA implique des frais et honoraires).

Il y a aussi dans la SPRL un fonctionnement réglé par la loi (code des sociétés), qui est moins sophistiqué que la SA, mais est aussi moins libre que la SNC, la SCS, ou la coopérative. Les dispositions légales sont donc plus contraignantes dans la SPRL : voilà pourquoi on dit qu'elle a un caractère hybride.

Ce qui distingue la SPRL c'est donc la relative inaccessibilité de ses parts, et le statut stable du gérant.

La SPRLU (un seul associé) a eu et a toujours beaucoup de succès auprès des titulaires de profession libérale. L'objet est alors l'exercice civil de la profession libérale, ce qui permet de limiter la responsabilité et d'exercer une activité non commerciale.

3. La société coopérative

La coopérative à responsabilité limitée est celle dont l'évolution historique est la plus remarquable. A l'origine, l'idéal coopératif est de faire en sorte que ce soient les associés d'une société, des personnes ayant des statuts différents et peuvent même avoir des oppositions d'intérêts (donc entre lesquels il y a une antinomie naturelle), se retrouvent associés d'une coopérative. *Ex : employeur et ouvriers. Ensemble, ils forment une coopérative. Consommateur et producteur : forment une coopérative.*

Dans cet idéal, l'intérêt est de réaliser des économies et non spécialement de réaliser du bénéfice. *Ex : les consommateurs membres de la coopérative pourront acheter moins cher les produits vendus par le vendeur.*

Dans ce contexte, on était pas nécessairement motivé par le gain, il y avait une égalité entre les associés. Mais aujourd'hui, dans certains cas, il y a eu une évolution ! C'est ainsi devenu, parfois, une société qui recherche du bénéfice, où tous ne sont pas égaux.

Du reste, et surtout, elle est la société la plus libre (les dispositions du code des sociétés sont largement supplétives) (la liberté peut aller jusqu'à l'inégalité entre coopérateurs). Indépendamment de l'apport, on peut prévoir des catégories de part qui donnent droit à un nombre de voix différent. *Ex : dans un cabinet d'avocat, on peut faire trois catégories d'associés : 1° celle qui détient les parts A, avec 5 voix ; celle qui détient la catégorie B, avec 3 voix etc.*

C'est la liberté qui permet cette inégalité.

La seconde caractéristique importante de la coopérative est le fait que, s'agissant du capital, on trouve une part variable et une part fixe. La part fixe est soumise aux mêmes exigences que le capital d'une SA ou d'une SPRL (pour protéger les créanciers) ; la part variable peut varier sans respecter des procédures lourdes d'augmentation ou de réduction de capital. La conséquence de cela, c'est que l'entrée et la sortie peuvent, sauf dérogation statutaire, être libres dans la coopérative. *Ex : on peut démissionner, ce qui n'est pas possible dans la SA (dans la SA, il faut vendre son action). Dans une coopérative, on peut vendre sa part tant qu'on est dans la part variable.*

Chapitre 2. La constitution

Dans les 3 cas, il faut passer devant un notaire (limitation de responsabilité = contrôle du notaire), ce qui implique des frais.

La différence se marque au niveau du montant du capital minimum, et au niveau de la vitesse et du rythme de libération du capital.

A. La SA

Le capital minimum de la SA est de 61 500 €, ce qui est dérisoire par rapport au capital minimum des SA dans d'autres pays. Cela explique qu'on trouve en Belgique des SA de petite taille, familiale. Au niveau de la souscription, on impose la souscription intégrale (souscrire = s'engager). Au niveau de la libération, on impose la libération immédiate de ce montant (libérer = exécuter son engagement). On prévoit une libération graduelle, étalée dans le temps, au fur et à mesure des appels de fonds effectués par le conseil d'administration, et le code prévoit une libération progressive. Il est important de retenir que le capital minimum doit être immédiatement libéré.

Un plan financier (*business plan*) doit être établi, et doit permettre de vérifier que la société dispose du capital nécessaire pour la réalisation de son objet social. Ce plan financier appartient au dossier présenté au notaire. Si la société ne tombe pas en faillite de manière prématurée, on ne saura jamais ce qu'il y avait dans le plan financier. Par contre, si dans les trois ans de la constitution (de l'acquisition de la personnalité juridique), et si la société tombe en faillite, le notaire devra envoyer le plan financier au tribunal du commerce. Si on se rend compte que sur base du plan financier, la société n'avait même pas une espérance de vie de 2 ans, les fondateurs pourraient être responsables à concurrence du passif de la faillite.

L'exigence du plan financier et ses conséquences sont communs aux trois sociétés. Par contre, l'art. 450 pourrait être un argument pour le choix de la SA : cet article permet à certains comparants de ne pas être fondateurs. L'idée est que parmi ceux qui viennent chez le notaire pour contribuer à la constitution de la société, certains veulent bien mettre de l'argent mais refusent d'assumer la responsabilité du fondateur. Ils n'assument donc pas le risque de faillite dans les 3 ans. L'art. 450 permet d'être des comparants sans être des fondateurs.

Autre régime commun aux trois sociétés : le contrôle des apports en nature. Pour rassurer les créanciers, on impose le respect d'une procédure d'évaluation des apports en nature. Comme toujours en droit, le législateur a dû réagir à certaines pratiques qui permettaient de contourner cette obligation : on a vu apparaître la notion de quasi-apport. Le quasi-apport est surtout quasi, et pas vraiment apport. Cela reste une vente à laquelle on va appliquer *mutatis mutandis*, la procédure d'évaluation des apports en nature. *L'idée ? Si j'apporte un immeuble, on va appliquer la procédure d'évaluation. Si la procédure des quasi-apports n'existait pas, je vendrais l'immeuble à la société, et avec le prix de la vente, j'apporterais de l'espèce (ce qui n'est pas soumis à un contrôle). Je vends donc l'immeuble au lieu de l'apporter, et utiliserai le prix de vente pour faire un apport en espèce.*

Cela est, en réalité, un quasi-apport. Dans les trois types de sociétés (en tout cas pour la part fixe du capital de la SPRL), cela reste une vente. Mais pour renforcer le contrôle sur cette vente, on fait intervenir un réviseur et on donne un pouvoir de contrôle à l'assemblée générale. Il faut que la transaction intervienne dans les 2 ans de la constitution pour qu'on puisse parler de quasi-apport. Du reste, on se place dans l'hypothèse où le vendeur n'est pas n'importe qui : soit un actionnaire, soit un administrateur. Quand ce type de personne choisit de vendre un bien plutôt que de l'apporter en nature, on peut soupçonner une tentative de contournement. On utilise donc, dans cette hypothèse, une procédure de contrôle.

B. La SPRL

Dans la SPRL (en tout cas la SPRL ordinaire), le capital minimum est moins élevé. En prime, le montant à libéré immédiatement est inférieur au capital minimum. Le capital minimum de 18 550,

et en plus, le jour de la constitution, on doit n'en libérer qu'un tiers : 6 200 €. On peut ensuite simplement dire que la fraction, le rythme de libération est différent de celui de la SA.

Dans la SPRLU, on impose un capital minimum libéré immédiatement, évalué à 12 400 €.

Enfin, la SPRLS (SPRL starter) permet de créer une société avec 1 € en guise de capital minimum. Mais on exige que dans les 5 ans qui suivent la constitution, le montant en capital minimum soit progressivement amené au niveau de 18 550 €. Pourquoi avoir prévu ce type de société ? Parce qu'on a constaté qu'en se fondant sur une jurisprudence de la Cour de Justice, certains belges constituaient aux UK une *limited*, avec 1 £, et ouvraient une succursale en Belgique, où ils réalisaient toute leur activité. Pour contrer la *limited*, on a donc prévu la SPRLS en 2010. Entre autres distinctions, notons qu'une personne morale ne peut être partie à une SPRLS ; et que du reste, il faut arriver aux 18 550 € dans les 5 ans.

Pour la SPRL aussi on trouve l'obligation de constitution d'un plan financier. Pour la SPRLS, le plan financier doit être rédigé avec l'assistance d'une organisation agréée par le Roi. En clair, on a donc pratiquement imposé l'intervention d'un réviseur comptable pour réaliser le plan financier d'une SPRLS.

C. La société coopérative à responsabilité limitée

Dans la coopérative à responsabilité limitée, c'est fort proche de la SPRL : 18550 ; 6200 (pour la part fixe) ; plan financier... La seule nuance est que la fraction à libérer immédiatement pour chaque part est d'un quart dans la SCRL, un quart dans la SA et un cinquième dans la SPRL.

Chapitre 3. Les titres et leur transfert

A. La SA

La SA est la société dont les actions sont les plus cessibles. On peut même parler de négociabilité, de titre négociable, et lorsque la SA est cotée en bourse, les marchés financiers favorisent la circulation des titres. C'est la seule société où les actions peuvent avoir deux formes (voire trois).

Première forme, en voie de disparition : actions au porteur (on ne peut plus en créer, en 2015, celles subsistant auront disparu). Seconde forme : actions dématérialisées. Elles ne sont plus représentées par un papier, c'est juste une ligne sur un compte. Troisième forme : actions nominatives. Elles sont « contre-nature » dans une SA. *A priori*, la SA a été faite pour qu'on ne sache pas nécessairement qui sont les actionnaires. Quand on transfère des actions nominatives, il faut opérer la mutation de propriété et de nom.

C'est dans la SA qu'on trouve la plus grande variété de titres.

On trouve les titres représentatifs du capital ; les obligations (comme dans la SPRL et la coopérative), qui correspondent à des créances ; on peut du reste créer des parts bénéficiaires (ce qu'on ne peut pas faire dans la SPRL et la SCRL).

Une part bénéficiaire n'est pas représentative du capital : elle est souvent octroyée en récompense du service rendu par tel ou tel associé. Un actionnaire pourra ainsi avoir 100 actions et 25 parts bénéficiaires. Les parts bénéficiaires donnent un droit au bénéfice, mais en plus, elle peut être assortie d'un droit de vote (si les statuts le prévoient).

Toujours à propos des titres : il y a une règle selon laquelle à valeur égale, une action = 1 voix. Une autre règle veut qu'il y a une proportion entre l'investissement et le nombre de voix (entre le risque et le pouvoir politique) (avec 10 actions, j'ai plus de voix que celui qui en a 5). C'est donc un principe de proportionnalité qui prévaut. En droit belge, on ne peut pas créer des actions à vote plural. A cela s'ajoute, dans les trois types de société (mais on en parle ici dans la SA), une logique de seuil (en % de capital ou en % de droit de vote). Certains droits peuvent être exercés par un actionnaire qui n'a qu'une seule action, mais pour certains autres droits, il faut chaque fois franchir un seuil (qui se calcule en référence au capital ou au nombre de voix total). Cette logique de seuil est inhérente à l'exercice du pouvoir dans la SA.

Si on joint deux informations (proportionnalité du droit de vote et interdiction des actions à vote plural, mais par ailleurs possibilité de créer des parts bénéficiaires avec droit de vote), on en arrive à la conclusion que tel actionnaire possédant des parts bénéficiaires avec droit de vote a un droit de vote surmultiplié par rapport à un actionnaire ne possédant pas de parts bénéficiaires. C'est donc un moyen de contourner le principe de l'interdiction des actions à vote plural.

Dernier point concernant le transfert : exception à la libre négociabilité.

Le législateur belge, en 1991, a consacré la validité de clauses qui permettent de limiter la cessibilité des actions. On parle bien de clauses statutaires, c'est-à-dire d'arrangement et d'accord entre les actionnaires pour limiter la cessibilité des titres. Les actionnaires peuvent donc, avec l'autorisation du législateur, mettre en place un système dans la SA, qui la rapproche de la SRPL. Mais au lieu que ce soit la loi qui impose des formalités pour la cession, ce sont les conventions qui vont les imposer.

Art. 510 Code de société : on valide les clauses d'inaléabilité, les clauses de préemption (avant de céder ses actions à un tiers, il faut proposer les actions aux autres actionnaires au même prix). Evidemment, lorsqu'il y a des clauses de ce type, elles ne concernent que des actions nominatives (la traçabilité des actions nominatives fait qu'il est plus facile de contrôler le respect de ces clauses).

Les actions d'une société anonyme cotées en bourse (car toutes les actions ne sont pas mises en bourse) ne peuvent évidemment pas faire l'objet de ce type de clause.

B. La SPRL

Dans la SPRL, c'est la loi qui impose que pour les cessions entre vifs ou à cause de mort, il faut recueillir l'agrément des associés, avec un calcul de majorité différent selon qu'on parle des personnes ou du capital représenté par ces personnes (art. 249). On cumule donc les deux seuils : de personne et de capital représenté.

On a une procédure prévue par le code en cas de refus d'agrément : on a la possibilité, en dernier recours, de proposer une alternative aux associés qui voulaient vendre. Si on ne propose pas d'alternative (*ex : rachat par un autre associé*), l'hypothèse extrême est celle de la dissolution de la société.

C. La SCRL

Dans la SCRL, on est dans un autre type d'hypothèse, grâce à la variabilité du capital. Au niveau du transfert, dans la coopérative, tant qu'on est dans la part variable du capital, on peut admettre, exclure et se démettre !

Il y a la phase d'admission : ce sont des sociétés fermées pour ceux qui veulent entrer (mais pas nécessairement pour ceux qui veulent sortir). De manière supplétive, le code prévoit que pour entrer

dans une coopérative, il faut y être admis, sur base de critères plus ou moins précis.

La démission : un associé d'une société coopérative peut quitter la société coopérative et obtenir le remboursement de ses parts. Ce qui est intéressant d'observer, c'est que dans la SA, pour désinvestir on doit trouver un acheteur. Tandis que dans la coopérative, si on veut démissionner, on nous rend l'argent (sauf dérogation par les statuts).

L'exclusion : dans une SA comme dans une SPRL, on discute en doctrine la question de savoir si on peut sanctionner un associé en l'excluant. Un juge pourrait prononcer l'exclusion. Pour ce qui est de la coopérative, le code prévoit le principe de l'exclusion comme sanction potentielle (avec respect des droits de la défense). L'exclu a droit au remboursement de sa part (mais cela peut être exclu par les statuts). Cette décision d'exclure peut émaner du CA ou de l'AG.

Chapitre 4. La gestion

A. La SA

Dans la SA, le pouvoir de gestion est exercé par le conseil d'administration. C'est lui qui est l'organe de gestion. Donc l'organe est collégial. Les administrateurs sont membres du conseil (sauf exception : l'administrateur délégué, lorsqu'il est investi de cette fonction, est l'organe de gestion journalière).

Dans la SPRL, chaque gérant a la qualité d'organe ; idem pour les administrateurs d'une société coopérative.

On peut également créer des comités de direction dans les SA.

Au niveau du statut, on a déjà indiqué que le statut de l'administrateur de SA est le plus instable par rapport aux autres organes de gestion. L'administrateur est révocable *ad nutum* : sans préavis, ni motifs, ni indemnité (art. 518 §3, d'ordre public).

Il faut toutefois nuancer : certains administrateurs sont par ailleurs salariés. Les administrateurs peuvent être exécutifs, et tous les administrateurs exécutifs sont liés à l'égard de la société par un contrat de travail. Ceux-là, avec leur casquette de directeur, bénéficient d'une stabilité semblable à tout travailleur.

Rappel : théorie de l'organe, donc aucune responsabilité personnelle dans le chef de l'administrateur. Également protection des 1/3 de bonne foi : à partir du moment où les tiers savent que le CA a les pleins pouvoirs pour réaliser l'objet social, toutes les limitations de pouvoir du CA sont inopposables aux tiers, même si elles sont publiées ! Tout ce qui vient perturber le principe selon lequel le CA a tous les pouvoirs (sauf ceux réservés à l'AG), est inopposable aux tiers.

Du reste, l'objet social ne limite pas la capacité de la société (l'objet social a des conséquences en terme de responsabilité, pas en terme de capacité). La société est donc engagée, quitte à se retourner contre l'administrateur.

Les seules clauses opposables aux tiers sont les clauses de représentation. La prise de décision interne reste de l'organe collégial CA, mais les statuts peuvent prévoir une transmission de pouvoir à deux administrateurs, qui exercent alors un pouvoir de représentation). Ces clauses de

représentation sont elles opposables aux tiers lorsqu'elles ont été publiées.

Attention : dans la SA, les conflits d'intérêts dans le chef d'un administrateur sont réglementés (art. 523 du Code). *Ex : un administrateur veut vendre un immeuble à la société. Il faut appliquer une procédure basée sur le principe de transparence, l'intervention d'un réviseur pour avoir des garanties quant au respect des intérêts de la société.* Ici, c'est le conseil d'administration qui décide (< quasi-apport, où c'est l'AG qui décide).

Dans certaines circonstances, la responsabilité des administrateurs sera mise en cause par la société ou par les tiers, selon une hiérarchie des fautes prévue par les art. 527 à 530. Plus la faute est grave, plus la responsabilité est large, et plus les demandeurs potentiels sont nombreux. L'art. 527 parle de la faute de gestion : faute légère, soumise à l'appréciation du juge qui devra accepter une certaine marge d'erreur. Dans ce cas, la responsabilité est individuelle et seule la société peut agir.

Violation du code ou des statuts : faute plus grave (non respect d'une limitation de pouvoir, ou dépassement d'objet social). La responsabilité est solidaire. Qui peut agir ? La société et les tiers.

Troisième hypothèse : art. 530 : situation de faillite : le curateur et les créanciers pourront agir contre les dirigeants dont la faute grave et caractérisée a contribué à la faillite. On pourra alors mettre à charge des dirigeants tout ou partie du passif social.

Enfin, délai de prescription de 5 ans pour les actions en responsabilité.

B. La SPRL

Dans la SPRL, chaque gérant est organe de gestion. S'il y a en a plusieurs, il y a une sorte de concurrence entre les gérants, ce qui n'empêche pas la créancier d'un collège de gérant. Le gérant statutaire bénéficie d'une grande stabilité, comparable à celle d'un commandité ou du gérant d'une SNC. Les gérants non statutaires sont aussi révocables *ad nutum*, à ceci près que dans la SPRL, ce n'est pas d'ordre public. Le gérant non statutaire est donc dans une situation plus favorable que l'administrateur d'une SA lorsque spontanément la société déroge à la révocabilité *ad nutum*.

La protection des tiers de bonne foi est envisagée de la même manière pour les trois types de société.

Dans la SPRL, s'il n'y a pas de collège de gestion, et qu'il est dans une situation de conflit d'intérêt (il veut vendre un immeuble à la société), on prévoit l'intervention d'un mandataire *ad hoc*. Si on est dans une SPRLU, le gérant va décider seul (logique). On oblige toutefois le gérant à consigner l'opération (en rendre compte). S'il y a un préjudice subi par la société ou par les tiers, il pourrait être obligé de réparer le préjudice.

C. La SCRL

Dans la SCRL, trois choses à relever. D'abord, l'administrateur d'une coopérative pourrait statutairement être placé dans la même situation que le gérant statutaire d'une SPRL. Ensuite, il n'y a pas de procédure de conflit d'intérêt (on s'en réfère aux règles du mandat, qui interdisent à un mandataire de se porter contre partie). Enfin, troisième fait marquant de la coopérative : on peut attribuer, moyennant rémunération, à certains associés, un rôle dans le contrôle de la gestion.

Chapitre 5. L'assemblée générale

A. La SA

Dans la SA, l'organisation de l'AG est nécessairement plus sophistiquée, rituelle et réglementée que dans les deux autres, notamment parce qu'on ne connaît pas les associés d'une SA. Certains associés sont des investisseurs étrangers notamment. Donc, toute la procédure de convocation d'une AG est plus lourde et minutieuse dans la SA, avec respect de certains délais, de certaines formalités etc. De ce point de vue donc, c'est plus lourd à organiser que dans les deux autres.

L'action en nullité des décisions de l'AG est possible quel que soit le type de société, avec un délai de prescription de 6 mois, et avec la possibilité pour tout intéressé (intérêt né et actuel) d'agir en nullité.

B. La SPRL

Pour la SPRL, le formalisme est moins grand.

C. La SCRL

Pour la SCRL, les statuts pourraient être même prévoir qu'on puisse les modifier à la majorité simple. Pour la SA ou la SPRL, pour modifier les statuts, il faut une majorité des $\frac{3}{4}$.

Chapitre 5. Le capital

Dans les 3 cas, le capital est important pour les créanciers (gage commun des créanciers). Dans les trois cas également, le capital est important pour évaluer les droits des actionnaires (proportion entre capital et droit de vote / au bénéfice).

Le capital va varier :

- dans une coopérative, on trouve la part fixe et le part variable. Sa part fixe, comme pour le capital des SA et SPRL, nécessite une décision d'un organe pour une augmentation ou réduction.
- Dans la SA, les augmentations de capital sont en principe décidées par l'AG. Mais il existe la technique du capital autorisé : le CA peut décider d'une augmentation de capital si figure, dans les statuts, une clause de capital autorisé.

Au niveau des réductions de capital, il y a là un monopole de l'AG : seule l'AG peut procéder à une réduction de capital. Dans ce cadre là, il faut respecter la protection des créanciers (ils ont le droit de demander des sûretés) ; il faut également respecter le principe de l'égalité entre actionnaires (la réduction doit entraîner un remboursement à tous les actionnaires d'une partie de leur apport, à due concurrence de leur investissement).

- Dans la SPRL, il n'y a pas la technique du capital autorisé. C'est donc l'AG qui a le monopole.
- La SPRLS : on impose un prélèvement annuel sur les bénéfices de 25% (pour permettre que la société arrive dans les 5 ans à atteindre le capital minimal légal).

- La SCRL : soit on est dans la part variable, auquel cas on fait ce qu'on veut. Pour la part fixe, c'est l'AG qui a le monopole pour décider l'augmentation ou la diminution de capital.

Livre 3. Les paiements et crédits

Titre 1. La facture et le payement

Chapitre 1. La facture

Section 1. Considération générales

§1. Définition et fonctions

A. La notion

On ne trouve aucune définition légale de la facture. On y fait référence à l'art. 25 al. 2 du Code de commerce. Elle s'apparente à un document comptable, qui a un quadruple rôle.

B. Le rôle de la facture

Le premier rôle est plus que symbolique d'affirmation, d'officialisation d'une créance ou d'une dette selon le point de vue. Son but est de rappeler officiellement au débiteur commerçant ou consommateur, que ce dernier doit de l'argent. C'est également, dans un second temps, un moyen de preuve.

Le rôle probatoire est consacré à l'art. 25 al. 2. La facture est sensée refléter le contenu du contrat. Cette probation pourra être renversée (la facture ne reflète pas l'objet du contrat).

Le rôle comptable et fiscal de la facture est le rôle que la facture joue dans la perception de la T.V.A.

Quatrième rôle enfin : financement, crédit. C'est l'hypothèse du *factoring*, de l'affacturage. C'est l'hypothèse où, par la transmission de la facture à une entité ou un organisme particulier, le commerçant obtient anticipativement le payement de sa créance.

De nos jours, de la même manière que les transactions peuvent se nouer via internet, la facture peut être électronique.

Section 2. Les conditions générales annexées à la facture

§1. Notion et caractéristiques

On est dans le rôle d'affirmation d'une créance et on touche également au rôle probatoire (preuve d'adhésion du débiteur aux conditions générales annexées à la facture).

A. Définition et caractéristiques des conditions générales

Les conditions générales ne sont pas définies telles qu'elles. Les principes « unidroit », qui régissent les contrats de vente internationale, offrent une définition dont on peut tirer des éléments caractéristiques : 1° les conditions générales sont unilatérales. Elles ont été rédigées par celui qui s'en prévaut, les invoque ; 2° il n'y a pas eu de négociation, de discussion préalable à la notification de ces conditions ; 3° la standardisation. Le formalisme peut être un instrument de simplification, car il devient de la standardisation. Après avoir imaginé les conditions générales, le commerçant a la prétention qu'elle s'applique à toute une série de transactions pour l'avenir.

On sait qui a écrit les conditions générales, on sait qu'il y a adhésion. En général, les conditions générales sont à prendre ou à laisser dans le chef du consommateur. Entre commerçant se pose la question de savoir quelles conditions générales l'emportent si les deux commerçants s'envoient leurs conditions générales.

B. Principaux questionnements juridiques

Il y a trois problématiques, dont une nous intéresse. La première est celle de la validité des conditions générales (on applique ici le droit commun des contrats, art. 1108 et s.) ; La seconde est celle de l'interprétation (art. 1156 et s.). De manière générale, on interprète de manière stricte les dérogations au droit commun. 3° A quelles conditions les conditions générales sont-elles opposables à celui auquel on les envoie ?

§2. L'opposabilité des conditions générales

A. Les conditions de l'opposabilité des conditions générales

1. Le principe : le consentement des deux parties contractantes (article 1108) du Code civil

A ce stade, on se posera donc la question de l'opposabilité des conditions générales, avec deux mots clés : la connaissance et l'acceptation. Pour que les conditions soient opposables, elles doivent être connues ou susceptibles d'être connues, et doivent être acceptées de la même manière qu'une facture doit être acceptée (expresse ou tacite).

Le principe, s'agissant d'un contrat d'adhésion, (conditions qui n'ont pas pu être discutées), c'est que celui qui s'en prévaut doit démontrer le consentement de l'autre partie (art. 25 entre les commerçants, donc toute voie de droit ; acte mixte si on a pas deux commerçants).

2. La condition de connaissance

La condition de connaissance signifie que celui auquel on veut opposer les conditions générales a eu conscience de l'existence et possibilité de prendre connaissance du contenu. Il faut donc d'abord qu'il sache qu'elles existent, mais également ce qu'elles prévoient.

On peut entrer dans le détail de la jurisprudence. Il est clair que si elles sont annexées à la facture, rédigées de manière lisible et compréhensible et si le recto renvoie au verso, on peut considérer qu'il y a conscience et connaissance du contenu. On trouve des hypothèses où ces conditions sont illisibles ; où le destinataire doit faire des démarches pour en prendre connaissance ; où les conditions sont dans une autre langue que celle de l'intéressé ; où les conditions générales sont affichées dans un endroit peu accessible... C'est cette idée de conscience de l'existence et de connaissance du contenu qui importe donc.

Évidemment, un juge sera plus rigoureux entre consommateurs et commerçants.

Le moment de la communication est important. Si les conditions sont communiquées *a posteriori*, le juge aura tendance à considérer qu'elles ne font pas partie du contrat. Au surplus, l'attitude des deux parties est aussi déterminante : si le commerçant arrive à démontrer qu'il a attiré l'attention du consommateur, il se place dans une situation avantageuse. Inversement, ce sera difficile entre commerçant en cas d'absence de réaction dans un délai raisonnable : on peut considérer que le destinataire des conditions générales doit les respecter, car s'il n'a pas réagi et s'il lui était facile de connaître le contenu des conditions générales, et ne conteste pas, on considère alors que les conditions générales sont entrées dans le champ contractuel.

C. L'acceptation tacite ou expresse

L'acceptation peut être expresse ou tacite. Elle est tacite si le silence est circonstancié, c'est-à-dire s'il ne peut se comprendre autrement que comme une acceptation. Il doit donc être exempt de toute contestation. Le dépassement du délai raisonnable est un critère de plus.

En cas de relations habituelles entre commerçants, on peut considérer que les conditions générales sera applicable à l'ensemble des transactions qui suivra, puisqu'il y a entre partie des relations d'affaire suffisantes.

B. Les conséquences de l'inopposabilité des conditions générales

L'inopposabilité, si la partie qui se prévaut des conditions générales ne parvient pas à en prouver l'opposabilité, a des conséquences variables.

Si on considère qu'il y a dans les conditions générales des éléments essentiels ou substantiels du contrat, ce qui est laissé à l'appréciation du juge, alors le contrat lui-même pourra être considéré comme ne s'étant pas formé.

Plus souvent, ce sont des éléments accessoires et, dans ce cas-là, on appliquera le droit commun. Dans la mesure où les conditions générales ne sont pas entrées dans le champ contractuel, on appliquera les dispositions supplétives du code civil ou du code de commerce, voire de lois particulières, selon les cas.

§3. Le conflit entre des conditions générales contradictoires (Battle of forms)

L'autre hypothèse, seconde problématique, est la question de savoir quelles conditions générales l'emportent si chaque partie au contrat communique ses propres conditions générales. On est donc

ici entre commerçants. C'est ce qu'on appelle *Battle of forms*, ou bataille des formulaires. Il y a des solutions assez différentes et tranchées. Ajoutons à cela que la jurisprudence belge, habile dans l'art du compromis, applique les 4 solutions de manière pas toujours cohérente !

L'hypothèse est donc que successivement, les entreprises notifient chacune leurs conditions générales. La question ne se pose que si le juge a, en prélude, conclu à l'opposabilité des conditions. Du reste, on doit être dans une situation où les conditions générales touchent à une éléments accessoires (sinon, le contrat serait nul).

Il y a 4 théories, et le droit positif belge (en réalité, la jurisprudence) emprunte aux 4.

- 1 façon

On applique l'art. 1602, en précisant que cet article ne s'applique qu'aux contrats de vente. Que nous dit 1602 ? Il indique que le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige, et que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.

Dans cette hypothèse, si on applique 1602 et si les conditions générales se croisent, ce sont celles de l'acheteur qui va prévaloir.

Cette solution est critiquable ! Ce n'est pas seulement une question d'interprétation ! Il convient de savoir quelles conditions sont entrées dans le champ contractuel, et non de les interpréter ! A cela s'ajoute que 1602 a été plutôt conçu pour protéger le consommateur à l'égard du professionnel. Or nous sommes ici plutôt entre commerçants.

C'est la raison pour laquelle cette première solution est sans doute la moins valable, et est le moins appliquée par la jurisprudence belge.

- 2ème façon

Last shot rule. On considère que ce sont les conditions générales ayant été notifiées en dernier qui vont prévaloir. C'est une question d'interprétation du contexte dans lequel s'inscrit cette bataille.

- 3ème solution

First shot rule. C'est ici le prix de la course : c'est le premier qui notifie qui l'emporte. C'est la solution qui est adoptée aux Pays-Bas.

- 4ème solution

C'est la *knock-out rule*. Il y a annulation des conditions générales contradictoires. C'est la solution retenue par la jurisprudence française.

En tout cas, on l'applique lorsque les conditions générales en présence stipulent expressément que les transactions concernées ne sont soumises qu'aux conditions générales stipulées par l'un ou l'autre.

Comme on l'a dit, la jurisprudence belge a tendance à mélanger tout cela, en équité, selon les circonstances et la sensibilité des juges, voire selon les régions.

Chapitre 2. L'affacturage², ou le factoring

Section 1. La notion

A. L'objet du contrat et sa définition

L'enjeu, l'instrument mobilisé dans le cadre de ces opérations est la facture. La lettre de change est un mécanisme différent, mais présente des points communs ou de comparaison entre le *factoring* et la lettre de change.

La différence fondamentale est que la facture n'est pas un titre négociable. Il n'y a pas d'abstraction cambiaire pour la facture. La lettre de change elle, est un titre négociable qui bénéficie d'une abstraction formelle ou matérielle. Dans la lettre de change, on a un rapport fondamental (vente, pour simplifier). La facture se situe à ce niveau fondamental. Mais dans la lettre de change, il y a une abstraction : elle entre en lévitation au-dessus du rapport fondamental. Ce faisant, elle peut voyager, c'est-à-dire se transmettre selon des modes spécifiques au droit cambiaire.

C'est ici aussi un mécanisme de transfert, mais de la facture ! C'est moins simple et la portée du transfert est moins forte, car il n'y a pas d'abstraction, et n'est pas négociable.

Le *factoring* est né dans les années 1960, importé des USA. C'est un mode de gestion des créances commerciales. Ici, il y a une forme de délégation, d'*out-sourcing*. Le commerçant confie à un tiers le soin de récupérer ses créances. Soit il le fait lui-même, soit il demande à quelqu'un d'autre de le faire, ce qui a aussi un coût.

On a un *factor*, celui qui va récupérer les créances ; et un *adhérent*, ce dernier étant le créancier originel. Le *factor* est le plus souvent une filiale, ou une succursale d'une banque.

Il y a un contrat cadre entre le *factor* et l'*adhérent*. Le premier se voit transférer les créances à court terme que l'adhérent détient à l'égard de ses clients (pour des biens ou des prestations de service). Les clients sont agréés (dans le contrat cadre, on se met d'abord sur le type de client). Le *factor* s'engage lui à recouvrer ses paiements.

2 Dieu que ce mot est moche !

Encore une fois, on ne trouve pas de définition en droit belge. Mais une convention unidroit nous donne des éléments de réponse. Les éléments de réponse concernent surtout ce à quoi s'engage le *factor* : quelle est la portée de ses obligations. On a déjà dit qu'il y a cession de créance (qui implique une notification au débiteur), et on a également indiqué que l'adhérent demandait au factor de récupérer les créances.

Trois autres obligations se trouvent souvent dans l'opération de *factoring*. La première est que le factor va tenir la comptabilité des créances, transférer, payer, et du même coup, va tenir la comptabilité des commissions (il prélève des commissions sur chaque opération réalisée). Le second est un engagement que prend le factor de faire crédit à l'adhérent. Parfois, on va plus loin et on offre même à l'adhérent une forme d'assurance crédit, c'est-à-dire qu'on le garantit contre les mauvais payeurs. **(et la troisième ?)**

Le but même du *factoring* est la récupération des créances.

B. La rémunération du factor

Si le factor paye la créance à l'adhérent, avant même d'avoir lui-même obtenu paiement du débiteur, c'est alors une opération de crédit. Mais la commission sera plus élevée, puisque l'adhérent obtient paiement avant terme. Dans ce cas, le factor, dès la cession de créance, en paye à l'adhérent le montant moins la commission, et moins l'escompte. On peut imaginer aussi qu'au lieu de payer, le factor offre une ouverture de crédit (puisque le factor est souvent rattaché à une banque).

On peut imaginer un service supplémentaire : l'intervention d'une société d'assurance crédit, qui fait aussi partie de l'orbite de la banque. Donc, en plus, le factor garantit l'insolvabilité du débiteur. Donc même si le débiteur ne paye pas, au bout du compte, l'adhérent n'en subit aucune conséquence.

Que se passe-t-il dans ce cas là ? Il y a simplement une prime à payer. On peut donc dire que le contrat cadre est plus ou moins complexe selon ce qu'il prévoit. Le factor, dans l'option la plus simple, perçoit de toute façon une rémunération, une commission pour ses services de gestion des créances.

Il va donc ouvrir un compte courant, où on place tous les montants afférents aux créances, qui sont à mettre au crédit de l'adhérent. Au débit, on place ce qui a été effectivement payé (dus à l'adhérent) par le factor à l'adhérent, suite à la récupération des créances, ainsi que les commissions.

A intervalle régulier, le solde créditeur est mis à disposition de l'adhérent. Le flux financier ne va donc pas être permanent à chaque récupération de créance. On fera en sorte que tous les X, il y ait un transfert de fonds du factor vers l'adhérent (le montant des créances moins la commission).

C. La qualification juridique

La qualification juridique, comme souvent dans ces cas-là, est considérée comme un contrat *sui generis*. Cela ressemble à un contrat d'entreprise, à un contrat de mandat etc.

Section 2. Les obligations des parties

A. Obligations relatives à la cession

A propos des obligations des parties, l'obligation de l'adhérent est de céder ses créances. On peut avoir prévu des critères de sélection, mais un critère de sélection qui n'est pas admis est le risque !

Autrement dit, l'adhérent ne peut pas céder ou limiter la cession aux créances douteuses, ou dont le débiteur présente le risque d'insolvabilité le plus élevé. Inversement, le factor, qui a l'obligation d'accepter ses transferts de créance, ne peut pas non plus procéder à une sélection sur base du risque.

Il y a souvent une obligation d'exclusivité dans le chef de l'adhérent. Tel factor aura ou bénéficiera d'une exclusivité quant aux créances de tel adhérent. Il est donc rare qu'un adhérent ait plusieurs factors. Parmi les critères objectifs, on pourrait dire que le transfert ne porte que sur des créances supérieures à tel montant ; que ne sont transférées que les créances dont le débiteur est en Belgique etc.

Le risque de défaut de paiement n'est pas un critère ! Cela aboutirait à un déséquilibre total !

B. Obligations d'information et de collaboration

Il y a aussi des obligations d'information et de collaboration. Ce n'est pas parce qu'il a transféré sa créance que l'adhérent doit négliger ce qu'il en advient ensuite. D'abord, il a une comptabilité que le factor peut consulter. Il doit donner toutes les informations qui permettent au factor d'évaluer le risque et les chances de recouvrement. Il doit le faire avant la conclusion du contrat cadre, et de manière régulière.

On considère parfois qu'il s'agit d'un contrat *intuitu personae*. C'est un contrat de confiance, dont l'exécution de bonne foi est appréciée avec rigueur de la part des cours et tribunaux.

C. Les obligations relatives à la solvabilité des débiteurs cédés

L'adhérent ne garantit pas le paiement de la créance, mais bien son existence, et la bonne exécution, en ce qui le concerne, des prestations afférentes au contrat. On met donc le factor dans la situation où le débiteur ne pourra invoquer d'exceptions fondamentales.

Section 3. Les mécanismes juridiques servant de support au transfert des créances

Jusqu'à présent, on a utilisé le terme de transfert de créance. La question se pose de savoir quel est le mécanisme juridique qui permet au factor d'être en situation de recouvrer une créance qui, à l'origine, ne le concernait pas. Il y a trois façons de voir les choses, qui sont trois manières juridiques, assez pragmatiques.

§1. L'endossement de la facture

A. Une institution longtemps privilégiée

D'abord, l'endossement de la facture. C'est un point de comparaison avec la lettre de change : le terme endossement s'analysera aussi à propos de la lettre de change. L'endossement de la facture a des conséquences moins lourdes que l'endossement de la lettre de change. La loi du 15 oct. 1919 concerne l'endossement des factures. Jusqu'en 1994, donc jusqu'à l'époque où on a simplifié les modalités de cession de créance, c'était la voie naturelle pour procéder au factoring. On prévoyait donc une manière plus simple, plus rapide de transférer les factures, qui était donc l'endossement des factures.

Quand on a simplifié les modes de cession de créance (art. 1690), il y a une concurrence entre l'endossement et la cession de créance.

L'endossement comporte des conditions de fond et de forme, prévues dans la loi du 15 oct. 1919.

B. Conditions de validité de l'endossement

Parmi les conditions de fond : on vise les créances nées d'une activité professionnelle, civile ou commerciale ; la créance est cédée en pleine propriété ou à titre de gage ; l'endossataire (celui au profit duquel on endosse la facture) est une banque ou un établissement de crédit, de la même manière que le bénéficiaire d'un gage sur fond de commerce est une banque ou un établissement de crédit. L'endossement successif est interdit (il ne peut y avoir qu'un seul bénéficiaire).

Conditions de forme : la facture doit être datée, et doit mentionner l'identité du créancier et du débiteur, ainsi que la somme due. L'endossement mentionne le nom de l'endossataire et la date de l'endossement. Il y a signature de l'endossataire.

Endosser signifie retourner la facture, et écrire qu'il y a un endossement au profit de telle personne, à telle date, avec signature de l'endossataire (et en général, de celui qui endosse).

Enfin, dernière condition (de bon sens économique) : le débiteur doit savoir qu'il y a eu endossement de la facture ! Sinon, le débiteur va naturellement continuer à payer le créancier originaire. Donc l'endossement doit être notifié au débiteur par un avis écrit. Dès réception de l'avis, le débiteur ne peut plus se libérer valablement que dans les mains de l'endossataire (dans l'hypothèse présente, le factor).

A partir du moment où le contrat cadre existe, les factures continuent à être émises par le prestataire de service, mais il y a une vignette autocollante qui est collée sur la facture et mentionne clairement que ces factures doivent être payées au factor. La vignette attire donc l'attention du client sur l'endossement qui a été opéré entre le factor et l'adhérent. Pour éviter l'un ou l'autre risques, le contrat cadre stipule que si l'adhérent recevait paiement de son débiteur initial, il doit transférer au factor les sommes qu'il aurait reçues indument.

C. Opposabilité des exceptions

Se pose la question de l'opposabilité des exceptions (point de comparaison avec la lettre de change). On considère que le « débiteur cédé » peut continuer à opposer à l'endossataire (le factor) les exceptions nées avant l'endossement qu'il pouvait opposer à l'adhérent. Les exceptions existantes au moment de l'endossement, peuvent continuer à être invoquées par le client à l'égard de l'endossataire.

L'exception d'inexécution (radicale, pas dans les détails) peut être invoquée à n'importe quel moment, car c'est une exception en puissance qui est susceptible d'être invoquée à tout moment,

existe en germe dès la naissance de la créance elle-même. L'endossataire, en pareille hypothèse, se retournera contre l'adhérent.

§2. *La cession de créance*

Le second moyen juridique d'arriver au même résultat est la cession de créance, au sens des art. 1689 et s. Code civil. Cela a un sens, à partir du moment où les formalités d'opposabilités au débiteur ont été simplifiées. Depuis 1994, on a simplifié les formalités de notification au débiteur, et on peut donc voir dans le factoring une opération qui se fonde sur une cession de créance. Ce n'est pas une novation (le changement qui constitue la novation implique l'accord du débiteur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce).

Cette notification au débiteur peut être réalisée soit par celui qui cède la créance, soit par le cessionnaire. Là aussi, on pourrait imaginer le système où cela se fait sous le couvert des vignettes autocollantes dont question *supra*.

§3. *La subrogation personne de source conventionnelle*

Le troisième mécanisme est la subrogation personnelle de nature conventionnelle. C'est plus radicale, puisqu'il y a une substitution de créancier. Il y a paiement de la dette d'autrui, et substitution d'un créancier à un autre. Le factor prend la place du créancier originaire, c'est-à-dire l'adhérent. Dans cette hypothèse, le factor paye la dette du client et ensuite prend la place du créancier originaire pour récupérer auprès du client les sommes qu'il a avancées.

Ici, il n'y a pas de formalité d'opposabilité au sens strict. Mais là encore, il vaut mieux informer le débiteur qu'il y a eu substitution de créancier.

Dans le cas de la subrogation, il y a substitution de créancier, et toutes les exceptions restent opposables au débiteur par le créancier.

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. La directive européenne 2000/35/CE du 29 juin 2000

Le contexte est la transposition d'une directive du 29 juin 2000. On protège ici le créancier et non le débiteur. On veut favoriser la libre circulation des capitaux, des marchandises et services, et on constate que les difficultés de paiement posent des problèmes quant à la fluidité des transactions internationales.

La rapidité et la facilité avec laquelle les créances sont recouvrées est un enjeu important pour l'espace économique européen.

§2. La loi belge du 2 août 2002

A. Le caractère impératif de la loi ?

Cette loi est supplétive, à l'exception de son art. 7 qui est impératif. Or cet article 7 concerne les dispositions susceptibles de déroger à la loi. La mesure dans laquelle on peut y déroger (à la loi) est donc réglée par l'art. 7, qui lui est impératif.

Section 2. Le champ d'application de la loi

§1. Une transaction commerciale

A. La notion, large, de transaction commerciale

Son champ d'application recouvre les transactions commerciales, définies à l'art. 2, 1°. Ce sont donc les transactions entre entreprises, ou entre entreprises et pouvoirs adjudicataires.

§2. La qualité des parties contractantes

A. Le principe

La définition de la transaction commerciale implique qu'on vérifie la qualité des parties contractantes. La notion d'entreprise, définie à l'art. 2, 2°, ratisse large. Le critère n'est pas celui de commerçant, mais les protagonistes sont des entreprises (commerçantes ou non). Le critère est celui de l'exercice d'une activité économique. On ne se pose pas la question de savoir si c'est une personne physique ou morale.

C'est donc une activité économique (vendre des biens / prester des services), et non spécialement une activité commerciale. Les indépendants sont donc concernés. On trouve parmi eux les commerçants, mais aussi les titulaires de profession libérale, les artisans et agriculteurs. Une ASBL, un avocat, un architecte, répondent donc à la notion d'entreprise.

On exclut les créances non issues de l'exercice d'une activité professionnelle.

B. La notion de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice

Les pouvoirs adjudicataires visent le cadre des marchés publics. On peut considérer que constituent des pouvoirs adjudicataires : l'état, communautés, régions, provinces etc. Dans ce cas, il y a une transaction entre entreprise et pouvoir adjudicataire.

§3. Un « retard » dans le paiement d'une « rémunération », contrepartie de la chose ou du service

On ne vise que les rémunérations, les contreparties à des transactions commerciales. On vise donc la somme, la valeur, qui constitue la contrepartie du service presté. On ne vise pas une dette d'indemnisation (par exemple entre l'assureur et l'assuré), ni les obligations pécuniaires, ni le paiement d'une indemnité d'éviction entre un commettant et un agent commercial... Ce qui est lié à la prestation, ce qui est la contrepartie financière de la prestation effectuée (fourniture de produit / prestation de service) est donc visé par la loi.

Section 3. Les principes de la loi : un délai de paiement et une sanction en cas de retard d'exécution

§1. Les délais de paiement

Il faut que les paiements soient rapides, que l'échéance fixée par la loi soit courte, et que les sanctions soient suffisamment dissuasives.

A. La durée de principe du délai : 30 jours

Le délai est de 30 jours (traditionnel en matière commerciale, art. 4 de la loi du 2 août) (à titre supplétif). Le point de départ du délai trouve trois réponses : la réception de la facture ; la réception des marchandises ; la vérification, l'acceptation des marchandises dans des hypothèses où la facture a été envoyée avant la prestation effective.

§2. Le retard de paiement et sa sanction

A. Les intérêts moratoires

S'il y a un retard, l'art. 5 prévoit un intérêt moratoire dissuasif. Il est dû de plein droit, et sans mise en demeure. Il commence donc à courir plus rapidement. Puis, le taux de cet intérêt est nettement plus élevé que le taux légal : 8 % pour l'année 2010, alors que le taux d'intérêts légal est de 3,25%.

S'est posée la question du moment du paiement. Dans un arrêt du 3 avril 2008, la Cour de justice a confirmé que, s'agissant du virement bancaire, le paiement est effectué à partir du moment où le compte a été crédité.

B. l'indemnisation des frais accessoires engendrés par le non-paiement de la créance

L'art. 6, dont on peut encore parler, même s'il est menacé d'abrogation, prévoit qu'en plus de cet intérêt dissuasif, le créancier peut obtenir du débiteur le remboursement raisonnable de tous les frais encourus en raison du non paiement ou du retard de paiement. Le créancier a dû mobiliser les ressources pour procéder au recouvrement de la créance, ce qui a occasionné des frais (huissier, avocat...). Il peut donc obtenir le remboursement de ces frais.

On est dans une situation où aucun arrêté-royal n'avait été pris pour exécuter cet art. 6. Un A-R devait préciser le montant maximal du dédommagement. Au moment où l'on parle, une loi du 21 février 2010 prétend abroger l'art. 6. Mais cette loi n'a pas encore vu naître l'arrêté-royal d'exécution qui devait l'accompagner.

Section 4. Le régime des clauses contractuelles contraires

A. Le principe de la liberté contractuelle et les conditions de validité des clauses dérogatoires

L'art. 7 canalise donc la liberté contractuelle.

Mais l'art. 7 indique que les clauses dérogatoires ne sont valables que si elles ne constituent pas des abus à l'égard du créancier, ce qui est une question d'appréciation. Si, dans une situation d'infériorité dans le pouvoir de négociation, le créancier se voit imposer des conditions abusives (contraires à l'équité), on considérera que ces clauses sont réputées non écrites.

Le débiteur, parvenu à obtenir le consentement du créancier, devra donc pouvoir invoquer des considérations ou justifications objectives pour justifier qu'on a remis en cause une réglementation sensée favoriser les récupérations de créance.

B. Les pouvoirs du juge s'agissant des intérêts moratoires

Le juge peut, à la demande du créancier, réviser le taux d'intérêt, mais uniquement à la demande du créancier ! Il ne peut augmenter le taux au-delà de celui prévu à l'art. 5.

C. L'action en cessation

Les art. 8 à 11 de la loi du 2 août 2002 concernent l'action en cessation, dont question *infra* dans le cadre des pratiques du marché. Cela permet à certains demandeurs en cessation d'agir devant le président du tribunal de commerce ou du tribunal de première instance, comme en référé (décision au fond, en invoquant l'urgence, obtenue dans des délais courts). C'est l'idée que par l'action en cessation, on met fin à l'utilisation de clauses contraires à l'art. 7. Qui peut agir ? Les parties intéressées ; le ministre compétent (de l'économie dans la plupart des cas) ; les groupements ou autorités professionnelles.

L'art. 11 prévoit des mesures de publicité : l'ordonnance (du jugement en référé) pourrait être publié dans la presse ou affiché d'une quelconque manière, pour augmenter les chances qu'à l'avenir, ces clauses ne soient plus imposées.

Titre II. Le paiement et le crédit

Chapitre I. La lettre de change

[Notes d'Antoine Fonck³]

Le point de comparaison intéressant, entre la lettre de change et la facture, est qu'on sait que cette dernière n'est pas un titre négociable.

On peut endosser une facture, céder une facture, c'est le processus mis en œuvre dans le cadre de l'affacturage, mais la facture n'est pas un titre négociable, il lui manque l'abstraction qu'on retrouve avec la lettre de change, et le crédit documentaire.

La lettre de change peut paraître un instrument un peu désuet, mais on en rencontre encore, et surtout, la compréhension des mécanismes de la lettre de change permet de mieux comprendre le crédit bancaire.

A. Les origines et les raisons d'être

Historiquement, la lettre de change est une institution du droit commercial, aussi importante que les sociétés, les tribunaux de commerce et la faillite. Au Moyen Âge sont apparus ces 4 instruments.

À l'origine, le mot « change », mettait l'accent sur l'échange de devises. C'est-à-dire que par exemple, un commerçant brugeois qui allait faire du commerce en Italie, au lieu de transporter des espèces, des devis en vigueur en Italie, il s'arrangeait pour que son banquier lui octroie une lettre, il la transportait, et arrivé en Italie, il allait voir le banquier correspondant de son banquier, et ce lui présentait la lettre, au dos de laquelle il était inscrit : « contre remise de cette lettre, le commerçant brugeois a droit à X centaines de devises en Italie ».

Il s'agissait d'un change tiré, comparé au change manuel, qui impliquait d'aller au bureau de change pour changer de la monnaie étrangère contre des francs.

Au fil du temps, cet instrument s'est détaché de sa dimension d'échange de devises, pour devenir un instrument de paiement et de crédit national.

B. Le cadre légal

La loi applicable est toujours une loi de décembre 1955, qui a été modifiée, ou complétée, par une loi de 97 sur les protêts, et si on cherche cette loi dans les codes habituels, elle est encadrée dans les codes de commerce.

Section I. Les notions et le mécanisme

§1. Définition

Si on prend une définition que nous donne les auteurs de Doctrine Van Ryn et Heenen, « *c'est un titre par lequel le tireur (celui qui crée la lettre de change) a garanti inconditionnellement, de manière abstraite, au porteur légitime de la lettre de change, qu'une personne désignée dans le titre, qu'on appelle le tiré, lui paiera une somme d'argent déterminée* ».

On peut donc dire que c'est un instrument de paiement, mais aussi un instrument de crédit, puisque le paiement est différé à une échéance plus ou moins éloignée par rapport au moment où la lettre de change est créée.

3 Vas-y King Foncky c'est bon !

Évidemment, le tireur crée la lettre de change, la rédige, et y mentionne le nom du tiré, car entre ces deux personnes existe ce qu'on appelle un rapport fondamental. Pour prendre là aussi une hypothèse simple, le rapport fondamental peut être un contrat de vente. Le vendeur peut être le tireur, et l'acheteur est le tiré. Il y a accord sur la chose et sur le prix, il y a une créance, c'est le prix, il y a des marchandises qui sont livrées, et moyennant la création de la lettre de change, le paiement de ces marchandises sera différé. C'est la dimension crédit de la lettre de change. Les deux principaux protagonistes sont le tireur et le tiré. Entre ces deux personnages, la lettre de change va permettre une abstraction.

Donc littéralement, on a un rapport cambiaire, fondamental, puis s'élève, au dessus de ce rapport fondamental, un rapport cambiaire. La lettre de change se situe à ce niveau d'abstraction qu'est le rapport cambiaire.

On peut déjà dire, pour compléter la comparaison avec la facture, que la lettre de change est un instrument, un titre, négociable. Car non seulement il y a cette abstraction qui se crée entre le tireur et le tiré, mais ensuite, il peut y avoir transmission de la lettre de change par endossement, comme pour l'endossement d'une facture, et la lettre de change peut se retrouver entre les mains d'un porteur légitime, qui est celui qui détient la lettre de change suite à une série ininterrompue de transmissions de la lettre de change sous la forme de l'endossement.

Évidemment, le rapport fondamental et le rapport cambiaire peuvent mutuellement s'influencer, mais il y a une distance d'abstraction.

Autre concept important, c'est la provision. La provision est la créance sous-jacente. C'est la créance issue du rapport fondamental. C'est ce qui justifie la création de la lettre de change. Le tiré est provisionné s'il y a réellement création légitime d'une lettre de change se fondant sur un rapport fondamental. Autrement dit, s'il y a une création de lettre de change artificielle, frauduleuse, le tiré n'est pas provisionné.

Pour éviter toute ambiguïté, il faut distinguer la provision de la couverture, la couverture n'ayant pas de portée juridique. Dans une vente de marchandises :

- la provision est la créance, le prix de vente, la valeur ;

- La couverture ce sont les marchandises, ce qui est matériel.

Le tiré est donc provisionné avant même d'avoir reçu les marchandises. Autrement dit, il peut être provisionné, débiteur de la créance des marchandises, avant même d'être couvert, c'est-à-dire que les marchandises ne soient livrées.

Autre terme important, c'est l'acceptation par le tiré de la lettre de change. On doit se représenter une hypothèse simple : on a un acheteur de marchandises, un vendeur de marchandises. Il y a donc un rapport fondamental. Si au moment de la transaction du rapport fondamental, les protagonistes se sont mis d'accord pour créer une lettre de change, on peut dire que le tiré va accepter, et accepter, c'est pour lui entrer dans le rapport cambiaire. Donc le tiré, qui est l'acheteur dans le rapport fondamental, par l'acceptation, accepte de rentrer dans le rapport cambiaire.

On pourrait imaginer des hypothèses où, par manque de concertation, le tiré est non-acceptant. Il est débiteur des marchandises, il sait qu'il devra tôt ou tard payer le prix des marchandises, mais il n'accepte pas d'entrer dans le rapport cambiaire, car il sait que c'est un rapport plus exigeant. Il faut donc parfois se demander ce qui se passe si le tiré est non-accepteur ?

Il y a finalement l'endossement, c'est l'hypothèse où il y a transmission de la lettre de change. Le

tireur est en quelque sorte le premier porteur de la lettre de change, puis il a besoin d'argent, ou il doit lui-même payer une dette, et il le fait en transmettant une lettre de change. On endosse une lettre de change en retournant le papier et écrivant une série de mentions. L'originalité est que l'endossement va pouvoir se multiplier. On peut arriver à une chaîne ininterrompue d'endossements réguliers, légitimes. Ça veut dire que le temps passant, quand l'échéance de la lettre de change arrive, le tiré peut venir voir un porteur qu'il ne connaît pas, c'est-à-dire celui qui, au bout de la chaîne, se retrouve avec en main la lettre de change au moment de l'échéance.

Évidemment, chaque fois qu'il y a endossement, il y a un rapport fondamental sous-jacent entre l'endosseur et l'endossataire :

- Soit au moment de l'endossement, l'endossateur reçoit une somme d'argent, anticipativement par rapport à l'échéance de la lettre de change ;
- Soit il paie sa propre dette par l'endossement de la lettre de change.

§2. Rapport fondamental, le rapport cambiaire et leurs influences réciproques

A. L'influence du rapport cambiaire sur le rapport fondamental

Ce n'est pas parce qu'il y a rapport cambiaire qu'il y a disparition du rapport fondamental. L'un est en lévitation au dessus de l'autre, mais ne le gomme pas. Seule l'exigibilité de la créance issue du rapport fondamental est suspendue parce que le tireur, titulaire de la créance fondamentale, a accordé un délai (échéance de la traite) en ayant recours à une technique particulière de paiement. Donc le paiement est suspendu jusqu'à échéance de la lettre de change. Il y a eu livraison de marchandise, provision, la création de la lettre de change implique un crédit, c'est-à-dire un paiement différé.

Ça veut dire aussi que le tireur, si la lettre de change ne bouge pas, a deux voies de paiement :

- Soit il agit sur base du rapport fondamental ;
- Soit sur base de la lettre de change, rapport cambiaire.
-

B. L'influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire : position du problème

Là le point sensible est de savoir si le tiré, débiteur dans le cadre du rapport fondamental, peut encore invoquer les exceptions tirées du rapport fondamental à l'égard du tireur, ou des porteurs successifs ?

C'est la théorie de l'opposabilité des exceptions

Deux théories se sont affrontées :

- 1- L'influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire : la thèse de J. Ronse : Ronse était professeur de la KUL, et selon lui, il fallait distinguer ce qu'on appelle une abstraction formelle et une abstraction matérielle.

Pour faire simple, entre les parties immédiates, les parties au rapport fondamental, vendeur, acheteur, il n'y a qu'une abstraction formelle, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'un renversement de la charge de la preuve, donc l'acheteur peut toujours invoquer des exceptions, mais il doit les prouver. Entre parties immédiates, l'abstraction est beaucoup plus légère qu'entre porteurs successifs et tirés.

Une fois que la lettre de change a circulé par l'endossement, on en arrive à une abstraction pleine et entière, le tiré ne peut plus invoquer, à l'égard des porteurs successifs, les exceptions qu'il aurait pu, ou pourrait encore, invoquer à l'égard du tireur. Il suffit pour cela d'un seul endossement.

- 2- L'influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire : la thèse de Jacques Heenen : professeur à l'ULB, lui ne faisait pas la distinction, il considérait que dans tous les cas, le principe était « payez d'abord, on discutera ensuite ». C'est-à-dire qu'à partir du moment où le tireur crée la lettre, le tiré l'accepte, les deux personnages changent de rapport, se retrouvent au niveau abstrait du rapport cambiaire, et donc peut importe que la lettre circule ou pas, il y a impossibilité pour le tireur d'invoquer des exceptions. Évidemment il réserve l'hypothèse d'une exception manifeste, si les marchandises ne sont manifestement pas conformes, s'il y a eu fraude ou si la lettre n'est pas valable. Mais dans la grande majorité des cas, pour Heenen, l'abstraction était totale.

La Cour de cassation, à partir de 76, a consacré la thèse de Ronse, c'est-à-dire que le premier endossement, le fait que la lettre de change quitte les mains du tireur, pour arriver entre les mains du porteur légitime, a une portée sur sa vigueur, car on passe d'un rapport matériel à un rapport abstrait.

Section II. Les fonctions de la lettre de change

Il y a **3 fonctions** :

- 1- C'est d'abord **un instrument de paiement**. Grâce à la lettre de change, les porteurs, ont entre les mains un moyen de paiement plus commode, plus simple. Si on doit aller devant un juge, le juge se posera moins de questions si on lui met sous les yeux une lettre de change plutôt que le contrat régissant le rapport fondamental.
- 2- C'est aussi **un instrument de recouvrement**, car soit directement, soit à l'intervention d'une banque, on va faciliter les procédures de recouvrement de la créance.
- 3- C'est aussi un **instrument de crédit**. L'acheteur dans l'hypothèse d'une vente, s'il n'y avait pas eu la lettre de change, sans doute aurait-il dû payer comptant les marchandises. Il les reçoit, il les paye. Dans le droit commercial, celui qui achète les marchandises, c'est souvent pour les revendre, donc ça ne l'arrange pas de payer tout de suite. Il préfère avoir un délai qui lui permettra, le cas échéant, de pouvoir écouler la marchandise. Celui qui livre, pour lui, c'est plus dangereux de faire crédit sans la lettre de change qu'avec. Donc imaginons qu'on livre les marchandises le 1^{er} février, on tire une lettre de change avec une échéance au 30 mars. Entre ces deux dates, l'acheteur aura sans doute eu l'occasion de vendre une partie des marchandises, et il y aura de l'argent pour payer la lettre de change.

L'autre hypothèse, encore plus simple, est celle où intervient un banquier. C'est-à-dire que le tireur crée la lettre de change, il la tire. Il a l'acceptation de tirer, puis il va voir son banquier, il endosse la lettre de change au profit du banquier qui devient le porteur légitime, et en compensation, le fournisseur reçoit l'argent tout de suite. C'est le banquier qui le paie. Le banquier attend patiemment l'échéance, et c'est le banquier qui ira voir le tiré pour récupérer son argent. L'intérêt pour le banquier, dans une certaine mesure, c'est qu'ayant payé anticipativement au fournisseur le prix des marchandises, il a pu déduire un escompte. C'est pour ça qu'on parle de cette opération en la nommant « **escompte cédant** ».

Section III. Les règles communes

Il y a un certain nombre de règles communes, applicables à la lettre de change.

A. La coexistence des engagements cambiaires et extracambiaires

Première règle commune, c'est la coexistence des engagements cambiaires et extracambiaires. Le rapport fondamental n'est pas détruit, purement et simplement remplacé par le rapport cambiaire. Le créancier tireur continue à disposer de deux voies de recours contre le débiteur tiré.

Il choisira la plus opportune aussi en termes de prescriptions. Les délais sont plus courts en matière cambiaire qu'en matière contractuelle.

B. L'engagement personnel du signataire

Deuxième règle, l'engagement personnel du signataire. Il faut se mettre dans l'état d'esprit que le législateur fait tout pour garantir le succès de la lettre de change. Ça veut dire le succès de la lettre de change comme engagement, mais aussi son succès dans le sens où il faut faire en sorte que la lettre sera payée par le tiré ou quelqu'un d'autre.

Donc l'article 8 prévoit que si quelqu'un signe la lettre de change au moment d'un endossement, si dans la chaîne des signatures, quelqu'un a signé au nom et pour le compte de quelqu'un d'autre, hypothèse de mandat, s'il s'avère que son mandat n'était pas valable, tant pis, c'est lui qui est engagé, c'est la règle de l'engagement personnel du signataire. C'est-à-dire qu'il n'y a pas de maillon faible, ou de maillon qui casse dans la chaîne.

C. La rigueur cambiaire

Troisième règle, c'est la rigueur cambiaire. Cette rigueur ne concerne pas l'abstraction. Ça veut dire que, quoi qu'il arrive, on paie à l'échéance. Ni avant, ni après. On ne peut obtenir des délais de paiement supplémentaires, ni judiciairement, ni conventionnellement. Il n'y a pas de délai de grâce. La seule nuance est l'adage « *le criminel tient le civil en état* ». L'échéance cambiaire est suspendue à partir du moment où l'action publique est en cours.

D. L'indépendance et la « segmentation » éventuelle des engagements cambiaires

Quatrième règle, c'est l'indépendance des engagements, et donc une forme de segmentation des engagements cambiaires. Ça rejoint en partie l'engagement personnel du signataire, mais c'est plus fort. Toujours dans notre hypothèse où il y a une chaîne d'endossements, si pour une raison ou une autre, l'engagement de l'un des porteurs n'est pas valable, on parle d'engagements cambiaires, ça ne contamine pas les engagements des autres. Par hypothèse, si le porteur n°2 invoque avec succès la nullité de son engagement cambiaire, les porteurs 3 et 4 qui suivent dans la chaîne ne peuvent pas bénéficier d'une forme d'altération de leur engagement. Il n'y a pas de contamination du vice, car l'indépendance, la segmentation des engagements fait que chaque engagement est autonome par rapport aux autres engagements (art. 7 et 69). Il y a une solidarité entre les endossataires successifs. Si un maillon invoque un motif valable de nullité, il peut se retirer valablement.

E. L'inopposabilité ou la purge des exceptions

La purge des exceptions, le terme se fonde sur l'article 17 de la loi. Il n'y a pas d'opposabilité des exceptions (nuances à apporter qu'on lira plus tard, certaines exceptions sont à ce point attachées à la lettre de change qu'on peut les invoquer, mais là on parle bien d'exceptions tirées du rapport fondamental). À partir du moment où la lettre a circulé, il y a une purge des exceptions. Les exceptions quittent le rapport cambiaire. Elles ne sont pas présentes dans le rapport cambiaire, alors qu'elles existaient au niveau fondamental.

Il n'y a réellement purge que lors du premier endossement. Au moment de cet endossement, sont expulsées les exceptions entre le tireur et le tiré, issues du premier rapport fondamental.

Au moment du deuxième endossement, sont aussi expulsées les exceptions qui existaient potentiellement entre l'endossataire et l'endossateur, car évidemment, là aussi il y a un rapport fondamental qui justifie l'endossement (fourniture de matières premières par exemple). Donc à chaque endossement, sont expulsées les exceptions qui entre parties concernées auraient pu être invoquées si on en était resté au niveau du droit commun des contrats. À chaque endossement, on rajoute un débiteur cambiaire, un payeur potentiel, sans pour autant rajouter les exceptions susceptibles d'être invoquées.

Le but est de favoriser la circulation de la lettre de change, sous couvert de l'endossement. C'est aussi une espèce de permis d'ignorance, car à partir du moment où formellement, littéralement, la lettre de change est conforme aux règles de forme, tous les intervenants peuvent se fier aux apparences. Le porteur n°3 dans la chaîne ne doit pas se poser de questions sur la validité de l'engagement du porteur n°2 ou du tireur.

[Voir le syllabus pour pas mal de détails en plus].

Section IV. La création (articles 1 à 10)

La création de la lettre doit répondre aux conditions de fonds et de forme des 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. Au niveau des conditions de fonds, le fait que dans une lettre de change il y a une obligation de paiement relève aussi de la forme.

La signature d'une lettre de change étant un acte de commerce par la forme (art. 2 du Code), il faut disposer de la pleine capacité requise pour poser un tel acte, et ce au jour de la souscription de l'engagement.

L'incapacité d'un souscripteur n'entraîne, toutefois, pas la nullité de la traite : en vertu de l'indépendance des signatures, seul l'engagement du souscripteur incapable est non avenu.

§2. Les conditions de forme

A. Les principes

Il existe des spécimens « tout fait » de lettre de change, et si un commerçant inquiet et prudent, veut avoir tous ses apaisements, le plus simple est d'aller demander à son banquier un spécimen, c'est-à-dire un document dans lequel il y a des cases à remplir. Donc il ne faut pas nécessairement avoir les articles 1 à 10 sous les yeux pour rédiger une lettre de change.

On attire l'attention sur certains points, sachant que ce qui caractérise la lettre de change, c'est que c'est un instrument scriptural, formaliste, littéral, ce qui en fait un document qui doit répondre à des conditions de forme strictes.

L'article 1 de la loi impose l'insertion de 8 mentions dont le défaut entraîne, en principe, la nullité absolue du titre comme lettre de change, opposable à tout porteur.

Le document qui serait nul comme lettre de change (art. 2) peut valoir comme preuve d'un engagement civil ou commercial contracté entre les signataires du titre.

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.

B. La dénomination « lettre de change » et l'ordre de payer une somme déterminée

Bien que l'ordre de payer une somme déterminée fasse partie des conditions formelles, on accepte le principe de lettres de change en blanc. C'est-à-dire qu'on ne met pas encore le montant dans la lettre de change, mais qu'à un moment ou un autre on va remplir le blanc. C'est l'hypothèse où des partenaires commerciaux exécutent un contrat et prévoient des pénalités, des clauses pénales, et c'est une forme de créance contractuelle. On ne sait pas encore quel sera le montant. Le jour où on saura le nombre de jours de retard, on sera quoi indiquer sur la traite.

C. Le nom de celui qui doit payer (tiré) (art. 1 et 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.

D. L'indication de l'échéance (art. 1)

La lettre peut être tirée de différentes façons. À défaut de précision, elle est réputée payable à vu, 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 lettre ou de la date fixée par le tireur pour la présentation (art. 34). Il ne faut pas confondre le moment où la lettre de change doit être payée et le moment où elle peut être présentée : lorsque la lettre de change est tirée à vue, elle doit être payée dès sa présentation, mais le tireur peut imposer qu'elle ne soit pas présentée avant un certain délai.

Il y a aussi l'autre hypothèse, c'est une lettre fixée « à jour fixe ». C'est-à-dire que le porteur ne peut obtenir le paiement qu'à la date fixée (art. 37). Ainsi, si une lettre de change tirée le 1^{er} janvier et acceptée le 15 janvier est payable à la mi-mars, le porteur ne peut exiger le paiement que le 15 mars.

On a ensuite différentes formules, des lettres de change payables à un certain délai de date ou de vue, et le moment de paiement peut être celui de la création de la lettre ou d'acceptation de la lettre. Une des formalités complémentaires à la création de la lettre, est d'en obtenir l'acceptation par le tiré. Donc il faut présenter la lettre de change pour qu'il l'accepte. Il devient un tiré acceptant, qui

rentrent dans le rapport cambiaire, s'il accepte.

E. L'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer (art. 1, 5°)

S'il n'est pas indiqué, c'est celui du domicile du tiré.

F. Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait (art. 1, 6°)

Il faut indiquer le nom du premier bénéficiaire de la traite, qui peut être, le tireur lui-même.

On ne peut pas créer une lettre de change au porteur. On peut créer une lettre de change en blanc, sans montant, mais pas sans indication du bénéficiaire.

G. L'indication de la date et du lieu où la lettre a été tirée

La date est importante pour connaître la capacité du tireur, et au niveau de la faillite.

H. La signature de celui qui émet la lettre (tireur) (art. 1, 8°)

Dernière condition, il faut tirer. C'est-à-dire que le tireur doit signer.

Si la lettre n'était pas signée, elle vaut au moins, dans le cadre du droit commercial, comme un commencement de preuve par écrit, sachant qu'on peut prouver sa créance par toute voie de droit. Donc on n'a pas vraiment un instrument de paiement cambiaire, mais le papier a une certaine valeur.

À partir du moment où il crée la lettre de change, le tireur prend un engagement, ce n'est pas quelque chose qu'on fait à la légère. Il va émettre un instrument cambiaire, de paiement, de crédit, qui bénéficie d'une importante considération en droit commercial. Ça fait naître dans son chef deux obligations de garanties :

- Il garanti l'acceptation du tiré
- Il garanti le paiement de la lettre à l'égard des porteurs successifs.

Il peut s'exonérer de la garantie d'acceptation, et on sera en présence d'un tiré non accepteur, mais il ne peut s'exonérer de la garantie de paiement.

Section V. La provision

A. Définition

Il faut bien distinguer la provision de la couverture. Ce qui se trouve à l'article 80, c'est la définition de la couverture et non de la provision, or l'article 80 prétend définir la provision.

- La provision est la créance extra-cambiale, issue du rapport fondamental, c'est-à-dire dans notre exemple, le prix de vente. C'est une somme d'argent, l'obligation de payer. Le tiré est provisionné, s'il y a une raison valable que la lettre de change ait été tirée. Il peut ne pas l'avoir acceptée, mais il est provisionné, car il y a un rapport fondamental.
- Tandis que la couverture, qui n'a aucune portée juridique, ce sont les valeurs matérielles, les marchandises, qui ont été livrées, ou pas, selon le moment où on se situe, au tiré. C'est une notion concrète, matérielle, mais qui n'a pas de portée juridique.

B. Quand la provision doit-elle exister ?

La provision **doit exister à l'échéance convenue**, c'est-à-dire qu'on pourrait imaginer que la lettre de change existe avant la provision, mais le tireur sait déjà que la provision va exister, car il y aura transaction. Mais l'essentiel, c'est qu'au moment de l'échéance, elle existe.

C. Les droits du porteur contre le tiré provisionné non accepteur

L'article 83 vise l'hypothèse d'un tiré provisionné non accepteur. Donc il y a un rapport fondamental, le tiré est provisionné, il est débiteur au niveau du rapport fondamental à l'égard du tireur, mais il n'accepte pas la lettre de change, il n'entre pas dans le rapport cambiale.

Le tireur est mécontent, mais il sait qu'il lui reste l'action sur base du rapport fondamental. Par contre, le porteur n°2 (le tireur étant le porteur 1), celui à qui la lettre a été transmise, avec purge des exceptions, ne peut pas aller dans le rapport fondamental en principe, puisqu'à l'égard du tiré il n'est pas uni par rapport fondamental. Or le premier de la chaîne à devoir payer est le tiré. Donc l'article 83 Offre au porteur une action directe en paiement de la lettre de change.

Le porteur dit donc que si le tiré ne vient pas dans le rapport cambiale, il va entrer dans le rapport fondamental. Sans cette action directe, il ne pourrait pas frapper à la porte du tiré en lui demandant le paiement, il pourrait tout au plus se retourner contre le tireur. Donc c'est une forme de compensation, à partir du moment où le tiré est provisionné, qu'il n'a pas accepté la lettre de change, mais qu'elle a circulé par endossement et se trouve entre les mains du porteur, le porteur peut entrer dans un rapport fondamental auquel il était étranger.

Section VI. L'acceptation

L'acceptation est l'engagement que prend le tiré de payer la lettre de change suivant les règles du droit cambiaire : le tiré accepte d'entrer dans le rapport cambiaire. S'il n'accepte pas, il reste étranger à la lettre de change et son obligation n'est pas de nature cambiaire. Cette acceptation peut être requise à tout moment, entre la création et l'échéance de la lettre de change.

Il est vraisemblable que le tireur, dans le cadre du rapport fondamental, aura prévu l'obligation dans le chef du tiré, d'accepter la lettre de change. Le plus prudent est donc non seulement de prévoir la création d'une lettre de change en contrepartie du crédit octroyé, mais de prévoir l'engagement de l'acheteur, c'est-à-dire celui qui deviendra le tiré, d'accepter la lettre de change. Donc c'est dans le rapport fondamental qu'on trouve souvent une obligation d'accepter.

Par contre, on peut imaginer que les choses se soient faites de manière moins transparente, que le tiré voie débarquer un porteur, et qu'il refuse d'accepter.

L'article 25 parle des formes de l'acceptation : il y aura, sur la lettre de change, la signature du tiré. Ce qui est important, c'est qu'il y a un recours possible, une formalité à retenir, en cas de refus d'acceptation, qui est prévue à l'article 43. En cas de refus d'acceptation, il y a un protêt pour défaut d'acceptation – c'est-à-dire qu'on fait en sorte qu'il y ait une information, que ce refus d'acceptation ne reste pas confidentiel. C'est utile car les porteurs doivent savoir que le tiré n'a pas accepté, ça fragilise la lettre de change, ça encouragera sans doute les personnes susceptibles d'être porteur de ne pas accepter le risque, car il y a un refus d'acceptation.

Le protêt est ce qui officialise, rend public, un refus d'acceptation, au moment du paiement, donc de l'échéance. L'obligation de faire dresser un protêt par un huissier, conditionne l'exercice des recours ultérieurs. Il pourrait y avoir déchéance du droit d'agir si un protêt n'est pas dressé.

Section VII. L'endossement

§1. La définition et les conditions

L'endossement est un mode cambiaire de la transmission de la lettre, qui implique d'indiquer au dos de la lettre de change le nom de l'endossataire, en quelque sorte le cessionnaire, avec donc comme conséquence la purge des exceptions.

Le premier endossement purge les exceptions du rapport fondamental, et les endossements ultérieurs vont chaque fois purger les exceptions du rapport fondamental sous jacent, car entre les porteurs, il y a des rapports fondamentaux qui justifient le passage de la lettre de change.

On peut imaginer un endossement en blanc (art. 13). On ne peut pas créer une lettre de change au porteur, il faut qu'il y ait au moins le premier nom du bénéficiaire, mais on peut créer un endossement en blanc. Ça veut dire que le porteur qui reçoit la lettre de change peut soit y mettre son nom, il devient alors porteur et garant dans la chaîne de garantie, soit il peut remettre à un tiers, par tradition manuelle, la lettre de change, tiers qui va lui payer quelque chose en contrepartie, et c'est ce tiers qui mettra son nom sur la lettre de change. Autrement dit, recevant une lettre de change par endossement en blanc, mr. X peut soit y mettre son nom, soit il remet la lettre de change par tradition manuelle à mr. Y. Ce n'est pas un endossement, car X ne garanti rien, son nom n'est

pas sur la lettre de change. C'est Y qui endossera. Rien n'empêche non plus de cumuler les traditions manuelles.

C'est précisément l'endossement qui fait que la lettre de change est un titre négociable.

§2. Les effets

L'article 15 nous dit que l'endosseur, n'importe lequel, garanti lui aussi l'acceptation et le paiement. Dans la cession de créance pure et simple du droit civil, article 1690, celui qui cède la créance en garanti l'existence, sans plus, il ne garanti pas la solvabilité du débiteur, tandis que dans l'endossement, l'endosseur garanti non seulement l'existence du rapport fondamental, mais aussi, garanti la solvabilité du débiteur.

Contrairement au tireur, on peut imaginer, mais ça doit être exprès, clairement déclaré, que l'endosseur s'exonère non seulement de la garantie d'acceptation du tiré, mais aussi de la garantie de paiement, mais c'est une exception à la règle.

Section VIII. L'aval (art. 30 à 32)

On en arrive à une nouvelle notion, article 30 à 32 de la loi de 55 : l'aval. On peut dire simplement que l'aval est à la lettre de change ce que la caution est à une obligation contractuelle ordinaire. Simplement, vu le contexte cambiaire, on imagine bien que l'obligation assumée par l'aval est plus lourde que l'obligation imposée par une caution.

- La caution a un caractère accessoire par rapport à l'obligation principale, mais elle garantie le paiement ;
- L'aval est quelqu'un qui, en présence d'un maillon faible, quelqu'un dont la solvabilité est mise en question, va venir garantir, conforter l'obligation de l'un des maillons.

On pourrait imaginer que chaque maillon faible ait un aval différent. On peut aussi imaginer que la même personne se porte aval, avalise l'obligation de plusieurs porteurs, maillons dans la chaîne. C'est la raison pour laquelle on pourrait imaginer que l'aval soit indiqué sur la lettre elle-même, ou que l'engagement de l'aval s'exprime dans un document séparé. Ça a l'avantage que d'une part, la même personne peut garantir plusieurs porteurs, mais aussi couvrir la fragilité de certains porteurs.

La grande distinction entre la caution et l'aval, c'est que l'aval est un débiteur distinct, qui assume une obligation propre. Même si l'obligation qu'il garanti est nulle, remise en cause, l'aval est tenu à titre personnel, ce que confirme l'article 32. Il ne peut se prévaloir que de l'extinction de l'obligation. Si l'obligation qu'il garanti a été exécutée, payée, il peut soulever ce paiement pour éviter un double paiement. Si on met de coté cette hypothèse, il ne peut invoquer aucune exception, pas même la nullité de l'obligation qu'il est censé garantir.

Règle assez particulière, paradoxale, art. 31, si l'aval ne dit rien, qu'on n'indique pas clairement quelle est l'obligation avalisée, confortée par l'aval, il y a une présomption irréfragable, prévue par la loi, qui est que l'aval est présumée donné pour le tireur. Or c'est sans doute celui qui a le moins besoin d'obtenir un aval. Celui qui a créé lui-même la lettre de change, qui est le créancier originel dans le cadre du rapport fondamental. Mais comme c'est impératif, c'est une présomption irréfragable, on va même jusqu'à dire que le tireur ne pourrait pas ultérieurement compléter la lettre de change (si le nom de l'aval est dessus), sans autre mention, l'aval est présumé exister en faveur du tireur.

Section IX. Le paiement

§1. La présentation du paiement

L'échéance est la date pivot autour de laquelle tourne la lettre de change. La lettre de change peut circuler et être endossée jusqu'au jour de l'échéance, dont la mention sur l'effet est essentiel. L'article 38 prévoit l'obligation de présenter la traite au paiement. Ça peut paraître paradoxale, mais au moment de l'échéance, quelque soit le porteur de la lettre de change, le tireur, son banquier le porteur n°x, il y a l'obligation de présenter à l'échéance.

Le lieu de présentation est le lieu du paiement qui figure sur la lettre de change.

Le tiré doit vérifier que le porteur est un porteur légitime, ce qui implique seulement de vérifier qu'au dos de la lettre de change figurent des signatures, si plusieurs porteurs, et que la dernière de ces signature est celle du porteur qui s'est présenté.

Le tiré ne doit pas chercher à savoir comment le porteur qui est en face de lui s'est retrouvé en possession de la lettre de change. Il doit payer sans délai, c'est la rigueur cambiaire. Maintenant, l'article 39 admet qu'il y ait un paiement partiel. Donc c'est sans doute une nuance à la rigueur cambiaire, et à la force de conviction de la lettre de change, c'est qu'un paiement partiel peut être effectué. La raison d'être est qu'on considère qu'un paiement partiel va libérer certains garants, donc le risque de recours sera réduit.

Si le paiement est total, on n'éteint du même coup la créance fondamentale et la créance cambiaire. Le tiré a l'obligation de demander la remise du titre. C'est-à-dire qu'à partir du moment où il a payé, il commettrait une faute lourde s'il laissait le porteur en possession de la lettre de change. La lettre de change, le papier, doit sortir de la circulation en quelque sorte. Le tiré a payé, le porteur est satisfait, on veut éviter le risque qu'en utilisant la même lettre de change, qui aurait été payée, le porteur obtienne paiement plusieurs fois, ou pire, qu'il continue à transmettre une lettre de change qui n'a plus de raison d'être. En l'absence de paiement, il y a l'obligation de protester.

§2. Le protêt

Celui qui est confronté à un refus de paiement a l'obligation de protester. Si on ne respecte pas cette obligation de protester, faire constater le défaut de paiement par un huissier, ça peut avoir des conséquences au niveau du droit d'agir, de faire un recours cambiaire, sauf à l'égard du tiré accepteur, et du tireur c'est-à-dire le débiteur principal.

Lors de la phase de paiement, on se retrouve devant le tiré, s'il refuse de payer, on proteste, puis on agit devant les cours et tribunaux.

Ce qui est important à relever, c'est la rapidité à laquelle doit se propager l'information. C'est-à-dire que si on prend connaissance des délais dans cette matière, ils se calculent en jour et sont très brefs. Entre le moment où le tiré signifie qu'il ne paiera pas et le recours, le délai de protêt est très court, un ou deux jours, ensuite l'information doit être donnée à la banque nationale et se propager de porteur en porteur, car les autres intervenants dans la chaîne doivent être mis au courant. Donc l'information doit circuler rapidement.

§3. *Les recours*

Chacun sait que le refus de paiement du tiré ouvre la porte à une série d'actions. Si le tiré a payé, tous les maillons de la chaîne savent que la lettre de change a rempli son office et qu'ils ne sont pas embêtés. Par contre, si le tiré n'a pas payé, plusieurs solutions s'offrent au porteur :

- Il pourrait agir en justice contre le tiré ;
- Si la solvabilité du tiré l'inquiète, il va se retourner contre le porteur précédent, qui garanti le paiement de la lettre de change au moment où il endosse la lettre. Donc il obtiendra paiement du n° 2 ou du n°3 suivant où l'on se trouve dans la chaîne.

Donc chaque fois deux alternatives, soit on agit en justice, soit on se retourne dans la chaîne et on demande paiement à celui qui nous précède dans la chaîne.

Si chaque porteur paie, la lettre de change va se retrouver dans les mains du tireur, celui qui l'a créé. Là c'est sans doute le tireur qui agira en justice contre le tiré, sur base du rapport cambiaire, sur base du rapport fondamental, mais en tout cas il y a chaque fois l'alternative entre action en justice et interpellation d'un porteur précédent dans la chaîne des endossements.

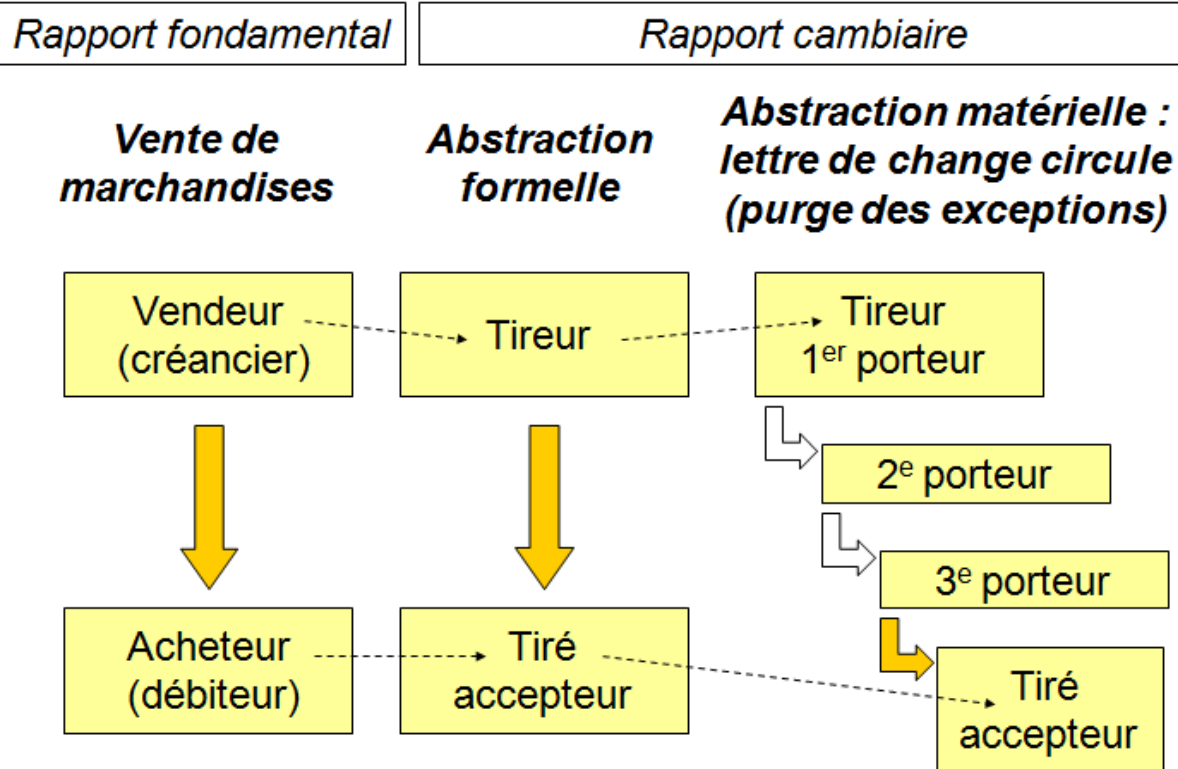
§4. *Les prescriptions*

Les délais de prescriptions sont décrits aux articles 70 et 71. Ils sont chaque fois très courts (quelques mois).

Chaque délai correspond à un type d'action en justice. Par exemple, si on agit contre le tiré accepteur, qui a refusé de payer, le délai est de 3 ans à dater de l'échéance. Un an, c'est une deuxième hypothèse, ou le premier porteur agit contre les endossements précédents. Donc chaque fois on a l'alternative entre l'action en justice et l'interpellation d'un porteur précédent, en ayant à l'esprit que les délais de prescription sont assez courts. Ils sont relativement long quand il s'agit d'agir contre le tiré (3 ans), mais de plus en plus courts contre les endossements.

On voit un dernier petit schéma concernant la lettre de change.

Lettre de change



dernière précision, le porteur, quel qu'il soit, a une action directe contre le tiré non accepteur. Cette action permet au porteur qui n'avait rien à y faire d'entrer dans le rapport fondamental, mais en plus, sur cette provision, le porteur a un avantage : dans l'hypothèse où le tireur fait faillite, le porteur a un privilège sur la provision qui se trouve dans le patrimoine du tireur. Il barre la route aux autres créanciers. Ça facilite le paiement à l'égard du tiré, qui lui par hypothèse n'est pas en faillite.

Manque cours du 23 mars

Le porteur (le second), a une action directe contre le tiré. Mais en plus, sur cette provision, le porteur a un privilège. Dans l'hypothèse où le tireur fait faillite, le porteur a un privilège sur la provision qui se trouve dans le patrimoine du tireur. Il barre donc la route aux autres créanciers représentés par le curateur. On va donc retirer la provision du patrimoine du tireur en faillite pour réserver cette créance au porteur.

/Manque cours

Chapitre 2. Le crédit documentaire et les garanties bancaires

Les notions de base sont celles enseignées à propos de la lettre de change. Ici, on est dans l'hypothèse d'une transaction internationale. La lettre de change se retrouve surtout dans les transactions nationales, entre commerçants belges. Au niveau international, cela prend la forme d'un crédit documentaire (pour un paiement) ou d'une garantie bancaire (pour l'exécution d'une prestation).

A. Des risques particuliers liés au déroulement de l'opération commerciale internationale

Les opérations internationales comportent des incertitudes pour l'acheteur et le vendeur, si on s'en tient à l'hypothèse d'une vente de marchandise. Puisque c'est international, on a un acheteur dans un pays, un vendeur dans un autre pays. Risque ? Les deux parties se connaissent moins bien, ne sont se sont à la limite jamais vues.

Pour ce qui est de la solvabilité de l'acheteur, le vendeur a des inquiétudes légitimes !

Seconde incertitude : la distance ! Même à notre époque, il y a des aléas liés au transport de marchandises. Le commerce électronique marche bien pour le paiement, mais pour la livraison, c'est une autre question ! Il y a donc des aléas liés aux transports, à la qualité des marchandises etc.

Troisième risque : le vendeur, qui aura une créance portant sur le prix de vente des marchandises, dans l'hypothèse où il devrait agir en justice, se méfie des juridictions étrangères et du droit étranger. Au moment de l'exécution du jugement, quelle que soit la juridiction compétente, il faudra faire exécuter le jugement sur le territoire de l'acheteur. D'où incertitude !

B. L'intervention des banques comme réponse à ces risques particuliers

Ces incertitudes ont suscité l'intervention d'une banque. Dans ces opérations, il y a deux commerçants traditionnels, mais il y a surtout l'intervention d'une ou deux banques. Ce n'est pas la première fois que les banques inspirent confiance (rappel : gage sur fonds de commerce où le créancier doit être une banque ; le factor est toujours dans l'environnement d'une banque etc.).

La banque va intervenir comme garant, soit d'un paiement, soit de l'exécution de prestation (dans le cas de la garantie bancaire à première demande).

Ces prestations sont souvent complexes, puisque le maître de l'ouvrage, notamment dans le cadre d'un marché public, confie à un entrepreneur la construction d'une autoroute, d'un pont... On a donc des chantiers qui se prolongent dans le temps, s'exécutent pendant plusieurs mois voire plusieurs années...

Si la banque accepte d'intervenir, c'est parce que son client est le donneur d'ordre. L'acheteur, débiteur du prix de vente, a un banquier et lui demande d'intervenir dans l'opération pour garantir le paiement à l'égard du vendeur. Cela peut paraître paradoxal, mais la banque n'accepte d'intervenir

que si elle n'a pas trop de questions à se poser. Elle veut être mise en situation de payer sans contestation. Elle n'accepte donc ce rôle que parce qu'il y a cette abstraction liée au crédit documentaire, comme celle liée à la lettre de change.

La banque veut limiter son intervention à un contrôle formel de la conformité des documents. Sauf exceptions, elle payera sur présentation d'un papier conforme à ce qui avait été convenu. Si elle n'est pas dans une situation de paiement immédiat, elle entrera dans des discussions et procédures parfois inextricables. L'abstraction permet donc de détacher le rapport où intervient la banque du rapport fondamental qui reste une vente de marchandise internationale. L'abstraction concerne l'intervention du banquier dans l'opération.

C. définition du crédit documentaire et la description de l'opération

Définition du crédit documentaire : le crédit documentaire est l'opération par laquelle la banque, dite émettrice, qui intervient sur ordre du donneur d'ordre (importateur, pour le règlement financier d'une opération commerciale, s'engage à payer à l'exportateur (vendeur), contre remise de documents en relation avec l'objet de la transaction.

Le bénéficiaire du crédit documentaire est donc l'exportateur (celui qui vend), et le donneur d'ordre (client de la banque) est l'importateur (celui qui achète les marchandises). Parfois intervient une autre banque, dite notificatrice ou confirmatrice, qui se situe dans le pays de l'exportateur, ce qui rassure encore davantage l'exportateur, puisque le paiement lui sera fait, non pas par une banque étrangère, mais par une banque qui se trouve sur son territoire.

Dans la garantie bancaire à première demande, il suffit de savoir que le donneur d'ordre est l'exportateur. Le bénéficiaire est l'importateur. Dans ce cas-là, il ne s'agit pas de vente de marchandises. L'exportateur est celui qui va réaliser des travaux dans le pays de l'importateur. La garantie bancaire va garantir la prestation.

Évidemment, quand on parle de garantie qui porte sur une prestation (donc une sûreté), ce n'est pas la banque qui va faire le travail ! L'enjeu reste une somme d'argent ! Si le maître de l'ouvrage constate que les travaux ne sont pas réalisés, il va appeler la garantie, et la banque va s'exécuter en payant une somme d'argent forfaitairement prévue dans l'accord de base.

Parmi les garanties bancaires, nous ne parlerons que de la garantie à première demande.

Que garantit-on ? La garantie peut porter sur la bonne exécution des travaux, mais aussi sur la soumission. C'est l'hypothèse où plusieurs entrepreneurs soumissionnent pour un marché public. Le maître de l'ouvrage choisit tel entrepreneur, qui finit par se désister et refuse de signer le contrat. La garantie de soumission peut déjà être appelée. On trouve également une garantie qui porte sur des remboursements d'acompte.

Au niveau des textes normatifs, on a pas grand chose de contraignant : des dispositions supplétives qui relèvent plus de l'usage, notamment les règles et usances uniformes en matière de crédit documentaire, formulées par la chambre de commerce international. On trouve également des règles et usances issues de la CCI. Du reste, il existe une loi de la commission des NU pour le commerce international. Si les parties n'ont rien prévu (ce qui est rare), on peut donc s'en rapporter à ces règles supplétives.

Le contexte, rappelons-le, est international (avec toute l'incertitude que cela implique), et l'hypothèse est une vente de marchandise avec une certaine distance.

Section 1. Le crédit documentaire et son abstraction limitée

Les praticiens ont été confrontés à deux types d'incertitude et une préoccupation. On a tenté d'arriver à un équilibre entre tout cela.

Première incertitude : celle du paiement, qui existe dans le chef de l'exportateur (vendeur de marchandise). Pourquoi ? Car le débiteur est inconnu, loin, et pourrait tirer prétexte du retard, de la mauvaise qualité etc pour ne pas payer. Or, le soucis de l'exportateur est qu'il laisse partir les marchandises, et si le crédoc (crédit documentaire) n'existait pas, il n'obtiendrait paiement qu'à l'arrivée des marchandises (quelques jours plus tard). Or son gage (la marchandise) est déjà partie !

Inversement, l'importateur (donneur d'ordre) ne veut pas payer trop tôt, puisqu'il n'a pas encore vu la marchandise (qualité, quantité conformes etc.).

Pour répondre à ces inquiétudes, on va donc devoir se fier à l'apparence de conformité d'un document, qui attestera qu'au moment où les marchandises montent sur le bateau, elles sont conformes en qualité, en quantité, et surtout qu'elles sont présentes entre les mains du transporteur. Là, c'est la préoccupation du banquier : quitte à payer le prix des marchandises à la place du donneur d'ordre, le banquier veut pouvoir le faire sans se poser de questions, c'est-à-dire sur simple présentation du document conforme à ce qui était prévu.

Le banquier n'ayant pas trop de question à se poser, sait qu'il pourra payer, puis obtenir remboursement de son client, le donneur d'ordre. On arrive donc à un équilibre des intérêts entre l'exportateur, l'importateur et le banquier.

Le vendeur, une fois qu'il a mis les marchandises sur le bateau, et qu'il a son papier : soit il remet son papier à la banque conformatrice, soit il l'envoie à la banque émettrice pour recevoir son paiement, alors même que les marchandises ont fait 5 km seulement. Le donneur d'ordre a lui reçu un document qui indique que la marchandise est conforme (ce même papier utilisé par le vendeur).

§1. Le rapport entre le donneur d'ordre (importateur) et le bénéficiaire (exportateur) : le rapport dit fondamental

Le premier rapport fondamental est entre l'exportateur et l'importateur. Il y a vente entre eux, avec donc, en contrepartie, le paiement d'un prix.

§2. Le rapport entre le donneur d'ordre et la banque, émettrice du crédit documentaire

Second rapport : rapport entre le donneur d'ordre et la banque émettrice, c'est-à-dire celle qui se situe dans le pays du donneur d'ordre.

Le banquier accepte d'entrer dans l'opération pour faire plaisir à son client, car il sera rémunéré, mais aussi parce qu'il sait que ce qu'il payera à l'acheteur (au vendeur ?) lui sera remboursé d'une manière ou d'une autre par son client. Ce n'est pas un mandat (il n'agit pas au nom et pour compte de son client, il assume une obligation abstraite à titre personnel), mais il y a entre le donneur d'ordre et la banque une relation de type louage de service.

§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 documentaire

A. L'analyse juridique du rapport

Le troisième rapport qui fait l'originalité du crédit documentaire est celui entre le banquier émetteur et l'exportateur. Si on veut rattacher cela à des opérations connues dans le Code civil, c'est une délégation imparfaite non novatoire (1275 C. civ.) : non novatoire car le rapport cambiaire ne supprime pas le rapport fondamental. Le banquier va assumer un engagement personnel, spécifique.

La spécificité de l'engagement du banquier se marque à l'égard des deux rapports précédents. Il est spécifique par rapport à la relation entre le banquier et son client : il ne pourra pas invoquer d'exception tirée du rapport entre lui et son client. A l'inverse de la lettre de change, il s'agit ici d'une abstraction matérielle alors que nous sommes entre parties immédiates.

L'enjeu n'est pas les marchandises, mais bien la marchandise et les documents ! Et si la marchandise est dite conforme par un expert, il ne reste d'important que le document.

B. Le devoir de vérification des documents du banquier

La seule obligation du banquier en dehors du paiement du prix est le contrôle des documents. Ce qui implique deux éléments : le délai et la conformité. Les documents doivent être remis dans un certain délai, et conforme quant à la forme et au contenu. Il ne peut et doit payer que s'il reçoit dans les délais les documents formellement prévus par le contrat. S'il paye alors que le document n'est pas conforme ou les délais non respectés, il peut engager sa responsabilité à l'égard du donneur d'ordre, même s'il s'avère par la suite que les marchandises étaient conformes.

On a des exemples dans le manuel où il suffit que le port d'embarquement ne soit pas le bon pour que les documents établis ne soient pas conformes. Si on avait prévu deux ou trois experts pour délivrer le certificat, et s'il s'avère qu'un seul expert a signé, même si le document est signé, il manque une signature, donc le banquier ne paye pas.

Si le banquier paye malgré la non réception d'un document conforme, il engage sa responsabilité et agit à ses risques et périls.

Le délai de vérification doit être raisonnable et assez court : 7 jours dans les règles uniformes.

Ce qu'il faut aussi savoir c'est que, si le banquier ayant un doute, consulte le donneur d'ordre, il peut le faire, mais ne peut substituer l'appréciation du donneur d'ordre à sa propre appréciation. Il apprécie donc toujours la conformité du document à ses propres risques.

C. L'exception de fraude évidente

Reste l'exception de la fraude manifeste, seule hypothèse où le banquier peut s'abstenir de payer. Pour ne pas vider l'institution du crédit documentaire de sa substance, il faut qu'en cas de fraude, elle soit manifeste. La fraude émane dans la plupart des cas du vendeur, mais on peut imaginer que la fraude émane d'un tiers.

Soit il conclut à cette fraude manifeste sur base des documents (il décèle un faux), soit il recoupe des informations qu'il a obtenue par ailleurs, c'est-à-dire qu'il peut avoir connaissance d'un événement extérieur au rapport fondamental, et ce faisant conclure à l'évidence de la fraude. *Ex : banquier qui sait que l'expert qui a signé le document a déjà été condamné pour faux et usage de faux.* On pourrait toutefois imaginer qu'en bout de course, un juge indique que la fraude n'était pas manifeste.

D. La possibilité pour le donneur d'ordre du crédit documentaire : l'importateur peut bloquer la demande de paiement

Autre hypothèse où il n'y a pas paiement : le donneur d'ordre a la certitude qu'il y a fraude, cette dernière n'étant pas connue du banquier. Le donneur d'ordre peut alors agir en référé devant le président du tribunal de commerce. Le tout aux risques et périls du donneur d'ordre : si l'ordonnance n'est pas rendue par le juge, le donneur d'ordre aura abusé de la procédure, et sa réputation sur le plan international sera entachée.

§4. L'intervention, le cas échéant, d'une seconde banque, la banque notificatrice ou confirmatrice

Quatrième relation : intervention de la banque confirmatrice, ou notificatrice.

C'est l'hypothèse où le vendeur est encore plus inquiet qu'un vendeur ordinaire. Il veut donc qu'intervienne une banque située sur son territoire. Le vendeur aime et préfère avoir un interlocuteur sur son territoire. Si elle n'est que notificatrice, elle se limite à recevoir les documents du vendeur, et c'est la banque émettrice qui payera le bénéficiaire.

A un degré supérieur, il ne s'agit pas seulement d'une banque notificatrice, mais également confirmatrice ! Le vendeur va voir son banquier qui prend les documents, et lui paye le prix convenu, puis envoie les documents à la banque émettrice, qui à son tour remboursera la banque confirmatrice. Le donneur d'ordre remboursera *in fine* la banque émettrice.

Le banquier remet au donneur d'ordre les documents. En cas de problème par la suite, dans le cadre du rapport fondamental, les documents sont utiles pour le donneur d'ordre, c'est-à-dire l'acheteur.

Section 2. Les garanties bancaires et les dangers d'une abstraction quasi absolue

C'est la garantie la plus abstraite possible. En effet, il n'y a pas ici de documents comme c'est le cas dans la garantie bancaire documentaire. La garantie bancaire à première est la plus répandue (plus que la documentaire), et se distingue d'une caution puisque le cautionnement est accessoire, porte sur une obligation principale, il dépend de l'existence et de l'exigibilité de la dette garantie.

Point de cela ici !

La différence avec le crédit documentaire est qu'on garantit un paiement dans le crédit documentaire, alors que pour le crédit bancaire, on garantit l'exécution d'un certain nombre de prestations. Si ces prestations ne sont pas qualitativement ou quantitativement exécutées, la banque payera le bénéficiaire de la garantie, le donneur d'ordre étant l'entrepreneur, le bénéficiaire étant le maître de l'ouvrage.

On peut parler de contrat de construction d'usine clé en main...

On se rend compte qu'en réalité, la garantie bancaire à première demande remplace une consignation de somme. Plutôt que de bloquer une somme entre les mains du créancier, ou sur un compte, on fait intervenir un banquier qui ne mobilisera les sommes que si on fait appel à la garantie, donc s'il y a absence d'exécution du contrat.

La garantie locative s'inspire, au niveau national, du mécanisme de la garantie bancaire.

De la même manière qu'il y a, dans le crédit documentaire, une importance donnée aux documents, ici, il faut quand même, quitte à ne pas exhiber les documents, respecter certaines formalités pour appeler la garantie : délai, forme, contenu, forme...

Si le banquier paye, malgré le fait que les formes n'ont pas été respectées, même sanction que pour le crédit documentaire : il n'obtient pas remboursement de son client !

Certains litiges se justifient parce que, dans le libellé de la garantie, on mélange encore parfois les termes (cautionnement et garantie par exemple).

La validité de ce type de garantie a été rapidement acceptée dans la plupart des pays, à l'exception de la France qui continuait à s'attacher au cautionnement. Mais depuis deux arrêts de cassation français de 1983, on en reconnaît la validité.

Ici encore, on a l'exception de fraude : un appel frauduleux à la garantie, si la fraude est manifeste, pourrait empêcher le banquier de s'exécuter.

Dans le cadre d'une garantie relative à la soumission, si le maître d'ouvrage a lui-même écarté un

entrepreneur, il ne peut faire appel lui-même à la garantie !

Là encore, le donneur d'ordre peut exercer une action en référé devant le président du tribunal de commerce, pour obtenir une ordonnance interdisant au banquier de payer la somme demandée par le maître de l'ouvrage.

Reste une hypothèse où le donneur d'ordre peut empêcher le paiement qui relève presque de la compensation : lorsque le donneur d'ordre va pratiquer une saisie arrêt entre les mains de la banque parce qu'il est créancier à l'égard du bénéficiaire. Il peut donc y avoir une compensation, puisqu'il s'agit de dettes et créances connexes. Il va pratiquer une saisie arrêt à concurrence du montant de la créance qu'il détient du bénéficiaire.

Livre IV. Les principaux contrats commerciaux

On peut rattacher cette partie à la matière du droit de la concurrence (voy. *infra*). Le coeur du droit des ententes sont les contrats commerciaux de distribution, d'intermédiation que nous verrons durant les heures suivantes.

Introduction

L'entreprise est au coeur d'un noeud ou d'un réseau de contrats qui la font vivre (contrat de société), qui l'organisent et lui apportent des ressources (contrat de travail, de crédit etc.), contribuent à son fonctionnement (contrat de propriété intellectuelle notamment), à l'exercice de son activité (contrat de production et distribution).

Il y a des distinctions fondamentales à opérer pour rattacher l'agence, la concession et la franchise.

Chapitre 1. La classification des contrats

Section 1. Les contrats civils et commerciaux

Cela dépend des finalités poursuivies : ne sont commerciaux que les contrats conclus dans le cadre d'une activité commerciale. Dans le cas du contrat mixte, c'est un commerçant et un non-commerçant (souvent consommateur).

Dans le cas d'un contrat commercial, on applique les règles dérogatoires au droit commun pour alléger (mode de preuve) ou renforcer (notamment pour la responsabilité) les règles. Pour le contrat mixte, on applique la règle distributive.

Certains contrats sont d'office civils : de mariage ; exempt de tout but de lucre ; qui concerne des choses hors commerce etc.

Inversement, certains contrats sont d'office commerciaux, notamment tout ce qui porte sur le fonds de commerce.

Si on affine, on aborde deux catégories qui ont une importance pour les trois contrats à analyser.

Section 2. Les classifications doctrinales récentes

§1. Les contrats de coopération égalitaire et ce coopération inégalitaire

Dans ce cas-là, il s'agit d'une coopération entre des co-contractants qui sont économiquement égaux ou inégaux. Dans tous les cas, il y a dans le chef de ces co-contractants, une indépendance juridique ; mais dans certains cas, cette indépendance se double d'une indépendance économique, alors que dans l'autre cas, il y a une indépendance juridique, mais aussi une dépendance économique.

On peut imaginer que les partenaires juridiquement et économiquement indépendant décident de collaborer sur pied d'égalité, sans créer une filiale commune, pour construire un grand ensemble industriel, ou mener ensemble des activités de recherche et développement... C'est donc une collaboration, qui peut déboucher sur la création d'une filiale commune. Ce type de coopération est connu sous le vocable de *joint venture*, avec ou sans filiale commune.

Viennent après les hypothèses où il y a un partenaire dominant, auquel se subordonne économiquement une entreprise dominée. On dit dans ce cas-là que l'entreprise dominée est en situation de dépendance économique. Elle reste juridiquement indépendante, mais accepte, dans une certaine mesure, parce que son intégration dans un réseau lui apporte des avantages, d'être dans une situation d'inégalité. C'est une forme de subordination (pas au sens du droit du travail). Cette dépendance économique justifie que la société en situation d'infériorité soit protégée.

L'agent, le concessionnaire ou franchisé (nom des co-contractants que nous verrons par la suite) sont dans une situation d'indépendance économique. Ainsi, les législateurs, ainsi que des règles déontologiques, visent à protéger la partie faible.

§2. Les contrats de situation et contrat d'occasion

Dans le cas des contrats de situation, ce sont des contrats qui sont indispensables à la vie de la société, à son fonctionnement et à l'exercice de ses activités commerciales. On considère que c'est indispensable pour tel fabricant d'avoir recours à des distributeurs (*ex : fabricant automobile*).

Les contrats d'occasion sont des contrats plus accessoires. Il en faut, mais il y a une interchangeabilité ! Le concessionnaire doit vendre des voitures, mais peu importe à qui : le client est interchangeable. Les contrats d'occasion sont donc accessoires, non pas tant sur le principe que sur la personnalité du cocontractant.

§3. *Les contrats relationnels et contrats discrets*

Ce sont des contrats qui créent un lien d'intensité variable entre les partenaires, qui d'ailleurs ne sont pas toujours partenaires, mais cocontractants. Ce lien est moins fort dans les contrats différents que dans les contrats relationnels.

Dans les contrats discrets, on parlera d'un contrat ponctuel « *one shot deal operation* ». C'est du reste un échange impersonnel entre des étrangers qui se sont rencontrés par hasard. C'est un échange présentifié et présentifiable : on sait déjà se représenter les effets futurs (proches) et les intégrer dans le contrat. (*ex : mettre de l'essence dans son réservoir, payer le prix et partir lorsqu'on va à la pompe*). On peut donc se représenter les effets futurs, et les intégrer dans le contrat. Le principe de la convention loi (1134) ne s'applique finalement qu'à ce type de contrat ! Lorsqu'on conclut le contrat, on sait exactement à quoi on s'engage ! Dernière caractéristique : dans ce type de contrat, il y a, *a priori*, un antagonisme des intérêts ! Chaque contractant recherche son profit (*vendre cher / acheter moins cher*). Le contrat de vente du code civil est un contrat discret, quelles que soient les parties au contrat. Il n'empêche que le droit des pratiques du commerce protège le consommateur !

Les contrats relationnels (contrat de travail notamment ; de distribution ou d'intermédiation commerciale) ont plusieurs caractéristiques : 1° ils s'inscrivent dans la durée, soit parce qu'il y a un contrat cadre et des contrats qui exécutent ce premier contrat, soit parce qu'il y a un contrat à prestation successive. Les partenaires se projettent donc dans un futur éloigné, inscrivent leur relation dans la durée. Dans ce cas-là, on a pas pu se représenter à l'avance tout ce qui allait se passer dans les semaines, mois ou années à venir. Pour prendre un point de comparaison, la théorie de l'imprévision est rejetée pour les contrats discrets, alors que dans les contrats relationnels, on considère que cette théorie fait partie intégrante du contrat ! ; 2° ces contrats mettent en œuvre un rapport plus étroit entre les parties ! Ces contrats sont donc personnifiés, *intuitu personae*, ou *intuitu firmae* (?). La qualité des parties est déterminante de l'inscription du contrat dans la durée.

Dans la suite de l'exposé, on va se concentrer sur les contrats de distribution, d'intermédiation financière. Si on décompose en trois phases un processus qui amène des produits entre les mains d'un consommateur, on a la phase de production ; la phase de distribution (le fabricant fait appel à des distributeurs) ; la phase de vente (entre le distributeur et le consommateur).

Titre 2. Les contrats relatifs à la distribution

Les contrats de distribution (ou d'intermédiation) visent à insérer dans le processus économique, entre le fabricant et l'utilisateur final, un intermédiaire. Cela implique des actes matériels et des actes juridiques.

On va se concentrer sur le contrat d'agence, celui de concession et celui de franchise. On définira également le contrat de courtage et le contrat de la commission (?).

On trouve de nombreux contrats de distributions : nommés ; innommés... Le contrat d'agence fait l'objet d'une loi globale (13 avril 1995) qui règle *a priori* tous les aspects du contrat ; le contrat de concession fait l'objet d'une loi pour régler la question de sa fin ; le contrat de franchise ne fait pas l'objet d'une loi en tant que tel, est soumis à des règles déontologiques. Ce n'est qu'incidemment que le contrat de franchise se trouve soumis, dans la phase précontractuelle, à certaines règles.

S'il y a un élément d'extranéité, Rome I du 17 juin 2008 rend applicable le droit de la résidence habituelle du distributeur. C'est significatif de protéger la partie en dépendance économique !

On rappelle du reste l'art. 101 du TUE, qui prévoit que ces contrats peuvent constituer des ententes. Ils sont donc potentiellement prohibés par l'art. 101. Dans la mesure où ces contrats sont des contrats indispensables à l'activité de certaines entreprises, contribuent à la création d'un marché européen, ils bénéficient le plus souvent d'exemption par catégories, qui portent le plus souvent sur des contrats verticaux.

Chapitre 1. Le contrat de courtage

Il n'est défini qu'en doctrine. Si on rattache cela aux catégories du code civil, c'est un louage d'ouvrage.

Le courtier va servir d'intermédiaire, mais plutôt comme un entremetteur : il va permettre à deux personnes de se rencontrer et de conclure un contrat. Mais le courtier ne participe pas à la conclusion d'un contrat. Le courtier est un indépendant qui se charge, à titre professionnel, de mettre en rapport deux ou plusieurs personnes, en vue de leur permettre de conclure un accord, auquel il n'est pas partie.

Le courtier fait donc bien moins qu'un mandataire : il n'agit pas au nom et pour compte d'un mandat. Il est rémunéré pour ce qu'il fait (par celui qui veut conclure le contrat, voire par les deux partenaires).

Légalement, ce contrat est un contrat de prestation de service, avec parfois un mandat : le courtier peut recevoir mandat. Dans ce cas, en qualité de mandataire, il agira au nom et pour compte de son mandat (mais c'est là un accessoire, ce n'est pas nécessaire).

On trouve des courtiers dans plusieurs secteurs, qui font l'objet de législations : le courtage immobilier ; le courtage matrimonial ; le courtage de voyage ; le courtage dans le domaine de l'assurance...

C'est le degré d'implication minimum !

Chapitre 2. Le contrat de commission

On franchit ici une étape supplémentaire dans l'engagement. Le contrat de commission met en présence un commettant et un commissionnaire. Dans le contrat d'agence, on a aussi un commettant et un agent, mais le terme est commun aux deux types de contrat.

Le commissionnaire va aussi intervenir à titre professionnel dans le cadre de la conclusion d'une opération juridique portant sur des biens, ou en tout, une opération de nature commerciale.

Les exemples principaux sont dans le secteur de la vente et du transport de marchandise.

La caractéristique du commissionnaire est qu'il agit en son nom, mais pour le compte du commettant. Spontanément, on comparera cela au mandataire, qui agit au nom et pour compte du mandant, tandis que le commissionnaire agit en son nom pour le compte du commettant. L'agent lui, est à peu près dans la même situation que le mandataire (voy. *infra* pour l'agent).

Cela signifie que le commettant va dire qu'il agit pour quelqu'un d'autre, mais ne va pas donner le nom de ce quelqu'un d'autre, agit en son nom ! La raison d'être de ce type de contrat est que le commissionnaire, contrairement au commettant, est connu dans son secteur d'activité, a une

notoriété, une réputation, qu'il met au service du commettant, dont le cocontractant ne connaîtra le nom que plus tard, voire jamais.

La conséquence est que le commissionnaire est responsable de l'exécution du contrat passé avec les tiers, mais, comme il a déclaré qu'il agissait pour le compte de quelqu'un d'autre, on ne peut pas l'accuser de simulation. Il a révélé l'existence d'une forme de « mandat partiel ». Il a donc une responsabilité à l'égard du commettant et à l'égard des tiers, mais personne n'a été trompé puisqu'on a révélé la nature de commissionnaire.

Chapitre 3. Le contrat d'agence commerciale ; la loi du 13 avril 1995

Section 1. Précisions introductives

§1. Historique de la loi

Le contrat d'agence fait l'objet d'une loi du 13 avril 1995. C'est le seul des trois contrats à faire l'objet d'une appréhension globale par le législateur. Cette loi transpose une directive européenne et, profitant de cette transposition, le législateur belge, s'inspirant du régime protecteur existant pour le représentant de commerce, a été plus loin que ce que prévoyait la directive et a établi un statut à part entière pour l'agent commercial.

§2. Une loi impérative

C'est une loi impérative, sauf lorsque la loi en dispose autrement.

Section 2. Le champ d'application de la loi du 13 avril 1995

Au niveau du champ d'application *ratione materiae*, l'art. 1 confirme que l'agent est intermédiaire qui agit au nom et pour compte d'autrui, en l'occurrence le commettant. C'est une représentation économique, mais est souvent aussi une représentation juridique : parfois, il se retire au dernier moment (le commettant est celui qui va vraiment conclure le contrat). Souvent, l'agent peut représenter juridiquement le commettant, et sera alors dans la situation d'un mandataire commercial.

Au niveau du risque, l'agent court moins de risque que le concessionnaire ou le franchisé. Ces derniers agissent pour leur compte, et sont totalement indépendants ! Ils prennent donc un risque.
Ex : le concessionnaire achète des voitures au fabricant, les stocke et les revend !

La loi du 1995 va plus loin que la directive ! Elle utilise le terme « affaires ». L'agent commercial peut donc aussi intervenir dans le cadre de la conclusion de contrat, de prestations de service.

La définition de l'art. 1 met aussi le doigt sur le fait que l'agent n'est pas soumis à l'autorité du commettant (à l'inverse du représentant de commerce).

Troisième terminologie importante : l'agent est chargé, de façon permanente, de sa mission d'agir au nom et pour compte du commettant. Ce n'est pas fortuit, ponctuel ou occasionnel : c'est régulier, périodique, continu ! Cela permet de distinguer l'agent du courtier.

Cela ne veut pas dire que l'agent doit se consacrer à temps plein à cette profession, ni même que l'agent doit absolument être lié par une clause d'exclusivité avec le commettant.

Avant de comparer, il faut rappeler que le contrat de commerce est un contrat consensuel ; l'écrit est soit requis à des fins de preuve, soit parfois requis pour activer un certain type de clauses.

L'agent commercial est un commerçant, en ce qu'il agit au nom et pour compte de quelqu'un d'autre, mais l'art. 2, al. 7, Code de commerce, confirme sa qualité de commerçant.

C'est un contrat synallagmatique, à titre onéreux. Reste à savoir si c'est un contrat *intuitu personae* ou *firmae*. Certains considèrent que oui, alors que d'autres indiquent le contraire.

L'agent et le représentant font le même job, ont des prestations identiques, en ce qu'ils agissent au nom et pour compte de quelqu'un d'autre. Il y a une constance, une permanence dans la relation entre l'agent représentant et le commettant employeur.

La grande différence est que dans le cas du représentant de commerce, il y a un lien de subordination : le représentant de commerce est un travailleur au sens de la loi de 1978 (mais sa rémunération répond à un régime particulier). Le représentant est donc subordonné à un employeur : c'est une dépendance économique et sociale. Cela implique qu'on applique la loi de 1978 dans toutes ses dimensions protectrices.

Au sens de l'art. 1384, al. 3, le commettant est l'employeur, qui est responsable des fautes commises par son employeur. Le commettant au sens agence commerciale n'est pas le commettant au sens de l'art. 1384 ! Il n'est pas responsable des fautes aquiliennees commises par l'agent !

Si on le compare au courtier, c'est l'adjectif permanent qui est important. Le courtier intervient de manière plus ponctuelle et irrégulière que l'agent. Le courtier a plusieurs commettants, alors que l'agent, même s'il ne doit pas nécessairement en avoir qu'un, sera souvent rattaché à un seul commettant. L'indépendance économique du courtier est donc plus grande, en ce qu'il répartit sa charge de travail et ses sources de revenu.

Si on compare au commissionnaire : l'agent agit au nom et pour le compte du commettant ; le commissionnaire agit en son nom propre, mais pour le compte du commettant.

Question d'examen : comparer l'agent au représentant de commerce, au courtier et au

commissionnaire

Section 3. Les obligations spécifiques des parties

§1. Les obligations de l'agent commercial

A. Obligations générales de l'agent

L'art. 6 rappelle simplement qu'*a fortiori*, dans ce type de contrat, l'agent doit exécuter le contrat avec diligence, et dans le respect du principe d'exécution de bonne foi. Un arrêt de cassation du 8 nov. 2007 est venu dire que cela n'impliquait pas nécessairement que l'agent soit empêché de vendre des biens concurrents de ceux du commettants. L'art. 6 vient dire que l'exercice de cette activité devra respecter le principe de bonne foi et de loyauté. C'est donc une question de degré et d'intensité de la concurrence, mais n'est pas une interdiction formelle.

B. La clause de ducroire

L'autre obligation potentielle de l'agent, en dehors du devoir de conclure des affaires au nom et pour compte du commettant, pourrait être d'assumer une obligation de ducroire. Cela consiste à garantir la prestation du client, c'est-à-dire la solvabilité de la contrepartie du commettant dans le cadre du contrat conclu grâce à l'intervention de l'agent. Cela ne se fait pas sans conditions : art. 25 : 1° il faut un écrit qui définira l'étendue de la garantie ; 2° « l'affaire » doit avoir été personnellement négociée par l'agent, et les conditions du contrat doivent être celles qu'il a discutées lui-même ; 3° sauf précision supplémentaire, on ne garantit que la solvabilité du tiers, qui porte sur le défaut de paiement ; 4° un plafonnement de la garantie de solvabilité : à concurrence du montant de la commission.

§2. Les obligations du commettant

L'art. 8 énonce l'obligation du commettant : paiement de la rémunération (bonne foi et loyauté sont ici d'usage). Du reste, non seulement le commettant doit payer la rémunération prévue, mais en amont, ou concomitamment, il doit mettre l'agent en situation de contrôler que la commission correspond bien à la transaction conclue.

Section 4. La durée et les modes de dissolution du contrat d'agence

§1. La durée du contrat

Un des points importants, s'agissant du contrat d'agence, est la durée et la résiliation. On veut, s'agissant d'un contrat relationnel, préserver la relation, faire en sorte qu'elle s'inscrive dans la durée.

L'art. 4 règle la question de la durée. On y constate que le contrat d'agence peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée. Pour qu'il soit à durée déterminée, il faut un écrit qui stipule un terme conventionnel. Dans ce cas, si on appliquait le droit commun, le contrat prendrait fin sans indemnité à l'échéance convenue. Ici, il y a des exceptions : on déroge au droit commun dans le cadre de la loi du 13 avril 1995.

L'art. 20 prévoit ainsi le versement d'une indemnité d'éviction. Seconde nuance : si le contrat a durée déterminée continue à être exécuté au-delà du terme, spontanément ou involontairement, il est réputé, rétroactivement, avoir été conclu à durée indéterminée. Pour y mettre fin, il faudra donc respecter la procédure de l'art. 18 visant les contrats à durée indéterminée.

Dernière dérogation : l'art. 18 montre que peuvent coexister un terme et une clause de résiliation anticipée. Malgré le fait qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée, il peut donc y avoir une clause autorisant la résiliation unilatérale anticipée.

Le contrat est à durée indéterminée dans les autres hypothèses (pas d'écrit ; ou écrit qui ne mentionne pas le terme...).

§2. Les modes de dissolution du contrat

On met de côté les modes de dissolution du droit commun.

Les art. de référence sont les art. 18 et 19. L'art. 18 implique le respect des formes et d'un délai de préavis, ou à défaut le paiement d'une indemnité compensatoire. L'art. 19 est l'exception à l'art. 18 : on est dans des circonstances où on peut résilier sans préavis.

L'art. 18 s'applique aux contrats à durée indéterminée, et aux contrats à durée déterminée qui prévoient expressément la faculté de procéder à une résiliation unilatérale anticipée. Conditions ?

1° : un congé, qui implique un écrit de la part du commettant (ou de l'agent). Cet écrit doit être notifié, par exploit d'huissier ou par lettre recommandée (qui prend effet j+3 après la réception). En cas de non respect de cette condition, certains considèrent que le congé est nul ; d'autres considèrent que le congé n'est pas nul, mais simplement qu'aucun délai de préavis n'a commencé à courir, et le commettant est donc débiteur d'une indemnité compensatoire de préavis totale.

La durée du préavis dépend de l'ancienneté de la relation contractuelle. Le principe est d'un mois de préavis par année, limité à 6 mois. Si l'année est entamée, on applique tout de même le mois : un mois par année entamée donc.

L'art. 18 prévoit que les parties ne peuvent stipuler de délais plus courts. Les parties pourraient stipuler des délais plus longs, mais dans ce cas-là, il ne faut pas que le commettant soit privilégié. Il ne faut donc pas que le délai de préavis à respecter soit plus court que le délai à respecter par l'agent. A défaut de respecter le délai de préavis, il y a une indemnité compensatoire totale ou partielle (s'il donne trois mois au lieu de 6, il payera trois mois ; s'il donne 0 mois au lieu de 6, il payera une indemnité totale).

L'art. 19 prévoit l'hypothèse où on ne doit pas respecter un délai de préavis, en raison de circonstances exceptionnelles qui rendent impossible la poursuite de la relation, ou en raison d'un manquement grave du cocontractant (commettant ou agent).

Bizarrement, la loi de 1995 prévoit une notification en deux temps. Encore aujourd'hui, on ne sait pas pourquoi on a décomposé en deux phases cette notification. D'une part, il faut notifier la volonté de mettre fin au contrat ; d'autre part et ensuite, on doit notifier le motif. On pourrait fusionner les deux, mais on a imaginé la situation où le commettant, sans qu'il y ait un problème grave, notifie le congé (volonté de rompre), et il lui reste un peu de temps pour préciser le motif (7 jours) ; cette dernière notification doit se faire par exploit de huissier ou par lettre recommandée, alors que pour la première notification, on est plus vague.

Un arrêt de la Cour de cassation prévoit l'hypothèse où le manquement grave persiste, s'inscrit dans la durée. Ce n'est pas un acte isolé, c'est un comportement persistant. Le commettant, en l'occurrence, pensait que tout que le manquement se poursuivait, le (premier) délai de 7 jours n'avait pas commencé à courir. Mais la Cour de cassation est venu rappeler qu'à partir du moment où il aurait pu notifier sa volonté de rompre en connaissance de cause, le délai de 7 jours avait commencé à courir.

Conséquence : si on a invoqué, de manière infructueuse, l'art. 19, on tombe dans l'art. 18. Or, comme par hypothèse, on a pas respecté le préavis, on doit une indemnité compensatoire.

[vérifier cette partie avec le syllabus, parce que c'est foutrement mal donné pour le coup !]

Section 5. La rémunération de l'agent

L'art. 9 prévoit trois possibilités : une rémunération fixe, mensuellement payée ; une rémunération totalement variable sous forme de commission ; ou un mélange des deux.

Si l'agent négocie bien, il obtiendra une somme fixe, et des commissions qui constitueront un bonus ou une participation au bénéfice. Les art. 10 à 16 règlent plusieurs détails dans lesquels on ne va pas rentrer à propos de la commission. L'art. 15 confirme que les parties sont libres de déterminer un taux (s'appliquant à un montant pour chaque opération). Si les parties n'ont pas prévu un taux, on peut s'en référer au taux usuel dans tel secteur économique pour des prestations équivalentes.

L'art. 15 vient dire sur quoi porte le pourcentage. Ce pourcentage va, pour chaque affaire, porter sur le prix facturé au client. Du prix facturé au client, on déduit les frais accessoires (*emballage, transport etc.*), et on déduit les taxes. Par contre, le commettant ne peut pas déduire tous les avantages qu'il aurait unilatéralement consentis à l'acheteur.

Quel est le fait générateur de commission ? Il faut distinguer : pendant l'exécution du contrat et après la fin du contrat.

L'art. 10 nous dit que l'agent a droit à une commission directe ou indirecte. La commission directe porte sur les affaires qu'il a personnellement apportées et personnellement conclues.

A supposer que cela puisse être prouvé, il y a les commissions indirectes : l'agent y a droit lorsque la conclusion résulte indirectement de ses efforts. (des clients sont venus prendre contact avec le commettant grâce à la bonne réputation de l'agent).

Après la cessation, art. 11, il peut avoir droit à une commission indirecte sur des affaires qui ont été conclues personnellement par son successeur, mais qui ont été conclues grâce à son intervention.

L'art. 13 vise l'exigibilité de la commission. Quand sera-t-elle exigible ? En tout état de cause, elle est exigible au plus tard lorsque le tiers a exécuté sa part de l'accord. Mais le texte, pour protéger l'agent, prend la peine de préciser qu'elle est aussi exigible lorsque le tiers aurait dû avoir exécuté sa part de l'accord lorsque le commettant avait exécuté la sienne.

Conséquences de la résiliation du contrat ?

Comme pour les autres contrats, le point sensible est la fin du contrat et ses conséquences. On rappelle qu'un enjeu important est de distinguer l'agent du commissionnaire, du courtier et du représentant de commerce. L'enjeu est aussi de distinguer l'agent du concessionnaire et du franchisé [le critère est ici un critère de risque].

On a déjà évoqué l'indemnité compensatoire de préavis à propos de l'agent. A défaut de respecter le délai, il faut donc payer une indemnité.

Pour la résiliation, il s'agit d'une indemnité d'éviction, art. 20. On considère que l'agent ayant subi une résiliation a été évincé, et subit donc une perte, un dommage économique. On appelle aussi l'indemnité d'éviction l'indemnité de clientèle. L'indemnité compensatoire de préavis compense l'absence de préavis ou son insuffisance, alors qu'on se projette ici dans le futur qu'aurait connu la relation si elle s'était maintenue. L'agent ayant développé et maintenu une clientèle en faveur du commettant a donc droit à une indemnité depuis 1995.

Cette indemnité a un double objet : 1° compenser un préjudice dans le chef de l'un ; 2° compenser un avantage dans le chef de l'autre.

Le préjudice dans le chef de l'un est la perte d'une clientèle et des commissions qu'il aurait pu percevoir. Inversement, on compense l'avantage que va retirer pour l'avenir le commettant en raison

de cette fameuse clientèle qui a été générée, maintenue et développée par l'agent.

Les conditions d'octroi, dont il faut démontrer l'existence en cas d'absence de clause de non concurrence, est d'abord le fait d'avoir contribué à la réalisation d'une plus-value par l'apport de nouveaux clients ou le développement sensible de la clientèle existante ; il faut également démontrer que ces avantages se sont maintenus dans le chef du commettant, nonobstant le départ de l'agent. Le commettant doit donc ne pas être privé de ses avantages.

L'art. 20 al. 5 prévoit des hypothèses où l'indemnité n'est pas due, nonobstant la démonstration des deux conditions précitées. Parmi elles : 1° le manquement grave qui motive la fin du contrat ; 2° c'est l'agent qui met fin au contrat sans justification ; 3° l'agent cède le contrat à un tiers avec l'accord du commettant.

Dans ces trois hypothèses, quels que soient les efforts de l'agent et les avantages conservés par le commettant, il n'y a pas d'indemnité d'éviction.

Dans un arrêt récent, la Cour de justice est venue apporter une précision temporelle, selon laquelle, si le manquement grave est constaté pendant le préavis, cela ne suffit pas pour priver l'agent de l'indemnité d'éviction. Il faut que le manquement grave cause la résiliation pour qu'il soit privé de l'indemnité d'éviction.

Ce qui est par contre vrai, c'est que le commettant, bien conseillé, pourrait briser le délai de préavis en rompant le contrat une seconde fois pendant le délai de préavis en invoquant le manquement grave. Il se fonde sur ce manquement grave pour rompre le contrat plus rapidement. On pourrait considérer qu'il est inéquitable d'octroyer une indemnité d'éviction à un agent ayant commis un manquement à ce point grave qu'on est en présence d'un comportement déloyal, de mauvaise foi.

Si le commettant ne réagit pas assez vite, il devra donc payer l'indemnité d'éviction. Mais si constatant le manquement grave durant le délai de préavis, il rompt une seconde fois le contrat, il pourrait alors refuser de payer l'indemnité.

L'autre hypothèse est celle dans laquelle on octroie un montant d'éviction inférieur en raison du manquement grave.

L'agent doit aussi veiller à demander l'indemnité dans un délai relativement court : un an.

Le montant de l'indemnité ? Les parties peuvent se mettre d'accord en prenant en considération l'importance du développement des affaires et de la clientèle. S'il n'y a pas d'accord, le juge interviendra. La loi prévoit toutefois un maximum, équivalent à une année de rémunération.

La loi du 2 août 2002 relative au retard de paiement s'applique-t-elle ? Non, selon la Cassation : il s'agit d'une créance indemnitaire.

L'indemnité complémentaire

L'indemnité complémentaire est sensée couvrir un préjudice distinct de l'indemnité compensatoire

et de l'indemnité d'éviction. On ne compense donc pas la perte de clientèle.

Cela implique la preuve d'un dommage autre que la perte de clientèle. *Ex : l'agent a consenti des investissements pour la bonne exécution du contrat qui ne sont pas encore rentabilisés au moment de la fin du contrat.*

Section 5. La clause de non-concurrence

L'art. 24 (clause de non concurrence) énonce les conditions et conséquences de la clause de non concurrence.

A. Les conditions de validité

1° Cette clause doit d'abord être prévue par écrit ;

2° il existe certaines limites : matérielles, temporelles et territoriales.

- matérielles : la clause porte sur le même type d'affaire / de vente de produit.
- Territoriales : la zone doit être limitée à un secteur géographique, et doit concerner un groupe de personne, une catégorie de client
- temporelles : la clause dure maximum 6 mois.

B. Les effets de la clause de non-concurrence

L'art. 24 ajoute, en son §3, que l'existence d'une clause de non concurrence est une mauvaise nouvelle pour l'agent, mais est aussi une bonne nouvelle, en ce qu'elle crée une présomption renversable ce qu'il a apporté une clientèle et de ce que le commerçant en tiré un avantage. Cela facilite donc l'obtention d'une indemnité d'éviction.

Le §2 réduit la portée de la clause de non concurrence, qui ne produira pas d'effets dans deux hypothèses : 1° l'agent met fin au contrat en invoquant un motif grave ; lorsque le commettant met fin au contrat sans invoquer un motif de l'art. 19 al. 1.

C. Les sanctions du non-respect de la clause

En cas de non respect de la clause de non concurrence, une clause pénale peut être prévue (maximum un an de rémunération).

Prescription (art. 26) ? Le délai maximum est d'un an après la fin du contrat. Une fois que le contrat a pris fin, le délai de prescription pour toutes les actions prévues par la loi de 1995 est donc d'un an.

Art. 27 : le droit applicable sera celui du lieu où l'agent (Rome I) a son établissement principal.

Les contrats d'intégration verticale (ententes verticales). L'agent n'est pas une entreprise, en ce qu'il ne subit pas un risque économique : il agit au nom et pour compte du commettant, est en situation de dépendance économique mais ne subit pas de risque !

L'agent peut donc potentiellement recevoir trois indemnités.

Chapitre 4. Le contrat de concession de vente

Section 1. Précisions introductives

C'est un contrat nommé ; la loi s'intéresse à un de ses points importants : la rupture et la résiliation (loi du 27 juillet 1961, modifiée en 1971).

Pour protéger la partie faible qu'est le concessionnaire, le législateur belge a fait en sorte que le concessionnaire belge puisse agir devant les tribunaux belges, qui appliqueront alors la loi de 1961, quelle que soit la nationalité du concédant.

Section 2. Le champ d'application de la loi (article 1er)

§1. Un contrat de concession de vente

La loi est impérative (art. 6), et est résolument sensée protéger le concessionnaire. Tout ce qui n'est pas prévu dans la loi de 1961 relève du droit commun, et en anticipant un peu, le contrat de concession est en principe soumis à l'art. 101 du traité européen. Il s'agit donc d'un contrat d'intégration verticale normalement prohibé, mais a fait l'objet d'une exemption.

A. Définition légale

Définition légale ? Est soumise à cette loi toute convention ne vertu de laquelle un concédant réserve à un ou plusieurs concessionnaires le droit de vendre, en leur nom propre et pour leur compte propre, des produits qu'il fabrique ou distribue.

Le but est donc la commercialisation, la distribution auprès des utilisateurs et consommateurs ; on voit dans cette définition la confirmation que le concessionnaire agit en son nom et pour son compte, et que, de ce fait, il subit un risque économique lié à la distribution.

Le concédant reçoit, chaque fois qu'il vend des voitures au concessionnaire, un prix. Si par la suite, le concessionnaire ne vend pas son stock (ou est victime d'un incendie), il devra l'assumer.

B. La reconnaissance conventionnelle d'une situation « préférentielle » et des droits « spéciaux »

Pour qu'il y ait concession, au sens de la loi de 1961, il faut que le concessionnaire soit placé dans une situation préférentielle, qu'il retire certains droits spéciaux de la convention, qu'il soit dans une situation privilégiée par rapport aux entreprises n'étant pas dans la même situation contractuelle à

l'égard du concédant. En d'autres termes, l'appartenance au réseau en vertu d'un contrat cadre procure une situation privilégiée, des droits spéciaux, une situation préférentielle quant à la commercialisation des produits fabriqués par le concédant. Le concessionnaire est, sur un territoire déterminé, dans une situation de monopole. Le concédant lui reconnaît en effet le privilège d'être le seul à vendre sur tel territoire, le produit fabriqué par lui.

C. Une relation organisée dans la durée

Il faut également que cette relation soit stable, s'inscrive dans la durée. Il y a un caractère organique et structuré dans le contrat de concession. On retrouve une permanence. Le concessionnaire est donc, par la force des choses, dans une situation de dépendance économique. Une partie importante du chiffre d'affaire, voire la totalité, est réalisée grâce au contrat de concession.

L'intégration dans le réseau (créé par le concédant) confère donc un privilège, et en même temps, stabilise la situation du concessionnaire.

§2. Les caractères du contrat de concession de vente

C'est un contrat consensuel (en théorie, pas d'écrit ; en pratique, toujours un écrit). On considère ici que le contrat a un caractère *intuitu personae* ou *intuitu firmae* dans le cas du concessionnaire.

Un changement dans la personnalité du concessionnaire pourrait donc rendre caduc le contrat. On peut aussi imaginer que cela (le caractère *intuitu personae*) soit consacré dans le contrat.

§3. Distinction entre le contrat de concession de vente et le contrat d'agence commerciale

Revenons sur la distinction classique avec le contrat d'agence. On trouve des points communs.

- d'abord, on trouve un lien de permanence et de régularité. On inscrit la relation dans la durée, c'est un contrat relationnel.
- Il y a une indépendance juridique. Pas de lien de subordination dans le cas du concessionnaire.
- L'un supporte le risque économique, l'autre non.
- Dans le cas de l'agent, il y a une évolution et on englobe les prestations de service ; dans le cas de la concession, la loi ne s'applique qu'à la vente de produit.

§4. L'extension du champ d'application de la loi

En 1961, on ne rend applicable la loi qu'aux contrats de concession exclusive et aux contrats à durée indéterminée. En 1971, on modifie ces deux aspects en considérant que même s'il n'y a pas une exclusivité, le concessionnaire peut supporter des obligations à ce point importantes que la loi de 1961 s'applique (obligation d'investissement, de cosmétique, de service après vente etc.).

Section 3. Les contrats de concession qui ont été conclus pour une durée indéterminée

Seconde extension : les contrats à durée déterminée (p. 359 : il faut lire contrats à durée déterminée). Initialement, la loi de 1961 ne s'applique qu'aux contrats à durée indéterminée. Suite à l'ajout de l'art. 3 bis par la loi de 1971, on étend la loi à des contrats à durée déterminée dans certaines hypothèses (voir art. 3bis) :

- pour éviter la reconduction du contrat à durée déterminée, il faut le résilier, ni trop tôt, ni trop tard.
- L'autre hypothèse est qu'on peut prévoir un CDD, mais sans plus de deux renouvellements. Au-delà, ce contrat devient un CDI, et est donc soumis au régime normal.

Section 4. Les modes de dissolution du contrat de concession de vente conclu pour une durée indéterminée

§1. Hypothèses de dissolution

Deux hypothèses :

- soit le manquement grave : l'hypothèse est réglée par le droit commun (pas d'indemnité, pas de préavis, clauses résolutoires expresses éventuelles etc.)
- soit la volonté du concédant de résilier le contrat, sans faute : (art 2 et 3 de la loi) : l'art. 2 accorde le droit à chacune des parties de résilier... Mais, ce que prévoit la loi, c'est une obligation de notifier, avec dans la plupart des cas un congé écrit. Mais il faut soit respecter un préavis raisonnable, soit payer une indemnité compensatoire du préavis.

§2. La résiliation unilatérale sans faute

A. Un congé écrit ?

S'il y a un écrit, le congé est suffisamment explicite. La Cour de cassation a du reste admis la théorie de l'acte équipollent. L'une des parties (le concédant, mais cela pourrait être le concessionnaire) adopte un comportement qui manifeste de manière implicite mais certaine la volonté de mettre fin au contrat (*ex : modifie un élément important du contrat*). Peu importe la manière par laquelle le congé est notifié.

B. Un préavis ou une indemnité compensatoire ?

L'indemnité en question est compensatoire, qui se substitue au préavis. Il n'y a pas un caractère subsidiaire. La Cour de cassation, par un arrêt du 6 nov. 1987, a estimé que l'auteur de la résiliation n'est pas le débiteur d'une obligation alternative.

La Cassation qu'on ne peut donner le congé, puis négocier la durée du préavis. En pareille hypothèse, on assimile cela à un congé sans préavis. Le délai doit être fixé au plus tard au moment où la résiliation intervient.

C. La durée du préavis ?

Dans la plupart des cas, le juge intervient. La question est donc « quelle est la durée du préavis raisonnable ? ». Là encore, dans un arrêt du 10 février 2005, est venue confirmer que le critère est celui du délai dont aurait besoin le concessionnaire pour, moyennant une réorientation de ses activités ou une reconversion, obtenir une concession produisant des effets équivalents. (?) Soit le concessionnaire peut retrouver une concession produisant des effets économiques équivalents ; soit il retrouve une source de revenu équivalente moyennant une réorientation de ses activités. Le concessionnaire ne peut exiger un délai suffisant pour retrouver une concession identique, ou avec les mêmes effets économiques. (???)

Quels sont les critères qui permettent d'apprécier le délai suffisant ?

1° : ancienneté. Plus la relation a été longue, plus le préavis sera long.

2° : le chiffre d'affaire réalisé par le concessionnaire grâce à la concession. On peut imaginer que le concessionnaire ait plusieurs activités.

3° : le territoire : plus il est grand, plus le délai de préavis sera long.

4° : les charges assumées par le concessionnaire (importance des investissements consentis).

Ce n'est donc pas une évaluation abstraite, mais bien concrète : elle tient compte des événements antérieurs à la rupture.

S'il n'y a pas prolongation de l'exécution du contrat pendant le délai de préavis ; si le concédant, au moment où il rompt le contrat ne fixe pas un délai suffisant, le juge intervient, et dans ce cas, va condamner le concédant à payer une indemnité. Un des éléments du calcul de cette indemnité est le nombre de mois ; et ce qu'aurait gagné le concessionnaire si la relation s'était prolongée pendant ce nombre de mois.

D. L'indemnité complémentaire

A cela peut s'ajouter une indemnité complémentaire équitable. Si le concessionnaire peut faire état d'un préjudice ou d'un dommage non couvert par l'indemnité compensatoire de préavis, il aura droit à cette indemnité équitable ; sauf si le concédant résilie en invoquant une faute grave.

Par contre, l'indemnité complémentaire peut être obtenue même s'il n'y a pas d'indemnité compensatoire de préavis. On peut donc avoir respecté le préavis, et avoir droit à une indemnité complémentaire (Cass, 31 oct. 1997).

Quels sont les postes indemnisables ?

Trois composantes sont ici possibles :

- la plus-value notable de clientèle
- les frais exposés par le concessionnaire qui continuent à profiter au concédant après la fin du contrat
- lorsque le concessionnaire, suite à la résiliation du contrat, va devoir licencier du personnel

(sauf si les travailleurs sont repris par le concédant)

Section 5. La compétence et le droit applicable à la concession internationale

Compétence et droit applicable ? Art. 4 de la loi.

Le législateur a voulu s'assurer que non seulement les tribunaux belges seraient compétents, mais qu'en plus, ils appliqueraient le droit belge, quelles que soient les clauses du contrat à ce sujet ! Il suffit que la concession de vente sorte ses effets sur le territoire belge. Une fois le juge belge saisi, même s'il y a dans le contrat une clause qui rend applicable le droit français, pour ce qui concerne la résiliation, on applique la loi de 1961. Dans les hypothèses où un arbitre serait saisi, même chose : il appliquera la loi belge.

Section 6. Les règles particulières applicables au contrat de sous-concession

L'art. 5 vise l'hypothèse de la sous-concession. Malgré le caractère *intuitu personae* de la concession, on imagine une sous-concession. Le législateur a prévu cette hypothèse, pour tenir compte du fait qu'on ne peut pas totalement, dans la relation entre le concessionnaire et le sous-concessionnaire, faire abstraction du contrat principal.

Si le sous-concessionnaire est dans les liens d'un CDI à l'égard du concessionnaire, et que ce contrat est rompu en raison de la rupture du contrat de concession principal sans que le concessionnaire principal ait quelque chose à y voir, le sous-concessionnaire n'a comme interlocuteur, pour l'application des art. 2 et 3, que le concédant principal.

Si la sous-concession a été conclue à durée déterminée, et prend fin à la même date que la concession principale ; si le concessionnaire principal reçoit du concédant un préavis, il a 14 jours pour notifier à son tour un préavis au sous-concessionnaire.

Contrats où le concessionnaire d'une part, et le franchisé d'autre part, assument un risque. Ceux-là deviennent propriétaire du produit et le revendent. Le risque est donc plus élevé : rester avec le stock ; destruction du stock. L'agent n'est pas soumis à ce risque.

Pour la question de l'indépendance économique, il est difficile d'établir une hiérarchie : on peut considérer que le franchisé et le concessionnaire sont dans une situation où on les considère comme une partie faible à l'égard d'un franchiseur ou d'un concédant ayant une puissance économique plus grande. On transpose donc au contrat de distribution un réflexe protecteur propre au droit de la consommation. Dans le droit des contrats (concession, franchise, et dans une certaine mesure, agent), on protège la partie faible de la même manière que dans le cas du bail commercial on protège le commerçant à l'égard du bailleur.

Chapitre 5. Le contrat de franchise

Section 1. Notion et traits caractéristiques

On en vient au contrat de franchise qui, lui, n'est pas un contrat nommé, dans le sens où la définition du contrat de franchise ne se trouve pas dans la loi. Il y a une loi sur le partenariat commercial, on y trouve une définition du partenariat commercial qui recouvre la définition de la franchise. Mais le partenariat commercial est plus large que la franchise.

La franchise se définit sur base d'une observation de la réalité économique, puis transposée en termes juridiques.

La franchise est un phénomène issu de la pratique, née aux USA dans les années 1930, ayant connu un essor considérable dans les années 70-80. C'est la forme par excellence de coopération commerciale entre un producteur et un intermédiaire pour écouler ses produits chez les consommateurs.

§1. Approche de la notion

Si on veut tenter d'approcher la notion, on peut d'abord dire que c'est un contrat de réitération, de reproduction, de duplication d'un succès. On a un agent économique qui a expérimenté une formule de commercialisation, qui y a rencontré un certain succès, et qui, une fois qu'il a fait ses preuves, va démultiplier la distribution du produit via un réseau national / européen / mondial de franchisé, c'est-à-dire d'intermédiaires indépendants (juridiquement). Il va donc réitérer, dupliquer la formule et son succès.

Un des mots clés est le mot concept : concept de produit, mais aussi parfois de distribution du produit. Via un réseau de partenaires (les franchisés), ce concept va être exploité.

L'art. 1 du code européen de déontologie (voir manuel). On y définit la franchise comme un système de commercialisation, basé sur une coopération stable, régulière, périodique et continue, ainsi qu'étroite entre des entreprises juridiquement et financièrement indépendantes. (Mais pas économiquement, car le franchisé se met dans une situation de dépendance économique).

Les protagonistes : franchiseurs et franchisés.

Le franchiseur accorde à ses franchisés le droit, et impose l'obligation, d'exploiter une entreprise en concordance avec le concept développé.

Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchisé à utiliser l'enseigne, le nom, la marque du franchiseur. Il peut aussi exploiter le savoir faire du franchiseur, ses méthodes de vente ou de production, ses droits de propriété intellectuelle, et bénéficie d'une assistance technique ou d'une assistance commerciale. Il y a donc une sorte de formation dont bénéficie le franchisé de la part du franchiseur ; ce dernier offre donc son assistance technique au franchisé.

Tout cela moyennant une contribution financière directe ou indirecte du franchisé. Le franchisé va non seulement acheter les produits du franchiseur pour les revendre, mais va aussi parfois devoir

payer un droit d'entrée dans le réseau et une redevance d'appartenance au réseau.

Dans ce type de contrat synallagmatique à titre onéreux, le franchiseur est dans une position de puissance, et le franchisé dans une position d'infériorité économique (au moment de la conclusion du contrat, mais aussi au moment de la résiliation).

A. Élément caractéristique : la transmission d'un savoir-faire mis au point et développé par le franchiseur

Ce concept a été mis au point (conçu) et développé par le franchiseur. Il y a donc une méthode originale de fabrication et d'exploitation.

Le savoir-faire ainsi transmis implique des informations secrètes, est substantiel (peut-être distingué d'autres informations) et sont spécifiques (originales). Ces informations sont identifiées.

L'appartenance au réseau implique le respect de certaines méthodes de vente.

Parfois, les informations sont le fruit de l'expérience du franchiseur. Il a donc testé ces méthodes. Au moment d'entrer dans le réseau, le franchisé serait donc en droit de demander au franchiseur qu'il s'agit bien d'un succès, que le concept a fait ses preuves.

La transmission du savoir-faire implique que le franchisé va utiliser l'image du franchiseur, ainsi que son savoir-faire. Le franchisé bénéficiera du reste d'une assistance technique.

C'est donc l'archétype du contrat d'intégration. Le franchisé est intégré dans le réseau du franchiseur, est dépendant des produits ou services, du savoir-faire, de l'image, du nom commercial, de l'enseigne, de la marque etc.

B. Élément caractéristique : La présence de signes de ralliement de la clientèle

Le franchisé va utiliser la marque du franchiseur, son enseigne, son nom...tout ce qui identifie le réseau, pour capter la clientèle, la développer et la maintenir.

Ainsi, quand le contrat prend fin, il n'a plus le droit d'utiliser cette marque / enseigne / nom. Le détachement du réseau implique qu'on abandonne le droit d'utiliser ces signes de ralliement.

C. Une gamme de produits, de services ou des technologies

D'un point de vue économique, il y a trois types de franchise : gamme de produit (distribution) ; gamme de service : gamme de technologique (industrielle).

1. Distributions

Cela porte plutôt sur des produits. Au sein de la catégorie des franchises de distribution, on distingue la franchise de production ; et la franchise de succursalisme (centrale d'achat).

Dans la franchise de distribution-production, le franchiseur fabrique le produit puis les vend au franchisé qui se charge de les revendre aux utilisateurs finaux (clients, consommateurs).

Le succursalisme est l'hypothèse où le franchiseur ne fabrique pas les produits, mais le franchisé fonctionne comme une centrale d'achat. Ainsi, Delhaize achète une masse de produit, qui sont

distribués aux franchisés.

2. Service

A un moment ou à un autre (restauration, location de voiture, hôtellerie, coiffure..), quelqu'un s'est lancé dans une prestation de service. Cela marche ==> recours à des franchisés pour prester le même servis. *Ex : Quick, coiffure Dessange...*

3. Industrielle

Le franchisé fabrique ce qu'il vend. La fabrication du produit fini incombe au franchisé (*ex : déli-france*).

On peut imaginer la combinaison de différents types de franchise.

En traduction juridique, on peut dire que la franchise est un contrat conclu entre deux entreprises (commerçants) qui sont juridiquement et financièrement indépendants (dans le manuel, on dit économiquement, ce qui n'est pas tout à fait vrai).

C'est un contrat synallagmatique (art. 1102) : on a des obligations réciproques. Le franchiseur s'engage à fournir les produits / savoir-faire... La transmission de savoir-faire permet de distinguer la franchise de la concession, en ce qu'elle implique une assistance commerciale ou technique. Dans la concession, le concessionnaire est plus livré à lui-même.

L'autre obligation du franchiseur est d'autoriser l'usage de la marque, de l'enseigne, du nom commercial...

Le franchisé s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur. Puis, il va devoir s'engager à vendre les produits en respectant les méthodes d'exploitation / distribution prônée par le franchiseur. Puis arrive son engagement financier : non seulement il achète des produits auprès du franchiseur, mais il doit en plus payer un droit d'entrée (dans le réseau, appelé indemnité d'affiliation) ainsi qu'un système de redevance périodique (souvent proportionnelle au chiffre d'affaire annuel). La variante est de maintenir le droit d'entrée, mais de considérer que la redevance est intégrée dans le prix des produits, dans le prix des prestations d'assistance technique / commerciale, dans l'obligation de suivre une formation payante etc.

On a donc la confirmation de ce que la franchise est un contrat de collaboration commerciale entre deux agents juridiquement et financièrement indépendant en vertu duquel le franchiseur met à disposition du franchisé, en contrepartie d'une rémunération, une marque, un nom, une assistance, un savoir-faire...

En contrepartie, il y a aussi la possibilité pour le franchiseur d'exercer des contrôles sur l'exécution du contrat. Une des causes d'exclusion est, soit que le franchisé ne vend pas assez ; soit que le franchisé ne respecte pas les méthodes utilisées par le franchiseur. Le franchiseur va donc envoyer des contrôleurs qui confirmeront si, oui ou non, le franchisé respecte les termes du contrat.

On peut imaginer que, dans un contrat de franchise, on déroge à certains points accessoires, tant que les éléments essentiels s'y retrouvent. *Ex : tous les contrats de franchise n'imposent pas l'exclusivité (vous vendez mes produits, mais vous pouvez aussi vendre tel type de produits).*

Section 2. Le droit applicables à la franchise

A propos du droit applicable, on trouve ici deux parties :

- loi du 19 déc. 2005 : la franchise est soumise indirectement à cette loi, mais uniquement pour sa phase précontractuelle
- d'autres domaines du droit peuvent s'appliquer à la franchise, indirectement
 - DIP: Rome I art. 5 : s'il n'y a pas de choix des parties, la loi applicable est celle de la résidence du franchisé. On veut protéger la partie faible, et la meilleure manière de le faire est de rendre applicable le droit du pays où se trouve la résidence de cette partie. Mais c'est sauf dispositions contrares !

En droit belge, le contrat de franchise est soumis à la loi du 19 déc. 2005. La question s'est posée de savoir si, au niveau de la résiliation du contrat (non régie par la loi due 2005), on pouvait appliquer la loi de 1961. Après hésitations, on considère aujourd'hui qu'on peut effectivement rendre applicable au contrat de franchise la loi du 26 juillet 1961 applicable en matière de concession. La question plus épineuse est de savoir si on peut l'appliquer d'office, ou sauf dispositions contrares.

Le droit commun s'applique, et singulièrement l'exécution de bonne foi des conventions. C'est un contrat relationnel, de coopération. On appréciera donc avec plus de sévérité le comportement des deux parties.

Le droit de la concurrence (art. 101 du traité UE) s'applique au contrat de franchise, qui constitue une entente entre le franchiseur et les franchisés. Il est susceptible de réduire la concurrence sur le marché. La Cour de justice, dans un arrêt de 1986, a confirmé que ces pratiques pouvait avoir un effet positif sur le développement d'un marché européen. Puis on a vu un règlement d'exemption par catégories. Parmi elles, certaines concernent les accords verticaux et s'appliquent au contrat de franchise.

On trouve également de la *soft law*, puisqu'à la fois la fédération mondiale de la franchise, la fédération européenne de la franchise et la fédération belge ont établi des codes de bonne conduite (*principles of ethic*), [devoir de confidentialité, information réciproque...] à la fois pour la phase précontractuelle, mais aussi pour la résiliation du contrat ; ainsi qu'en ce qui concerne les modes de rémunération du franchiseur etc.

Dans les principes de la fédération mondiale, on trouve l'exigence que le concept ait été développé pendant une durée raisonnable (que le concept ait fait ses preuves). Le franchiseur ne doit pas faire courir un risque inconsidéré au franchisé !

Chapitre 6. La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial

Section 1. Le champ d'application de la loi

§1. Un champ d'application controversé

Cela revient à se demander ce qu'est un partenariat commercial ? On remarque du reste que c'est le contraire de la loi de 1961, qui ne se préoccupe que de la résiliation, alors que la loi du 2005 ne se préoccupe que de la conclusion du contrat.

Avant la loi du 2005, un franchisé pouvait obtenir des D/I ou l'annulation du contrat en invoquant le droit commun (vice de consentement, responsabilité pour *culpa in contrahendo*).

La loi de 2005 comble une lacune : elle étend aux relations entre commerçants une exigence qui trouve son origine dans le droit de la consommation, celle de donner une information correcte au consommateur.

On veut ici préserver la qualité du consentement de la partie faible. Le partenaire dans une situation de faiblesse ou de dépendance doit donc exprimer un consentement éclairé. Inversement, pour trouver un équilibre entre le droit d'une partie à être correctement informé et le respect du secret des affaires, on a pensé à mettre à charge de la partie qui reçoit l'information une obligation de confidentialité. L'usage de l'information doit être limité et confidentiel.

On est, aussi, dans une perspective d'assainissement des relations contractuelles. On veut réduire les asymétries d'informations. Il y a une inégalité informationnelle : l'une des parties en connaît plus que l'autre. La loi de 2005 entend réduire cette asymétrie.

Le champ d'application (art. 2) est controversé. On a utilisé le terme « partenariat commercial », et non franchise. C'est la preuve que le législateur voulait conférer à cette loi un champ d'application plus large, notamment car il a considéré qu'on pouvait imaginer des contrats *sui generis*, non encore nommés. Mais en tout cas, ce que le législateur avait en tête comme spécimen, c'est le contrat de franchise. On est donc sûr que cette loi s'applique au contrat de franchise. C'est parfois plus aléatoire de savoir si cette loi s'applique au contrat de concession (c'est presque sûr), et surtout au contrat d'agence.

§2. Les critères retenus à l'article 2

Pour ce qui est des critères, c'est un contrat de partenariat commercial. Le terme partenariat est plutôt économique. On peut considérer que c'est un terme suffisamment flexible, large. Cela indique qu'il faut en tout cas une certaine permanence, stabilité (contrat relationnel). Il faut un contrat cadre et des prestations successives, voire des contrats annexes / accessoires.

Il y a un partage de connaissance, de responsabilité ou d'expérience.

Ce contrat est conclu entre deux personnes. Certains ont cru que cela permettait d'exclure les contrats multipartite. Mais le législateur a simplement voulu indiquer qu'il y avait « au moins » deux parties.

Troisième élément : où chaque contractant agit en son nom et pour son compte. Pris au pied de la lettre, cette partie de la définition exclut l'agent, le mandataire et le commissionnaire.

Mais on est venu rectifier cette affirmation trop rapide, car en réalité, ce qu'a voulu dire le législateur, selon la doctrine majoritaire, est que les termes « en son nom et pour son compte » visent la conclusion du contrat de franchise lui-même, et pas les contrats ultérieurs entre le franchisé et ses clients.

« Formule commerciale » (art. 2) : c'est un concept d'exploitation commerciale. On retrouve ici une enseigne, un nom commercial... pour favoriser la conclusion de contrats avec les tiers. On retrouve aussi l'assistance commerciale et technique (support logistique, conseils), et la transmission du savoir faire. C'est ce qui fait douter que le contrat de concession soit soumis à la loi de 2005 sur le partenariat commercial.

« rémunération et compensation financière » (art. 2). Pour le contrat de franchise, c'est assez clair : le franchisé bénéficie de la possibilité d'utiliser une formule commerciale pour la vente de produits et services moyennant le paiement d'une compensation financière. Dans le contrat d'agence, c'est le contraire : l'agent ne paye pas le commettant : le commettant paye l'agent selon une formule fixe ou variable, en vertu d'un système de commission. C'est ce qui fait douter que le contrat d'agence soit soumis à la loi de 2005 sur l'information précontractuelle dans le cadre de la conclusion de contrats commerciaux.

La loi influence le comportement des concédants et commettants en amont de la conclusion des contrats. Il y a donc une certaine souplesse dans la manière d'appliquer cette loi.

Peu de litiges relatifs à cette loi ont été tranchés par la jurisprudence.

L'art. 9 de la loi précise qu'à partir du moment où le contrat se réalise (s'exécute) principalement en Belgique, il est soumis à la loi belge.

Section 2. Les obligations légales et leurs sanctions

Art. 3 à 6.

§1. L'obligation d'information

Obligation d'information (art. 3 et 4)

On impose ici au cocontractant fort (franchiseur) de fournir au cocontractant faible certaines informations. Deux types d'informations, et donc deux types de documents. Le législateur a été assez lucide pour se rendre compte qu'il ne suffit pas de donner des informations juridiques, il faut aussi donner des informations économiques et financières. Il faut savoir à quoi on s'engage du point de vue des obligations, mais aussi d'un point de vue économique !

Ce que prévoit l'art. 4, c'est que dans le mois qui précède la conclusion du contrat, le franchisé obtienne deux documents : un projet d'accord (projet de contrat) et un DIP (document particulier d'information dans lequel on met en exergue les dispositions contractuelles importantes, ainsi que les données économiques et financières qui permettent une appréciation correcte de l'accord).

Dans les données économiques et financières, on trouve notamment les droits de propriété intellectuelle ; les comptes annuels des trois derniers exercices... Cette information doit être fournie par écrit, sur un support durable et accessible.

Une fois que l'information a été donnée, dans le mois qui suit, l'information ne pourra être conclue. On a donc une période de réflexion dans le chef du franchisé, ainsi qu'un droit de rétractation. Si, recevant l'information, il refuse de s'engager et conclure, on ne pourra donc pas lui reprocher une rupture abusive des négociations.

C'est à l'art. 5 qu'on trouve la sanction. Deux ordres : soit elle touche le contrat dans son ensemble; soit elle touche l'une ou l'autre clause du contrat.

Si l'information n'a pas été donnée, ou pas donnée dans les délais : pendant 2 ans (à dater de la conclusion du contrat) le franchisé peut invoquer la nullité du contrat.

L'autre hypothèse est : une clause a été cachée, le franchisé n'a pas été informé d'une disposition contractuelle : on a alors un délai de 10 ans pour invoquer la nullité de la clause ou pour considérer que la clause est réputée non écrite.

Deux sanctions, et deux délais différents donc.

Il n'y a pas de réciprocité dans la loi : certes le franchiseur est en droit de recevoir des informations dans la loi précontractuelle, mais il ne puise pas ce droit dans la loi de 2005. Le principe de bonne foi ou de loyauté suffit comme source de cette obligation.

§2. L'obligation de confidentialité

L'art. 6 consacre l'obligation de confidentialité. Toutes les informations reçues dans la phase précontractuelle sont soumises au secret. Pas de sanction en cas de non respect, mais le franchiseur pourrait obtenir des D/I si le franchisé a fait un mauvais usage de l'information.

L'art. 7 confirme que si les clauses de l'accord sont obscurs ou ambiguës, on va les interpréter en faveur de la partie faible.

En ce qui concerne la compétence juridictionnelle et la loi applicable : art. 9. Le critère est la réalisation de l'accord. Là encore, on veut éviter que la loi de 2005 soit écartée, on entend renforcer la protection de la partie faible.

Art. 10 : la commission d'arbitrage (d'une importance relative) est sensée faire le bilan de l'application de la loi de 2005. C'est aussi cette commission qui a une mission consultative pour l'interprétation de la loi.

Cours d'avant Pâques manquant

/Cours manquant

Les pratiques du commerce

Chapitre 3. Le régime de la publicité

Section 1. Introduction

A. Le concept de publicité

Art. 2, 19° de la LPC. Deux éléments ici : un élément objectif (matériel), un élément subjectif (psychologique).

L'élément objectif est la communication, c'est-à-dire la transmission d'une information. Puisqu'il convient d'appréhender un maximum de situations, peu importent le lieu, le lieu, ou le nombre de destinataire. A partir du moment où il y a une communication d'information, même si elle est individualisée et reçue par une personne sans effet de masse, pour la loi, c'est une publicité. Un seul destinataire suffit donc (le *marketing one to one* est bien de la publicité!)

L'élément psychologique ou subjectif revient à communiquer les informations avec l'intention de promouvoir la vente de produits. *Ex : une association de consommateur compare des produits. Ce n'est pas de la pub, car l'objectif n'est pas de promouvoir la vente d'un produit.* Dans le commerce électronique, on ajoute à cela l'image de l'entreprise (donc, quand le but est de promouvoir l'image

de l'entreprise), et non seulement la vente de ses produits.

On exige plus une distribution au sein du public, ce qui peut sembler paradoxal. Le but du législateur est d'appréhender les comportements et de protéger les consommateurs.

La promotion peut être indirecte, notamment à propos de la référence à un brevet. *Ex : telle entreprise se vante d'être titulaire d'un brevet => le consommateur moyen sait que cette entreprise aura sans doute un monopole de production.*

Quand la publicité s'adresse à des consommateurs, la définition est moins importante, car le législateur englobe le phénomène publicitaire dans le concept plus large de pratiques commerciales déloyales. Quand le phénomène est entre entreprises (destinataires de la communication = entreprises), il est appréhendé en soi (et n'est donc pas englobé dans les pratiques commerciales déloyales).

La nouveauté est que la publicité est aussi appréhendée si elle émane d'un particulier. Le phénomène publicitaire est aussi appréhendé lorsque celui qui en prend l'initiative n'est pas une entreprise, tout en maintenant l'exigence de l'élément objectif et de l'élément subjectif. Le législateur a donc voulu ratisser large ! (**faux**)

(Erreur dans le manuel : p. 535, haut de la page, § qui commence par « cette intention » => indiquer « cette intention était a priori ... », n°912, indique qu'une publicité émanant d'un particulier ne rentre plus dans le régime de la nouvelle loi.

Section 2. La publicité comparative

La publicité comparative est depuis un certain temps autorisée (art. 19 et 96, 2° de la LPC). On s'est posé la question de savoir si on pouvait autoriser la publicité comparative.

Deux arguments pour :

- si on vise la protection du consommateur, plus de transparence et d'informations, c'est un atout.
- Nondidjââââble c'est quoi le second ?

Les arguments contre :

- Ils indiquent que l'argument revient à faire confiance à l'objectivité de la comparaison. Si Belgacom procède à de la publicité comparative, il n'est pas facile de distinguer le vrai du faux. Le caractère subjectif et invérifiable de la publicité (et donc la protection du consommateur) nous amène à la conclusion qu'il faudrait interdire la publicité comparative.

Aujourd'hui, le principe est une autorisation sous conditions, avec certaines prohibition.

A. La notion de publicité comparative

Définition de la publicité comparative

Art. 2, 20°

C'est une publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent, ou les biens et services offerts par lui. *Ex : Belgacom se prétend meilleur que Mobistar.*

Une identification implicite revient à se référer, dans une publicité auditive ou télévisuelle, à un

concurrent, sans prononcer son nom, par un signe distinctif. *A fortiori*, cela se fera sur des marchés étroits.

Quid d'une référence générale à la concurrence ? La réponse reste incertaine. *Ex* : *Un constructeur d'aspirateur sans sacs vante les mérites de son produit, en cassant du suc' sur le dos des aspirateurs avec sacs.*

C'est dans le chef du public ciblé qu'on doit se placer pour savoir si oui ou non la publicité permet d'identifier un concurrent. L'identification doit porter sur un concurrent, et non sur une autre entreprise. Le concept de concurrent est donc plus étroit que celui de l'entreprise.

Il y a deux conditions positives pour que la publicité comparative soit admise, et 5 interdictions explicites (de bons sens).

B. Conditions à l'admissibilité des publicités comparatives

1° : il faut que la comparaison porte sur des produits substituables (qui répondent à des besoins similaires). Il faut donc comparer ce qui est comparable du point de vue du public cible.

2° : il faut comparer objectivement des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives (le prix peut en faire partie). *Ex*: *s'agissant d'une boisson, on peut s'en référer à une enquête portant sur l'appréciation du goût par le consommateur.*

Il faut garder une certaine pudeur dans la comparaison ; il faut du reste avoir les éléments de base qui permettront de prouver l'objectivité de la comparaison.

C. Les interdictions

1° : les publicités comparatives trompeuses ;

2° : qui engendrent une confusion entre l'annonceur et un concurrent ;

3° : dénigrantes, qui mettent plus l'accent sur les défauts de l'autre que sur les qualités de l'annonceur ;

4° : tirer indûment profit de la notoriété d'un concurrent (l'annonceur attire l'attention sur lui, simplement en faisant apparaître dans la publicité le nom d'un concurrent ayant une grande notoriété)

5° : interdiction des imitations et reproduction

Évidemment, un exemple où un juge aura plutôt tendance à considérer que la publicité comparative est légitime, c'est quand une petite entreprise tente de pénétrer un marché sur lequel une autre entreprise est en position dominante. Si la petite entreprise peut faire valoir des éléments objectifs, c'est parfois la seule manière pour elle de réussir à rentrer sur le marché que de faire de la publicité comparative.

Section 3. Les publicités interdites entre entreprises

Certaines publicités sont interdites, purement et simplement.

Il a fallu citer et définir dans des dispositions spécifiques des formes de dispositions interdites (Art. 96 de la LPC). On vise 4 cas de publicité :

- publicité trompeuses : on considère qu'elle est trompeuse si l'information trompeuse porte sur la disponibilité, la nature, les effets sur l'environnement etc.
- déceptives : susceptible d'induire en erreur l'autre entreprise, qui est la destinataire de la publicité ; soit parce que l'information est fausse ; soit parce qu'on procède par omission pour cacher des informations qui auraient contrebalancer l'opinion positive du consommateur.

Section 4. Les publicités interdites envers les consommateurs

- Dénigrantes : on ne peut porter atteinte au crédit / réputation d'une autre entreprise.
- Publicités agressives (*ex : inciter les enfants à scier leurs parents pour acheter le dernier picsou magazine avec un poster central triple size de Justin Bieber tout nu*)

L'enjeu est toujours le même : la publicité a-t-elle affecté le comportement de l'acheteur ?

Chapitre 4. De quelques pratiques réglementées

Section 1. La réglementation des clauses abusives

Art. 73 à 78 de la loi (LPMC = LPC).

L'idée est que, toujours dans le souci de protéger la partie faible qu'est le consommateur, il faut pouvoir interdire et remettre en cause des clauses contractuelles qualifiées d'abusives. En tout cas, il faut que ces clauses soient abusives au sens où elles instaurent un déséquilibre manifeste entre les parties (l'entreprise [autrefois désigné par « vendeur »] et le consommateur).

L'art. 2, 28° définit ce qu'est une clause abusive. On appréhende le phénomène que dans le *B to C*, et non dans le *B to B*. Pas de *business to business*, mais uniquement de *business to consumer*.

Le législateur a de nouveau recours à deux mécanismes : une liste noire, et des principes généraux.

A. La liste noire des clauses abusives

L'art. 74 contient cette *black-list* de clauses qui sont présumées de manière irréfutable être abusives. Le législateur belge a donc été plus loin que le législateur européen, puisque dans la directive, on avait envisagé plutôt une liste grise. On relève dans le manuel les différentes catégories de clauses possibles. Ce sont des clauses qui peuvent concerner la formation du contrat, les prérogatives du vendeur (droits qu'il peut exercer de manière unilatérale), la conformité du produit, les recours du consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, les clauses exonératoires de responsabilité, clauses d'augmentation du prix en cas de refus de paiement par domiciliation bancaire etc.

B. Une définition générale de la clause abusive

Vient alors la définition générale : art. 2, 28°. On retrouve ici la condition de déséquilibre manifeste au détriment du consommateur. Le législateur précise que soit la clause est en soi génératrice d'un déséquilibre, soit la clause combinée à une autre clause entraîne un déséquilibre.

L'adjectif manifeste sert à éviter les sanctions expéditives. Le juge n'a qu'un pouvoir d'appréciation marginal.

Le législateur rajoute des critères d'appréciation de ce déséquilibre manifeste, en précisant ce dont le juge doit tenir compte dans son évaluation / appréciation. Il tient compte du principe de l'art. 40 de la loi : exigence de clarté et de compréhension. Un autre critère d'appréciation (art. 73, al. 3) qui exclut, est qu'on ne peut pas, sous le couvert d'une éventuelle clause abusive, remettre en cause le prix qui a été accepté. On ne peut donc pas invoquer une disproportion au niveau du prix et la corriger en se prévalant de ce qu'il y aurait là une clause abusive.

Autre chose est d'obtenir une révision du prix / renégociation du contrat sans se baser sur les sanctions des clauses abusives.

C. Les pouvoirs accordés au Roi

L'art. 76 accorde au Roi la possibilité d'interdire l'usage de certaines clauses ; il peut également imposer le recours à des contrats types, mais cela ne vaut que dans certains secteurs. *Ex : dans le domaine des ventes immobilières et des véhicules neufs.*

Quelles sont les sanctions ? Deux types de sanctions :

- 1° : nullité de la clause : la clause est réputée non écrite, on la neutralise, sauf s'il s'avère que sans la clause, le contrat n'a plus de sens. Au mieux la nullité de la clause, au pire la nullité de l'ensemble du contrat. Parfois le consommateur aura intérêt à ce qu'on oblitère la clause mais que le contrat continue à s'appliquer.
- 2° : des actions en cessation peuvent être exercées contre des clauses abusives.

Section 2. Les ventes promotionnelles

On en arrive aux ventes promotionnelles, avec trois catégories de vente : à perte ; en liquidation ; en solde.

A. Les ventes à perte

L'art. 101, §1, interdit les ventes à perte : le prix doit être au moins égal au prix d'approvisionnement ou de réapprovisionnement. (*ex : entreprise en position dominante qui va pratiquer des prix bas pour vendre à perte car elle peut se le permettre, pour évincer les petits concurrents : on protège donc les petites entreprises.*)

B. Les ventes en liquidation

Deux choses à dire ici.

La première est que pour mériter ce titre, il faut que les ventes se pratiquent dans un certain contexte, c'est-à-dire que l'entreprise peut invoquer certains événements qui justifient la pratique de tels prix. (art. 24 de la loi, qui énonce une série de circonstances : *exécution sur décision judiciaire, pension, cas de force majeure, renonciation à une activité, sinistre qui endommage les stocks etc.*)

La seconde est que même lorsqu'elle est dans les conditions listées à l'art. 24, l'entreprise, pour pratiquer une vente en liquidation du stock, doit notifier son intention au SPF économie, ce qui permettra aux fonctionnaires compétents d'exercer un éventuel contrôle. La durée de la vente ne peut pas excéder 5 mois.

C. Les ventes en solde

Ce qui distingue la vente en solde est qu'elle a lieu pendant deux périodes clairement définies par la loi (art. 27), du 3 au 31 janvier et du premier au 31 juillet.

On trouve également l'exigence d'un prix réduit par rapport à un prix de référence, ce dernier étant

le prix pratiqué dans le mois qui a précédé le début de la période des soldes.

Les produits soldés doivent avoir déjà été proposés, non soldés, dans la période du mois précédant la période de solde.

Section 3. Les offres conjointes ou jumelées

L'acquisition de certains biens est liée à l'acquisition d'autres biens, l'ensemble étant proposé à un prix référentiel. La Cour de Justice, par un arrêt du 23 avril 2009, a jugé cette interdiction typiquement belge contraire à la directive qui n'avait pas été totalement transposée en droit belge.

Pour que le caractère loyal de l'offre conjointe ne soit pas mis en cause, il faut simplement que l'entreprise fasse preuve de transparence à l'égard du consommateur. Le consommateur doit avoir la possibilité d'acquérir séparément les biens qui lui sont proposés à un prix référentiel de manière conjointe. On doit donc pouvoir acheter les produits séparément.

L'attention du consommateur doit également être attirée sur le différentiel de prix : il doit savoir qu'acquis ensemble, les biens lui reviennent moins cher, ce qui nécessite de l'informer du prix des biens individuels et des biens couplés.

Titre II. La loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de l'information (e-commerce)

Cette loi transpose une directive européenne.

Le phénomène est assez facile à comprendre.

L'insécurité juridique vient de ce que les règles applicables dans le monde réel ne sont pas spécialement applicables dans le monde immatériel, virtuel.

Le législateur européen a donc pris une directive, le 8 juin 2000.

L'idée est simplement de voir que s'appliquent, cumulativement, cette loi du 11 mars 2003 et la LPMC, en ce qu'elle appréhende les contrats à distance. Il y a donc une application cumulative de la loi e-commerce et la LPMC, puisque par définition, le commerce électronique est un commerce à distance, sans présence physique de l'acheteur et du vendeur au même moment, au même endroit.

Les art. 45 et s. de la LPMC vont donc s'appliquer sachant que la LPMC a un champ d'application plus large. Cela induit un certain nombre de conséquences.

Au niveau des informations préalables à la commande (fournies par l'entreprise), on constatera qu'en cumulant l'art. 45 de la LPMC et l'art. 7 de la loi e-commerce, il y a une quantité importante d'informations à donner au consommateur, qui porte soit sur le vendeur, soit sur le produit.

Ce qu'impose la loi sur le commerce électronique, c'est que ces informations soient d'accès facile, direct et permanent : art. 7 de la loi e-commerce.

Au moment de la commande, l'art. 8§1 de la loi e-commerce et 48 de la LPMC énoncent des informations importantes sur les étapes à suivre pour conclure le contrat. *Ex : moyen de rectifier des erreurs dans la commande.*

Il y a des règles spécifiques quant à la conclusion du contrat au sens juridique du terme.

L'art. 9 de la loi e-commerce revient sur l'obligation dans le chef du vendeur de mettre en place des dispositifs techniques d'identification et de correction des erreurs de saisie.

L'art. 10 concerne l'obligation d'accuser réception : envoi d'un récapitulatif de la commande, dans un délai raisonnable. Cela se fera par voie électronique.

A cela s'ajoute (art. 46 de la LPMC) une obligation similaire de confirmation qui vaut pour tous les contrats à distance. Après la conclusion du contrat, le prestataire doit confirmer les éléments de la commande et certaines informations complémentaires.

On trouve également l'exigence du support durable, (possibilité d'imprimer le courrier électronique envoyé par exemple).

Il y a également un droit de rétractation (art. 47 LPMC) dans le chef du consommateur. Le délai de rétractation est de 14 jours, dont le point de départ diffère selon qu'il s'agit de biens ou de service.

S'il s'agit de bien, c'est le lendemain de la livraison ; s'agissant des services, c'est le lendemain du jour de la conclusion du contrat. Le consommateur doit avoir été informé de son droit à rétractation dans le processus de conclusion, sans quoi le délai est porté à trois mois.

A cela s'ajoute que s'il n'y a pas d'information sur le droit de rétractation, on peut considérer que la vente est une vente forcée et que le consommateur peut donc conserver le bien sans avoir à le payer.

C'est un droit de rétractation qui est discrétionnaire : le consommateur n'est donc pas obligé de dire pourquoi il change d'avis. L'entreprise remboursera le prix dans les 30 jours de la rétractation. Les seuls frais qui pourraient être mis à charge du consommateur sont ceux du renvoi.

Il y a des exceptions : art. 47 §4.

- 1° : les biens confectionnés sur mesure.
- 2° : produits décelés (cd plus sous cellophanes ; journaux, périodiques etc.)

L'exécution de la commande, quel que soit le mode de conclusion du contrat (mais toujours dans l'hypothèse d'un contrat à distance), doit être faite au plus tard dans les 30 jours, à compter du lendemain du jour de la commande. A défaut d'exécution dans le délai, le consommateur peut résoudre le contrat, avec éventuellement des D/I.

Titre 2. Le droit de la concurrence

Introduction

Le principe est la liberté de commerce et d'industrie (décret d'Allarde), sous réserve du droit de l'état de prendre des mesures, édicter des règles et normes qui canalisent l'exercice de ces libertés.

Pour les pratiques du marché, il y a un aspect micro-juridique / économique : les relations entre entreprises, ou entre entreprises et consommateurs, dans leur pratique quotidienne, ponctuelles, au cas par cas.

On s'élève ici à un niveau plus large économiquement et juridiquement. On se limitera au droit européen de la concurrence.

Le droit de la concurrence repose sur le principe de la main invisible, vu en économie politique, selon lequel si tous les agents poursuivent leur intérêt personnel, d'une manière ou d'une autre, cette poursuite des intérêts individuels va contribuer à la satisfaction des intérêts collectifs.

Voilà le principe qui fonde la liberté de concurrence. Mais le réflexe des entreprises est de limiter leur risque, notamment en limitant et faussant la concurrence. Donc, pour garantir une concurrence de qualité, va intervenir un droit de la concurrence.

Ce faisant, on peut déjà dire que les autorités nationales ou européennes visent à la fois la protection du consommateur, mais au-delà de ça, il y a aussi l'ambition de contribuer à l'intérêt général, au dynamisme économique d'un marché... On tente donc d'assurer entre les concurrents un équilibre des comportements.

On va se limiter au droit de la concurrence (art. 101 et s. des traités), et on s'en tiendra plus spécifiquement à trois phénomènes.

- 1° Les droits internes se sont inspirés du droit européen (ce dernier s'inspirant en partie du droit américain, avec le Chairman act des années 1930, ortho ?).
- 2° La globalisation des marchés fait que la plupart des problèmes en droit de la concurrence se posent à un niveau supranational, soit par l'ampleur quantitative du phénomène, soit parce que plusieurs entreprises issues de différents états membres sont les protagonistes.
- 3° Un phénomène de décentralisation : on accepte que les autorités nationales appliquent un droit qui, dans la plupart des cas, sera un droit européen.

On se limitera aux ententes, abus de position dominantes et au contrôle de concentration.

Chapitre 1. Les ententes

Section 1. Introduction

Intuitivement, on peut dire que ce qui relève des ententes sont des accords entre entreprise, c'est-à-dire des comportements unilatéraux ou bilatéraux qui reposent sur un concours de volonté.

Ex d'accord vertical : deux entreprises exercent leurs activités à des stades différents de la chaîne qui va de la production à la distribution.

L'entente entre les deux pourrait impliquer que l'entreprise B est obligée d'acheter toutes ses matières premières auprès de l'entreprise A. Plus aucune autre entreprise qui fournit des matières premières ne peut venir fournir ses produits à B. La concurrence est donc faussée.

Ex d'accord horizontal : deux entreprises, qui sont au même stade de la chaîne de production, se répartissent le marché. Dans ce cas, les deux entreprises sont sur le même marché, au même niveau. Cela limite la liberté de choix des entreprises, et fausse la concurrence (monopole artificiel sur un marché)

L'art. 101 TFUE contient 3 § : interdiction ; sanction ; exception.

Interdiction

On interdit les accords et pratiques concertées, susceptibles d'affecter le commerce, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence.

En droit de la concurrence, les concepts ont plutôt un sens économique qu'un sens juridique. Le but est d'appréhender un maximum de phénomènes, comportements et agissements. Il faut donc définir à l'aide de concepts souples, avec un champ d'extension large.

La sanction

La sanction est la nullité, soit de l'accord, soit d'une partie de l'accord.

L'exception

Dans certains cas, même si on aurait pu appliquer le §1, on considère que cette entente peut bénéficier d'une exception, pour différentes raisons citées au §3.

La mise en œuvre du principe est le règlement n°17 du 6 février 1962, remplacé par un autre règlement.

A l'époque, on trouvait deux moyens de mettre en œuvre un accord nonobstant l'interdiction : (1) obtenir une attestation négative de la part de la commission, qui confirmait que l'accord ne tombait pas sur le §1 ou pouvait bénéficier de l'exception du §3 ; (2) élaborer un règlement d'exemption plus général ou qui concernait une catégorie d'accords.

A cause de l'augmentation du nombre des EM, c'est devenu impraticable ! Le volet individuel est devenu impraticable : on ne peut plus imaginer que chaque accord entre entreprises soit soumis à la commission. On a donc supprimé le système de l'attestation négative. On est passés à un régime d'exception légale, et on a appliqué un régime d'exception légale.

On a substitué un régime de liberté (surveillée) à un régime de grande sécurité juridique. Cela implique que les entreprises concernées doivent elle-même apprécier si leur accord tombe ou pas sous le coup du §1, entrent ou pas dans les exceptions prévues par le §3, puis mettent en œuvre sous leur responsabilité l'accord intervenu.

A posteriori, il est possible que les juridictions nationales ou européennes et que les autorités européennes viennent sanctionner l'accord que les entreprises pensaient conforme au droit européen.

Cela a provoqué une forme de décentralisation, puisque les autorités et juridictions nationales sont en première ligne pour mener des enquêtes, procéder à des vérifications, réunir des éléments de preuve pour, le cas échéant, sanctionner sur base du droit européen des accords qui ont été mis en œuvre par des entreprises dans la croyance plus ou moins légitime que l'accord était conforme.

Section 2. Domaine d'application du droit européen

Il faudra définir les termes du §1, mais aussi définir le concept d'entreprise, puisqu'il est fondamental, non seulement pour les ententes, mais aussi pour les abus de position dominante et le contrôle des concentrations.

Le critère global qui chapeaute la matière est l'atteinte au commerce entre états membres. Les lignes directrices sont venues définir quelles étaient les atteintes.

Le mot *commerce* s'entend ici dans son acception économique : c'est toute activité économique (produit, service, activité sportive etc.).

Le mot *affectation* : la possibilité d'une atteinte suffit. Cette atteinte peut être directe, indirecte, éventuelle, potentielle, actuelle ou virtuelle etc. On veut donc pouvoir tracer tous les comportements qui, réellement ou potentiellement, portent atteinte au droit de la concurrence.

Certains contrats qui, pris isolément, n'auraient pas de conséquence sur le commerce entre états membres, peuvent en avoir si on examine l'ensemble d'une problématique. *Ex: arrêt sur une exclusivité d'approvisionnement, arrêt de Hacht (ortho ? Voir syll). Au départ d'un phénomène local, on en est arrivé à considérer qu'il y avait une atteinte réelle ou potentielle au commerce et activités économiques entre états membres.*

Les trois éléments restant (voir manuel) se résument en disant que le droit européen ne s'intéresse pas à ce qui est insignifiant, dérisoire. Il faut que le phénomène ait une importance économique suffisante pour qu'une sanction tombe.

S'il n'y a pas atteinte au commerce entre états membres, c'est d'office les autorités nationales qui sont compétentes. S'il y a atteinte au commerce entre états membres, cela ne veut pas dire que les autorités nationales ne sont pas compétentes (puisqu'elles appliquent aussi le droit européen). En Belgique, c'est le Conseil de la concurrence (juridiction administrative) qui prend des décisions sur base des enquêtes du service de la concurrence. Toutes les décisions du Conseil peuvent être remise en cause devant la Cour d'appel de Bruxelles.

Les autorités nationales peuvent donc ordonner la cessation d'une atteinte, infliger des amendes, accepter des engagements...

Si la commission ouvre un dossier à propos d'une entente, il y a un dessaisissement de l'autorité nationale. Cela peut se produire dans deux cas : les autorités nationales pensaient ne devoir appliquer que le droit national, mais se sont trompées ; les autorités nationales savaient devoir appliquer le droit européen, mais vu la saisine de la commission, elles perdent leur compétence.

Il faut parfois un échange d'information, une assistance mutuelle etc. entre états.

Enfin, il y a un certain pragmatisme : parfois, il faut répartir les affaires binationales ou trinationales sans être nécessairement européennes entre les autorités nationales. Si l'affaire concerne trois états, on va choisir une autorité nationale leader, et les deux autres vont collaborer pour l'échange d'information et les investigations. Le critère est celui de l'autorité la mieux placée pour l'examen de l'affaire.

Section 3. Le champ d'application de l'article 101 TFUE

On est dans 101 §1. Il fait l'objet d'une jurisprudence importante (commission, cour de justice, tribunal de première instance). Il contient des concepts juridiques, dont le champ d'extension est grand et économique.

Il y a une constance relative dans la jurisprudence en matière de droit de la concurrence.

On définit le champ d'application *ratione personae* par le mot entreprise.

Le champ d'application *ratione materiae* est la forme de l'entente : accord, concertation, décision d'association de l'entreprise etc.

Il y a aussi le champ d'application *ratione loci*, qui est le marché commun.

En prime, il faut, d'un point de vue économique, définir le marché en cause, le *relevant market*. (une entreprise qui vend des rasoirs électriques n'est pas concurrente d'une entreprise qui vend des kilts).

§1. Le domaine d'application razione personae

La réglementation s'applique aux entreprises.

Dans deux arrêts, la Cour de justice est venue confirmer qu'une entreprise est « *une entité exerçant une activité économique, quelle que soit son statut juridique ou son mode de financement* ». Il en découle qu'une entreprise est une entité qui exerce une activité économique, qu'elle soit personne physique, morale, entreprise publique ou privée, association etc. On ratisse donc large.

Cela veut dire, même si en droit pur, l'entité n'est pas une entreprise, elle pourra être considérée comme entreprise au sens du droit européen.

Peu importe le statut juridique et le mode de financement. Une ASBL est une entreprise au sens du droit européen, dans la mesure où elle exerce une activité économique. *Ex: l'affaire piscine du curé est une entreprise ici, puisqu'il y a payement d'un prix.*

Autre question : un titulaire de profession libérale est-il une entreprise ? Oui !

Un autre contre-exemple, c'est ce qui relève de l'exercice de la puissance publique (d'une autorité publique). Là encore, on peut imaginer que certaines activités sont détachables: certaines activités seront économiques, d'autres non.

Quel que soit le statut juridique (même les associations de fait, les sociétés de droit commun etc)...

On a rajouté un critère à celui de l'activité économique : critère autonomie de décision (ou critère risque, ou critère capacité pour une entité de définir librement sa stratégie).

Si on est en présence d'une entité qui n'a pas la liberté de prendre des décisions quant à sa stratégie, ce n'est pas une entreprise. Si elle n'est pas de liberté, c'est souvent parce qu'elle ne court pas de risques.

Ainsi, une succursale (entité qui n'a pas la personnalité juridique) n'est pas une entreprise, c'est un comptoir de vente. Une filiale ne peut pas prendre librement des décisions, puisqu'elle subit l'influence de la mère. Donc, en cas de contrat entre les « *filles* », ce ne sera pas une entente. L'entreprise est le groupe lui-même.

L'agent commercial n'est pas une entreprise non plus.

Par contre, le concessionnaire, le franchisé, sont bien des entreprises.

§2. Le domaine d'application razione loci

C'est le territoire des EM : lorsque les entreprises sont situées sur le territoire des EM, il y a une dimension européenne et on tombe dans le champ d'application de l'art. 101.

On y ajoute la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein qui font partie de l'EEE.

Le critère est l'effet que peut cela avoir sur le marché entre états membres. Cela signifie que même si les entreprises concernées sont, en tout ou en partie, basées sur des territoires qui n'est pas celui des EM (Japon, USA, Canada), si l'entente a un effet sur les échanges entre EM, cela tombe sous le champ d'application de l'art. 101.

Il sera toutefois difficile de sanctionner des entreprises non européennes : on pourrait sanctionner les filiales européennes ; prévoir des conventions de coopération entre les autorités européennes et les autorités USA, Canada ou Japon.

§3. Champ d'application razione materiae

A. La notion d'accord

Il faut ici définir deux choses :

- un élément plutôt juridique : le concept d'accord, de décision de l'association d'entreprise et de pratique concertée. En gros, le **mot entente**.

C'est un concept plutôt bilatéral. Ensuite, il s'agit d'un acte volontaire, librement exprimé. On peut étendre à un parallélisme des comportements qui est conscient et voulu.

On exclut donc tout ce qui est unilatéral (tout ce qui est imposé : si le concédant impose à son concessionnaire, cela ne relève pas de l'entente). Il faut donc une acceptation tacite, et donc une proposition originale. Tout ce qui est imposé sous une contrainte relève de l'art. 102 si l'entreprise qui l'impose est en position dominante.

La notion d'accord repose sur le caractère contraignant une fois qu'on l'a accepté. La chose convenue est-elle contraignante ? La contrainte ne doit pas nécessairement être juridique : elle peut être morale (gentlemen's agreement). Peu importe donc la forme matérielle que va revêtir l'accord.

La seconde hypothèse sont les décisions d'association d'entreprises. On a un groupe d'entreprises qui exercent le même type d'activités qui vont s'associer. Une fois l'association existante, certaines de ses décisions peuvent constituer une entente. Les associations peuvent être la Fifa, l'association des entreprises dans le secteur du trafic aérien, les ordres (des médecins, des avocats, des architectes).

L'ordre des architectes belges a été critiqué car il a pris comme décision que l'honoraire des architectes serait basé sur le seul coût des travaux. La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une forme d'entente.

Enfin, troisième phénomène : les pratiques concertées.

Dans le cas des pratiques concertées, on a en quelques sortes une coordination des mouvements qui n'a pas pris la forme d'un accord (même verbal), mais la commission observe cette coordination des mouvements (augmentation des prix, ou réduction des prix, pratiquées en parallèle par les entreprises). Il y a un parallélisme des mouvements qui ne peut s'expliquer qu'en raison d'une concertation à un moment ou à un autre.

C'est une question de preuve, mais cela signifie que dans un certain nombre de cas, la commission était confrontée à des entreprises qui n'avaient pas conclu un accord. Avant que le phénomène des pratiques ne soit appréhendé, elles n'avaient donc rien à se reprocher. Il faut que la collusion soit consciente, délibérée. La commission doit donc prouver une concertation, et un mécanisme conscient.

B. Le marché en cause

- Un élément plutôt économique : déterminer le **marché en cause**.

L'accord ou la pratique concertée concernent des entreprises concurrentes actives sur le même marché, pertinent, en cause. Pour définir ce marché, il faut définir les produits ou services concernés et vérifier qu'il s'agit de produits substituables.

Pour que les entreprises soient concurrentes, il faut qu'elles fabriquent des produits qui sont censés répondre à même besoin.

Ex : rasoirs électriques : a priori, on peut penser que c'est un marché : celui des rasoirs électriques. Mais il y a également les rasoirs manuels⁴. La question est de savoir si l'entreprise, qui ne produirait que des rasoirs manuels, est concurrente de l'entreprise qui ne produit que des rasoirs électriques.

Le test est un test d'élasticité : on fait varier le prix des rasoirs électriques et on voit la conséquence sur les non-électriques. Si l'impact est négatif, ce sont deux marchés distincts. On réalise ce test dans l'autre sens également.

Encore trois précisions :

- pour définir le marché en cause, il faut d'abord se focaliser sur la nature intrinsèque des produits et services : le transport aérien fait également concurrence au transport ferroviaire ou maritime par exemple. Il ne faut donc pas toujours cloisonner les marchés !

Il y a des pratiques qui consistent à créer artificiellement des marchés distincts : campagne de publicité différentes. (??)

- La commission doit envisager la concurrence potentielle, et non uniquement la concurrence réelle, actuelle, lorsqu'elle détermine le marché en cause.
- Le critère géographique revient aussi dans la détermination du marché en cause. *Ex : le kilt a comme seul marché, pratiquement, le marché écossais.*

4 Rasoir au double-edge FTW ! Le rasage des hommes, des vrais !

C. Une entente qui a pour objet de restreindre la concurrence

Dernier point : il faut que cette entente, entre entreprises, sur le marché relevant, ait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence ! L'art. 101 n'interdit pas une entente en soi, mais la commission doit démontrer que l'entente a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

Il suffit que l'entente ait pour objet de restreindre la concurrence ! La commission ne doit donc pas même pas démontrer qu'elle a eu pour effet réel de restreindre la concurrence.

Lorsque l'entente porte sur la coordination sur la fixation des prix (à la hausse ou à la baisse) suffit à une condamnation, car l'objet est bien de restreindre la concurrence (le prix, comme la qualité, est un critère de concurrence).

L'effet suffit également. On peut donc avoir un accord qui, en soit, n'a pas pour objet de restreindre la concurrence. *Ex : entente pour produire une bière nouvelle. S'il s'agit d'entreprises déjà dominantes, en raison de la part de marché détenue par chacune des entreprises, on sait ou on constate que cela a ou aura des effets défavorables.*

Pour apprécier l'effet sur la concurrence, il faut prouver le lien de causalité entre l'entente et la restriction de concurrence. Dans ce cas là, la commission applique la règle de l'équivalence des conditions : il suffit que l'accord ait contribué à restreindre la concurrence (et non la règle de la causalité adéquate, qui voudrait que l'entente soit la seule cause).

Section 4. Les ententes prohibées et les ententes légitimes au sens de l'art. 101, §3 TFUE

§1. Les ententes prohibées

On va passer en revue différentes catégories d'ententes prohibées.

Mot clé : le bilan concurrentiel. Les effets néfastes sur la concurrence, et donc sur le consommateur, peuvent être compensés par des effets bénéfiques pour le consommateur, ou pour l'intérêt général, pour le dynamisme économique etc. On ne sacralise pas la concurrence à ce point que toutes les ententes soient prohibées.

Le législateur européen, à l'art. 101 §1, a voulu donner des exemples (des exemples !) : 5 catégories d'ententes sont ici prohibées selon leur objet. Il n'est pas exclu que de nouveaux phénomènes soient constatés et sanctionnés, même s'ils ne figurent pas dans la liste.

De manière transversale, retenons qu'il y a des ententes verticales (à des niveaux différents de la chaîne) et des ententes horizontales (les entreprises, sur un même marché et sur un même niveau de chaîne).

A. Les ententes sur le prix

1° : entente sur le prix : une entente dont l'objet est le prix est un péché capital en matière de concurrence.

B. Les ententes sur les quantités

2° : entente sur les quantités : exemple emblématique. On contrôle la production, les débouchés, les développements techniques. Ici, c'est la notion de cloisonnement du marché qui apparaît. Ce n'est pas néfaste dans l'absolu, mais c'est en tout cas interdit. *Ex : le distributeur belge se fait livrer tel nombre de voiture et les vendra en Belgique à tel prix.*

L'accord vertical de distribution, par exemple, du point de vue du §1, est une entente prohibée sur base du 2°.

Ex : on a deux entreprises, dans le secteur pharma. L'entreprise A produit une matière première et une gamme de produit fini. L'entreprise B ne fabrique que les produits finis. L'entreprise B a donc besoin de l'entreprise A pour son approvisionnement en matière première. Ce qui constitue une entente, c'est le fait pour l'entreprise A d'imposer à B de n'utiliser la matière première que pour fabriquer tel type de médicaments. A contrôle donc la destination finale en aval de ces matières premières. Objectif : empêcher que B ne vienne concurrencer sur un segment du marché des produits finis.

C. L'entente sur le prix obligatoire

3° : le prix obligatoire : c'est lorsque, dans l'entente, tous les partenaires doivent pratiquer le même prix. C'est souvent plus subtil que cela. On suppose en général l'existence d'un leader qui fixe les prix qui seront pratiqués par tous. La compétition sur base du prix, favorable au consommateur, ne peut donc pas jouer. Au-delà de ça, il n'y a pas d'incitant à être plus rentable, à améliorer la qualité du produit etc, puisque le prix est fixé.

Cela peut porter sur le prix, mais aussi sur les rabais (réductions consenties), le crédit (crédit à la consommation)...

ex : ordre des architectes : fixer les honoraires sur base de barèmes qui ne tiennent compte que de la valeur des travaux constitue une entente. C'est moins flagrant que des prix obligatoires pour tout le monde, mais cela focalise l'attention sur un critère de fixation du prix.

Si l'ordre des architectes avait démontré que ce barème était nécessaire pour garantir un bon exercice de la profession d'architecte, cela aura pu être justifié.

Ex 2 : verre automobile. Dans ce cas-là, le cartel a été condamné à + d'1 000 000 000 €.

nb : le programme de clémence. Le droit de la concurrence est pragmatique et favorise la délation. Si une entreprise dénonce l'accord et permet dès lors de démanteler un cartel, alors l'entreprise qui a dénoncé obtient une réduction d'amende.

Il peut y avoir des prix conseillés ou indicatifs, ce qui a le même impact qu'un prix obligatoire. Le prix indicatif entre partenaires fait écho d'échange d'informations. Il y a, au coup par coup, une fixation collective des prix grâce à un échange d'information.

On devrait parler d'utilisateur à la place de consommateur. *Ex : pour le verre automobile, ce n'est pas le consommateur de base qui l'achète, mais bien l'industrie automobile.*

D. L'entente sur la répartition des marchés

4° Répartition des marchés : *Ex* : un concédant et ses concessionnaires. Non seulement on limite la production et les débouchés, mais on répartit les marchés de manière géographique. Une manière de répartir les marchés est d'introduire des clauses d'approvisionnement : les distributeurs ne peuvent s'approvisionner que chez un fournisseur, qui a une exclusivité (entente verticale). Parfois, on fait semblant d'admettre que le distributeur s'approvisionne auprès d'un autre fournisseur, mais on lui impose des obligations d'informations. Le fournisseur initial adapte alors son offre et devient plus compétitif que le fournisseur alternatif.

Même chose : on accepte de déroger à l'exclusivité seulement si le distributeur peut satisfaire la totalité de ses besoins auprès d'un autre fournisseur.

Dans le cadre d'accords horizontaux : ententes entre brasseurs qui se répartissent le marché, notamment des débits de boisson.

Ex : la commission a exigé que les produits Kodak exportés vers un pays tiers soit facturés au même prix que les pays vendus sur le territoire national (hors frais d'export).

Parfois, les distinctions basées sur le prix se justifient objectivement, auquel cas on est pas dans de la discrimination. *Ex*: commande de plus grandes quantités.

E. L'acceptation de prestations supplémentaires

5° : l'acceptation de prestations supplémentaires : on reproche ici un lien artificiel.

Ex : le fabricant exige du concessionnaire des prestations supplémentaires, et subordonne la conclusion du contrat à ces exigences. *Ex* : que le concessionnaire recrute tel type de personnel, suive telle ou telle formation. Là, on peut trouver un lien.

Mais certaines exigences n'ont pas de lien avec l'objet principal et ont pour effet de fermer un marché, mettre des barrières à l'entrée.

Dans le domaine des brevets, on trouve un exemple où des prestations supplémentaires ont été imposées par le titulaire d'un brevet au licencié, mais ces prestations ont un lien avec l'objet principal : respecter le secret lié au brevet ; que le titulaire du brevet puisse agréer les membres du personnel du licencié ; le donneur de licence exige aussi que le licencié s'approvisionne en matière première auprès de lui (et non à l'égard de concurrents) ; le donneur de licence interdit des sous-licences etc.

Ne sont donc pas admises les prestations artificiellement rattachées à l'objet.

§2. Les exemptions par catégories – l'article 101, §3 TFUE

A. Notions

Le législateur européen met en œuvre une *rule of reason* : l'objectif est toujours la satisfaction optimale des consommateurs. On accepte parfois les restrictions à la concurrence si elles ont un effet positif sur l'utilisateur, l'intérêt général ou l'économie d'un pays.

Dans le domaine des ententes verticales, on trouve des exemptions pour les automobiles (contrats de franchise). On s'est rendu compte que quand un fabricant crée un réseau de distributeurs agréés, cela a une bonne influence sur le prix, le SAV etc., et donc sur la satisfaction du client.

Même chose pour les accords verticaux, pour peu que ces accords respectent les conditions du §3 et celles qui se trouvent dans le règlement d'exemption par catégorie.

On perd en sécurité juridique avec le régime de l'exception légale. Car les autorités nationales / européennes peuvent sanctionner *a posteriori*, mais pour compenser, on prend des règlements d'exemption par catégories.

La philosophie qui se trouve derrière est la balance entre les effets négatifs et les effets positifs (balance concurrentielle).

S'il y a un règlement d'exemption, le respect des 4 conditions de l'art. 101 est présumé. On retrouve dans le manuel quelques exemples (voir manuel pour des exemples horizontaux / verticaux).

B. Les conditions

L'art. 101 §3 précise 4 conditions

Elles sont présumées respectées en cas de règlement d'exemption.

1. L'amélioration de la production ou de la distribution, ou la promotion du progrès technique ou économique

- 1° l'entente améliore la production, la distribution ou le progrès technique ou économique

On a donc des gains d'efficacité / productivité, réduction des coûts etc. Que cela soit au stade de la production, ou de la distribution, on constate que l'entente a apporté une plus-value. Cela ne se limite pas au prix (produire moins cher / vendre moins cher) : on vise aussi la qualité des produits, du SAV, influence sur le niveau d'emploi et la protection de l'environnement...

Si le gain profite exclusivement aux entreprises, elles n'obtiendront pas une exemption. Il que les effets négatifs de l'entente soient compensés par des effets positifs dans le chef des utilisateurs / consommateurs. Cela ne veut pas dire que l'ensemble des consommateurs doit en retirer un avantage. *A propos d'une entente dans le secteur des dispensateurs de crédit, il y avait une entente pour un échange d'informations permettant de sélectionner les clients : pour certains, cela les excluait du crédit ; pour les autres, cela procurait un avantage, puisque cela réduisait le coût du crédit (puisque moins de mauvais crédit).*

2. Une partie équitable du profit est réservée aux « utilisateurs »

- 2° (qui tend à devenir la troisième en terme d'importance) : voir syll

3. Le test de proportionnalité

- 3° : test de proportionnalité : on accepte l'exemption si elle est la seule méthode permettant d'arriver à ce résultat (ou le moyen le plus économique). Plus la restriction à la concurrence sera forte (parts de marché importantes), plus on sera exigeants en ce qui concerne cette condition.

4. Le maintien d'une concurrence

- 4° : l'entente ne peut pas supprimer la concurrence sur le marché. Elle peut la restreindre pour de bonnes raisons, mais jamais la supprimer. Cela s'évalue selon le critère de la substituabilité : des produits substituables doivent subsister sur le marché.

Chapitre 2. L'abus de position dominante art. 102

Ce sont ici des comportements unilatéraux : une entreprise est en position dominante et en abuse au détriment de ses concurrents. La position dominante n'est pas, en soi, un problème : c'est l'abus de position dominante qui pose problème. *Ex : Microsoft : l'entreprise a une position dominante sur le marché des OS. Sans décision de la Cour de justice, Microsoft aurait abusé de sa position dominante.*

La première grande différence avec l'entente est que l'art. 102 vise un comportement unilatéral. Cela n'empêche qu'une entreprise soit prise sous le coup de 101 et de 102.

Ce que l'on condamne, ce n'est pas le fait d'être en position dominante, c'est l'abus de position dominante !

Une fois qu'on est en position dominante, on est sous surveillance. On la sanctionne sur elle en abuse. La question de savoir si le renforcement de la position est un abus est encore discuté.

Les notions de base sont les mêmes : entreprises (activités économiques), sauf qu'on ajoute le critère du risque et de l'autonomie de décision.

On peut également imaginer des abus de position dominante collective. Au lieu de conclure des ententes, deux entreprises en position dominante abusent conjointement de cette position dominante.

Section 1. La notion de position dominante

Qu'est-ce qu'une position dominante ?

Un monopole est une position dominante (mais toute position dominante ne constitue pas un monopole). On trouve des monopoles de droit et des monopoles de fait.

Un monopole de droit est une ancienne concession octroyée par l'état (énergie, transports...).

Monopole de fait : détention d'un brevet pour fabriquer un produit.

En position dominante, on a aussi l'entreprise qui acquiert des parts de marché suffisamment importantes pour qu'elle puisse influencer notablement la concurrence sur ce marché. Elle est prémunie contre les aléas de la concurrence.

Section 2. Les critères de la position dominante

Les critères :

- définir le marché en cause : il se définit par le critère de substituabilité. Dans certains cas, la qualité intrinsèque d'un produit justifie qu'on considère que ce produit, dans une catégorie plus large, fait l'objet d'un marché de référence. *Ex : banane. A cause de ses qualités intrinsèques, on a considéré que la banane est un marché distinct du marché des fruits. United brands, qui n'était pas en position dominante sur le marché des fruits, l'était sur le marché de la banane.*
- La zone géographique est aussi importante : il ne faut pas nécessairement, quand on parle du marché commun, se braquer sur des critères de superficie géographique. *Ex classique : le port de Gênes, vu son importance économique, a été considéré par la jurisprudence comme une partie substantielle du marché commun. Ce sont donc des critères économiques / stratégiques qui l'emportent.*
- Le pouvoir de marché. Ce sont les parts de marché. Une entreprise en position dominante peut réduire le taux actuel de concurrence, ou faire obstacle à l'apparition d'une concurrence nouvelle, pour arriver à ne pas subir la pression concurrentielle.

On considère en général qu'une entreprise qui a moins de 40 % de parts de marché soit en position dominante.

D'autres critères peuvent renforcer l'intuition qu'il y a une position dominante :

- la puissance économique et financière de l'entreprise (l'entreprise peut facilement accéder à des sources de financement, par les prêts bancaires et les marchés financiers) ;
- connaissance technique et savoir faire (brevet ou secret des affaires, qui lui permet de perfectionner ses produits et anticiper ses concurrents) ;
- organisation sur un marché vertical (l'entreprise a des parts de marché importantes, mais, en amont et en aval, maîtrise toute la chaîne de production et de distribution, parfois grâce à des ententes) ;
- la présence sur des marchés voisins (l'entreprise offre une telle gamme de produit qu'elle peut satisfaire des besoins parallèles, alternatifs ou similaires)

Deux nuances :

- on tient aussi compte de la possibilité d'entrer pour les nouveaux concurrents.
- Dans certains cas, une entreprise n'est pas nécessairement en position dominante, malgré ses parts de marché, parce qu'en face, il y a une puissance de négociation importante de ses clients (les clients s'organisant en centrale d'achat compensent sur le marché en cause la puissance de l'entreprise concernée).

Section 2. L'abus de position dominante

§1. Distinction abus de comportement et abus de structure

On distingue l'abus de structure et l'abus de comportement

Soit l'entreprise abuse de sa position pour obtenir ponctuellement un avantage qu'elle n'aurait pas pu obtenir dans une situation de concurrence praticable (*workable concurrence*), qu'elle obtienne à l'égard de concurrents ou à l'égard de consommateurs. C'est un avantage indu par rapport à la situation qui aurait été la sienne en situation de concurrence praticable. (abus de comportement)

Puis vient l'abus de structure : c'est une entreprise qui abuse de sa position dominante pour modifier durablement la structure concurrentielle du marché en cause. C'est l'exemple où elle n'obtient nécessairement immédiatement un avantage indu, mais par une décision prise, elle va réduire encore le nombre de concurrents sur le marché. L'abus de structure consiste donc à modifier durablement la structure concurrentielle du marché, à modifier l'intensité de la concurrence.

L'affaire emblématique est l'affaire *Continental Can*, société US qui s'apprête à prendre le pouvoir d'une autre société concurrente, hollandaise. La commission considère que le fait de renforcer sa position dominante constitue un abus de position dominante. L'acquisition d'une position dominante n'est pas répréhensible, mais son renforcement est en soi répréhensible. Cela tient sans doute au fait qu'à l'époque, il n'y a pas de contrôle des concentrations.

Quand on a introduit un contrôle des concentrations, le législateur européen a considéré que le renforcement d'une position dominante n'était pas en soi un abus. Mais la commission a affiné ses critères en disant que si on renforce sa position dominante par des moyens anormaux, cela constitue alors un abus. Reste à définir le moyen anormal ! La distinction a donc toujours un sens (question d'examen : distinction abus de structure et abus de comportement), mais dans les faits il n'est pas toujours facile de définir le moyen anormal de modifier la concurrence.

§2. La problématique des ressources essentielles

Le terme ressources recouvre mal son contenu : on vise les infrastructures essentielles.

C'est la situation où une entreprise dominante sur un marché de l'infrastructure est en situation de commettre un abus de position dominante car elle refuse injustement l'accès à cette infrastructure, alors que l'accès à cette infrastructure est utile voire indispensable pour avoir l'accès à un autre marché. (*Ex : infrastructure de communication, énergétique, de transport*). *Ex : Belgacom possédait toutes les infrastructures nécessaires aux communications téléphoniques.*

Puisqu'elle a la maîtrise des infrastructures, l'entreprise peut, en refusant l'accès aux infrastructures, exercer un effet levier sur un autre marché où elle est effectivement active.

La jurisprudence a défini les critères pour que le refus de donner accès à une infrastructure constitue un abus de position dominante.

- 1° : l'infrastructure est détenue en vertu d'un monopole ou en vertu d'une forte position dominante
- 2° : sans avoir accès à cette infrastructure, l'autre entreprise ne peut pas exercer son activité. Il n'existe donc pas de solution alternative.
- 3° : l'entreprise qui demande l'accès à l'infrastructure n'est pas en situation de trouver une situation de remplacement qui soit économiquement praticable et utile.
- 4° : il faut un refus de la première entreprise, sans justification objective
- 5° : la seconde entreprise doit démontrer que l'infrastructure possède les capacités suffisantes, qu'on est pas déjà à flux tendu.
- 6° : il faut que l'entreprise qui demande l'accès soit dans une situation de compétence technique qui lui permette d'utiliser l'infrastructure (sans quoi elle risque de l'endommager)
- 7° : pour qu'il y ait refus, il faut donc que le refus soit injustifié. On considère que pour stimuler l'investissement, il faut accepter le fait que l'entreprise qui a construit l'infrastructure puisse, pendant un temps, rentabiliser son investissement.

On a donc accepté que pendant une certaine période, l'entreprise détentrice de l'infrastructure essentielle puisse utiliser seule son infrastructure, le temps d'amortir l'investissement.

En définitive, les autorités de concurrence ont donc restreint la liberté contractuelle d'une entreprise de donner ou pas accès à un bien dont elle est propriétaire.

Dans l'art. 102, on a une liste exemplative.

§3. Le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle

La confrontation entre la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence est une hypothèse potentielle d'abus de position dominante. Cette théorie ressemble quelque peu à la théorie des infrastructures essentielles. Mais on vise ici l'accès à une connaissance, à une technique, une technologie...

Or la détention d'un droit intellectuel constitue un monopole de fait. Si elle n'octroie pas de licence de brevets, elle est la seule qui pourra fabriquer tel ou tel produit. Dans le cas emblématique de cette confrontation, on retrouve l'affaire *Microsoft*. *Microsoft* détient une part de marché importante avec Windows comme OS. Une entreprise, *Sun*, fabriquait des logiciels d'application qui n'étaient pas nécessairement compatibles avec cet OS. On retrouve donc la même hypothèse : une entreprise dominante sur un marché en amont qui exerce cette position pour faire effet levier sur le marché en aval (marché des logiciels d'application).

La Cour de Justice s'était déjà prononcée sur 3 affaires entre droits intellectuels et droit de la concurrence. Dans l'affaire IMS health (29 avril 2004), on est dans l'hypothèse où une entreprise fait des études de marché qui portent sur des médicaments. Une autre entreprise veut venir la concurrencer sur le même marché (et non sur un marché en aval). Elle demande d'utiliser une nomenclature, qui a fait l'objet d'un droit d'auteur par IMS. Est-ce un abus de position dominante ?

Les conditions pour qu'il y ait abus de position dominante dégagées par la Cour sont :

- que le produit soit indispensable
- que l'entreprise qui demande l'accès à cette information ou à cette connaissance ait l'intention d'offrir un produit nouveau sur le marché
- le refus doit ne pas être justifié par des considérations objectives
- l'entreprise qui refuse entend, par ce refus, décourager la concurrence et conforter sa position dominante

La Cour a ici considéré que l'entreprise qui demandait accès à l'information n'offrait pas un produit nouveau. Il n'y avait donc pas de plus-value dans le produit que comptait offrir cette société.

Dans l'affaire *Microsoft*, il n'y avait pas de droit d'auteur : c'est le secret des affaires qui était en jeu. Sans ces informations, *Sun* était condamné à fabriquer des logiciels d'application incompatibles avec l'OS microsoft, qui avait 90 % des parts.

L'autorité de concurrence commence par distinguer deux marchés : un marché en amont, et un marché en aval.

Microsoft était actif sur les deux marchés, tandis que Sun n'était actif que sur le marché en aval. Sun était toutefois dépendant de Microsoft, au niveau de la transmission d'information.

La commission dit que le marché dérivé en question ne doit pas nécessairement exister au moment de la demande, mais peut être potentiel ou hypothétique.

On retrouve le caractère indispensable de l'information. Ce qu'on ne retrouve pas dans la jurisprudence Microsoft, c'est l'exigence de produit nouveau ! Sun ne démontrait pas nécessairement qu'elle allait proposer des produits nouveaux par rapport à ceux proposés par Microsoft. Cela s'explique sans doute par le fait qu'on est pas ici sur le même marché (alors que pour IMS Health, on était sur un même marché).

Ces deux cas ne se trouvent pas repris dans l'art. 102, qui n'est donc qu'exemplative. Qu'y trouve-t-on ?

- la problématique des prix : l'entreprise en position dominante impose des prix ou conditions inéquitables. Le problème est que parfois on considère comme inéquitables des prix trop élevés ; parfois on considère que les prix trop bas sont inéquitables pour les entreprises en concurrence. L'analyse de la commission, sur la problématique des prix, implique d'analyser différents éléments : coût de production, marge bénéficiaire, prix pratiqués sur X marché. C'est donc une analyse fine en terme économique, qui échappe à la compétence des juristes.
- La limitation du développement technique ou commercial : là, la commission n'en est pas à

contrôler les investissements

- les pratiques discriminatoires, qu'on peut grouper avec l'interdiction des contrats couplés :
ex : refus de vendre. On se situe entre entreprises actives sur deux marchés : l'une (dominante) sur un marché en amont, et sur le marché en aval, alors que l'autre n'est que sur le marché en aval. Si l'entreprise dominante refuse de vendre ses matières premières (marché en amont), l'entreprise sur le marché en aval ne sait plus exercer ses activités (marché en aval).

Ex d'interdiction de contrats couplés : (1) société Ilti (ortho?), qui est dominante sur le marché des pistolets à clous. Elle impose aux clients d'acheter à la fois les pistolets à clous, mais aussi les clous. (2) Tetrapack qui fabrique à la fois les machines permettant d'emballer les liquides, et fabrique en même temps les boîtes : elle oblige à acheter les machines et les boîtes !

Ex 2 : achat de windows impliquait l'achat de WMP (horrible ce programme bordel !)

Chapitre 3. Les concentrations

Une concentration n'est pas en soi un problème, mais cela peut le devenir. On soumet donc les concentrations à un contrôle *a priori* de la part des autorités européennes. Une concentration implique que, sur un marché, on concentre (réduit) le nombre de concurrent par des opérations juridiques (fusions / acquisitions).

On ne parle pas des aides d'état (art. 107 et 108), ni des prestations économiques d'intérêt général.

Les concentrations posent des problèmes en droit des sociétés, mais aussi en droit du travail. C'est également un domaine sensible quant au patriotisme économique. Cela dit, on peut justifier les concentrations par des raisons économiques : une entreprise active dans un secteur peut procéder à une opération de concentration à l'égard d'une autre entreprise active dans un autre secteur, soit pour se garantir une source d'approvisionnement, soit pour s'octroyer un réseau de distribution performant (concentration verticale).

La concentration horizontale est aussi possible : deux entreprises actives sur le même marché fusionnent : l'une absorbe l'autre. Ce type d'opération de concentration horizontale a des effets plus intenses sur la concurrence que les concentration verticale.

On a également les conglomérats : une entreprise prend le contrôle d'une autre, sur un autre marché, sans qu'il y ait pour autant concentration verticale (*ex : entreprise qui fabrique des voitures prend le contrôle d'une entreprise qui fabrique des machines à laver*).

Les art. 101 et 102 ne sont pas applicables : 101 suppose une entente entre entreprises qui sont autonomes (existence propre) ; 102 n'est pas non plus applicable, car l'acquisition / renforcement d'une position dominante par des moyens normaux ne constitue pas un abus. Or une concentration n'est pas un moyen anormal.

Tout cela est désormais réglé par un règlement de 2004 : 139/2004, qui est le fruit de compromis entre les EM. Dans cette problématique, on invoque souvent le patriotisme économique, pour s'opposer à un mouvement de concentration qui concerne l'un de ses fleurons industriels et une entreprise d'un autre EM. Une autorité nationale pourra donc intervenir dans des dossiers de concentration.

Ce règlement nous donne les définitions et aspects procéduraux de la matière.

§1. Définition

Concentration : la concentration est une opération qui provoque un changement durable de contrôle. Le concept de base est donc le concept de contrôle (influence déterminante). L'art. 3 donne des exemples : fusion (absorption, ou par constitution de société nouvelle) notamment. Vient aussi l'hypothèse où une entreprise prend le contrôle d'une autre entreprise (les deux continuant à exister).

Comment s'exerce l'influence déterminante dans l'hypothèse d'une prise de contrôle ? Le plus souvent par des moyens basés sur une participation financière au capital. Si l'entreprise dominante a

50 % + 1 des actions de l'entreprise dominée, elle en détient le contrôle. Mais même en étant minoritaire, on peut avoir une influence déterminante, notamment si la majorité ne vient pas aux AG et ne vote donc pas. Pour constater l'existence d'une influence déterminante, la commission aura donc une liste de présence aux AG.

Autre hypothèse : possibilité d'exercer un droit de veto sur certaines questions.

Encore faut-il, pour que la commission soit compétente, que la concentration soit de dimension communautaire, c'est-à-dire ait une certaine envergure. En deçà de certains seuils, c'est l'autorité nationale qui est compétente. On trouve certains critères qui permettent d'apprécier le caractère européen ou non de la concentration. L'élément clé est le CA des entreprises concernées. Parfois, on se base sur le CA individuel réalisé sur le marché commun (de l'UE).

Le principe est celui du monopole de la commission (guichet unique), mais il y a trois types d'exceptions à ce principe :

- un EM peut s'emparer du dossier parce qu'il justifie que vu l'objet sociale des entreprises concernées, il doit intervenir pour protéger ses intérêts légitimes, même lorsqu'il s'agit d'une concentration de dimension communautaire.
- L'hypothèse où, nonobstant la dimension communautaire, la concentration a un impact spécifique sur le marché d'un des EM, considéré alors comme un marché distinct et pertinent. C'est la clause « allemande », qui peut être invoquée par les EM voire par les entreprises elles-mêmes.

§2. La procédure

Dans l'hypothèse d'un guichet unique : art. 4 et s. du règlement. Elle implique le dépôt d'un dossier annexe auprès de la commission européenne. Le moment clé est le moment où l'accord est conclu.

L'art. 7 prévoit qu'à partir du moment où le dossier a été déposé, cela en suspend les effets. Pendant le délai durant lequel la commission examine le dossier, l'opération de concentration est suspendue. L'art. 10 §6 est important car il prévoit que si la commission ne prend pas décision dans les délais, elle est réputée avoir considéré que l'opération est compatible avec le marché commun.

A. Une procédure en deux temps

La procédure se déroule en deux phases de longueur variable:

- la première dure en principe 25 jours. Pendant ce délai, la commission va se poser la question de savoir si elle est compétente, et puis se poser la question de savoir s'il y a des doutes sérieux de la compatibilité de l'opération avec le marché commun. Si la réponse est positive, commence la seconde phase.
- Seconde phase : 3 mois. Délai pendant lequel la commission va se poser la question de savoir si la concentration est compatible ou non avec le marché commun. Il est rare que la commission dise purement et simplement : c'est compatible ou incompatible. Souvent, elle nuancera sa position.

Durant cette phase, on respecte le droit des affaires et les droits de la défense (audition).

Quand on arrête l'horloge, la commission va négocier des mesures coercitives avec les entreprises concernées (compensations, engagements). Puis elle va subordonner son accord (sa décision de compatibilité au marché commun) avec le respect de ces mesures ou engagements.

Ces engagements peuvent être de structure ou de comportement, par référence à l'abus de structure ou de comportement dont on parlait tout à l'heure. Ces engagements ont toujours pour objectif d'atténuer les effets de la concentration sur la concurrence (puisque à tous les coups, une concentration a potentiellement un effet négatif sur la concurrence).

B. L'examen de l'admissibilité

Quand elle examine l'admissibilité de la concentration, la commission doit d'abord définir l'existence du marché (son périmètre), et une fois qu'elle a défini le marché en cause, elle va évaluer les parts de marché des sociétés concernées.

A propos du marché en cause, il faut être prudent : le marché de la banane est par exemple un marché en soi, hors du marché des fruits. La même chose s'est produite avec Coca-cola : le marché des boissons gazeuses à base de cola est un marché en soi.

Il fut un temps (avant le règlement 2004) où le seul critère était celui de la position dominante. Une opération de concentration pouvait donner lieu à une décision négative de la commission que si elle permettait la création ou le renforcement d'une position dominante. La commission ne disait donc pas non, elle disait oui mais moyennant le respect de certains engagements. Ce critère a été jugé trop restrictif : on y a ajouté le critère de l'entrave significative à la concurrence effective sur un marché.

On observe donc les parts de marché, le degré de concurrence, la possibilité praticable pour les consommateurs de changer de fournisseur... Plus de critères que le simple fait de savoir si l'entreprise est en ou renforce sa position dominante.

L'art. 8 du règlement confirme qu'à partir du moment où la commission s'est prononcée favorablement par rapport à une opération de concentration, les restrictions accessoires, usuelles, sont également admises. Il arrive donc souvent, dans des hypothèses de changement de contrôle, qu'il y ait une obligation de non concurrence à charge de l'entreprise qui cède le contrôle sur une de ses filiales à une autre entreprise.

C. La question des gains d'efficacité

La commission procède afin à la question des gains d'efficacité. Malgré l'entrave significative à une concurrence effective que provoque la concentration, il peut y avoir des gains d'efficacité, c'est-à-dire des compensations. Dans son instruction du dossier, la commission va mettre à charge des entreprises la réduction de concurrence, et à décharge les effets positifs .

On a trois conditions cumulatives :

- l'avantage pour le consommateur
- test de proportionnalité : il faut que la concentration soit le moyen nécessaire pour arriver à ce résultat, sans alternative moins anti-concurrentielle praticable
- que les gains soient vérifiables

Si la commission en arrive à la conclusion que, même sans cette opération de concentration, l'entreprise aurait quitté le marché car elle était en difficulté financière, elle aura tendance à

admettre l'opération de concentration.

Cours sur l'OMC

Introduction au droit de l'organisation mondiale du commerce

Cette institution voit son rôle relativement contesté.

Ce droit n'est toutefois pas du droit commercial en tant que tel : il ne s'applique pas aux commerçants. On est ici dans des règles qui s'appliquent aux états et qui déterminent comment les états peuvent réglementer leur droit commercial en interne.

Les destinataires des règles sont donc plutôt les états que les commerçants eux-mêmes. C'est un peu comme le droit européen (si on en retire l'effet direct).

Nb : on trouvera dans les slides des liens vers le site de l'OMC, qui mis ensemble peuvent constituer une sorte de syllabus. Notons toutefois que cette présentation est évidemment favorable à l'OMC, puisque fournie par elle.

I. Fonctionnement de l'OMC

1. Présentation générale

L'OMC a été créée par l'accord de Marrakech du 15 avril 1994, entré en vigueur en 1995. Ce système n'est pas parti de rien : il est successeur des accords de Bretton Woods (ortho?), et de trois organisations internationales (qui existent encore) : Banque mondiale, FMI et GATT (Accord général sur les commerces et les tarifs douaniers).

Au cours du 20ème siècle, on a approfondi le GATT, en 1986, on a lancé Uruguay round, qui a abouti à l'OMC.

Elle dispose de la personnalité juridique, a son siège à Genève, et contient 153 membres (pas la Russie, l'Arabie Saoudite, l'Irak, l'Afghanistan...). Elle ne compte que 629 employés, et son budget est relativement limité : 194 MCHF.

N'ayant pas beaucoup d'ampleur, l'organisation n'a pas beaucoup de pouvoir. Si les états membres ne veulent rien faire, l'organisation est donc relativement impuissante.

2. Objectifs

On peut les déduire du préambule de l'accord de Marrakech, qui est basé sur une conception libérale des relations économiques. L'idée est de relever les niveaux de vie par la libéralisation du commerce international.

Le but est donc bien de relever le niveau de vie, et d'atteindre une croissance réelle tant de la production que de l'emploi. Comment faire ? En libéralisant le commerce international, c'est-à-dire en facilitant la circulation internationale.

Cela doit se concilier avec des missions d'intérêt général des états, notamment la protection de l'environnement, la question du développement, question de protection des travailleurs, de la santé etc.

3. Composition

On trouve 153 membres, soit des états soit des territoires douaniers distincts. Un territoire douanier distinct est une entité de droit international public qui a l'autonomie nécessaire pour déterminer elle-même ses relations commerciales avec l'étranger. Il y a essentiellement deux catégories : les réunions d'état qui ont confié à une organisation internationale le soin de se charger de ces questions (c'est évidemment le cas de l'UE) ; on trouve aussi les subdivisions de la Chine à statut spécial (Hong-Kong, Macao, Taïwan (en fonction du statut qu'on lui reconnaît)).

Ici, on a affaire à des relations entre états, et donc, les règles adoptées n'ont pas l'effet direct ! Elles ne peuvent donc pas être invoquées directement par les particuliers, entreprises ou commerçant. Dès 1972, l'arrêt *international fruit company* de la CJCE indique que les règles du GATT ne peuvent être invoquées devant la Cour. L'arrêt *filiale c. conseil* de 1999 confirme cette jurisprudence.

On ne peut donc pas invoquer le droit de l'OMC pour en tirer une conséquence vis-à-vis d'une autre partie.

Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas d'effet sur les commerçants. Cet effet est indirect ! L'UE étant obligée de mettre en œuvre les règles de l'OMC dans son système juridique, ces règles finissent par s'appliquer aux personnes privées. Cela signifie aussi que les commerçants sont les principaux intéressés par ces règles, et font donc un effort de lobbying pour essayer d'infléchir les règles dans le cadre de négociations qui ont lieu à l'OMC.

4. Structure des accords

Le traité de Marrakech est très long : la version de base fait 10 000 pages.

Pour la structure, voir slide n°7

On trouve d'abord un accord cadre, qui est l'accord institutionnel de l'OMC (quels organes, quel siège etc.). On trouve ensuite toute sorte d'annexes, particulièrement trois grandes annexes : (1) celles contenant les accords substantiels ; (2) celle contenant le memorandum d'accord sur le règlement des différends ; (3) celle contenant le mécanisme d'examen de politiques commerciales.

(2) : c'est le code judiciaire de l'OMC, qui explique comment s'y prendre quand deux états ne sont pas d'accord sur l'application des accords, ou lorsqu'un état estime qu'un autre ne respecte pas ses engagements.

(3) : prévoit les mécanismes d'audit de ses membres. On vise ici à examiner quelles sont les règles commerciales dans les états. Ce mécanisme est mis d'application tous les 2, 4 ou 6 ans en fonction de l'importance économique de l'état.

(1) : l'annexe 1 prévoit les règles de droit matériel, dont question *infra*. Ces règles concernent trois grands secteurs : le commerce des marchandises ; le commerce des services ; les questions liées aux droits intellectuels.

Ce n'est qu'en 1994 qu'on a rajouté le commerce des services et la réglementation des droits de propriété intellectuelle.

L'accord sur les marchandises se subdivise lui-même en plusieurs éléments :

- GATT de 1994 qui est la mise à jour de l'accord de 1947, qui contient des règles de non-discrimination, de libéralisation etc.
- il est accompagné d'engagements, c'est-à-dire de listes contenant les droits de douane maximum par pays et par biens.

On trouve enfin une série d'accords subalternes portant sur des questions précises (accord sur l'agriculture ; sur les mesures sanitaires et phytosanitaires ; sur les obstacles techniques au commerce etc.).

5. Organes et fonctions

- Premier grand organe : la Conférence ministérielle

Elle est composée d'un représentant, au niveau ministériel, de chacun des EM. (dans notre cas, le commissaire européen au commerce). Cette conférence se réunit tous les deux ans. C'est à ce moment qu'on entend parler de l'OMC, car elles génèrent des manifestations de ukulélés.

- Second grand organe : le Conseil général

Il comprend un représentant de chacun des États, mais au niveau diplomatique. Il se réunit généralement tous les mois, et prend les décisions de gestion journalière de l'organisation. Il a autant de compétence que la conférence ministérielle ! Dans la pratique, les questions difficiles qui impliquent des arbitrages importants ou des questions de principe pour les états, seront plutôt attribuées au Conseil général.

Le conseil général peut exercer des fonctions particulières, en une autre qualité. Soit en tant qu'organe de règlement des différends (il s'agit alors de prendre les décisions concernant le règlement des différends) ; soit en tant qu'organe d'examen des politiques commerciales (donc question de l'annexe 3 des accords).

On trouve à la tête de l'Organisation un directeur général (Pascal Lamy).

On trouve d'autres organes et comités.

Le mode de décision est expliqué à l'art. 9 des accords sur l'OMC.

La règle, simplifiée, est que les organes décident selon la règle du consensus. Une décision est donc adoptée uniquement si aucun des EM présents ne s'y oppose formellement. On ne prend donc en compte que ceux qui sont présents, et chaque état peut bloquer une décision en s'opposant formellement à la décision. Le plus petit des EM est donc capable de bloquer tout le processus.

Quelles sont les conséquences de ce choix concernant le mode de décision ?

L'idée est que c'est une règle qui est là pour favoriser la légitimité des décisions. C'est pour ce faire un système efficace.

On trouve tout de même quelques soucis.

D'abord, un certain nombre de pays n'ont pas toutes les ressources nécessaires pour participer à toutes les réunions (mobilisation de X personnes pour telle ou telle réunion). Dans ce cas, si l'état est absent, tout se décide sans lui. Ou alors, s'il est présent, il n'a pas eu le temps de préparer, et laisse donc passer des choses qui pourraient lui être défavorables. Voilà une des critiques au système lancée par les états en voie de développement.

Le second soucis est celui de l'immobilisme. N'importe quel petit état peut tout bloquer ! A 153, il est donc parfois difficile d'avancer ! Cela nuit à la légitimité !

On a cherché à contourner ces blocages, et à développer des techniques qui permettent d'avancer.

La principale technique consiste à discuter en petit groupe : ces états ont un intérêt commun sur une question, et tentent de la faire valoir aux yeux des autres. On a alors toute sorte de groupes, notamment un groupe des états en voie de développement ; un groupe des exportateurs agricoles ; un groupe contre les subventions sur la pêche etc. Ce sont des groupes de pression internes.

L'autre technique est de se mettre autour d'une table à quelques-uns, pour se mettre d'accord, pour, par la suite, imposer la décision à d'autre. *Ex : L'UE et USA font pression sur tous les alliés / amis pour que personne ne bloque le consensus.*

Il y a des manières plus larges de faire : on prend un état africain, l'Australie, un petit état, un état d'Asie etc. Par la suite, chacun doit aller vers les états qui lui « ressemblent » et tente de les convaincre de ne pas bloquer le consensus.

Principales fonctions

A quoi sert cette organisation ?

On trouve essentiellement deux grandes fonctions :

- mener des négociations commerciales, pour améliorer et approfondir les règles commerciales. *Ex : réglementation de tel aspect ; diminution des droits de douane etc.*

C'est ce qu'on appelle un « cycle de négociation ». Pour l'instant, nous sommes dans le cycle de Doha, qui concerne une série impressionnante de questions en matière de commerce agricole, d'accès aux médicaments pour les pays pauvres etc.

- Gestion du système commercial : consiste à faire fonctionner l'accord qui existe aujourd'hui. Cela implique toutes les réunions de tous les comités dont on a parlé.
 - examen des politiques commerciales : c'est le fameux audit de l'annexe 3.
 - règlement des différends : régler les différends qui surviennent entre les EM. C'est le système « judiciaire » de l'organisation.

6. Règlement des différends

- Principes

1° Le règlement des différends revêt un caractère inter-étatique. Une entreprise ne peut ainsi pas invoquer les règles de l'OMC. La seule solution est de convaincre le gouvernement d'intenter une action.

Formellement, c'est donc un processus purement inter-étatique. Cela explique que les décisions prises dans le cadre de ces questions ne sont pas « invocables » devant les juridictions internationales.

2° Interdiction de l'unilatéralisme.

En principe, en DIP général, les états choisissent eux-mêmes leurs relations avec les autres états. En DIP, la règle de l'unilatéralisme prévaut donc. En droit de l'OMC, c'est l'inverse : il est interdit de régler les différends commerciaux de manière unilatérale. *Pas possible de dire : vous violez telle règle, du coup je vous sanctionne de telle manière.* Dans une pareille hypothèse, il faudra soumettre le différend à l'OMC !

Quelle est la procédure ?

1° : Consultation : c'est une sorte de conciliation obligatoire. On commence donc par essayer de discuter, de s'arranger à l'amiable. Les consultations ont effectivement lieu et permettent de résoudre un nombre important de litiges.

2° : Examen par un Groupe spécial : il est composé de trois membres choisis sur une base *ad hoc*, au cas par cas selon le dossier. Ce groupe spécial a le pouvoir d'examiner la situation de fait, les règles applicables et déterminer si le comportement est ou non conforme aux règles applicables. La procédure est contradictoire, avec phase écrite et orale. Les états tiers au différend peuvent

intervenir pour faire valoir leur point de vue.

Au terme de cette procédure, le groupe spécial rédige un rapport qui contient les constatations de fait, de droit, et propose une conclusion. Ce rapport n'est toutefois pas obligatoire.

3° : Examen en appel : si un des états n'est pas d'accord avec le rapport, il peut interjeter un appel auprès de l'organe d'appel. Cet organe siège en sections de 3 personnes, qui examinent l'appel des décisions des groupes spéciaux. Le mot appel ne doit pas induire en erreur : l'appel ne peut être entendu que sur les questions de droit, et non sur les constatations de fait. Cela ressemble, *mutatis mutandis*, à la Cour de cassation. Par contre, le rôle de l'organe d'appel n'est pas de casser une décision et de renvoyer devant le groupe spécial, mais bien de réformer le rapport, uniquement sur les questions de droit.

4° : l'organe de règlement des différends adopte le rapport, ce qui le rend obligatoire pour les parties au litige. Comment l'organe de règlement des différends adopte-t-il le rapport ? Par la procédure du consensus inversé : c'est automatiquement accepté sauf s'il y a un consensus pour le rejeter.

5° : viennent ensuite les mesures d'exécution pour vérifier que l'état condamné modifie son comportement de manière conforme au droit de l'OMC, et qui permet à l'état demandeur d'infliger des sanctions au défendeur s'il ne se conforme pas à la décision.

II. Droit matériel

1. *GATT : Principes juridiques du commerce des marchandises*

En matière de marchandise, il s'agit de faciliter les échanges internationaux, ce qui se fait par deux grandes techniques : faciliter l'accès au marché en supprimant les obstacles ; exiger la non-discrimination.

L'accès au marché

Trois techniques permettent de réaliser cet accès au marché.

1° Suppression des obstacles non tarifaires

Les obstacles tarifaires sont les droits de douanes à l'importation ; les non tarifaires sont tous les autres : quotas et restriction quantitative ; interdiction totale d'importation etc.

La technique dans ce cas, utilisée par le droit de l'OMC, est de dire aux états qu'ils ne peuvent utiliser les obstacles non-tarifaires, mais peuvent les remplacer par un droit de douane.

Contrairement au cas de l'UE, les droits de douane dans l'OMC sont donc licites, et sont d'ailleurs le seul obstacle licite !

2° Réduction des droits de douane

Une fois qu'on a transformé les obstacles en droit de douane, on cherche à les réduire petit à petit.

On crée alors des listes de concessions entre états, qui consistent à fixer pour chaque état et chaque marchandise le droit de douane à ne pas dépassé. On a progressivement réduit ces droits de manière réciproque : *réduis le droit sur les bananes, je réduis les droits sur les noix de coco (pour être fort faut boire du lait de coco⁵ !)*. On est ainsi passé d'une moyenne de droit de 40 % à une moyenne de 4%.

3° Consolidation et prévisibilité

On a ensuite bloqué les droits au niveau auquel on était arrivé, en fixant par traité que jamais les états ne feront remonter leurs droits de douane plus haut que le cours fixé. C'est l'opération de consolidation. Cela implique qu'on peut avoir une différence entre le droit de douane consolidé et le droit de douane appliqué.

Dans la plupart des pays développés, le droit appliqué est égal au droit consolidé.

Cela a l'avantage de rendre le commerce international plus prévisible !

Principe de non discrimination

1° La clause de la nation la plus favorisée

Elle est fixée à l'art. 1 du GATT. C'est une règle qui impose aux EM de l'OMC de ne pas traiter les autres EM de manière moins favorable que n'importe quel autre état du monde. Au fond, si on accorde un avantage à quelqu'un, on doit automatiquement l'accorder de manière non discriminatoire à tous les membres de l'OMC. Cette règle ne concerne toutefois que les produits similaires ! Reste à savoir ce que sont les produits similaires (*piano à queue ?=? piano droit*).

Pour voir s'ils sont similaires, on se base sur certains critères : propriété physique de l'objet (matériaux, qualité, nature) ; utilisation finale du produit ; goûts et habitudes du consommateur ; classification tarifaire.

Ce qui n'intervient par contre pas dans la détermination de la similarité, c'est la manière dont les produits ont été fabriqués. *Ex : un ballon de foot est un ballon de foot, qu'il soit fabriqué par le petit*

5 *Pour avoir des noix d'coco, des noix d'coco, des noix d'coco*
Pour avoir des noix d'coco
Il faut s'couer le cocotier
Pour s'couer le cocotier, le cocotier, le cocotier
Pour s'couer le cocotier
Il faut des bras musclés
Pour avoir des bras musclés, des bras musclés, des bras musclés
Pour avoir des bras musclés
Il faut du lait d'coco,
Pour avoir du lait d'coco, du lait d'coco, du lait d'coco
Il faut avoir des noix d'coco, noix d'coco
Pour avoir des noix d'coco...

Wong de 6 ans dans une cave dans le noir, ou par Paolo le moustachu en Argentine, dans une usine de trabajadores especializados.

La clause a un champ d'application large : elle vise aussi tout ce qui est en aval, notamment la réglementation interne (*ex : les voitures japonaises doivent être vendues dans des garages où on vend des sushis*).

Cette règle de la nation la plus favorisée a une incidence particulière. Chaque fois qu'on négocie avec un état de manière bilatérale, et qu'on arrive à un résultat, ce résultat devra être étendu à tous, même ceux avec qui on aurait pas négocié.

On trouve des exceptions à cette règle de non-discrimination, qui diminuent la portée pratique de la règle.

2° La règle du traitement national

Art. 3 GATT. C'est aussi une règle de non-discrimination, qui impose de traiter les produits importés de la même manière que les produits nationaux. (Alors que première clause interdit la discrimination entre deux étrangers ; ici on parle de discrimination entre un bien national et un bien étranger).

Cela porte sur les produits similaires, mais le champ d'application est différent. La règle du traitement national ne s'applique pas à l'importation (puisque les produits nationaux ne sont logiquement pas importés). On trouve notamment le paiement des droits de douane, que les producteurs étrangers payent logiquement (avec application de la règle de la nation la plus favorisée).

Cela vise essentiellement la fiscalité indirecte (TVA : pas question d'appliquer des taux différents selon qu'il s'agit d'un bien importé ou non), et vise aussi toutes les règles techniques qui peuvent exister et doivent être appliquées de manière obligatoire.

Attention, cela s'applique au produit, pas au producteur (notamment, par exemple, les règles pour agir en justice).

2. GATT : Principales exceptions aux principes

On en trouve trois grandes.

1° Première exception

La première vise les accords régionaux, de l'art. 24 GATT. Les accords régionaux sont des accords entre états pour libéraliser le commerce international entre eux de manière plus approfondie que ne le fait l'OMC. (*Mutatis mutandis les coopérations renforcées en droit européen*). On trouve, dans ces accords régionaux, les zones de libre échange, et les unions douanières.

Dans une zone de libre échange, on supprime tous les droits de douane et autres obstacles. Mais les états gardent une compétence pour régler leurs relations avec les états tiers.

L'Union douanière va plus loin : non seulement les marchandises circulent librement en son sein, mais il y a en plus une politique commerciale commune, avec des règles uniformes quel que soit le pays par lequel le pays rentre dans l'Union.

On trouve deux grandes conditions : il faut d'abord que l'accord régional vise l'essentiel des échanges (pas uniquement sur les voitures et vélos par exemple) ; deuxièmement, lorsqu'on établit cette zone, on ne peut pas nuire aux états tiers (augmenter les droits de douane avec les tiers par exemple).

Pourquoi est-ce une exception ? Car les états membres de l'accord régional se traitent plus favorablement qu'ils ne traitent les états tiers. Cela discrimine donc les états tiers : violation de la clause de la clause la plus favorisée.

2° Exception d'intérêt général, art. 20 GATT

Ce sont des motifs d'intérêt général pour lesquels les états peuvent déroger aux règles. On trouve notamment la protection de l'environnement, de la santé etc.

L'art. 20 énonce du reste qu'on ne peut appliquer ces exceptions que si on les applique de manière non discriminatoire (*ex : refuser l'amiante canadien, mais pas l'amiante mongol*). (*Ex : Brésil interdit l'importation de pneus rechapés : ces pneus ne sont utilisables qu'une fois, et donc les brésiliens doivent se charger de ces déchets. D'où interdiction de pneus rechapés issus de l'UE, pour des motifs légitimes. Mais le Brésil avait introduit une exception pour les pneus argentins. D'où discrimination !*)

3° Les pays en voie de développement

De nombreux pays en voie de développement se retrouvent dans l'OMC (environ 2/3 des états). Ils sont soumis à des conditions particulières.

D'abord, on ne leur impose pas la règle de la réciprocité : ils peuvent bénéficier de réduction de droits de douane sans devoir eux aussi diminuer leur taux de douane.

Ensuite, en 1979 on a introduit la clause d'habilitation, qui permet aux états développés d'accorder des préférences commerciales aux pays en voie de développement.

Au vu de ces trois grandes exceptions, on se rend compte que les principes sont un peu vidés de leur contenu. La Belgique n'a ainsi pas de compétence au sein de l'UE ; doit donner un statut particulier pour les pays en voie de développement ; n'a pas de compétence pour les pays hors UE, puisque c'est une matière de l'UE.

3. AGCS : Principes juridiques du commerce des services

Les services : Commerce des services (AGCS)

Ils présentent des spécificités :

- Ils prennent de l'importance dans le commerce mondial.
- Ils sont soumis à une absence de droits de douane
- Circulation des services : ils voyagent logiquement de manière différente des manières :
 - commerce transfrontière : un client américain appelle pour demander une consultation sur le droit belge. Aucun passage par les frontières : c'est le service lui-même qui a voyagé.

- Consommation à l'étranger : on passe nos vacances au soleil, on prend une semaine à Marrakech
- présence commerciale : le fournisseur de services va établir un bureau à l'étranger fournir ses services à partir de cet endroit là. (Aller établir un cabinet à N-Y)
- présence de personnes physiques : le fournisseur se déplace en personne physique. Une ou plusieurs personnes (ouvriers, avocats) passent d'un pays à l'autre. C'est l'exemple typique du plombier polonais.
- Ils font l'objet d'une classification sectorielle, ressemblant à la classification des marchandises, mais moins détaillé.

Quelles sont les règles applicables au commerce des services ?

On trouve d'abord la règle de la notion la plus favorisée (art. 2 AGCS) ; et l'obligation de rendre transparente la réglementation qui s'applique aux services (art. 3 AGCS).

On trouve ensuite des engagements spécifiques, qui sont spécifiques dans la mesure où ils ne s'appliquent pas nécessairement à tous les services. On peut, service par service, catégorie par catégorie, prendre des mesures spécifiques, qui portent soit sur l'accès au marché, soit sur le traitement national. On a de nouveau des négociations entre états pour voir quel engagement sera pris etc.

Les différents engagements peuvent être affectés de limitations discrétionnaires de l'état, qui sont incorporées dans les traités.

On trouve ici aussi des exceptions, essentiellement les mêmes que pour les marchandises (accords commerciaux régionaux ; exclusion générale des services d'exercice de la fonction gouvernementale...

4. ADPIC : Protection des droits intellectuels (pour mémoire)

Déroulement de l'examen

Une partie écrite, et une partie orale.

La partie écrite est consacrée à la résolution du *casus* ; la partie orale est consacrée aux questions (une question pour un assistant, une autre pour le prof).

Le temps de préparation est classique pour l'examen oral : on peut écrire quelques mots clés, un plan etc. Max. 15 min pour les deux questions. Quelques questions supplémentaires peuvent être posées, sans préparation, du tac au tac. Ces questions sont choisies dans la liste ; soit la question appelle une réponse courte, soit on prend une question et on l'adapte au fait qu'on réponde du tac au tac.

5 points pour le casus ; 5 points la question devant l'assistant ; 10 points pour les questions du prof.

Taux d'échec moyen : 25/30 %.

A l'examen : on prend le code qu'on veut. Renvois chiffrés possibles, couleurs, post-its etc.

Comparez la société civile à forme commerciale et la société commerciale à forme civile.

La différence se situe au niveau de l'objet (activité réelle, si pas de personnalité juridique ; objet statutaire si personnalité juridique).

Si la comparaison porte sur « à forme civile » et « à forme commerciale », c'est plus simple : les civiles n'ont pas la personnalité juridique ; les commerciales ont une personnalité juridique (autre est la question de savoir s'il y a une limitation de responsabilité).

Ex de société civile à forme commerciale : cabinet d'avocat, qui pour bénéficier de la responsabilité limitée, choisit la SCRL ou SPRL. Société commerciale à forme civile : commerçants qui choisissent la société de droit commun.

Comment la récupération de créance est-elle facilitée en droit belge ?

Question ouverte. Loi de 2002 notamment (si on ne parle que d'elle, on lâche tout ce qu'on sait). Mais on pourrait également parler du factoring.

Nb : il vaut mieux annoncer le plan de sa réponse, puis approfondir un point, puis passer aux suivants.

Définissez la convention de croupier

C'est une convention qui a un sens dans les SNC, où les cessions de parts sont rendues difficiles. L'associé qui veut céder ses parts et qui est confronté à un refus de ses coassociés va conclure avec un tiers une convention de croupier. L'objet du contrat est de céder à ce tiers les droits financiers afférents aux parts. Entre le croupier et l'associé, se crée une forme de société interne : la SNC ne connaît pas l'existence de la convention de croupier. La conséquence est que l'associé continue à

exercer à l'égard de la société tous les droits politiques, mais qu'il rétrocède au croupier tous les bénéfices versés par la société.

Au moment de la conclusion de convention de croupier, le tiers a payé une contrepartie.

Art. 38.

L'acte mixte

Il faut le définir, parler de la question de la preuve et de la compétence de la juridiction.

La vigueur = la force contraignante. La lettre de change, au moment où elle est créée, selon la thèse reçue par la Cour de cassation, entre parties immédiates, n'offre qu'une abstraction formelle. C'est plus un renversement de la charge de la preuve qu'une véritable abstraction au sens cambiaire du terme. A partir du moment où elle circule (endossement), il y a une abstraction matérielle (purge des exceptions). Partant, la vigueur de la lettre de change est plus grande.

Comment s'articulent l'art. 102 et l'application du contrôle ?

Voilà une réponse ponctuelle qui peut susciter un développement.

102 est l'abus de position dominante. Le contrôle des concentrations est potentiellement l'acquisition voire le renforcement de la position dominante.

Sur une ligne du temps, telle entreprise veut acquérir une position dominante (ou renforcer sa position) par des moyens normaux => elle va respecter la procédure du contrôle de concentration.

Dans un second temps, si la commission considère que c'est compatible avec le marché commun (moyennant certains éventuels engagements), c'est ok.

Par la suite, si cette entreprise abuse de sa position dominante, on appliquera l'art. 102, qui condamne l'abus (!) de position dominante.

En quoi le droit commercial est-il en expansion ?

Une façon de répondre à la question. Supprimer cette question.

A quels besoins répond le droit commercial ?

Crédit, rapidité, équité etc.

Table des matières

Chapitre 1. Bref aperçu du droit commercial.....	4
Section 1. Du Moyen Âge au Code de commerce de 1807.....	4
Section 2. Du Code de commerce à nos jours.....	5
Chapitre 2. Définition et principes du droit commercial	6
Section 1. Définitions.....	6
§1. Le droit commercial, un droit des commerçants ou des actes de commerce	6
A. La conception « subjective » de la commercialité.....	6
1. Principes et objections.....	6
B. Conception « objective » de la commercialité.....	7
1. L'opération commerciale en tant que critère de définition.....	7
§2. Du droit commercial au droit des entreprises.....	7
A. L'élargissement du droit commercial au monde des affaires.....	7
B. Les nouvelles définitions du droit commercial : du code des « boutiquiers » au droit économique.....	7
Section 2. Les principes du droit commercial	8
§1. Les principes du droit commercial issus du Code de commerce de 1807.....	8
A. La liberté de commerce, ses limites.....	8
B. Les pratiques et usages.....	8
C. La bonne foi et l'équité.....	8
D. La simplicité et la rapidité des procédures et la maîtrise de leur coût.....	8
E. Le besoin de sécurité.....	9
F. L'exigence de renforcement du crédit.....	9
Chapitre 3. Les sources du droit commercial	9
Section 1. Les sources nationales : du Code de commerce de 1807 à une législation éclatée.....	10
A. D'un droit d'exception à un droit autonome.....	10
1. Le Code de commerce.....	10
2. La multiplication des lois particulières.....	10
Section 2. Les sources internationales	11
§1. Les traités internationaux.....	11
§2. La coutume et les usages.....	11
A. Introduction.....	11
B. La coutume et les usages : distinction en terme de preuve.....	11
§2. L'autorégulation	12
A. Notion d'autorégulation.....	12
B. Une alternative pertinente aux interventions législatives – arguments en faveur de l'autorégulation.....	12
Chapitre 4. Des actes de commerce à la notion de commerçant.....	14
Section 1. La détermination des actes de commerce.....	14
§1. L'énumération légale des actes de commerce.....	14
A. L'absence de critère abstrait : principe.....	14
B. Les actes commerciaux objectifs.....	14
C. Les actes commerciaux subjectifs.....	14
D. L'exigence spécifique d'un but de lucre.....	14
E. Les activités exclues du droit commercial.....	15
§2. Les actes mixtes.....	15
Section 2. De l'acte de commerce au commerçant.....	16
A. Définition du commerçant.....	16
B. Conditions d'acquisition d la qualité de commerçant.....	16

Section 3. L'intérêt de la distinction entre acte de commerce et acte civil.....	17
Chapitre 1. Acquisition et perte de la qualité de commerçant	19
Chapitre 2. La capacité juridique requise pour être un commerçant.....	20
Chapitre 3. Droits et obligations du commerçant	21
Section 1. La publicité des conventions matrimoniales.....	21
A. La raison d'être.....	21
B. Sanctions.....	21
Section 2. L'inscription à la Banque-carrefour des entreprises	21
A. Finalités.....	21
B. Données faisant l'objet de l'inscription.....	22
Section 3. Les obligations de compétences professionnelles	22
Section 4. La tenue de comptabilité.....	23
A. Ratio legis.....	23
Section 5. Obligation d'être titulaire d'un compte auprès de l'Office des chèques postaux ou d'une banque.....	23
Section 6. Le « droit » à la nomination en qualité de juge consulaire.....	23
Chapitre 4. Quelques règles particulières dictées par la qualité de commerçant.....	24
Section 1. La preuve en droit commercial	24
§1. L'article 25, alinéa 1er du Code de commerce et le principe dit de la preuve « libre ».....	24
A. Rappel des principes gouvernant la preuve en matière civile.....	24
B. La preuve en matière commerciale, une dérogation aux règles du code civil.....	25
1. Principe et ratio legis.....	25
2. Champ d'application de la liberté de la preuve.....	25
3. Limites au principe de la liberté de la preuve.....	25
§2. Les modes (spéciaux) de preuve du droit commercial.....	26
A. Article 25, alinéa 2 – La preuve par facture.....	26
1. Principe.....	26
2. Champ d'application.....	26
a. Ratione personae.....	26
b. Ratione materiae.....	26
3. Conditions d'admissibilité	27
4. Portée du principe posé par l'article 25, alinéa 2.....	27
a. Première proposition : la facture acceptée présume l'existence et le contenu du contrat.....	27
b. Seconde proposition : la facture acceptée jouit en soi d'une fonction probante....	28
5. Questions particulières.....	28
a. La preuve du contrat et de ses modifications ultérieures.....	28
b. La facture tardive.....	28
B. La preuve par « les livres de commerce », la comptabilité ; articles 20 à 24 du Code de commerce.....	28
1. Principes et notions.....	28
2. Modalités de production de la comptabilité en justice – la communication et la représentation.....	29
Section 2. La solidarité entre commerçants.....	29
§1. Principe.....	29
A. Une solidarité de droit.....	29
B. Une règle d'origine coutumière.....	30
C. Ratio legis de la règle.....	30
§2. La champ d'application du principe	30
A. Des débiteurs commerçants.....	30

B. Une même obligation contractuelle.....	30
Section 3. Les (autres) principaux usages commerciaux.....	30
A. Une mise en demeure simplifiée.....	30
B. Le devoir de protester rapidement	30
C. Le remplacement unilatéral.....	31
D. Les usages reçus en matière commerciale	31
E. Usages et contrat de mandat.....	31
F. L'anatocisme.....	31
Section 4. Les règles particulière régissant la prescription libératoire dans les transactions conclus par un commerçant.....	31
§1. Principe et ratio legis.....	31
§2. Champ d'application.....	32
A. Ratione personae.....	32
B. Ratione materiae.....	32
§3. Atténuations du principe.....	32
A. La reconnaissance.....	32
B. L'aveu et le serment.....	33
Chapitre 1. Le fonds de commerce, sa cession et sa mise en gage.....	35
Section 1. Le fonds de commerce.....	35
§1. Définition.....	35
§2. Les éléments tenant à la nature du fonds de commerce.....	35
A. Une universalité de fait.....	35
B. La finalité du fonds de commerce : la captation et le maintien d'une clientèle.....	36
Section 2. La cession du fonds de commerce.....	36
§1. Conditions de validité de la cession.....	36
A. Le prix de cession.....	36
B. L'objet de la cession.....	37
§2. Conditions d'opposabilité de la cession.....	37
§3. Les obligations des parties.....	37
A. Obligations du cédant.....	37
1. La garantie des vices cachés.....	37
2. La garantie d'éviction.....	38
Section 3. La mise en gage du fonds de commerce.....	38
A. Un gage sans dépossession	38
B. Le créancier gagiste.....	39
C. L'obligation de continuer à exploiter le fonds.....	39
D. L'assiette du gage.....	39
E. Formalité d'opposabilité du gage.....	39
F. Les moyens offerts au créancier impayé : la saisie conservatoire et la saisie-exécution.....	39
Chapitre 2. Le bail commercial	40
Section 1. Le cadre général de la protection du bail commercial.....	40
Section 2. Champ d'application de la loi.....	40
§1. Les conditions légales d'inclusion – article 1er.....	40
A. Un contrat de bail portant sur un immeuble, ou une partie d'immeuble.....	40
B. L'affectation principale à l'exercice d'un commerce de détail ou à l'activité d'un artisan directement en contact avec le public.....	41
C. L'accord du bailleur à cette affectation spéciale.....	41
Section 3. La durée du contrat de bail.....	41
A. Le bail initial : une durée légale de minimum neuf.....	41
§2. La dissolution du bail : les facultés de résiliation	42

A. La résiliation amiable – le mutuus dissensus.....	42
B. La résiliation unilatérale par le preneur (art. 3, al. 3).....	42
C. La résiliation unilatérale par le bailleur.....	42
§3. La poursuite du bail au-delà de son terme.....	43
A. Le renouvellement du bail (articles 13 à 24).....	43
1. La nature du droit reconnu au preneur.....	43
2. La demande de renouvellement adressée par le preneur (art. 14 al. 1).....	44
3. La position du bailleur à la réception de la demande.....	44
a. Pas de réaction du bailleur – le consentement présumé.....	44
b. L'acceptation expresse.....	44
c. L'acceptation sous conditions.....	44
d. Le refus catégoriques, sans nouvelles conditions.....	44
B. La reconduction du bail.....	45
Section 4. La révision du loyer (article 6).....	45
A. Principes.....	45
B. Conditions cumulatives.....	46
Section 5. Le droit du preneur de transformer les lieux loués (articles 7 à 9).....	46
§1. Principe : l'autorisation de réaliser des transformations « utiles » en cours de bail.....	46
A. Conditions de mise en œuvre.....	47
§2. Les droits reconnus au bailleur ou au propriétaire (articles 7 et 8).....	47
A. Les droits reconnus avant l'exécution des travaux.....	47
B. Les droits reconnus pendant l'exécution des travaux.....	47
C. Les droits reconnus en fin de bail.....	47
Chapitre I. Les fondements et les sources du droit des sociétés.....	51
Section I. Les fondements du droit des sociétés.....	51
A. Les quatre finalités.....	51
B. Les théories explicatives de la société commerciale.....	52
C. L'approche de corporate governance.....	53
Section II. Les sources du droit des sociétés.....	54
Chapitre II. Définition de la société et la taxinomie.....	56
Section I. La définition de la société et la taxinomie.....	56
A. Le droit civil et le droit commercial des sociétés.....	56
B. La définition de la société.....	56
C. Les caractéristiques de la société.....	56
D. Deux exceptions à cette définition.....	57
Section II. Les sociétés commerciales, les sociétés civiles et les associations.....	57
A. La nature civile ou commerciale d'une société.....	57
B. Les associations.....	58
C. La sanction de la violation du principe de la spécialité légale.....	59
Section III. Les sociétés avec personnalité juridique et les sociétés sans personnalité juridique.....	59
A. Les sociétés sans personnalité juridique.....	60
B. Les sociétés dotées de la personnalité juridique.....	60
C. Les sociétés de fait et les sociétés apparentes.....	60
Section IV. Les sociétés de personnes avec personnalité juridique et les sociétés de capitaux.....	61
A. Les sociétés de personnes.....	61
B. Les sociétés de personnes à responsabilité illimitée.....	61
C. Les sociétés de capitaux.....	61
1. Les sociétés anonymes privées.....	62
2. Les sociétés anonymes publiques.....	62
Section V. Les grandes, petites ou moyennes sociétés.....	62

Section VI. Les groupes de sociétés.....	62
Chapitre 3. Le contrat de société.....	64
Section 1. La forme.....	64
Section 2. Les conditions générales de validité.....	64
Section 3. Éléments caractéristiques ou conditions spécifiques.....	65
§1. Une pluralité d'associés.....	65
§2. La participation aux bénéfices et la contribution aux pertes.....	65
§3. Les apports.....	67
A. L'apport et le capital social.....	67
B. Les types d'apports.....	68
1. En espèce.....	68
2. En nature.....	68
3. Les apports en industrie.....	68
4. En jouissance.....	69
5. En nue-propriété.....	69
§4. L'affectio societatis.....	69
§5. Une organisation économique ayant un intérêt propre.....	70
A. L'intérêt social – notion et conceptions.....	70
B. Les droits fondamentaux des associés.....	70
Section 4. La nullité.....	71
A. Les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés privées à responsabilité limitée.....	71
B. Les sociétés sans personnalité juridique, sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple.....	71
Chapitre 4. La personnalité morale.....	72
§1. L'acquisition de la personnalité morale.....	72
Section 2. Attributs de la personnalité morale.....	73
§1. La spécialité légale et la spécialité statutaire.....	73
A. La spécialité légale.....	73
B. La spécialité statutaire.....	73
§2. Le patrimoine social.....	74
§3. La représentation par des organes.....	74
A. Les différents organes.....	74
B. L'organe incarne la société.....	75
C. La transparence de l'organe et la responsabilité de la société.....	75
D. La responsabilité des administrateurs et des gérants.....	75
E. La responsabilité pénale des personnes morales.....	77
§4. La dénomination sociale.....	77
§5. Le siège social et la nationalité.....	77
A. Le siège social.....	77
B. La « nationalité ».....	78
Chapitre 5. Dissolution de la société.....	79
Section 1. Les causes de la dissolution.....	79
§1. Dissolution de plein droit.....	79
§2. Dissolution par volonté des associés.....	79
§3. La dissolution judiciaire pour justes motifs.....	79
§4. La dissolution judiciaire des sociétés inactives.....	80
§5. La dissolution comme sanction pénale.....	80
Section 2. Les causes de dissolution propres à certaines sociétés de personnes.....	80
Section 3. Les causes de dissolution propres aux sociétés anonymes et aux sociétés privées ou	

coopératives à responsabilité limitée.....	80
Chapitre 1. Les définitions.....	82
Section 1. La société de droit commun.....	82
Section 2. La société momentanée.....	82
Section 3. La société interne	83
Chapitre 2. Les caractéristiques communes.....	84
Section 1. L'absence de capacité.....	84
Section 2. L'absence de patrimoine propre.....	85
Section 3. L'absence de dénomination sociale.....	86
Section 4. L'absence de siège social et de nationalité.....	86
Chapitre 3. Les conditions de validité	87
Section 1. Les conditions de fond.....	87
A. Le droit commun.....	87
B. Les conditions propres au contrat de société – la pluralité d'associés.....	87
C. Les conditions propres au contrat de société – les apports	88
D. Les conditions propres au contrat de société – la réalisation des apports et ses vicissitudes.....	88
E. Les bénéfices et plus-values.....	89
F. Les conditions propres au contrat de société – l'affectio societatis.....	89
Section 2. Les conditions de forme et la preuve.....	90
Section 3. La nullité.....	90
Chapitre 4. L'administration.....	90
Section 1. Le pouvoir d'administration.....	90
A. Le mandat tacite.....	90
B. La nomination du gérant.....	91
C. Les pouvoirs du gérant.....	91
Section 2. Le pouvoir de représentation.....	92
Section 3. La décision des associés.....	92
Chapitre 5. La fin du contrat.....	93
A. Dissolution d'office.....	93
B. Dissolution volontaire.....	93
C. Dissolution judiciaire.....	93
Chapitre 1. La définition et les caractéristiques.....	94
A. Une société de personnes.....	94
B. Sa personnalité juridique.....	94
C. Sa dénomination sociale.....	95
D. La solidarité des associés ; ses conséquences.....	95
E. Les bénéfices et pertes.....	95
Chapitre 2. La gérance.....	96
Section 1. La désignation du gérant.....	96
A. L'absence de gérant.....	96
B. Le gérant statutaire.....	96
C. Le gérant mandataire.....	96
Section 2. Les pouvoirs.....	97
A. La réalisation de l'objet social.....	97
B. L'abus et l'excès de pouvoir.....	97
C. L'exclusivité des pouvoirs du gérant.....	98
D. Le contrôle de la gestion.....	98
E. L'assemblée générale.....	98
Section 3. La responsabilité du gérant.....	98

A. Les règles du mandat.....	98
Chapitre 3. Le régime de cession de parts.....	99
A. Le principe.....	99
B. Les dérogations.....	99
C. La responsabilité du cédant et du cessionnaire.....	99
D. La convention de croupier.....	99
Chapitre 4. La fin du contrat – la dissolution.....	100
Section 1. Les causes de la dissolution agissant de plein droit.....	100
A. Les circonstances affectant un associé.....	100
Section 2. Les causes éventuelles de dissolution.....	101
Chapitre 1. La définition et l'origine historique.....	103
Chapitre 2. L'apport du commanditaire.....	103
A. La nature de l'apport.....	103
B. Le caractère non commercial de l'engagement.....	104
C. L'apport du commanditaire, gage des créanciers sociaux.....	104
D. L'action directe et l'action oblique des créanciers sociaux.....	104
Chapitre 3. La gérance.....	104
Chapitre 4. La répartition des bénéfices et pertes.....	105
Chapitre 5. L'incessibilité des parts.....	106
Chapitre 1. Les définitions	108
A. Les grands traits distinctifs.....	108
1. La SA.....	108
2. La SPRL.....	108
3. La société coopérative	109
Chapitre 2. La constitution	109
A. La SA.....	110
B. La SPRL.....	110
C. La société coopérative à responsabilité limitée.....	111
Chapitre 3. Les titres et leur transfert.....	111
A. La SA.....	111
B. La SPRL.....	112
C. La SCRL.....	112
Chapitre 4. La gestion.....	113
A. La SA.....	113
B. La SPRL.....	114
C. La SCRL.....	114
Chapitre 5. L'assemblée générale	115
A. La SA.....	115
B. La SPRL.....	115
C. La SCRL.....	115
Chapitre 5. Le capital	115
Chapitre 1. La facture.....	119
Section 1. Considération générales.....	119
§1. Définition et fonctions.....	119
A. La notion.....	119
B. Le rôle de la facture.....	119
Section 2. Les conditions générales annexées à la facture	119
§1. Notion et caractéristiques.....	119
A. Définition et caractéristiques des conditions générales.....	120
B. Principaux questionnements juridiques	120

§2. L'opposabilité des conditions générales.....	120
A. Les conditions de l'opposabilité des conditions générales.....	120
1. Le principe : le consentement des deux parties contractantes (article 1108) du Code civil.....	120
2. La condition de connaissance.....	120
C. L'acceptation tacite ou expresse.....	121
B. Les conséquences de l'inopposabilité des conditions générales.....	121
§3. Le conflit entre des conditions générales contradictoires (Battle of forms).....	121
Chapitre 2. L'affacturage, ou le factoring.....	123
Section 1. La notion.....	123
A. L'objet du contrat et sa définition.....	123
B. La rémunération du factor.....	124
C. La qualification juridique.....	124
Section 2. Les obligations des parties.....	125
A. Obligations relatives à la cession.....	125
B. Obligations d'information et de collaboration.....	125
C. Les obligations relatives à la solvabilité des débiteurs cédés.....	125
Section 3. Les mécanismes juridiques servant de support au transfert des créances.....	125
§1. L'endossement de la facture.....	126
A. Une institution longtemps privilégiée.....	126
B. Conditions de validité de l'endossement	126
C. Opposabilité des exceptions.....	126
§2. La cession de créance.....	127
§3. La subrogation personne de source conventionnelle.....	127
Chapitre 3. La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.....	128
Section 1. Considérations générales.....	128
§1. La directive européenne 2000/35/CE du 29 juin 2000.....	128
§2. La loi belge du 2 août 2002.....	128
A. Le caractère impératif de la loi ?	128
Section 2. Le champ d'application de la loi.....	129
§1. Une transaction commerciale.....	129
A. La notion, large, de transaction commerciale.....	129
§2. La qualité des parties contractantes.....	129
A. Le principe.....	129
B. La notion de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice.....	129
§3. Un « retard » dans le paiement d'une « rémunération », contrepartie de la chose ou du service.....	129
Section 3. Les principes de la loi : un délai de paiement et une sanction en cas de retard d'exécution.....	130
§1. Les délais de paiement.....	130
A. La durée de principe du délai : 30 jours.....	130
§2. Le retard de paiement et sa sanction.....	130
A. Les intérêts moratoires.....	130
B. L'indemnisation des frais accessoires engendrés par le non-paiement de la créance.....	130
Section 4. Le régime des clauses contractuelles contraires.....	131
A. Le principe de la liberté contractuelle et les conditions de validité des clauses dérogatoires.....	131
B. Les pouvoirs du juge s'agissant des intérêts moratoires.....	131
C. L'action en cessation.....	131

Chapitre I. La lettre de change.....	133
A. Les origines et les raisons d'être.....	133
B. Le cadre légal.....	133
Section I. Les notions et le mécanisme.....	133
§1. Définition.....	133
§2. Rapport fondamental, le rapport cambiaire et leurs influences réciproques.....	135
A. L'influence du rapport cambiaire sur le rapport fondamental.....	135
B. L'influence du rapport fondamental sur le rapport cambiaire : position du problème.....	135
Section II. Les fonctions de la lettre de change.....	136
Section III. Les règles communes.....	137
A. La coexistence des engagements cambiaires et extracambiaires.....	137
B. L'engagement personnel du signataire.....	137
C. La rigueur cambiaire.....	137
D. L'indépendance et la « segmentation » éventuelle des engagements cambiaires.....	137
E. L'inopposabilité ou la purge des exceptions.....	138
Section IV. La création (articles 1 à 10).....	138
§1. Les conditions de fond.....	138
§2. Les conditions de forme.....	139
A. Les principes.....	139
B. La dénomination « lettre de change » et l'ordre de payer une somme déterminée.....	139
C. Le nom de celui qui doit payer (tiré) (art. 1 et 3).....	139
D. L'indication de l'échéance (art. 1).....	139
E. L'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer (art. 1, 5°).....	140
F. Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait (art. 1, 6°).....	140
G. L'indication de la date et du lieu où la lettre a été tirée.....	140
H. La signature de celui qui émet la lettre (tireur) (art. 1, 8°).....	140
Section V. La provision.....	141
A. Définition.....	141
B. Quand la provision doit-elle exister ?.....	141
C. Les droits du porteur contre le tiré provisionné non accepteur.....	141
Section VI. L'acceptation.....	142
Section VII. L'endossement.....	142
§1. La définition et les conditions.....	142
§2. Les effets.....	143
Section VIII. L'aval (art. 30 à 32).....	143
Section IX. Le paiement.....	144
§1. La présentation du paiement.....	144
§2. Le protêt.....	144
§3. Les recours.....	145
§4. Les prescriptions.....	145
Chapitre 2. Le crédit documentaire et les garanties bancaires	147
A. Des risques particuliers liés au déroulement de l'opération commerciale internationale	147
B. L'intervention des banques comme réponse à ces risques particuliers.....	147
C. définition du crédit documentaire et la description de l'opération.....	148
Section 1. Le crédit documentaire et son abstraction limitée.....	149
§1. Le rapport entre le donneur d'ordre (importateur) et le bénéficiaire (exportateur) : le rapport dit fondamental.....	149
§2. Le rapport entre le donneur d'ordre et la banque, émettrice du crédit documentaire.....	150
§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 documentaire.....	150
A. L'analyse juridique du rapport.....	150
B. Le devoir de vérification des documents du banquier.....	150
C. L'exception de fraude évidente.....	151
D. La possibilité pour le donneur d'ordre du crédit documentaire : l'importateur peut bloquer la demande de paiement.....	151
§4. L'intervention, le cas échéant, d'une seconde banque, la banque notificatrice ou confirmatrice.....	151
Section 2. Les garanties bancaires et les dangers d'une abstraction quasi absolue.....	152
Chapitre 1. La classification des contrats.....	155
Section 1. Les contrats civils et commerciaux.....	155
Section 2. Les classifications doctrinales récentes.....	156
§1. Les contrats de coopération égalitaire et ce coopération inégalitaire.....	156
§2. Les contrats de situation et contrat d'occasion.....	156
§3. Les contrats relationnels et contrats discrets.....	157
Chapitre 1. Le contrat de courtage.....	159
Chapitre 2. Le contrat de commission	159
Chapitre 3. Le contrat d'agence commerciale ; la loi du 13 avril 1995.....	160
Section 1. Précisions introductives.....	160
§1. Historique de la loi.....	160
§2. Une loi impérative.....	160
Section 2. Le champ d'application de la loi du 13 avril 1995.....	160
Section 3. Les obligations spécifiques des parties.....	162
§1. Les obligations de l'agent commercial.....	162
A. Obligations générales de l'agent.....	162
B. La clause de ducroire.....	162
§2. Les obligations du commettant.....	162
Section 4. La durée et les modes de dissolution du contrat d'agence.....	163
§1. La durée du contrat.....	163
§2. Les modes de dissolution du contrat	163
Section 5. La rémunération de l'agent.....	164
Section 5. La clause de non-concurrence.....	167
A. Les conditions de validité.....	167
B. Les effets de la clause de non-concurrence.....	167
C. Les sanctions du non-respect de la clause.....	167
Chapitre 4. Le contrat de concession de vente	168
Section 1. Précisions introductives.....	168
Section 2. Le champ d'application de la loi (article 1er).....	168
§1. Un contrat de concession de vente.....	168
A. Définition légale.....	168
B. La reconnaissance conventionnelle d'une situation « préférentielle » et des droits « spéciaux ».....	168
C. Une relation organisée dans la durée.....	169
§2. Les caractères du contrat de concession de vente.....	169
§3. Distinction entre le contrat de concession de vente et le contrat d'agence commerciale.....	169
§4. L'extension du champ d'application de la loi.....	169
Section 3. Les contrats de concession qui ont été conclus pour une durée indéterminée.....	170
Section 4. Les modes de dissolution du contrat de concession de vente conclu pour une durée indéterminée.....	170
§1. Hypothèses de dissolution.....	170

§2. La résiliation unilatérale sans faute.....	170
A. Un congé écrit ?	170
B. Un préavis ou une indemnité compensatoire ?.....	170
C. La durée du préavis ?.....	171
D. L'indemnité complémentaire.....	171
Section 5. La compétence et le droit applicable à la concession internationale.....	172
Section 6. Les règles particulières applicables au contrat de sous-concession.....	172
Chapitre 5. Le contrat de franchise.....	173
Section 1. Notion et traits caractéristiques.....	173
§1. Approche de la notion.....	173
A. Élément caractéristique : la transmission d'un savoir-faire mis au point et développé par le franchiseur.....	174
B. Élément caractéristique : La présence de signes de ralliement de la clientèle.....	174
C. Une gamme de produits, de services ou des technologies.....	174
Section 2. Le droit applicables à la franchise.....	176
Chapitre 6. La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial.....	177
Section 1. Le champ d'application de la loi.....	177
§1. Un champ d'application controversé.....	177
§2. Les critères retenus à l'article 2.....	178
Section 2. Les obligations légales et leurs sanctions	179
§1. L'obligation d'information.....	179
§2. L'obligation de confidentialité.....	180
Chapitre 3. Le régime de la publicité.....	180
Section 1. Introduction.....	180
A. Le concept de publicité	180
Section 2. La publicité comparative.....	181
A. La notion de publicité comparative.....	181
B. Conditions à l'admissibilité des publicités comparatives.....	182
C. Les interdictions.....	182
Section 3. Les publicités interdites entre entreprises	183
Section 4. Les publicités interdites envers les consommateurs.....	183
Chapitre 4. De quelques pratiques réglementées.....	184
Section 1. La réglementation des clauses abusives.....	184
A. La liste noire des clauses abusives.....	184
B. Une définition générale de la clause abusive.....	184
C. Les pouvoirs accordés au Roi.....	185
Section 2. Les ventes promotionnelles	185
A. Les ventes à perte.....	185
B. Les ventes en liquidation.....	185
C. Les ventes en solde.....	185
Section 3. Les offres conjointes ou jumelées.....	186
Introduction	188
Chapitre 1. Les ententes.....	189
Section 1. Introduction.....	189
Section 2. Domaine d'application du droit européen.....	190
Section 3. Le champ d'application de l'article 101 TFUE.....	191
§1. Le domaine d'application razione personae.....	192
§2. Le domaine d'application razione loci.....	193
§3. Champ d'application razione materiae.....	193

A. La notion d'accord.....	193
B. Le marché en cause.....	194
C. Une entente qui a pour objet de restreindre la concurrence.....	195
Section 4. Les ententes prohibées et les ententes légitimes au sens de l'art. 101, §3 TFUE.....	195
§1. Les ententes prohibées.....	195
A. Les ententes sur le prix.....	196
B. Les ententes sur les quantités.....	196
C. L'entente sur le prix obligatoire.....	196
D. L'entente sur la répartition des marchés.....	197
E. L'acceptation de prestations supplémentaires.....	197
§2. Les exemptions par catégories – l'article 101, §3 TFUE.....	197
A. Notions.....	197
B. Les conditions.....	198
1. L'amélioration de la production ou de la distribution, ou la promotion du progrès technique ou économique.....	198
2. Une partie équitable du profit est réservée aux « utilisateurs ».....	198
3. Le test de proportionnalité.....	199
4. Le maintien d'une concurrence.....	199
Chapitre 2. L'abus de position dominante art. 102.....	200
Section 1. La notion de position dominante.....	200
Section 2. Les critères de la position dominante.....	201
Section 2. L'abus de position dominante.....	202
§1. Distinction abus de comportement et abus de structure.....	202
§2. La problématique des ressources essentielles.....	202
§3. Le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle.....	203
Chapitre 3. Les concentrations	206
§1. Définition.....	206
§2. La procédure	207
A. Une procédure en deux temps.....	207
B. L'examen de l'admissibilité.....	208
C. La question des gains d'efficacité.....	208