



Les Notions de la Corpo

Chers étudiants, ça y est, le semestre touche à sa fin. Mais pour bien profiter de l'été et éviter les rattrapages, la case des partiels semble inévitable !

Depuis maintenant 85 ans la Corpo Assas accompagne les étudiants dans tous les domaines de la vie universitaire, et pour la première fois cette année vous propose des fiches notions, ces fiches sont écrites par nos membres dans le but de favoriser l'entraide étudiants ainsi que de vous aider dans l'apprentissage de certaines notions clés d'une matière, sans reprendre le cours du professeur.

Effectivement, ces fiches sont là pour vous orienter, elles sont faites par des étudiants et ne sont en aucun cas un substitut à ce qui a été enseigné en TD ou en cours car elles ne se basent que sur les recherches et l'apprentissage personnelles de nos membres.

Si jamais il vous venait des questions, n'hésitez pas à nous envoyer un message sur la page Facebook Corpo Assas ou à contacter Elias Roussin ou Laurine Sertier.

" Comment valider votre année ? Pour les L1 :

Il faut tout d'abord rappeler que toutes vos notes se compensent. Pour valider de la manière la plus simple votre année, il vous faut valider votre bloc de matières fondamentales mais aussi votre bloc de matières complémentaires. Cependant, le calcul peut s'avérer plus complexe...

Chaque fin de semestre est marquée par des examens qui constituent l'épine dorsale de la validation de votre année. Bon nombre d'autres possibilités vous sont proposées pour engranger un maximum de points et limiter ainsi l'impact de vos partiels. Chacun de vos chargés de TD va vous attribuer une note sur 20 à l'issue du semestre. Vos TD de matières fondamentales comptent donc autant que l'examen écrit, lui aussi noté sur 20. Cet examen s'effectue en 3h et nécessite un exercice de rédaction. Sur un semestre, une matière fondamentale peut donc vous rapporter jusqu'à 40 points. Seuls 20 points sont nécessaires à la validation de la matière. Pour valider votre bloc de fondamentales, il vous faut donc obtenir 40 points en additionnant vos notes de TD et vos notes aux partiels. Si toutefois vous n'obtenez pas ces 40 points, vous repasserez en juillet

lors de la session de rattrapage, la ou les matières que vous n'auriez pas validée(s).

Attention : le passage par juillet annule votre note de TD obtenue dans la matière. Pour les L2 :

Le principe est similaire, à la différence qu'il y a plus de matières fondamentales et plus de matières complémentaires.

Conclusion simple : travailler toutes les matières un minimum en mettant l'accent sur les TD et les matières fondamentales (les plus gros coefficients) vous permettra de maximiser vos chances de valider votre année du premier coup et ainsi éviter l'écueil des rattrapages de juillet.

Si, au sein même des unités d'enseignement, les matières se compensent, les blocs peuvent aussi se compenser entre eux à la fin de l'année. Ainsi, si vous obtenez une moyenne générale sur l'année de 10/20, votre passage est assuré.

En cas d'échec lors des sessions de janvier et de juin, une seconde chance vous est offerte en juillet.

Attention, contrairement aux idées reçues, les rattrapages ne sont pas plus faciles, ils sont connus pour être notés plus sévèrement. Toutes les matières des blocs non validés où vous n'avez pas eu la moyenne sont à repasser. S'il s'agit d'une matière à TD, la note de TD est annulée (même si vous avez été défaillant), de sorte que la note obtenue en juillet compte double (8/20 revient à 16/40). Les points d'avance acquis lors de l'année (points au-dessus de la moyenne lors de la validation d'un bloc) sont valables après les rattrapages et permettent donc la compensation finale comme décrite précédemment.

A noter que le jury peut vous accorder quelques points pour l'obtention de votre année, notamment dans le cas d'un étudiant sérieux en TD... A bon entendeur !

Pour les L1, le passage en deuxième année peut aussi se faire en conditionnel, pour cela il vous faut valider les deux unités d'enseignement fondamental et une unité d'enseignement complémentaire tout en sachant que l'autre unité complémentaire sera à repasser en L2.

DROIT DES AFFAIRES

- Droit commercial : C'est une **branche du droit privé** qui s'est construite en marge du droit civil. Le droit commercial est un droit d'exception au droit commun. Il est composé de deux aspects majeurs :

L'approche subjective, cela revient à **s'intéresser aux sujets du droit commercial**, c'est-à-dire à **ses acteurs**. Jusqu'en 1807, le droit commercial était le droit applicable aux marchands, négociants et banquiers. Leur point commun était leur activité : ils faisaient tous du commerce mais pas de la même chose. Les marchands et négociants commercent des denrées/marchandises mais pas de la même manière (achat en gros pour les négociants et achat/vente au détail pour les marchands). Les banquiers quant à eux, commercent de l'argent pour financer par exemple. Ce qu'il faut retenir, c'est que c'est un droit destiné à une catégorie de personnes qui répond de ce fait à des impératifs majeurs :

- **de rapidité** (peu de formalités ou allégées);
- **de sécurité** (justifie une grande sévérité)
- **de confiance** (être certain que l'autre s'exécutera).

C'est donc un **droit d'exception** de par son application *rationae personae*. La conception objective s'applique toujours en droit moderne du commerce comme par exemple avec l'article L.121-1 : "le commerçant est celui qui accomplit à titre de profession et de manière répétée des actes de commerce".

L'approche objective s'intéresse à **l'activité commerciale** et s'est imposée à partir de 1807 avec le Code de commerce. Cela consiste à **considérer les actes de commerce** (et plus seulement les personnes). Le droit des commerçants devient alors celui des actes de commerce. En effet, avec la Révolution française et le principe d'égalité de tous devant la loi, son application ne pouvait pas dépendre de principes subjectifs pouvant s'apparenter à des privilèges. Cela se retrouve toujours à l'article L.110-1 du Code de commerce qui dispose que "la loi répute acte de commerce", c'est donc de nos jours, une catégorie fermée.

Il y a aujourd'hui, un mélange entre approche subjective et objective comme le démontre l'article L.721-3 : "les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes" (cela n'exclue pas pour autant les établissements de crédits"

- Les mutations du domaine d'application du droit commercial : Dès la fin du XIXe au début du XXe siècle, il y a un emballement en faveur d'une extension du champ d'application du droit commercial avec le développement et l'apparition de nouveaux acteurs (commerçants, artisans, agriculteurs). **J.Hamel crée à ce titre en 1946 l'IDA** (l'Institut de Droit des Affaires). Le droit des affaires est donc le droit qui a pour objet de réglementer et d'encadrer l'exercice de l'activité des entreprises, notamment des activités commerciales.
- Le particularisme du droit commercial et des affaires : La conception dualiste (entre actes et personnes) perdure en France mais a disparu dans d'autres pays (ex : la Belgique). Ce particularisme s'explique dès la fin du XIe siècle avec la fin des invasions et le retour de la stabilité permettant ainsi, le **développement de pôles économiques** à l'image de celui des **Flandres et de Lombardie**. Avec cela apparaissent **les foires** qui sont très codifiées (6 par an

pendant 6 semaines chacune) car deux semaines sont consacrées au commerce et le reste aux règlements (exécution des opérations).

- La lettre de change : Développée par les lombardiens, c'est un titre où est inscrite une somme d'argent déposée chez un banquier. Cela permet de voyager tranquillement et facilite les échanges
- Apparition de juridictions spécialisées : Apparaissent à l'occasion des foires et elles rendent la justice au nom du seigneur (qui intervient pour faire exécuter la sentence) sur les terres duquel la foire a lieu. Ces **tribunaux siègent pendant un temps court** et ont une compétence exceptionnelle car la juridiction tranche les contestations nées pendant le temps de la foire. Sa composition est corporative car le droit est surtout composé de coutumes.
- Les *commandas* : Apparaissent à partir de l'an 1000 et après la rupture avec deux interdictions majeures (celle du prêt et de l'usure en général). La *commanda* est composée de deux associés, **l'un développant le commerce** et l'autre jouant le rôle de **baillieur de fonds**, les deux participent aux risques de l'entreprise (ce qui n'est pas le cas avec le simple prêt), c'est *l'affectio societatis*.
- Le développement avec les temps modernes : Caractérisé par l'**intervention de l'Etat** et une **étatisation de l'économie** car des édits royaux viennent encadrer et contrôler le commerce. Cela s'illustre par l'**édit d'instauration des juridictions consulaires** de 1563 grâce à M. De l'Hospital (ministre de Charles IX) composées de façon échevinale pour rompre avec les corporations (un juge professionnel nommé par le roi et deux assesseurs). Cela s'est poursuivi sous Louis XIV au travers de Colbert et du Code Savory en 1673 puis par l'ordonnance sur le commerce de la mer en 1681. Le Code Savory est important car il fixe le droit commercial jusqu'à la Révolution. Étant une initiative royale, il est assez critiqué car il vise à brider/encadrer l'activité commerciale dans le sens du pouvoir royal et il est vu comme étant incomplet. En 1778, apparaît le projet du Code Miromesnil pour remplacer le Code Savory mais, ayant été la victime d'une fronde parlementaire, il ne vit jamais le jour.
- Les apports de la Révolution : Le **décret d'Allarde** et la **loi Le Chapelier des 2 et 17 mars 1791** qui reconnaissent la liberté du commerce et de l'industrie et mettent fin aux corporations.
- Les apports de la codification napoléonienne : Elle s'est majoritairement **soldée par un échec** car le Code de commerce est adopté à la hâte dans une conjoncture économique défavorable qui amène à un défaut d'innovation. En effet, le Code de 1807 s'est limité en grande partie à reprendre dans un document unique les ordonnances de Colbert, il s'ancre dans le passé et **manque le grand enjeu du siècle à savoir la révolution industrielle**. J.Escarra l'a même qualifié de "code de boutiquier", de code "déjà vieux à la naissance" car c'est avant tout un **code de réaction**. Napoléon n'était pas réellement intéressé par cela mais avec la crise économique de 1806, beaucoup de riches commerçants font faillite et paradent malgré tout, rompant même leurs contrats avec l'armée, alors en pleine campagne. La seule **innovation s'est donc faite à l'égard du droit de la faillite**.
- Les apports du droit contemporain : Au XXe siècle, c'est le **retour de l'Etat dirigiste** qui perdure au-delà de la Seconde Guerre mondiale. En 1970, s'ensuit une certaine libéralisation et

en 1985, l'Etat français passe d'un dirigisme économique à une **simple administration de l'économie**. Il y a donc un premier élargissement en 1967 avec l'application du droit commercial (ou des affaires selon l'appellation créée par J.Hamel et retenue de nos jours) même aux personnes morales. Ensuite, une loi du 25 janvier 1985 renomme le droit de la faillite, **droit des entreprises en difficulté** (étendant la catégorie aux artisans et agriculteurs). Une loi du 26 juillet 2005 quant à elle, **étend le droit de la faillite aux professionnels indépendants et libéraux**. Suivant cela, la loi Taubira du 18 novembre 2018 réforme la justice et, à compter du 1er janvier 2022, **le tribunal de commerce peut trancher des litiges entre artisans alors qu'ils ont une activité civile**. C'est aussi une **recodification** avec pour objectif de rénover ce droit grâce à l'ordonnance du 18 septembre 2000 qui vise à redonner une cohérence en regroupant la totalité des textes, surtout ceux qui ont été adoptés en marge. La modification a eu lieu dans trois cas : pour respecter la hiérarchie des normes, améliorer la qualité rédactionnelle et les harmoniser par rapport à la règle de droit.

- La permanence des usages comme source du droit : Le commerce s'est construit à partir des usages mais il faut relativiser cette proposition car cela dépend de si c'est un **usage de droit** (qui va avoir une autorité dans certaines limites, par exemple la profession ou le lieu) ou un usage de fait (opposable aux commerçants). Les usages peuvent varier en fonction du lieu. Ainsi, les **usages de fait** ne s'appliquent que dans les relations entre commerçants et professionnels et **ils s'appliquent de plein droit au terme d'une présomption**. L'**usage conventionnel** est donc **supplétif** et l'**usage de fait** ne permet pas de déroger à une règle de droit. Cela suppose aussi une **liberté de la preuve**, la capacité de prouver par n'importe quel moyen l'existence de l'usage (c'est l'occasion de la création des parères). L'article L.141-7 autorise le juge à faire appel à la coutume commerciale de manière *contra, secundum* et *praeter legem*. Par exemple, la Cour de cassation s'est appuyée sur cela pour théoriser la notion de concurrence déloyale, laquelle vient du principe de la loyauté dans les affaires et le commerce.
- L'élection des juges consulaires : Evoquée à l'article L 723-1 et suivant du code de commerce, cet article précise que les juges du tribunal de commerce sont élus dans le ressort de la juridiction par un collège électoral décomposé en deux catégories. La première concerne les membres élus des chambres de commerce et d'industrie ainsi que des métiers et artisanat. Les chambres de commerce sont organisées aux articles L.710-1 et suivants. Ces chambres sont des établissements publics chargés de représenter les commerçants, les industriels et les artisans. elles ont trois grands rôles :
 - Un **rôle consultatif**;
 - Elles sont **habilitées à émettre des parères** ;
 - Elles **participent à l'élection des tribunaux**.

La seconde catégorie concerne les juges du tribunal de commerce et les anciens juges, à condition qu'ils aient exercé leur fonction pendant 6 années. Le principe électif connaît deux tempéraments : concernant les exceptions, il s'agit du Haut-Rhin du Bas-Rhin et de la Moselle ainsi que des départements d'Outre-mer (qui ont d'autres instances similaires) : l'article L. 731-3 dispose que la chambre commerciale est composée du juge du tribunal judiciaire ayant la fonction de président ainsi que de deux assesseurs élus en application de l'article L.723-1. L'article L.723-4 dispose que pour être éligible il faut être de **nationalité française, avoir plus de 30 ans et pas plus de 70 ans** et il impose une **condition de probité** (un casier vierge de toute condamnation pénale et pas de sanction professionnelle). Enfin il faut avoir la **qualité de commerçant ou artisan immatriculé depuis au moins cinq ans** ou même être le **dirigeant si la société est commerciale** cela a été élargi au cadre s'il s'agit

d'un **cadre dirigeant**. L'article L.722-6 dispose que la durée du mandat ne peut pas excéder quatre ans, le premier mandat ne dure que deux ans et le second, quatre. Le président du tribunal de commerce est un juge élu avec une expérience d'au moins 6 ans, son mandat dure quatre ans.

- **La justice commerciale** : C'est une **justice d'exception** dont la compétence dépend de la loi.. Cependant, sa compétence a débordé de son livre VII de même que sa compétence d'attribution. Elle peut connaître des **contestations entre commerçants et artisans** et cela depuis la loi Taubira avec l'ajout des artisans depuis le 1er janvier 2022. Par ailleurs, il est opéré une distinction entre commerçants de droit et de fait à l'article L.721-3 qui définit la **notion de commerçant comme devant être considérée le plus largement possible**. Les tribunaux de commerce peuvent aussi connaître des litiges relatifs aux sociétés commerciales en application de l'article L.721-7. En outre, l'article L.210-1 lui donne compétence pour les **sociétés en nom collectif**, les **sociétés en commandite**, les **sociétés à responsabilité limitée**, les **sociétés par action**. Cela implique que la société peut avoir une activité civile mais c'est sa forme qui prime (même si la jurisprudence interprète largement cette compétence).

Un arrêt important de la Chambre de commerce du 10 juillet 2007 rappelle que tous les titres relatifs à la session ou à la transmission de titres de capitaux d'une société commerciale relèvent de la compétence du tribunal de commerce en application de l'article L.721-3. La **compétence du tribunal de commerce peut être écartée** pour les **sociétés d'exercice libérale** même si elles sont commerciales par leur forme car leur activité libérale est réglementée.

Un autre cas important est évoqué à l'article L.721-3 mais il a été réglé par une loi de 2022. Le contentieux portait sur les sociétés anonymes qui, ayant un certain nombre d'obligations environnementales, la compétence du tribunal judiciaire lui était préférée car il y avait besoin de magistrats compétents et impartiaux. Cependant, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles avait conclu à la compétence du tribunal de commerce dans un arrêt du 10 décembre 2020. La Cour de cassation, dans un arrêt du 15 décembre 2021, a cassé l'arrêt et a considéré que l'association, puisqu'elle n'a pas de commerçant, a l'option de l'instance.

Enfin, le juge consulaire peut connaître des **actes commerciaux conclus entre toutes les personnes** selon l'article L.721-3-3 (même si ce dernier est tombé en désuétude). Cet article ne s'applique que lorsque l'acte de commerce conclu relève de la catégorie des actes de commerce par la forme, un type demeure avec la lettre de change. Pour tous les autres types d'actes, la jurisprudence a recours à la **théorie de l'acte mixte**, où ce qui joue est la **qualité du demandeur**.

Il est aussi possible de déroger à la compétence territoriale du tribunal de commerce par un contrat comme en dispose l'article 48 du code de procédure civile. Cela fonctionne si deux conditions sont réunies : qu'il y a **une clause attributive de compétence territoriale par deux commerçants dans le cadre de leur activité commerciale** et que **la clause est mentionnée de manière apparente**. De plus, depuis la loi Taubira, les juges ont une obligation de formation avec une formation initiale lors du premier mandat et une formation continue tous les ans à partir de la seconde année de mandat. L'article L.722-18 crée un véritable statut pour le juge du tribunal de commerce et instaure des règles déontologiques. Par exemple, les juges sont obligés de déclarer tout conflit d'intérêt qu'ils rencontreraient.

La loi Taubira a également permis une spécialisation des tribunaux de commerce dans certains litiges : ou ils disposent d'un ressort géographique ou, comme le dispose l'article L.721-8 les tribunaux de commerce spécialisés sont seuls à pouvoir connaître de l'ouverture d'une procédure collective qui concerne les entreprises de plus de 250 salariés et qui ont un chiffre d'affaires net supérieur à 20 millions d'euros.

Un rapport des états généraux de la justice publié en juin 2022 a invité à essayer l'expérimentation des tribunaux des affaires économiques, permettant ainsi de repenser la composition des tribunaux de commerce et de redessiner leurs compétences au profit des tribunaux des affaires économiques. Ils vont être effectifs pendant 4 ans et sont composés par un corps électoral modifié qui comprend un assesseur représentant la catégorie des agriculteurs. En outre, ils ne pourront connaître que des litiges relatifs aux entreprises en difficulté réputées dans le livre XI.

- L'arbitrage : L'avantage de ce système est la capacité à choisir les arbitrages mais surtout les arbitres, leurs compétences, leur formation. C'est en théorie **plus rapide** (6 mois en principe). L'avantage majeur étant **l'absence de publicité** et **l'impératif de confidentialité** qui pèse sur les arbitres. Ceci va de pair avec la capacité des arbitres à **trancher les litiges en droit** mais aussi en **amiable composition**. Ils peuvent même **statuer en équité**.

Pour recourir à l'arbitrage il faut une **clause compromissoire** (cela revient donc à prévoir avant même la naissance de tous les tiges son mode de résolution). Si aucune clause compromissoire n'a été prise, alors il y a la possibilité de faire une convention distincte appelée compromis. Dans les deux cas il faut alors prévoir un écrit exigé à titre de validité en vertu des articles 1144 et suivants du code de procédure civile. La partie la plus diligente doit saisir le tribunal judiciaire pour que ce dernier procède de la délégation d'un juge d'appui si le litige ne se résout pas. La **clause compromissoire n'est pas dépendante de l'existence même du contrat** pour lequel elle a été créée, **elle est indépendante** et n'est valable que dans les rapports professionnels. Cependant, la loi Taubira est intervenue pour assouplir les conditions du régime juridique de clause compromissoire avec l'article 2161 du Code civil qui dispose que la clause est valable pour les professionnels dans leurs relations et des non-professionnels mais que son application doit être adaptée par le non-professionnel. L'article 1464 du code de procédure civile dispose que la procédure arbitrale doit se plier au principe de contrat avec l'obligation de délibérer à la majorité, un principe de rapidité, un principe de loyauté et à une obligation de confidentialité. La **sentence arbitrale est un véritable jugement** en application de l'article 1484 du code de procédure civile mais **son exécution dépend du bon vouloir des parties**. Si l'une d'entre elles refuse de s'exécuter, il faut alors demander une **ordonnance d'exequatur**. De même, la sentence n'est pas non plus susceptible d'appel sauf si les parties l'ont voulu mais il est **toujours possible d'en d'obtenir la nullité**. La nullité peut-être prononcée pour cause de violation du principe du contradictoire, si le tribunal était composé de manière irrégulière, si la décision est contraire à l'ordre public, s'il apparaît une absence de motivation, si la sentence ne rentre pas dans son champ de compétence ou si le tribunal s'est déclaré à tort incompétent ou compétent.

- L'entrepreneur : L'être c'est exercer une activité économique qui peut être commerciale ou non commerciale. Cela permet la circulation des richesses en proposant une activité de production, distribution, etc. L'entrepreneur peut être individuel, être un **entrepreneur personne physique** ou alors un **groupement de droit privé**. L'entrepreneur individuel/entrepreneur personne physique est la **figure la plus classique et ancienne de l'entrepreneuriat** car c'est la plus simple mais aussi la plus frustrante et risquée. C'est la forme juridique préférée par les TPE et les PME. C'est une forme simple car il n'y a qu'une seule formalité administrative : une immatriculation auprès du registre national des entreprises depuis 2003. C'est une entreprise risquée car la responsabilité est indéfinie ce qui veut dire que tous ses biens constituent le droit de gage de ses créanciers (articles 2284 et 2285 du Code civil).

- L'entrepreneur individuel : Depuis environ 40 ans, on procède à un **dédoublement du patrimoine** dans le but de protéger la partie privée de la vie de l'entrepreneur. C'est ce que l'on appelle un entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). Depuis une loi du 15 juin 2010, une option est offerte aux entrepreneurs individuels : celle d'être en nom propre, c'est-à-dire engager tout leur patrimoine (sauf la résidence principale) ou alors d'être un EIRL et donc tenu de constituer un patrimoine séparé (le droit de gage ne portera donc que sur ce patrimoine professionnel). L'article L.526-6 alinéa 2 prévoit que le **patrimoine professionnel sera constitué de l'ensemble des biens, droits, obligations et sûretés dont l'EIRL est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle**. A cela sont ajoutés les droits, obligations et objets utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle. Le patrimoine séparé s'est généralisé avec la volonté de protéger l'entrepreneur contre lui-même. Une loi du 14 février 2022 a donc créé l'article L.526-22 qui prévoit que, par dérogation aux articles 2284 et 2285, l'entrepreneur individuel n'est pas tenu de remplir son engagement à l'égard des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle seulement sur son patrimoine professionnel. L'avantage majeur est le fait que maintenant l'entrepreneur individuel, étant automatiquement à la tête de son patrimoine, un même patrimoine peut-être affecté à plusieurs activités professionnelles. De plus, l'alinéa 2 de l'article L.526-22 définit que tout ce qui n'est pas professionnel est personnel.

- L'insaisissabilité du patrimoine de l'EIRL : La **résidence principale est insaisissable** depuis la loi du 1er août 2003. La loi Macron de 2015 et l'article L.526-1 rend **automatique** cette insaisissabilité et indique qu'elle **s'opère de plein droit**. Il est possible de renoncer à l'insaisissabilité (c'est en quelque sorte le talon d'Achille car l'entrepreneur peut être soumis à des pressions de la part de ce créancier). Le législateur a donc cherché à encadrer très strictement les conditions de renonciation qui sont prévues à l'article 526-3 : elle peut **intervenir à tout moment**, peut-être **faite au bénéfice d'un ou plusieurs professionnels** et elle doit **obligatoirement prendre la forme d'un acte authentique** à peine de nullité. Cet acte authentique a un avantage car il permet d'assurer un **devoir d'information** et d'être sûr que le **consentement est clair et non trompé**. Cette **renonciation est révoicable** par un système de parallélisme des formes et peut-être étendue par sa volonté à tous les biens immobiliers dont il serait propriétaire.

- Le groupement de droit privé : Cela revêt plusieurs avantages. Quand une activité est exploitée en groupe, il est alors possible de **diviser le risque entrepreneurial**, c'est-à-dire que le risque est supporté collectivement et qu'il y a un **accroissement des possibilités de financement** (cela peut rassurer les créanciers). De plus, ce groupement est une personne morale et est donc un **sujet de droit à part entière** doté d'une capacité juridique propre avec une autonomie patrimoniale (souvent appelé patrimoine social).
La personnalité juridique sert **d'écran protecteur** même si elle connaît plusieurs tempéraments : il peut y avoir un écran protecteur de la part de la personne juridique seulement si la personne morale existe. En effet, c'est une fonction conférée par la loi au terme de la procédure d'immatriculation. L'article 1871 du Code civil dispose que les sociétés en participation ne sont pas des personnes morales car les associés ont décidé de ne pas l'immatriculer. De plus, la notion de groupement suppose qu'il faut être au moins deux. Néanmoins, depuis une loi du 11 janvier 1985, il est possible de créer des groupements unipersonnels qui rompent avec cette conception pluripersonnelle. Enfin, l'écran peut être plus

ou moins poreux : il y a des écrans parfaits (protégeant totalement les patrimoines personnels des différents membres) qui sont des **groupements à risque limité** mais il est aussi possible de constater que, parfois, les créanciers de cette même personne morale peuvent, à certaines conditions, demander à récupérer ce qu'elle leur doit aux membres qui la composent, c'est le **groupement à risque illimité**.

- Le groupement pluripersonnel et unipersonnel : Le **principe est la pluripersonnalité** et **l'exception est l'unipersonnalité**. En effet, le principe veut qu'un groupement soit forcément le fruit de la conclusion d'une convention. Par exemple, l'article 1832 du Code civil, qui définit la société, prévoit que la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou les profits de l'économie qui pourra en résulter. Cela suppose donc un but lucratif (sinon c'est une association - loi du 10 juillet 1901).

L'un des exemples de cette pluripersonnalité est aussi le groupement d'intérêt économique (définie à l'article L.251-1). L'exception quant à elle, veut que ce soit la loi qui répute de l'exception comme le prévoit l'article 1832-2 qui dispose que "la société peut être instituée dans les cas prévus par la loi par l'acte de volonté d'une seule personne". Cela peut se constater au sein des **sociétés commerciales** par la forme (les SARL si deux associés minimum alors cela devient une **entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée** = EURL) et les SAS qui, si créées seules, deviennent alors des **sociétés par actions simplifiées unipersonnelles** (SASU). Cela est aussi possible au sein des sociétés civiles avec les **entrepreneurs agricoles à responsabilité limitée** (EARL) qui ont obligatoirement une activité agricole. L'unipersonnalité résulte d'une **loi de compromis** entre deux clans adverses, un en faveur de la limitation de la responsabilité des entrepreneurs individuels face à ceux qui voulaient limiter le risque sans toucher à l'unicité du patrimoine. Le compromis est donc une **instrumentalisation de la théorie de la personne morale** même si cela impose de revoir la notion de société. Cela permet trois choses pour les dirigeants de ces sociétés :

- Si la société ne paie pas ses dettes alors les **créanciers n'ont aucune action sur le patrimoine personnel de l'associé unique** ;
- Si les choses se passent mal, alors la **procédure collective concerne seulement la société**, pas l'associé unique ;
- Quand elle est dissoute, cela conduit à une procédure de liquidation à l'amiable. L'objectif est de payer le passif et de transmettre aux associés le reste (le boni de liquidation). Même si les éléments de l'actif sont insuffisants pour compenser le passif, la transformation en procédure de liquidation judiciaire ne concerne toujours que la société.

Ainsi, il y a toujours un très fort intérêt à créer une société unipersonnelle plutôt qu'être un entrepreneur individuel car la **protection se fait par écran, pendant et après**. C'est pour cela qu'il est d'ailleurs possible de **passer du statut d'entrepreneur individuel à celui de société unipersonnelle** grâce à l'article L.526-27 du Code de commerce (c'est alors un apport du patrimoine professionnel séparé à une société unipersonnelle ou à responsabilité limitée).

- Les groupements à risque limité et illimité : Cela suppose que l'écran est plus ou moins parfait/étanche et que donc, le patrimoine personnel peut finir par jouer. Les groupements à **risque limité** consiste en l'hypothèse la plus protectrice. C'est un bouclier qui est infranchissable sauf dans les cas extrêmes comme la fraude ou s'il s'agissait en fait d'une société fictive. Cette protection est donc très grande car les autres associés sont protégés et la seule

perte se limite à ce qu'ils ont pu apporter. Leur apport initial, qui pouvait constituer en un meuble, est un capital. Tout ce qui constitue le capital social peut-être perdu mais cela apparaît seulement si la société est dissoute.

La dissolution correspond au seul moment de risque avec les sociétés à risque limité. Seules les sociétés et pas toutes les sociétés peuvent être à risque limité. Cela ne concerne qu'un seul type de société, les **sociétés commerciales par la forme** mais même dans cette catégorie, toutes ne le sont pas, c'est seulement le cas des SARL, des SAS des SA et d'une forme particulière qu'est la société en commandite (qui a des associés à risque limité, les commanditaires et des associés à risque illimité, les associés commandités).

Face à cela, se trouvent les **groupements à risque illimités** qui ont un **écran de protection imparfait**. Cela signifie que le **créancier peut agir contre les associés**. Face à cette protection réduite, la **double action en paiement du créancier est hiérarchisée**. Il a d'abord une **créance à titre principal**, sur le groupement et ensuite une **créance à titre subsidiaire si l'action à titre principal est insuffisante**. Par ailleurs, le défaut de paiement doit alors être établi, c'est une **action en garantie**. **L'action peut être solidaire ou conjointe** (cela dépend donc du groupement). Si l'activité est commerciale ou la forme est commerciale alors la responsabilité est solidaire (le créancier choisit quel associé il veut assigner pour le remboursement de la dette). Face à cela, si l'activité est civile, alors la responsabilité est conjointe (ce qui oblige le créancier à diviser ses poursuites en application de l'article 1857 du Code civil). L'avantage du risque illimité repose sur la répartition du risque même si c'est souvent la loi qui répute et oblige à revêtir cette forme.

- L'entreprise commerciale : L'étude se fait avec l'article L.121-1 qui donne la définition juridique du commerçant (peu importe la forme de l'entreprise) : "Le commerçant est celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle". Cela impose donc deux conditions pour être reconnu comme tel : d'une part **une activité commerciale** et d'autre part **la répétition/le caractère habituel de cette activité**, ainsi que le **fait d'en tirer les éléments d'un revenu**. Cependant, ces conditions sont insuffisantes pour les personnes physiques.
- La capacité commerciale : L'article L.121-2 établit une distinction entre le mineur émancipé ou non. **Le mineur est en principe incapable**. Cela a pour but de protéger le mineur. Cependant, cela peut aussi se retourner contre lui car il ne peut hériter d'un fonds de commerce puisqu'il faut être commerçant. S'offre alors à lui **deux possibilités** :
 - La première est de **vendre à quelqu'un capable ou de le conserver et de le confier un tiers** (c'est ce que l'on appelle un contrat de location gérance où l'exploitation se fait pour le compte de ce dernier). Cependant, si une procédure collective est engagée, il doit verser au légitime propriétaire (le mineur incapable) un loyer s'ajoutant à son patrimoine car ce dernier peut recevoir des virements.
 - La deuxième option est la possibilité **d'avoir recours à une société à laquelle le mineur va confier le fonds de commerce**. Néanmoins, ce ne peut être à n'importe quel type de société. En raison de son incapacité, cela peut seulement être une SARL, une SA, une SAS ou les sociétés en commandite (il ne peut en être qu'associé commanditaire car il n'a pas la qualité de commerçant).

Face à cela, **si le mineur est émancipé**, qu'il a au moins 16 ans révolu et qu'il bénéficie d'une autorisation judiciaire spéciale expresse accordée par le juge des tutelles, qu'il a demandé en même temps que son émancipation civile, **il pourra éventuellement avoir la qualité de commerçant**.

Par ailleurs, il existe d'autres empêchements à la qualité de commerçant comme **les incompatibilités professionnelles** qui sont prévues par la loi (les professeurs d'université car ils sont fonctionnaires, idem pour les avocats, pour certains auxiliaires de justice, pour les notaires et les experts comptables).

Ces interdictions peuvent aussi avoir été **posées par la justice**. Ce sont des interdictions judiciaires pour cause d'indignité (sanction en raison d'un comportement indigne), en raison du condamnation pénale. Il s'agit de l'impossibilité d'exercer une activité commerciale voire de la diriger ou de l'administrer, qui peut faire suite à une condamnation pour vol, escroquerie, corruption, blanchiment d'argent, fraude, trafic de stupéfiants (prévues par l'article L.131-27 du code pénal). En plus de ces condamnations pénales, il existe des **condamnations fiscales** qui viennent punir une fraude (prévues à l'article 1750 du Code général des impôts). L'interdiction pour cause d'indignité prend toujours la forme d'une peine complémentaire car il faut établir un certain manque de probité et de dignité. A ce titre, la sanction peut être définitive ou temporaire (cinq ans maximum). Enfin, **l'indemnité peut être prononcée lors d'une procédure collective avec pour objectif de sanctionner une faute grave/lourde** qui est la cause de la procédure collective (prévu à l'article L.653 du Code de commerce qui dispose que la sanction peut être définitive ou temporaire où elle est alors limitée à 15 ans).

Enfin, lorsqu'il s'agit d'étrangers désirant acquérir la qualité de commerçant, il faut alors être soit un ressortissant de l'UE (en vertu du principe de libre établissement prévu par l'article 49 du TFUE) ou ressortissant de l'Espace économique européen (comme la Norvège, la Suisse, etc.). En ce qui concerne les étrangers non ressortissants de l'UE, l'enjeu est de savoir s'ils résident ou non sur le territoire français. Un étranger bénéficiant d'un titre de séjour peut exercer une activité économique (il doit demander pour cela un titre auprès de la préfecture) sous la forme d'un entrepreneur individuel, d'un dirigeant de société commerciale ou d'associé si la société est commerciale. Cela est plus complexe voire interdit s'il ne réside pas sur le territoire.

- **Les actes de commerce** : Définition objective par rapport à la nature de l'acte. De ce fait, un acte de commerce est une catégorie exceptionnelle d'acte juridique et tout acte est par nature un acte civil de droit commun. C'est une catégorie résiduelle et fermée car la loi répute des actes de commerce en son article L.110-1. Il est alors possible d'identifier trois grandes catégories :
 - **Par la forme**, dont la définition classique est qu'ils **sont entre toute personne** et que donc cet acte est toujours commercial, qu'il soit conclu entre commerçants, non commerçants ou bien entre deux personnes. Les grands actes de commerce par la forme sont la lettre de change et le cautionnement de dettes, depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021.
 - Les **actes de commerce à titre isolé** sont des **actes réputés de commerce en vertu de la loi**, en raison de leur objet et en dépit de la personne qui les accomplit ou de l'existence d'une répétition. Ainsi, toute opération d'acte d'achat ou de revente avec un objectif de plus-value est un acte civil par nature. Le fait de servir d'intermédiaire pour la vente ou l'achat d'un immeuble ou d'un fonds de commerce relève des actes de commerce (cela vaut aussi pour les courtiers).
 - Les **actes de commerce en entreprise** correspondent à certaines **activités qui sont par nature de l'activité commerciale en application de l'article L.110-1** (vision subjective). Effectivement, cela revient à accomplir certaines activités en affectant les moyens humains et matériels en vue d'en tirer des bénéfices (étant en eux-mêmes la preuve d'un caractère commercial de l'activité). Autrement dit, une personne acquiert

la qualité de commerçant dès qu'elle loue un bien/meuble et qu'il y a un caractère répétitif.

La **jurisprudence** a étendu cette catégorie en y ajoutant **la théorie des actes de commerce par accessoire** en s'inspirant d'un principe selon lequel l'accessoire suit le sort du principal. Un acte de commerce par accessoire subjectif est donc un acte par nature civil mais accompli par un commerçant. Cela trouve son origine dans l'article L.110-1-9 qui crée une présomption selon laquelle tout acte accompli par un entrepreneur individuel commerçant/une société commerciale est réputé accompli pour les besoins de l'activité commerciale. C'est une simple présomption qui peut être renversée (exemple : un commerçant contracte un prêt. C'est un acte civil mais sa nature dépendra de son utilisation.)

En outre, il existe aussi **la théorie des actes de commerce par accessoire objective** qui se rapporte à une opération ou une activité par nature civile marquée par une indifférence vis-à-vis de l'auteur de l'acte (exemple : le cautionnement de dettes commerciales, les actes se rapportant au fonds de commerce, le contrat de location-gérance.)

Pendant longtemps, les deux régimes juridiques étaient dérogatoires. Cependant, aujourd'hui les régimes juridiques se sont rapprochés donc la distinction a perdu sa force surtout avec la réforme de 2016.

- Le mode de preuve en droit commercial : L'un des principes importants est **la liberté de la preuve pour les actes de commerce** dont la jurisprudence commerciale est consacrée à l'article L.110-3 qui dispose "qu'à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tout moyen, à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi". Cela répond à un **besoin de rapidité**, à l'idée selon laquelle des commerçants qui sont placés sur un même pied d'égalité économique n'ont pas besoin de protection. De plus, établir la preuve d'une obligation commerciale est simple.

Cependant il existe des **limites à cette liberté de la preuve**. C'est parfois le cas avec **la loi** qui peut exiger à titre probatoire de l'acte de commerce qu'il soit établi par écrit (exemple : les contrats de transport terrestre de marchandises en vertu de l'article L.1432-3). De plus, il peut arriver que cela ne s'applique qu'à l'égard des commerçants. Le régime de la preuve est simple quand l'acte est confus entre deux commerçants cependant cela peut changer s'il y a un non professionnel. En effet, la jurisprudence estime que, pour protéger le non professionnel, c'est **la théorie des actes mixtes qui doit primer**.

- Les qualités inhérentes à la condition de commerçant : Cela s'observe en application de l'article L.121-1 et de certains principes jurisprudentiels. Il faut une régularité. Ainsi, être commerçant ne se déclare pas puisque **s'immatriculer ne suffit pas**. En effet, cela ne fait que présumer de la qualité de commerçant (donc cette présomption peut-être renversée). A contrario, **il existe des commerçants qui s'ignorent car ils sont commerçants dans les faits même s'ils ne se sont pas immatriculés**, c'est un **commerçant de fait**. Le juge peut alors décider de lui appliquer le régime de commerçant. C'est le **cas des associations** qui devraient en théorie accomplir des actes civils mais elles sont considérées comme des personnes morales de droit commercial.

Être commerçant c'est aussi accomplir des actes de commerce à titre professionnel. Il faut **l'intention d'en tirer un bénéfice/un revenu**.

Enfin, **être commerçant sans activité commerciale est possible**, il s'agit d'un cas particulier. L'article L.221-1 du Code de commerce dispose que les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes commerciales même s'ils ne développent pas d'activité commerciale (puisqu'ils sont commerçants par détermination de la loi et non pour raison de l'exercice de l'activité commerciale).

Toutefois, une **condition d'indépendance** est posée par la jurisprudence. En effet, l'activité doit être accomplie en son nom et pour son compte. Cela implique que le commerçant supporte les pertes et les bénéfices de son activité commerciale. Par conséquent, cela **exclut les salariés d'une société commerciale**, de facto subordonnés, **ainsi que les gérants salariés comme gérants mandataires** exploitant un fonds de commerce (ils n'ont pas la qualité de commerçant même s'ils développent l'activité commerciale).

- Les obligations liées au statut de commerçant : Une **obligation d'immatriculation** prévue par l'article L.123-1 qui oblige le commerçant dès le début de l'activité, peu importe le mode d'exploitation de l'activité commerciale. Cependant, **cette obligation n'a pas la même portée juridique selon qu'il s'agisse d'un entrepreneur ou d'une société.**

Cette immatriculation **a pour objectif d'organiser une publicité légale** s'expliquant pour deux raisons :

- Un objectif d'information, de transparence pour permettre au tiers d'avoir connaissance de l'exercice de l'activité commerciale.
- Un objectif de police économique qui consiste à vérifier que l'activité ne heurte pas les bonnes mœurs, l'ordre public. Il s'agit aussi de s'assurer que celui qui le fait est en capacité de le faire et qu'il en a le droit.

Il y a eu plusieurs réformes pour élargir cette obligation avec le passage au Registre du Commerce et des Sociétés par une loi de 1978. Cette réforme s'est prolongée avec la loi Pacte du 22 mai 2019, entrée en vigueur le 1er janvier 2023. L'obligation d'immatriculation pesant sur le commerçant personne physique est codifiée à l'article L.121-1.

Cette procédure est constituée d'un délai de 15 jours pour solliciter l'immatriculation pour l'ouverture du commerce, laquelle se fait via un formulaire comprenant les informations basiques, le type de commerce, des actes prouvant la véracité de l'activité commerciale du tiers désirant devenir commerçant et l'immatriculation au RCS 13e du statut de commerçant.

L'absence d'immatriculation n'empêche pas de faire peser sur les commerçants de fait les mêmes obligations que pour les commerçants de droit sans qu'ils puissent bénéficier des mêmes avantages. Cette qualité de commerçant reste en vertu de l'article L.123-8-2 faisant de l'immatriculation le document donnant la qualité de commerçant jusqu'à la radiation, la cessation d'activité, l'incapacité, le mariage ou le décès (aboutissant aussi à la radiation).

Enfin, l'obligation d'immatriculation pour les personnes morales n'a pas le même effet. Pour elles, c'est un effet substantiel (depuis la loi du 24 juillet 1966 qui a été étendue par la loi du 4 janvier 1978) car la loi donne aux sociétés la personnalité juridique. Par conséquent, l'octroi d'une réelle capacité juridique prouve que **la personnalité juridique n'est qu'une pure fiction de droit.**