



Association
Henri Capitant

PROJET DE CODE EUROPEEN DES AFFAIRES

LIVRE I

DROIT COMMERCIAL GENERAL

Document de travail provisoire pour discussion

Membres du Groupe de travail

Didier PORACCHIA, Professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), Codirecteur
Anraud RAYNOUARD, Professeur à l'Université Paris Dauphine, Codirecteur

Matthias LEHMANN, Professeur à l'Université de Vienne
Marie HO-Dac, Maître de conférences à l'Université d'Artois
Claude-Albéric MAETZ, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille, co-
directeur de l'Institut de droit des affaires.

ON

Document de travail provisoire pour dis

LIVRE I : DROIT COMMERCIAL GENERAL

TITRE I : OBJET DU CODE

Article 1.1.1 Champ d'application

Les dispositions du présent code s'appliquent aux activités économiques réalisées par des professionnels sur le marché intérieur de l'Union européenne.

Commentaire :

Le champ d'application personnel du présent code se concentre sur les relations entre professionnels (relations business to business - B2B). Partant, la législation européenne en matière de consommation ne fait pas partie du présent code. Néanmoins, certaines dispositions visées par le code concernent les rapports entre professionnels et consommateurs (relations business to consumer – B2C) dans la mesure où elles visent à encadrer le comportement des opérateurs économiques.

Le champ d'application spatiale du présent code est déterminé en fonction des activités réalisées sur le marché intérieur tel que visé à l'article 26 TFUE, sans égard de critères de nationalité ou de résidence du sujet de droit. Les activités concernées peuvent être de nature interne ou transfrontière. Dans le premier cas, elles se déploient sur le territoire d'un seul État membre, dans le second au sein de plusieurs États membres ou en provenance d'un État tiers vers un ou plusieurs États membres.

Cette précision sur le champ d'application spatial du code est importante dans la mesure où la réglementation européenne s'applique, selon les textes, soit à des situations internes et, par le jeu de la loi applicable désignant la loi d'un État membre, au sens du droit international, à des situations transfrontières équivalentes, soit uniquement à des situations transfrontières. A titre plus exceptionnel, le droit matériel de l'Union (et donc le présent code) peut également être applicable, dans certaines hypothèses, à des activités économiques transfrontières régies par la loi d'un État tiers, du fait d'une impérativité européenne prévue par le législateur de l'Union.

Le présent code peut également être applicable au titre de la loi choisie par les parties selon le principe de la loi d'autonomie en droit international privé.

Article 1.1.2 Définition du professionnel

Est un professionnel toute personne exerçant de manière indépendante et non subordonnée une activité économique organisée.

Sont notamment des professionnels :

- tout commerçant,

- tout artisan,
- tout agriculteur,
- toute personne exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire particulier ou dont le titre est protégé,
- toute personne qui réalise une activité économique planifiée participant de l'économie collaborative.

Commentaire :

Cette définition issue du droit des procédures d'insolvabilité à vocation à englober toutes les personnes qui exercent une activité économique sans remettre en cause les distinctions élaborées par certains droits nationaux entre commerçants, artisans, professions libérales. L'élément central est donc l'exercice d'une activité économique planifiée, ce qui suppose que le professionnel soit une personne qui s'est organisée pour réaliser son activité par opposition à celle qui, sans organisation préalable conclut un acte pouvant entrer dans l'une des catégories précitées. Le degré d'organisation exigée pour considérer que l'on est face à une activité économique n'est pas élevé. Il s'agit seulement de savoir si la personne agit de manière « préméditée » lorsqu'elle passe un acte caractérisant une production ou une mise à disposition de biens ou de services. De la sorte, cette définition large permet d'englober dans la catégorie des professionnels tout à la fois les acteurs de l'économie collaborative qui agissent de manière organisée et préméditée, mais encore les holding passive ou les personnes qui gèrent activement leur patrimoine.

En outre, la qualification de professionnel n'exclut pas qu'une même personne puisse, pour des activités qui n'entrent pas dans le cadre de son activité économique, être qualifiée de non professionnel ou de consommateur.

Enfin, les termes de la définition du professionnel ne comprennent pas le mot entreprise. L'éviction de ce terme a pour but de le réserver à la matière concurrentielle où il connaît une définition européenne particulière.

Pour éviter de soumettre à trop de contraintes (immatriculation...) certaines personnes précitées, on pourrait imaginer de limiter la qualification de professionnel à la réalisation d'un certain chiffre d'affaire. On pourrait dans ce cas laisser la possibilité à la personne qui ne dépasse pas les seuils, d'opter pour la qualification de professionnel.

TITRE II : PRINCIPES GENERAUX

Article 1.2.1 Les usages professionnels

1.2.1.1 Un usage professionnel est une pratique largement connue et régulièrement suivie par les professionnels dans un domaine identifié.

1.2.1.2 Un usage professionnel constitue une règle supplétive de volonté applicable aux seuls professionnels du domaine concerné matériellement et géographiquement.

1.2.1.3 Il ne s'applique pas aux contrats conclus entre un professionnel du domaine concerné et une autre partie extérieure à ce domaine ou entre des parties extérieures au domaine concerné, sauf si les parties au contrat y ont expressément consenti.

Commentaire :

La définition des usages professionnels reprend les conditions classiques de l'application de tout usage : il faut qu'il soit largement connu et régulièrement observé par les professionnels dans un domaine identifié. Ce domaine doit non seulement être identifié matériellement : vente immobilière, boulangerie... mais également territorialement dans la mesure où cette règle ne doit s'appliquer qu'aux professionnels qui la connaissent ou qui sont censés la connaître. Or, dans la mesure où le code a vocation à s'appliquer aux professionnels de l'Union européenne, on ne peut présumer que dans un même domaine d'activité, tous les professionnels suivent, dans chacun des pays de l'Union européenne, les mêmes usages. Aussi, et pour éviter toute difficulté, celui qui se prévaut d'un usage professionnel devra établir que son cocontractant est également un professionnel de la même branche d'activité situé dans un territoire où l'usage en cause s'applique à l'activité concernée ou qu'il le connaissait.

Étant seulement un usage professionnel, il a été fait le choix de considérer que l'usage était supplétif de volonté. Il ne s'applique qu'à défaut de clause contraire dans le contrat ou dans l'acte unilatéral conclu entre les professionnels du domaine considéré. Pour éviter toute difficulté d'interprétation, il est précisé que cette règle ne s'applique pas de manière supplétive à la relation contractuelle si les deux parties aux contrats ne sont pas des professionnels du domaine concerné.

Cela étant, les parties, professionnelles ou non, puisent dans leur liberté contractuelle la faculté de se donner pour règle un usage professionnel qui n'a pas, a priori, vocation à s'appliquer à elles. Les parties pourront prévoir l'application de tout usage à leur relation contractuelle, y compris un usage développé dans une branche professionnelle à laquelle aucune des parties n'appartient.

Article 1.2.2 Preuve

Les actes conclus par le professionnel dans le cadre de son activité se prouvent à son égard par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par un acte contraignant de l'Union.

Commentaire :

Cette disposition a pour objet de répondre aux exigences de fluidité des échanges entre professionnels dans les systèmes juridiques qui connaissent un système de preuve légale.

La liberté de la preuve est un élément important qui apporte la flexibilité attendue dans les relations professionnelles, et largement partagé. En revanche, le parti pris est de ne pas étendre ce mécanisme aux non-professionnels, lesquels doivent pouvoir bénéficier des dispositions nationales relatives à l'établissement de la preuve. Système

dont la stabilité serait menacée si le présent système devait être étendu à tous les actes conclus par le professionnel.

Les présentes dispositions ne font pas obstacles aux exigences de forme requises par les dispositions européennes et nationales, autre que celles relevant de la preuve.

Article 1.2.3 Actes non contraignants

Les actes non contraignants, tel que notamment les recommandations et les lignes directrices, adoptés par toute institution de l'Union européenne, ou par une autorité européenne ou nationale, dans l'exercice de ses fonctions, ne peuvent être opposés à un destinataire de ces actes. Celui qui suit une recommandation ou une ligne directrice ne peut pas se le voir reprocher.

Commentaire :

Les sources du droit de l'Union mêlent des actes contraignants (droit primaire : traités, charte des droits fondamentaux, principes généraux du droit constitutionnel de l'UE ; droit dérivé : règlement, directive, décisions (2 variantes), actes délégués et actes d'exécution, actes simples) et des actes non contraignants (recommandations et avis, résolutions, déclarations, programmes d'actions, lignes directrices, accords interinstitutionnels). L'Union fait ainsi appel à une palette large de sources informelles (soft law), côtoyant les sources formelles, qui recouvrent des situations très variées, opérationnelle, politique ou morale, organisationnelle. Cet usage du droit informel par l'Union est considéré comme bénéfique ; elle accroît cependant l'insécurité juridique pour les opérateurs économiques en laissant indéterminée l'effet de ces actes.

Cette situation se rencontre également à propos du droit informel produit par les différentes autorités nationales de régulation, lequel est donc visé par cette disposition.

Il n'est pas envisagé de formaliser le droit informel, ce qui en ferait disparaître les qualités, mais de prévoir une garantie quant à l'opposabilité de leur application par les opérateurs. Il n'est donc pas nécessaire de se prononcer sur la force obligatoire de ces actes, mais plus simplement de prévoir que, conformément au principe intrinsèque de la soft law, les destinataires de ces normes informelles demeurent libres d'en tenir compte. En revanche, ce choix ne saurait leur être reproché : ils ne peuvent se voir opposer une norme informelle qu'ils auraient écarté, ni reprocher d'avoir suivi une norme informelle. Cela revient à affirmer que le comportement de l'opérateur économique au regard de ces normes non contraignantes doit s'apprécier au regard de sa responsabilité, et non d'ériger la prescription « suggestive » en critère de responsabilité (faute).

Avec ce même souci de ne pas formaliser le droit informel, il n'est pas envisagé de faire des actes informels une source d'application du principe de confiance légitime. Aux termes de la jurisprudence de la CJUE, il y a confiance légitime lorsqu'un acte ou une déclaration « a fait naître des espérances fondées », créant une « confiance qu'un opérateur économique prudent et avisé pouvait légitimement avoir dans la réglementation ». Il en va ainsi dès lors qu'en lui « fournissant des informations précises », « des renseignements précis, inconditionnels et concordants », une institution européenne a fait naître à son égard des espérances fondées (une attente légitime). Par

définition, un acte non contraignant ne saurait faire naître une attente légitime, puisque c'est une orientation ou une suggestion. En revanche, il faut que l'opérateur économique puisse raisonnablement anticiper sur les conséquences de ses actions : d'où la règle selon laquelle, en elle-même, la décision de suivre ou de ne pas suivre la suggestion ne soit pas constitutive d'une « faute ».

Il serait toutefois possible de distinguer entre les actes non contraignants : notamment, les lignes directrices, fréquentes en matière de droit de la concurrence, ou de droit financier, par exemple, pourraient être assorti d'un effet juridique plus énergique (une présomption, par exemple). Cela n'est toutefois pas le choix recommandé afin de conserver sa souplesse aux instruments juridiques non contraignants et une liberté de choix aux opérateurs économique.

Article 1.2.4 Principes d'interprétation

1.2.4.1 L'interprétation des dispositions du code tient compte des termes de celles-ci et de leur contexte. Si cela ne permet pas d'en définir la portée exacte, le juge se fonde tant sur la finalité et les objectifs du texte concerné, que sur son économie générale.

1.2.4.2 Il en va de même pour l'interprétation des exemptions et dérogations, qui sont d'abord interprétées suivant les termes de la disposition en cause et de son contexte, et à défaut de précision selon les objectifs poursuivis par celle-ci, sans être interprétées de façon à étendre ses effets au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif poursuivi par l'exemption ou la dérogation. Les exemptions et dérogations sont d'interprétation stricte.

1.2.4.3 En présence d'une notion non définie, et en l'absence de renvoi au droit des États membres, celle-ci est définie de manière autonome en tenant compte de sa finalité et de l'objectif poursuivi, tenant compte de son contexte d'élaboration.

1.2.4.4 En cas de divergence entre les versions linguistiques des dispositions du présent code, la disposition en cause s'interprète en fonction du contexte et de la finalité et de l'objectif poursuivi par la disposition ou par les dispositions dont elle constitue un élément, de manière à recevoir une application uniforme.

Commentaire :

Ces principes d'interprétation sont inspirés de la jurisprudence de la CJUE. Elles visent à assurer l'application autonome et uniforme des dispositions du code. Ces règles d'interprétation soulèvent toutefois une interrogation car les dispositions ont vocation à être appliquées par le juge du fond national. Il est dès lors difficile de concevoir pratiquement comment le juge national peut procéder à cette tâche d'interprétation autonome (rôle de la CJUE). Il pourrait à cet égard, être prévu une « question préjudicielle rapide », auprès de la chambre de droit commercial.

Article 1.2.5 Relation entre code et droit national

1.2.5.1 Conformément au principe de primauté, les dispositions du présent code, sauf dispositions expresses de ce dernier, priment les dispositions nationales, y compris de nature impérative.

1.2.5.2 Dans les matières traitées par le présent code, les dispositions sont, sauf mention contraire expresse, d'effet direct, et toute personne peut s'en prévaloir dans ses rapports avec les autorités publiques nationales ou celles de l'Union européenne ou avec une autre personne physique ou morale.

1.2.5.3 Les dispositions du code constituant le droit de l'Union doivent recevoir une application uniforme. Dès lors qu'il n'est pas renvoyé au droit des États membres, le sens et la portée des dispositions du code sont déterminées de manière autonome conformément à l'article 6.

Commentaire :

Il s'agit ici de formaliser le principe de primauté du droit européen, en indiquant que les dispositions du code, dans les matières qu'il couvre, l'emportent sur les dispositions nationales. On observera toutefois que cela comporte une extension significative du caractère obligatoire des sources juridiques « communautaires » car la primauté s'appliquera ici à des matières qui sont régies par des directives. Or, une directive ne prime le droit national qu'en regard à l'obligation de ce dernier de la transposer : il n'y a d'effet direct de la directive que dans des conditions déterminées, à savoir des dispositions claires et précises, inconditionnelles, sans marge d'appréciation nationale et une fois le délai de transposition dépassé (sans transposition). La codification amène, ou amènera, à prévoir des articles issus de directives, sans tenir compte de leur transposition en droit interne, en leur conférant un effet direct en toute hypothèse.

Les règles impératives visées dans le présent article doivent être comprises comme englobant tant des dispositions applicables aux rapports internes qu'aux rapports internationaux (lois de police).

Il est nécessaire, pour que le code soit efficace et utile, qu'il puisse s'appliquer dans toutes les relations juridiques, c'est-à-dire entre une personne privée et une autorité publique et entre personnes privées. On donne ainsi un effet direct horizontal, toujours refusé par la CJUE, si cela doit porter sur une disposition du code issu d'une directive non transposée.

Article 1.2.6 Instruments optionnels

Les instruments qui sont expressément qualifiés comme optionnels contenus dans ce code ne s'appliquent que si les parties en font le choix. Celui-ci doit être exprès. Sauf disposition contraire, il n'est pas soumis à une forme particulière.

Commentaire :

Cet article concerne les instruments optionnels tels que la Société européenne privée, l'euro-hypothèque ou le prêt européen. Les règles de droit national restent

applicables dès lors que les parties n'ont pas choisi un tel instrument optionnel de manière expresse.

Article 1.2.7 Comblement de lacunes

1.2.7.1 Les questions non régies par le présent code sont régies par le droit national applicable.

1.2.7.2 Les opérations économiques soumises au présent code sont en cas de lacune, régies par les principes communs du droit des contrats de l'Union européenne, notamment en ce qui concerne la négociation, la formation, l'exécution et la fin des opérations relevant du code.

Commentaire :

Le code ne comporte pas de disposition sur certaines questions, comme par exemple la capacité des parties à conclure un contrat. Cette question est régie par les règles pertinentes du droit national applicable. Le droit national applicable doit être déterminé, en présence d'une activité économique transfrontière, par les règles de conflits de lois.

Pour les règles générales du droit des contrats, telles celles relatives à la conclusion du contrat ou aux conséquences de l'inexécution, référence est faite aux principes communs du droit des contrats. Ces principes peuvent être décelés par exemple à travers des textes élaborés par des groupes scientifiques, comme les Principes Européens du Droit des Contrats élaborés par le « Groupe Lando ».

Titre III : COMPTABILITE

Article 1.3.1 Obligation

Tout professionnel a l'obligation de tenir une comptabilité en partie double.

Article 1.3.2. Principes

1.3.2.1 Les comptes doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle de la situation financière de l'entreprise.

1.3.2.2 L'évaluation du patrimoine doit respecter le principe de prudence. Seuls les bénéfices réalisés au moment de la clôture peuvent être retenues.

1.3.2.3 Les méthodes comptables ne peuvent pas être modifiées d'un exercice à l'autre sauf raison légitime.

Titre IV : Le registre commercial européen

Article 1.4.1 Notion

1.4.1.1 *Il est établi un registre commercial européen.*

1.4.1.2 *Le registre fonctionne uniquement en forme électronique.*

1.4.1.3 *Le registre peut être consulté par le public.*

Commentaire :

Le choix d'un véritable registre européen a été effectué au lieu d'une connexion de registres nationaux. Ces derniers seront néanmoins maintenus et vont approvisionner le registre européen avec des informations.

Article 1.4.2 Administration

Le registre est tenu par la Commission européenne sur la base des informations résultant des registres nationaux concernés.

Article 1.4.3 Obligation d'immatriculation

1.4.3.1 *Tout professionnel ayant son établissement ou son siège social statutaire ou son administration centrale dans l'Union européenne est tenu de s'immatriculer.*

1.4.3.2 *Les inscriptions sur le registre sont gratuites.*

1.4.3.3 *Les inscriptions sur les registres nationaux emportent inscription sur le registre européen. A défaut d'obligation de s'inscrire dans un registre national, l'inscription s'effectue directement dans le registre européen.*

Article 1.4.4 Contenu

1.4.4.1 *Le registre contient toutes les informations juridiques sur les professionnels nécessaires pour effectuer des transactions sur le marché intérieur.*

1.4.4.2 *Pour les professionnels, il contient leur nom et l'adresse de leur établissement.*

1.4.4.3 *Pour les sociétés, il contient les informations détaillées à l'article 15-1.*

Commentaire :

Le registre ne concerne pas les sûretés, qui se retrouvent dans un autre registre.

Article 1.4.5. Informations sur les sociétés

Pour les sociétés, les informations suivantes doivent être enregistrées :

- a) l'acte constitutif, et les statuts s'ils font l'objet d'un acte séparé, ainsi que leur modifications;*
- b) après chaque modification de l'acte constitutif ou des statuts, le texte intégral de l'acte modifié dans sa rédaction mise à jour;*
- c) la nomination, la cessation des fonctions ainsi que l'identité des personnes qui, en tant qu'organe légalement prévu, ou membres de tel organe:
 - i. ont le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers et de la représenter en justice; les mesures de publicité précisent si les personnes qui ont le pouvoir d'engager la société peuvent le faire seules ou doivent le faire conjointement,*
 - ii. participent à l'administration, à la surveillance ou au contrôle de la société;**
- d) au moins annuellement, le montant du capital souscrit, lorsque l'acte constitutif ou les statuts mentionnent un capital autorisé, à moins que toute augmentation du capital souscrit n'entraîne une modification des statuts;*
- e) les documents comptables de chaque exercice dont la publication est obligatoire;*
- f) tout transfert du siège social;*
- g) la dissolution de la société;*
- h) la décision judiciaire prononçant la nullité de la société;*
- i) la nomination et l'identité des liquidateurs ainsi que leurs pouvoirs respectifs, à moins que ces pouvoirs ne résultent expressément et exclusivement de la loi ou des statuts de la société;*
- j) la clôture de la liquidation et la radiation du registre dans les États membres où celle-ci entraîne des effets juridiques.*

Commentaire :

Source : Article 14 Directive 2017/1132

Article 1.4.6 Opposabilité

1.4.6.1 La personne assujettie à immatriculation ne peut, dans l'exercice de son activité, opposer aux tiers, qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre. Ces faits et actes sont cependant opposables aux tiers qui en avaient personnellement connaissance.

1.4.6.2 En cas de divergence entre le registre national et le registre européen, le registre national fait foi. Tout intéressé peut saisir le juge du ressort du registre national

concerné afin de d'enjoindre sous astreinte le teneur du registre à communiquer ou régulariser les informations transmises au registre européen.

TITRE V : LE FONDS PROFESSIONNEL

Article 1.5.1 Définition du fonds professionnel

Le fonds professionnel est constitué de l'ensemble des biens, droits, obligations et contrats affectés à l'exercice d'une activité professionnelle.

Il ne constitue pas en soi une universalité juridique.

Commentaire :

Cette définition a vocation à éviter la création d'un véritable patrimoine d'affectation, lequel nécessiterait la mise en place d'un système de déclaration et de suivi comptable du patrimoine affecté par rapport au patrimoine personnel. Le fonds ne constitue donc pas intrinsèquement une universalité de droit.

En revanche, il apparaît utile, en pratique, de donner une consistance globale à ce fonds lorsqu'il est l'objet de certaines opérations contractuelles. C'est alors le contrat qui fonde l'existence d'une universalité.

Le texte propose de faire référence à « une activité professionnelle » et non à « son [celle du professionnel] activité professionnelle ». Cette formulation, plus large, permet de détacher le fonds de la personne et ne pas recourir au concept, parfois trop restrictif, de clientèle personnelle (cf ex. des commerces intégrés).

Article 1.5.2 Opérations sur le fonds professionnel – Dispositions générales

1.5.2.1 Le professionnel peut céder, louer, ou nantir l'ensemble des biens, droits, obligations et contrats affectés à l'exercice d'une activité professionnelle.

1.5.2.2 Ces éléments sont obligatoirement énumérés dans le contrat de cession, de location ou de nantissement qui doit être constaté par écrit à peine de nullité. Ils sont constitués en une universalité juridique par l'effet dudit contrat.

1.5.2.3 Les biens, droits, obligations et contrats expressément exclus par le contrat ne constituent pas un élément de cette universalité. Ne peuvent être exclus les éléments nécessaires à l'exploitation du fonds.

1.5.2.4 Ce contrat est publié au registre visé au titre IV du présent livre dans un délai de 30 jours. A défaut, le contrat est inopposable aux tiers de bonne foi.

Commentaire :

L'universalité juridique n'est pas consubstantielle au fonds professionnel. Elle est créée le cas échéant par la volonté des parties, ce qui permet de fluidifier le marché des fonds en cédant, louant, nantissant dans le cadre d'une opération unique globale

l'ensemble des contrats, dettes, créances, biens meubles et immeubles affectés à l'activité.

En outre, le texte laisse une certaine liberté aux parties lesquelles peuvent déterminer le périmètre exact de cette universalité en excluant, de manière expresse, certains éléments. Cette liberté est cependant encadrée : ne peuvent être exclus les éléments qui sont nécessaires à l'exploitation du fonds, c'est-à-dire la poursuite d'une activité économique indépendante.

Article 1.5.3 Cession du fonds professionnel

1.5.3.1 La cession du fonds professionnel emporte transmission universelle des éléments mentionnés au contrat.

1.5.3.2 Le cédant et le cessionnaire du fonds sont solidairement tenus des dettes transmises par la cession du fonds professionnel.

1.5.3.3 Par exception, les parties peuvent stipuler que seul le cessionnaire sera tenu des dettes transmises. En ce cas, les créanciers concernés peuvent former opposition à la cession dans un délai de 30 jours après la publication de la cession. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si le cessionnaire en offre et si elles sont jugées suffisantes. A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garantie ordonnées, la cession du fonds professionnel est inopposable à ce créancier.

1.5.3.4 Les dispositions du présent article ne font pas obstacle à l'application des conventions autorisant le créancier à exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de cession du fonds professionnel.

Commentaire :

L'acte de cession du fonds opère transmission universelle des éléments visés par le contrat, dont potentiellement les contrats, créances et dettes, ce qui n'est en principe pas le cas en droit français sauf disposition législative spécifique (contrats de travail, bail commercial...).

Le texte propose que le cédant et le cessionnaire soient tenus solidairement des dettes ainsi transmises. Les créanciers du cédant se trouvent alors dans une situation favorable puisqu'ils peuvent solliciter deux débiteurs au stade de l'obligation à la dette.

Cette solidarité peut être écartée par une stipulation contractuelle contraire. Le texte prévoit alors que les créanciers sont protégés par un mécanisme d'opposition puis, le cas échéant, d'inopposabilité de la cession, à l'instar notamment de ce qui est prévu par l'article L. 236-14 du code de commerce en cas de scission.

Article 1.5.4 Location du fonds professionnel

1.5.4.1 *Le titulaire du fonds professionnel peut en concéder la location à un gérant qui l'exploite de manière indépendante à ses risques et périls. Le gérant est professionnel au sens du titre I du présent livre.*

1.5.4.2 *(Les personnes physiques ou morales qui concèdent une location de leur fonds professionnel doivent l'avoir exploité au préalable pendant deux années au moins. Ce délai peut être supprimé ou réduit par le juge compétent notamment lorsque le demandeur justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de préposés. Le délai n'est pas applicable lorsque le fonds est transmis par voie de dévolution successorale ou de liquidation du régime matrimonial).*

1.5.4.3 *Le loueur et le gérant sont solidairement tenus des dettes comprises dans l'universalité louée dès lors qu'elles sont exigibles et exigées entre la conclusion et la fin du contrat de location.*

Commentaire :

Le concept de location de dette étant difficilement praticable, le texte propose d'instaurer un mécanisme de solidarité entre le loueur et le gérant à la condition que la dette soit exigée et exigible pendant la durée du contrat. On pourrait alors appliquer, au stade de la contribution à la dette, le droit commun de la solidarité passive, et notamment la règle de l'article 1318 du code civil (si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres).

S'agissant des dettes du loueur, afférentes à l'exploitation du fonds mais non comprises dans l'universalité, le texte ne prévoit pas de mécanisme d'exigibilité anticipée contrairement à l'article L. 144-6 du code de commerce. Les créanciers pourront cependant recourir au droit commun en cas de fraude et d'organisation de l'insolvabilité (action paulienne etc...)

Article 1.5.5 Location du fonds professionnel et biens fungibles

Le loueur et le gérant peuvent stipuler que tout ou partie des biens fungibles inclus dans l'universalité louée sont transférés en propriété au gérant. Dans ce cas, les parties peuvent convenir que le gérant devra les restituer, en nature ou par équivalent, au terme du contrat de location.

Commentaire :

Par essence, les stocks ont vocation à être aliénés par le gérant pour réaliser l'activité louée. Il est donc nécessaire de permettre aux parties d'organiser un transfert de propriété préalable à défaut duquel les aliénations futures ne pourraient être valablement consenties par le gérant. Certes, le droit des contrats le permet certainement. Il a néanmoins semblé préférable de permettre aux parties de le prévoir expressément pour que ces éléments spécifiques de l'universalité louée ne soient pas absorbés par le régime de la location.

Article 1.5.6 Location gérance et créances

1.5.6.1 L'universalité juridique délimitée par le contrat de location peut comprendre des créances nées dans le cadre de l'activité professionnelle concernée et exigibles au plus tard à l'expiration du contrat de location. Ces créances sont transférées en propriété au gérant. Les parties peuvent stipuler que le gérant devra restituer au loueur la valeur de ces créances au terme du contrat.

1.5.6.2 La publication du contrat de location conformément aux dispositions de l'article 17, 3. du présent Livre rend le transfert de propriété des dites créances opposables aux tiers et aux débiteurs concernés.

Commentaire :

La location de l'universalité ainsi créée pose par ailleurs une difficulté au sujet des créances. Le contrat peut en effet porter sur des créances nées dans le cadre de l'activité professionnelle et exigibles pendant la durée du contrat. S'agissant des dites créances, le texte propose là encore d'en passer par un transfert de propriété au profit du gérant. Loueur et gérant bénéficient alors d'une alternative. Soit, à défaut de clause particulière, ce transfert de propriété sera compensé économiquement par la fixation d'un loyer plus élevé. Les parties peuvent préférer une restitution en valeur au loueur des créances initialement transmises par le loueur.

Dans un cas comme dans l'autre, ce transfert de propriété peut constituer pour le gérant un mode de financement supplémentaire de son activité (cf articulation avec le droit bancaire et si cette technique est utilisée pour organiser des prêts déguisés)

Le texte ne prévoit pas de disposition spéciale pour les créances prévues initialement comme incessibles. Cette situation sera réglée par le droit commun (cf par exemple art. 1321 et s. du code civil français).

Article 1.5.7 Location gérance et contrats

Les contrats compris dans l'universalité juridique objet de la location sont exécutés par le loueur au bénéfice du gérant. En contrepartie, le gérant assume la charge définitive de l'exécution des obligations nées de ces contrats à compter de la date de conclusion du contrat de location.

Commentaire :

La location de l'universalité doit permettre au gérant de bénéficier de la position contractuelle du loueur. Cette utilité doit cependant être conciliée avec l'effet relatif du contrat. En effet, dans la mesure où l'universalité qui comprend les contrats n'est pas transférée en propriété, ces contrats ne sont pas plus transférés au gérant. Seul le loueur reste partie au contrat. Aussi, et pour permettre au locataire de « jouir » de la position contractuelle du loueur, le texte propose que ce dernier doit exécuter le contrat au bénéfice du locataire, ce dernier étant, dans le rapport loueur-locataire une sorte de bénéficiaire économique du contrat. Corrélativement et pour les mêmes raisons, tout en

tenant compte de la règle relative à la solidarité en matière de dette, il est précisé que la charge définitive de l'exécution de ces contrats incombe au locataire. La fin du contrat de location met fin aux obligations du loueur et du gérant au titre des contrats compris dans l'universalité qui ne sont pas nées à cette date.

Article 1.5.8 Nantissement du fonds professionnel

Le fonds professionnel peut être nanti dans les conditions prévues au Livre sur les sûretés.

Article 1.5.9 Bail du fonds professionnel

1.5.9.1 Le preneur d'un bail de fonds professionnel dispose d'un droit au maintien du bail en cas de transfert de propriété de l'immeuble.

1.5.9.2 En cas de transfert de propriété de l'immeuble quel qu'en soit la cause, par le bailleur du bail du fonds professionnel, ce dernier se maintient et demeure opposable de plein droit au nouveau propriétaire des locaux.

1.5.9.3 En cas de transfert de propriété du fonds professionnel, le nouveau titulaire du fonds professionnel bénéficie du bail professionnel compris dans le fonds professionnel transféré.

1.5.9.4 Sont réputées non écrites les clauses du bail tendant à faire échec au maintien du bail du fonds professionnel en cas de transfert de sa propriété.

Commentaire :

Le maintien du bail du fonds professionnel, retenu comme principe, vise à donner une sécurité juridique accru aux opérateurs économiques. Il n'est donc pas prévu de possibilité d'y déroger conventionnellement. Si cette possibilité de dérogation conventionnelle était retenue, il conviendrait de prévoir une procédure de préemption au profit du locataire et/ou une procédure de résiliation contre indemnité, à l'image de ce qui est prévu pour le bail commercial.

TITRE VI : DELAIS DE PAIEMENT

Article 1.6.1 Principes

1.6.1.1 Les opérations entre professionnels et entre professionnels et les pouvoirs publics doivent stipuler un délai de paiement et un intérêt de retard. A défaut de stipulation expresse, les dispositions suivantes régissent les délais de paiement et l'intérêt de retard.

1.6.1.2 *Le paiement est dû à la date prévue au contrat dans le respect des délais de paiement impératifs du droit national applicable.*

1.6.1.3 *Dès lors que le créancier a rempli ses obligations légales et contractuelles et que le débiteur n'a pas exécuté son obligation de payer, sauf inexécution dont il n'est pas responsable, le créancier peut réclamer un intérêt de retard. L'intérêt de retard est de droit et ne peut pas être écarté par le contrat.*

1.6.1.4 *Le droit à un intérêt de retard prend effet ;*

a. *le jour suivant la date de paiement ou la fin du délai de paiement fixé au contrat ;*

b. *30 jours civils après la date de réception par le débiteur de la facture ou d'une demande initiale de paiement, lorsque la date ou le délai de paiement n'est pas fixé par le contrat ;*

c. *30 jours civils après la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de service lorsque la facture est reçue par le débiteur avant l'exécution du contrat.*

Commentaire :

La notion de « opérations » correspond à celle de « transaction commerciale » de la Directive concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciale (2011/7/UE).

Article 1.6.2 L'intérêt de retard

1.6.2.1 *L'intérêt applicable est l'intérêt fixé au contrat, sans préjudice des dispositions nationales en matière de validité de l'intérêt conventionnel, et à défaut l'intérêt légal.*

1.6.2.2 *L'intérêt légal est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, majoré par huit points de pourcentage.*

Commentaire :

La règle relative à l'intérêt légal est une règle matérielle directement applicable sur le marché unique en dehors de tout raisonnement conflictuel.

Article 1.6.3 Champ d'application du droit national et règle de conflit

1.6.3.1 *Le délai de paiement fixé au contrat n'excède pas 60 jours, sans préjudice des dispositions nationales impératives en matière de délais de paiement.*

1.6.3.2 *Pour les aspects non traités par le code, les délais de paiement sont régis par la loi nationale applicable au contrat.*

1.6.3.3 *Les conditions et les mentions de la facture sont soumises à la loi du lieu de l'établissement stable de l'émetteur de la facture dans l'Union européenne.*

Commentaire :

Concernant la détermination des règles nationales fixant les délais, l'option est entre le renvoi à la loi applicable au contrat ou une règle unilatérale qui devrait alors retenir la loi du fournisseur (créancier du paiement), qui est la partie « protégée » par l'encadrement des délais de paiement.

Article 1.6.4 Échéancier et abus.

1.6.4.1 *En cas de non-paiement dans les délais, le créancier a toujours la faculté d'accorder un nouvel échéancier pour le paiement.*

1.6.4.2 *En cas d'abus manifeste à l'égard du créancier, la clause du contrat ou la pratique relative à la date ou au délai de paiement ou au taux d'intérêt pour retard de paiement est inapplicable.*

1.6.4.3 *L'abus manifeste s'apprécie à l'égard du créancier, en prenant en considération tous les éléments de l'espèce, notamment*

- a. *tout écart manifeste par rapport aux bonnes pratiques et usages loyaux du commerce, et*
- b. *la nature du produit ou du service.*

Cette appréciation est sans préjudice des dispositions nationales impératives en matière de délais de paiement et d'intérêt de retard.

Commentaire :

Les dispositions relatives à l'indemnisation en cas de retard de paiement ne sont pas reprises au titre des dispositions générales : cela renvoie à l'application du droit national, notamment aux procédures civiles et commerciales nationales.

TITRE VII : REGLEMENT DES DIFFERENDS

CHAPITRE 1 : LA MEDIATION

Article 7.1.1. Définition

1. *La médiation est un processus par lequel deux ou plusieurs parties tentent de résoudre amiablement leur différend avec l'aide d'un ou plusieurs médiateurs choisis par elles.*

2. *Au cours d'une instance, le juge ou le tribunal arbitral peut à tout moment, sur demande des parties ou à son initiative après avoir recueilli leur accord, désigner un ou plusieurs médiateurs.*

Article 7.1.2 Qualités du médiateur

1. *Le médiateur est neutre, impartial et indépendant.*
2. *Il est tenu à une obligation de confidentialité.*

CHAPITRE 2 : L'ARBITRAGE

Article 7.2.1. Droit de compromettre

1. *Tous les professionnels peuvent compromettre sur les droits dont ils ont la libre disposition.*
2. *Dans l'hypothèse où l'arbitrage résulte d'une clause compromissoire celle-ci doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.*
3. *La clause compromissoire est autonome du contrat qui la contient.*

CHAPITRE 3 : LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE

Article 7.3.1 Juridictions nationales

Sans préjudice de l'articulation avec les modes alternatifs de règlement de différends visés dans le Chapitres 1 et 2, les juridictions des États membres sont compétentes pour connaître des différends relatifs au présent code.

Article 7.3.2. Chambre commerciale CJUE

Il est établi une chambre commerciale au sein de la Cour de Justice de l'Union européenne. Celle-ci sera composé de douze experts du droit commercial des différents États membres. La chambre sera compétente pour répondre aux demandes de décisions préjudicielles portant sur des questions de droit commercial.