

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

L'application de la notion d'entreprise entre le Code de commerce français
et le Code civil du Québec

Par

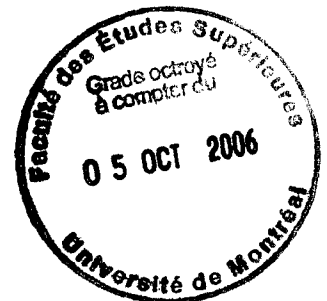
Hani Al-naddaf

Faculté de droit

Mémoire présenté à la faculté des études supérieur
en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit des affaires LLM

Avril 2006

© Hani Al-naddaf, 2006



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

L'application de la notion d'entreprise entre le Code de commerce français
et le Code civil du Québec

présenté par

Hani Al-naddaf

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Pierre-Paul Côté
président-rapporteur

Nabil Antaki
directeur de recherche

Vincent Gautrais
membre du jury

Résumé

Ce mémoire analyse l'introduction et l'application de la notion d'entreprise dans le Code de commerce français et dans le Code civil du Québec. En adoptant cette notion, les deux législateurs avaient pour objet principal de pallier à la désuétude de principes traditionnels du droit commercial et d'ajuster leurs législations aux nouvelles mutations économiques et sociales. Ainsi, est évoquée présentement, en France comme au Québec, la notion d'entreprise.

Cependant, force est de constater que le rôle donné à cette notion de même que le contexte dans lequel elle s'applique ne sont pas les mêmes dans les deux législations. Dans le C.c.Q., la notion d'entreprise a remplacé définitivement la notion de commerce afin d'élargir le champ d'application des règles dérogatoires propres au monde des affaires. Quant au législateur français, bien qu'il ait introduit l'entreprise dans la plupart des règles des affaires, il a opté pour le maintien du droit commercial.

Dès lors, l'accent sera mis sur la méthode poursuivie par chacune des deux législations quant à l'adoption et l'application de la notion d'entreprise ainsi que sur les difficultés et les avantages inhérents à chaque démarche.

La conclusion tirée de cette étude montre que les deux expériences sont aux antipodes l'une de l'autre en ce qui concerne l'état actuel de droit de chaque législation suite à l'adoption de la notion d'entreprise. En gardant la notion de commerce, le législateur français profite toujours d'une stabilité juridique certaine dérivant notamment d'un bagage doctrinal et jurisprudentiel notable, lié au droit commercial. Toutefois, cette stabilité est faite au détriment d'une structure juridique cohérente et logique. Par contre, le C.c.Q. repose sur des règles juridiques homogènes et rationnelles dignes d'un système juridique évolué. Cependant, il essuie plusieurs difficultés quant à l'interprétation et l'application de la nouvelle notion, étant donné la nouveauté de la réforme.

Mots-clés : Notion d'entreprise, droit commercial, Code de commerce français, Code civil du Québec.

Abstract

An analysis of the implementation of the notion of enterprise in the French Commercial Code and the Civil Code of Quebec is undertaken in this study. By adopting the concept of enterprise, both legislators wanted to overcome the obsolescence of the traditional principles of the commercial law and adjust their legislations to the modern economic and social mutations. Thus, this concept is currently referred to in France and in Quebec.

However, it would be a flaw to accept the adoption and implementation of the concept of enterprise as the same in France and in Quebec. Indeed, in the Civil Code of Quebec, the enterprise concept replaced completely the concept of commerce to widen the realm of application of the rules applied in the business world. On the other hand, despite the adoption of this concept on most of the business regulations, the French legislator chose to preserve the commercial law.

The emphasis in this thesis is to contrast the two paths taken by France and Quebec to adopt and implement the concept of enterprise and to highlight the advantages and disadvantages of each path.

This study concludes that the two experiences are in contradiction with regard to the current state of law in France and in Quebec after adopting the notion of enterprise. By safeguarding the notion of commerce, the French legislator still profiting from stable juridical system derived essentially from the commercial law's doctrine and jurisprudence. However, this stability was maintained at the cost of a logical and coherent legal structure. On the other hand, the Civil Code of Quebec is based on rational and homogeneous rules that correspond to a modern legal system. Nevertheless, given the novelty of the legal reforms, many challenges arise when it comes to the application and interpretation of the new concept of enterprise.

Keywords: Notion of enterprise, commercial law, commercial Code of French, civil Code of Quebec.

Table des matières

Tables des matières.....	v
Remerciement.....	x
Introduction.....	1
Première partie. Le développement juridique de la vie des affaires.....	5
Chapitre 1. Le déclin du droit commercial.....	6
Section 1. Les défauts intrinsèques du droit commercial.....	6
I. L'esquisse historique.....	7
II. Le domaine dépassé du droit commercial.....	8
A. L'idée des activités commerciales.....	8
B. La distinction périmée entre les activités commerciales et civile.....	10
1. La génération du profit pécuniaire.....	11
2. Les nouveaux acteurs de la vie des affaires.....	11
III. Les critères ambigus du droit commercial.....	12
A. La théorie des actes de commerce et la conception objective.....	13
1. La spéculation.....	13
2. La circulation des richesses.....	14
B. La théorie des commerçants et la conception subjective.....	15
Section 2. Les défauts extrinsèques du droit commercial.....	17
I. Les nouveaux besoins de la vie des affaires.....	17
A. l'influence des transactions économiques.....	18
1- La concentration capitaliste.....	18
2- Le néolibéralisme économique.....	19
B. Les nouvelles données.....	20
1. De nouvelles exigences.....	20
2. De nouveaux impératifs.....	21
II. Les nouveaux droits de la vie des affaires.....	21
A. Le droit économique.....	22
B. Le droit des affaires.....	23

C. Le droit de l'entreprise.....	25
Chapitre 2. L'essor juridique de l'entreprise.....	28
Section 1. La structure de l'entreprise.....	29
I. La définition de l'entreprise : abondance économique et infirmité juridique.....	30
II. Les éléments constitutifs de l'entreprise.....	33
A. Un ensemble de moyens de production.....	33
B. L'organisation.....	34
C. L'exercice d'une activité économique.....	35
Sections 2. Les notions juridiques de l'entreprise.....	37
I. La notion d'entreprise en tant que critère d'application de certaines règles particulières.....	37
II. Le statut juridique de l'entreprise.....	40
III. La notion fonctionnelle de l'entreprise.....	42
 Seconde partie. La notion d'entreprise entre le Code civil du Québec et le Code de commerce français.....	 46
Chapitre 1. La notion d'entreprise en droit commercial français.....	47
Section 1. L'introduction de l'entreprise dans le Code de commerce.....	48
I. La recodification du Code de commerce.....	49
II. la reconnaissance de l'entreprise par le droit.....	53
A. L'entreprise en droit du travail.....	53
B. L'entreprise en droit civil.....	54
C. L'entreprise dans le Code de commerce.....	56
1. Les obligations de la comptabilité.....	56
2. Les difficultés des entreprises.....	57
3. L'entreprise en droit de concurrence.....	58
Section 2. Le Code de commerce entre la commercialité et l'entreprise.....	59
I. Les entreprises commerciales.....	60
A. Les entreprises commerciales par la forme.....	61
1. Les sociétés pluripersonnelles.....	61

2. Les sociétés unipersonnelles.....	61
B. Les entreprises commerciales à cause de leur objet.....	65
1. Les entreprises individuelles.....	65
a. Le caractère commercial de l'entreprise individuelle.....	65
b. Le patrimoine de l'entreprise individuelle.....	73
2. Les sociétés commerciales à cause de leur objet.....	74
3. Le groupement d'intérêt économique (GIE).....	74
4. Les associations.....	75
II. Le statut des entreprises non commerciales.....	76
A. Les entreprises agricoles.....	76
B. les entreprises artisanales.....	77
C. Les entreprises des professions libérales.....	79
Chapitre 2. La notion d'entreprise dans le Code civil du Québec.....	84
Section 1. La perspective législative de la notion d'entrepris.....	85
I. La dualité des règles juridiques.....	86
II. La définition de l'exploitation d'une entreprise.....	87
A. La place de la définition.....	88
B. L'approche retenue dans la définition.....	88
C. La portée de la définition.....	90
III. Le cadre juridique de l'entreprise.....	91
A. La nature juridique de l'entreprise.....	91
B. Les formes juridiques de l'exploitation d'une entreprise.....	92
1. L'entreprise exploitée par une personne physique.....	93
2. L'entreprise exploitée par une société.....	93
3. L'entreprise exploitée par une association.....	93
4. L'entreprise exploitée par une coopérative.....	94
5. L'entreprise exploitée par un patrimoine d'affectation.....	94
Section 2. La mise en application de la notion d'entreprise.....	95
I. Le sens de l'activité économique organisée.....	96
A. La nature des activités économiques.....	97
B. Le concept d'organisation.....	100

1. L'organisation et l'habitude.....	101
2. L'organisation et le plan d'affaires.....	102
3. L'organisation et l'installation matérielle et humaine.....	102
II. L'indentification de l'entreprise.....	109
III. L'application de la théorie de l'accessoire.....	113
A. Les actes passés pour le service ou l'exploitation d'une entreprise.....	114
B. Les actes passés dans le cours des activités d'une entreprise.....	116
IV. L'application unitaire de la notion d'entreprise.....	120
Conclusion	127
Bibliographie.....	130

À ma très chère épouse..... Patricia

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier d'abord le professeur Nabil Antaki qui a dirigé ce mémoire avec beaucoup de professionnalisme, d'habileté scientifique et de gentillesse et à qui je suis vraiment reconnaissant.

Je remercie également le vice doyen M. Michel Morin pour l'aide qu'il m'a apportée afin que je puisse surmonter certaines difficultés d'ordre administratif.

Finalement, un grand merci à mon ami Me. Hachim Fadili pour son support syntaxique.

Introduction

Cette étude aborde l'adoption et l'application de la notion d'entreprise dans le Code de commerce français et le Code civil du Québec.

Après avoir appliqué à la lettre tous les principes traditionnels du droit commercial, les deux législations connaissent aujourd'hui la notion d'entreprise.

Ce recours au concept de l'entreprise s'effectuait au fur et à mesure que les principes de base du droit commercial s'avéraient désuets eu égard aux mutations économiques et sociales survenues ces dernières décennies.

En effet, le droit commercial traditionnel était considéré comme étant le droit, presque exclusif, des affaires. De plus, cette vie des affaires s'observait dans le droit commercial limitée aux domaines du commerce et de l'industrie ainsi que des quelques activités qui les servent. Donc, toutes les dispositions du droit commercial s'adressaient uniquement aux commerçants. Ainsi, les sociétés étaient commerciales, leurs actes étaient des actes de commerce, les dispositions du fond de commerce et de la faillite s'appliquaient seulement aux commerçants, les règles dérogatoires étaient l'apanage des commerçants.

Sans doute, le droit commercial, ainsi conçu, a-t-il servi efficacement le monde des affaires pendant de longues décennies. Toutefois, les juristes assistent, depuis une cinquantaine d'année, à un grand chambardement au niveau des règles régissant les affaires. D'un côté, plusieurs lois furent promulguées ayant pour objet d'organiser de nouveaux aspects de la vie des affaires que le droit commercial n'est pas voué, par essence, à régir. D'un autre côté, ces nouvelles lois ne s'adressent plus uniquement aux commerçants mais plutôt aux entreprises.

Par conséquent, une nouvelle réalité économique est apparue, au sein de laquelle le droit commercial ne peut plus être le droit exclusif qui régit les rapports économiques et, par ricochet, le commerçant ne peut plus être considéré comme l'acteur majeur de la vie des affaires¹.

¹ Dominique LEGEAIS, Droit commercial et des affaires, 13^e édition, Paris, Édition Dalloz, 2000, p. 3.

C'est ainsi que le droit commercial a perdu de sa pertinence et que le besoin d'une réforme s'est fait sentir en faveur de la notion d'entreprise. Il s'agit d'un concept d'origine économique, mais qui s'est imposé et affirmé au niveau juridique, comme étant le noyau de base d'un nouveau droit baptisé le droit des affaires. Cette notion est vouée à régir la vie économique moderne et fait sortir les affaires des délimitations tracées par le droit commercial².

C'est dans ce contexte que la notion d'entreprise fut adoptée en France comme au Québec. Les deux législateurs avaient un but commun consistant à pallier aux défauts du droit commercial et adapter leur droit à la nouvelle réalité.

Cependant, si leur objectif était plus ou moins le même, le chemin, pour y parvenir, était tout à fait différent. Là gît l'intérêt de cette étude.

Le législateur québécois, par la réforme de 1994, a substitué définitivement la notion d'entreprise à celle de la commercialité alors que le droit français l'a reconnue mais toujours sous l'égide du droit commercial.

Autrement dit, bien que le Code civil du Québec ait conservé les règles dérogatoires propres au monde des affaires existantes jadis sous l'empire du Code civil du Bas de Canada, il a étendu leur domaine d'application pour qu'elles s'appliquent d'ores et déjà à toute entreprise exerçant une activité économique organisée qu'elle soit ou non à caractère commercial, et ce, par le biais de la notion d'entreprise.

Quant au droit français, tout en sauvegardant les principes traditionnels du droit commercial, le concept d'entreprise a été introduit dans la quasi totalité de textes législatifs concernant les affaires dont la plupart seraient, par la réforme de 2000, intégrés dans le Code de commerce. La notion d'entreprise en droit commercial n'a donc pas pour objet de remplacer la notion de la commercialité ; elle est plutôt un objet d'organisation juridique³.

² Claude CHAMPAUD, Le droit des affaires, que sais-je ?, 2^e éd., Paris, Éditions Presses Universitaires de France, 1984, p.12

³ Jean PAILLUSSEAU, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », (1997)2, Recueil Dalloz, 97-106, p. 102.

Il s'en déduit qu'en principe, l'entreprise en droit commercial français reste commerciale tandis qu'au Québec, la distinction entre commercial et civil est une chose du passé et l'entreprise n'est pas nécessairement commerciale.

D'ailleurs, malgré cette disparité entre les deux approches, le ministre de la justice québécois, en commentant l'article 1525 C.c.Q, déclare que la définition de la notion d'entreprise dans le Code civil du Québec s'inspire des définitions que l'on retrouve dans la doctrine et la jurisprudence françaises⁴. En outre, les juristes québécois, en interprétant la nouvelle notion et en cherchant les éléments constitutifs de l'entreprise, ont eu recours principalement au droit français.

Dès lors, cette étude sera divisée en deux parties : la première sera introductive dans laquelle nous traiterons des questions suivantes : Quelles sont les raisons qui ont incité les juristes civilistes à chercher une alternative aux règles traditionnelles du droit commercial ? Comment l'entreprise est devenue la nouvelle cellule de base de la plupart des règles juridiques concernant la vie des affaires ? Et comment les juristes ont-ils examiné et perçu l'entreprise en tant qu'une notion juridique ?

La deuxième partie sera consacrée à examiner les problématiques suivantes : quelle notion d'entreprise le législateur français et québécois ont-ils adopté ? Quel est le rôle que la notion d'entreprise a pu jouer dans chacune de ces législations en vue de pallier aux défauts du droit commercial ?

D'ailleurs, alors que les juristes français célèbrent la bicentenaire de la promulgation du Code de commerce napoléonien, que reste-il de la notion de la commercialité dans le Code de commerce d'aujourd'hui suite à l'introduction de l'entreprise et comment le législateur français a-t-il fait pour combiner les deux notions ?

⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, commentaires du ministre de la justice, t. I, Québec, les publications du Québec, 1993, art. 1525, p. 936-937.

En outre, douze ans après son entrée en vigueur, quel est le bilan de l'adoption de la notion d'entreprise dans le C.c.Q au détriment de la notion de commerce ? La référence des juristes québécois au droit français est-elle valable dans le contexte juridique actuel ?

En abordant ces questions, nous ferons allusion au fur et à mesure aux avantages et difficultés dérivant de chacune de ces deux expériences.

Première partie

Le développement juridique de la vie des affaires

La spécificité dont jouit la vie des affaires sur le plan juridique est un fait incontestable. Bien que l'intensité de cette spécificité puisse varier d'un droit à l'autre, elle se manifeste partout à cause des caractères et des besoins spéciaux du monde des affaires. Mercadal reconnaît ce constat en affirmant que « *La nature des choses, chère à Aristote qui y voyait le fondement du droit et de la justice, implique en effet que des règles spéciales soient établies, dès que les « affaires » apparaissent* »⁵. Cependant, ce qui reste fort contestable, pour les juristes du moins, est la définition même de ces affaires et la délimitation de ses frontières. Cette difficulté est peut-être due à l'évolution et à la transformation perpétuelle de cette matière.

Pendant longtemps, ce monde des affaires était régi par les règles du droit commercial. Mais chacun le sait, les temps ont changé, et la vie des affaires s'est étendue, puis s'est développée graduellement. Ainsi se constitue, dans la vie économique moderne, un monde des affaires dont la définition serait sans doute difficile à donner avec précision, mais dont l'existence est indiscutable⁶. De nouvelles réalités économiques et de nouveaux agents concernant les affaires sont apparus ayant eu pour effet de mettre en question la plupart de principes du droit commercial. (Chapitre 1).

Face à cette nouvelle réalité, les juristes ont emprunté aux économistes leur cellule de base, soit l'entreprise, pour la transformer en notion juridique qui servirait d'ores et déjà à adapter les règles juridiques traditionnelles à la nouvelle réalité économique et sociale. Depuis, il n'est pratiquement pas de lois récentes en droit des affaires qui ne s'y réfèrent expressément soit dans leur titre soit dans leurs dispositions⁷. Ainsi l'entreprise devient-elle la cellule de base de la vie des affaires moderne (Chapitre 2).

⁵ Barthélémy MERCADAL, « Le droit des affaires : pourquoi ? », (1985) La semaine juridique 14401, 65

⁶ Jean HAMEL et Gaston LAGARD, Traité de droit commercial, vol 1, Paris, Librairie Dalloz, 1954, p. 4.

⁷ Jean PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle », doctrine (1988) 16, La semaine juridique, I-3330, n 27.

Premier chapitre

Le déclin du droit commercial

Depuis son apparition, deux traits essentiels marquaient le droit commercial. D'une part il était voué à gérer, presque exclusivement, tout ce qui concerne la vie des affaires⁸. D'autre part et à cause des raisons historiques, politiques et économiques, ce monde des affaires était limité aux domaines du commerce et de l'industrie auxquels le droit commercial réserve des règles particulières.

Dès lors, les problèmes inhérents au droit commercial peuvent se diviser en deux catégories :

La première comprend sa difficulté intrinsèque dérivant essentiellement de son domaine étroit et de ses mécanismes imprécis. (Section 1)

La deuxième catégorie, plus générale, renferme les difficultés extrinsèques causées par les nouveaux besoins de la vie des affaires. Le droit commercial s'est révélé dès lors borné et incapable de gérer seul tout ce qui a trait aux affaires. Par conséquent, des nouvelles branches de droit viennent s'y ajouter pour former un nouveau droit pour la vie des affaires que certains appellent le droit des affaires, le droit économique ou le droit de l'entreprise (Section 2).

Section 1

Les défauts intrinsèques du droit commercial.

Bien entendu, les conjonctures qui ont engendré la promulgation du Code de commerce et dicté ses principes ne sont plus les mêmes aujourd'hui. On avançait les besoins de la rapidité, du renforcement du crédit et de la sécurité des créanciers, autrefois propres au commerce, pour expliquer les règles dérogeants au droit commun. De plus, on évoquait jadis le triomphe du commerce et de la Révolution industrielle pour justifier le domaine du droit commercial. Par ailleurs, on invoquait les critères de la spéculation, de la circulation ou de l'entremise pour distinguer les actes soumis aux dispositions du droit commercial. Ces principes fondamentaux du droit commercial, qui avaient participé en amont à son triomphe et à sa prospérité, viennent

⁸ Jean HAMEL et Gaston LAGARD, *op. cit.*, note 6, p. 5.

en aval à être la raison de sa remise en cause. Or, avec la mutation profonde de la société « *Il était inévitable qu'un droit très ancien dans ses fondements et dans ses notions en subisse fortement le contrecoup* »⁹.

Par conséquent, le champ d'application des règles du droit commercial est devenu dépassé (II), sans oublier les vices perpétuels des critères d'applicabilité dérivant de la notion de la commercialité (III).

Mais pour pouvoir analyser le sort de ces principes, nous devons tout d'abord en comprendre l'origine (I).

I. L'esquisse historique.

Mise à part quelques institutions commerciales et surtout maritimes¹⁰, le droit commercial n'a pas tiré de l'Antiquité de règles spéciales. Cependant, la technique générale romaine des contrats et des obligations a été abondamment utilisée par les juristes¹¹. Au Moyen Âge, deux traits importants ont marqué le droit commercial. Il s'agit d'un côté des corporations des marchands, surtout en Italie, qui ont constitué des règles d'usages appelées *statuts*, s'appliquant aux transactions des membres de la corporation. Par ailleurs, des tribunaux spéciaux aux commerçants baptisés *les consules mercatorum* furent créés¹².

Ainsi, assiste-t-on à la première séparation entre le droit commun et les règles statutaires d'une part, et entre la juridiction de droit commun et cette juridiction consulaire propre aux commerçants d'autre part. Hamel et Lagarde montrent l'influence de ces facteurs sur le droit du commerce lorsqu'ils écrivent : « *C'est alors que se constitue une classe de commerçants dont le rôle sera si considérable, que dans certains pays modernes le droit commercial sera exclusivement le droit des commerçants* »¹³. En France, ces phénomènes ont été reproduits un peu plus tard par l'édit instituant la juridiction consulaire en 1563, et par l'Ordonnance de 1673

⁹ Jean PAILLUSSEAU, *loc. cit.*, note 7, n 3.

¹⁰ À Titre d'exemple, le Code Hammourabi (2000 av. J.-C.) avait donné la préfiguration de la perception de prêt à intérêt sous la forme de prêt de semence, Yves GUYON, *Droit des affaires*, 6^e édition, t. 1, Paris, Éditions Economica, 1990. p. 12 ; également l'apport des phéniciens au droit maritime et surtout le principe actuel de l'avarie commune, J. HAMEL et G. LAGARDE, *op. cit.*, note 6, p. 19.

¹¹ Georges RIPERT et René ROBLOT, *Traité de droit commercial*, 18^e édition, t. 1, Paris, L.G.D.J., 2001, p.7.

¹² Jean. ESCARRA, *Cours du droit commercial*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1952, p. 9.

¹³ J. HAMEL et G. LAGARDE, *op. cit.*, note 6, p. 34.

concernant le commerce de terre exercé par les corporations de commerçants qui accaparaient l'exercice du commerce¹⁴. Le droit commercial était donc jusque là un droit purement professionnel et corporatif, c'est-à-dire subjectif. Un peu plus tard, et sous l'influence des idées révolutionnaires, deux lois ont été promulguées : la loi de mars 1791, qui proclama la liberté du commerce et de l'industrie, et la loi de juin 1791, qui supprima les corporations. Depuis, le droit commercial a perdu son caractère subjectif, puisqu'il n'y avait plus de classe de marchands, et c'est la notion abstraite d'acte de commerce qui l'emportait. Cependant, le Code de commerce promulgué en 1807, a tenté un compromis entre ces deux notions contradictoires. D'une part il a adopté la conception objective en énumérant les actes réputés actes de commerce pour déterminer la compétence des tribunaux consulaires, et d'autre part, il a gardé, sous l'influence de l'ordonnance de 1673, la conception subjective des commerçants par l'article 1^{er}¹⁵. Par l'énumération des actes de commerce, il limita le domaine de l'application de ses dispositions principalement au commerce et à la manufacture, domaines ascendants à l'époque.

De ce bref aperçu historique, nous pouvons comprendre tout d'abord l'origine de l'existence d'un droit autonome renfermant des règles particulières aux commerçants, puis le fondement de son domaine restreint ainsi que la vive polémique entre l'approche subjective et objective de la notion de commercialité.

II. Le domaine dépassé du droit commercial :

Le droit commercial distingue les activités commerciales de celles civiles pour constituer son domaine d'application (A). Avec les mutations économiques et sociales de notre temps, cette distinction est devenu archaïque (B).

A. L'idée des activités commerciales.

En essayant de définir le droit commercial pour préciser son domaine, Hamel et Lagarde, limitent les activités de l'homme, lorsqu'elles s'appliquent à la production ou à la circulation des richesses, à deux catégories : soit l'extraction du sol, des produits pour son entretien et la

¹⁴ Y. GUYON, *op. cit.*, note 10, p. 15-16.

¹⁵ J. ESCARRA, *op. cit.*, note 12, p. 15 et 57.

satisfaction de ses besoins. Soit la transformation ou le transport de ces produits originaux pour les mettre à la disposition des consommateurs. Ils voient que la première catégorie est purement civile c'est-à-dire qu'elle n'appartient pas au monde des affaires ni à ses règles spéciales, tandis que la deuxième fait partie du commerce. Autrement dit, l'activité, qui ne dérive pas de la production ou la circulation des richesses, ne fait pas partie de la vie des affaires¹⁶. Cette idée, si primaire soit elle, montre bien la logique traditionnelle du droit commercial et l'origine de la distinction entre acte civil et acte commercial. Mais le problème reste de savoir ce que le mot « commerce » signifie, ce qui n'est pas dénué de complexité.

Ripert explique le sens juridique du mot « commerce » comme il est aperçu par le droit commercial en soutenant que « *dans la langue des économistes, il (le mot commerce) est distingué de l'industrie ; il comprend seulement la circulation et la distribution des richesses, non la production. Dans la langue juridique, le mot commerce a conservé un sens plus large. Le droit commercial s'applique à la fois à l'industrie et au commerce proprement dits : l'industriel au sens juridique du mot est un commerçant* »¹⁷. De ce paradoxe, dérive la première ambiguïté du domaine du droit commercial, qui tient à la double signification attribuée au mot commerce, ce qui est classiquement reproché.

La doctrine classique considère que le domaine du droit commercial tire son origine des actes de commerce énumérés à l'article L. 110-1 (ancien article 632) du Code de commerce français. Or, elle distingue les domaines suivants :

- **le commerce proprement dit** : il découle des paragraphes 1, 2 qui réputent acte de commerce « *tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre* », ainsi que tout « *achat de biens immeubles aux fins de les revendre* ». De là, la condition de l'achat exclue du domaine du droit commercial des activités très importantes, telles que les activités agricoles, extractives et intellectuelles.
- **L'industrie** : qui découle du paragraphe 5 qui énonce « *toute entreprise de manufactures...* ».

¹⁶Jean HAMEL, Gaston LAGARDE et Alfred JAUFFRET, Droit commercial, 2^e éd., vol. 1^{er}, t. 1, Paris, Éditions Dalloz, 1980, p. 2-3.

¹⁷G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit., note 11, p. 1.

- **Les opérations sur argents, crédit et d'assurances**, telles que les opérations de banque, de change et de courtage.
- **Certaines entreprises liées ou assimilées au commerce**, telles que l'entreprise de location de meubles, de transport, de commission.

Ce domaine ainsi conçu était le point le plus critiqué parmi les principes du droit commercial de sorte qu'on ne peut trouver un ouvrage traitant du droit commercial ou du droit des affaires qui ne porte pas un vif reproche à son encontre.

Les reproches se sont principalement articulés autour des frontières indiscernables, nébuleuses et mobiles avec le droit civil.

B. La distinction périmée entre les activités commerciales et civiles.

La doctrine et la jurisprudence commerciales se préoccupaient toujours de distinguer les activités considérées commerciales de celles réputées civiles. Alors, une liste a été établie, issue des raisons historiques, politiques et sociales, éliminant certaines activités du domaine du droit commercial malgré leur importance économique comme l'activités extractives, l'artisanat, l'agriculture et les professions libres.

Le problème principal du domaine du droit commercial consiste donc dans le fait que les règles de ce droit ne s'appliquent qu'à certaines activités économiques, à savoir les actes de commerce et non à toutes les activités économiques.

M. Legeais explique ce problème en disant que « *Le droit commercial classique était conçu pour des petits commerces exercés sous forme individuelle. Il se justifiait aussi par les différences profondes qui existaient entre les commerçants, les agriculteurs, les artisans, les industriels, les membres de profession libérale. Aujourd'hui, les particularismes professionnels diminuent. Les modes d'exercice d'activité se rapprochent sensiblement. Le droit commercial doit tenir compte de ces mutations profondes.* »¹⁸.

Les auteurs invoquent généralement deux raisons principales, dérivant des mutations économiques, pour réclamer l'élargissement du domaine du droit commercial.

¹⁸ D. LEGEAIS, *op. cit.*, note 1, p.3.

1. La généralisation du profit pécuniaire.

Les partisans de cette idée pensent que la mutation déterminante est celle de l'inclinaison générale vers le but lucratif qui a envahi toutes les activités économiques et supprimé les frontières traditionnellement existantes entre commerçants et non commerçants. Les uns l'appellent l'échange marchand qui se définit comme l'échange onéreux des produits de l'activité économique, matérialisés par la monnaie et tendant à avoir la monnaie pour seul objet. De là, ils voient que cet échange marchand s'étend progressivement à tous les domaines pour conduire à la «mercantilisation» de l'ensemble de l'ordre juridique. « Pendant très longtemps, le seul des biens naturels constituant un espace utile à se trouver intégré dans la sphère de l'échange marchand était celui qui pouvait être dévolu à des activités de production agricole ou industrielle. La notion d'espace utile va à l'avenir s'élargir à d'autres domaines : les services que rendent le soleil, la mer et la neige doivent déjà en partie être payés. »¹⁹. D'autres appellent ce penchant vers le profit, l'esprit d'entreprise ou l'esprit capitaliste. Mercadal et Macqueron considèrent que cet esprit, après avoir été propre aux activités industrielles et commerciales, se généralise pour pénétrer les autres secteurs d'activité et soutiennent : « *Puisque l'activité fait vivre, elle doit donc impérativement procurer un profit [...]. Le problème des activités industrielles et commerciales est ainsi devenu celui de toutes les autres [...]. Aussi la recherche de la rentabilité entraîne t-elle avec elle l'organisation qui la procure : l'entreprise et l'esprit d'entreprise. On la constate dans tous les secteurs d'activité, même les plus traditionnels.* »²⁰

2. Les nouveaux acteurs de la vie des affaires.

D'autres juristes pensent que le clivage le plus important est celui de l'émergence de l'entreprise comme étant une nouvelle entité économique qui se voudrait le nouveau vecteur, et pour certains exclusif, de la vie des affaires. Auparavant, il y avait le commerçant, l'industriel, l'artisan, l'agriculteur, et le professionnel libre. Tout en exerçant des activités économiques, chacun avait ses règles propres. Aujourd'hui l'entreprise se substitue à ces professions pour être

¹⁹ Alain. SAYAG, (dir), Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique. Étude du centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et de l'industrie de Paris, Paris, Éditions Librairies Techniques, 1984, p. 21-22.

²⁰ Barthélemy MERCADAL et Patrice MACQUERON, Initiation Juridique. Droit des affaires et des activités économiques, Paris, Éditions Juridiques Lefebvre, 1985, p. 16-17.

opposée d'ores et déjà aux particuliers, c'est à dire aux salariés et aux consommateurs. Cabrillac explique cette idée lorsqu'il dit que les nouveaux changements « *sont générateurs de clivages nouveaux qui interfèrent sur la vieille summa divisio de notre droit privé qu'il refoule progressivement* », et ajoute: « *Le clivage le plus important est sans doute celui qui oppose les entreprises aux particuliers [...]. C'est aussi le clivage le plus corrosif pour le droit commercial, parce que l'entreprise n'est pas nécessairement commerciale [...]. C'est lui qui a conduit à forger des règles nouvelles applicables aux agents et aux actes de la vie économique, qu'ils relèvent ou non de la commercialité* »²¹.

Legeais va dans le même sens, mais préfère opposer les particuliers aux professionnels et non aux entreprises proprement dites : « *Il est vrai que dans un passé récent, les commerçants, les artisans, les agriculteurs, les membres des professions libérales avaient chacun leur corps de règles et leur institutions spécifiques. Un mouvement d'unification s'est amorcé depuis quelques années et les clivages s'estompent : les professionnels tendent à former un corps unique ; ils s'opposent désormais aux salariés et aux consommateurs* »²².

Cela étant, les commercialistes formulaient le vœu que le droit commercial enregistre l'évolution, qu'il en vienne à régir toutes les activités économiques quelles qu'elles soient, qu'elles soient commerciales, artisanales, agricoles ou libérales²³.

III. Les critères ambigus du droit commercial.

Qui sont les commerçants et quels sont les actes de commerce ? Les règles dérogatoires du droit commercial doivent-elles s'appliquer aux commerçants ou aux actes de commerce ? Les actes juridiques des commerçants sont-ils tous soumis aux dispositions du droit commercial ? Les actes de commerce sont-ils tous assujettis aux règles du droit commercial, sans égard à la qualité commerciale ou non de la personne qui les exerce ? Ces interrogations étaient l'objet d'une polémique intense entre les commercialistes depuis la promulgation du Code de commerce français. Il s'agissait de savoir si le droit commercial est le droit des commerçants (conception subjective) ou celui des actes de commerce (conception objective) ?

²¹ Michel CABRILLAC, « Vers la disparition du droit commercial ? », dans Jean Foyer auteur et législateur. Écrits en hommage à Jean Foyer, Paris, Presses Universités de France, 1997, p. 334.

²² D. LEGEAIS, op. cit., note 1, p. 37.

²³ Roger HOUIN et Michel PÉDAMON, Droit commercial, 9^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 1990, p.81-82 ;

A. La théorie des actes de commerce et la conception objective.

Dans le système objectif, le droit commercial repose sur une base formelle ; c'est l'acte de commerce qui lui sert de fondement, quelle que soit la personne qui le réalise. Lorsque le non commerçant accomplit un acte que la loi répute acte de commerce, il est soumis au droit commercial. Ces actes sont parfois énumérés par la loi : tel est le cas de l'article L.110-1 du Code de commerce français (ancien art.632). Les partisans de cette notion expliquent que malgré le fait qu'à l'origine, cette énumération servait exclusivement à définir la compétence des tribunaux de commerce, la doctrine et la jurisprudence l'ont interprétée de manière à déterminer le domaine d'application du droit commercial²⁴. Au-delà des actes mentionnés par le Code, qui ne sont pas limitatifs, de même que dans les législations qui connaissent le droit commercial mais ne connaissent pas une telle énumération tel que le Code civil du Bas de Canada, la doctrine et la jurisprudence ont mis en place des critères pour déterminer les actes juridiques considérés comme étant des actes de commerce, et *a fortiori* assujettis aux règles de droit commercial. Nous en citerons les plus importants :

1. La spéculation :

C'est le but lucratif de l'acte qui serait le critère classique de la commercialité. Or, tout acte accompli pour en tirer un bénéfice est un acte de commerce. Toutefois, ce critérium était heurté à plusieurs critiques, dont la plus marquante, qui expose que la recherche du profit pécuniaire inspire la plupart des activités humaines, même en dehors du commerce.

A donc été déduit que « *la recherche d'un bénéfice ne constitue pas un critère suffisant pour permettre de caractériser l'acte de commerce* »²⁵.

²⁴ Id, p. 60.

²⁵ M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, Cours de droit commercial, vol. 1, 10^e éd., Paris Éditions Montchrestien, 1992, p op. cit., note 91, p. 144.

2. La circulation des richesses :

Ce concept repose non sur le but mais sur l'objet de l'acte ; l'acte de commerce serait un acte d'intermédiaire situé entre la production et la consommation des produits. Malgré son succès relatif, ce critère n'a pas été épargné de critiques. On lui reproche d'être à la fois extensif et restrictif, car les personnes qui signent des lettres de change, ou certains agents d'affaires, ne font pas nécessairement des actes d'entremise et pourtant, le Code de commerce les considère comme des actes de commerce²⁶. Ce critère, comme celui de spéculation, doit donc constituer un des éléments de la définition des actes de commerce, sans suffire à constituer à lui seul cette définition²⁷.

Devant l'insuffisance de ces deux critères séparés, la jurisprudence a alors été amenée à les cumuler. Ainsi, les actes de commerce seraient des actes d'intermédiaires dans la circulation des produits, faits dans un but de profit ou de spéculation. Néanmoins, bien qu'ils soient ainsi unifiés, *« ni le but, ni l'objet de l'acte, s'ils sont quelquefois pris en considération, ne constituent des critères suffisants »*²⁸. Ripert va dans le même sens en relevant que *« ces notions sont beaucoup trop étroites pour englober tout le domaine du droit commercial et notamment la production industrielle »*²⁹.

En conclusion, le concept objectif et ses critères n'ont pas fondé des règles cohérentes et claires dignes d'une structure juridique bien établie³⁰. Houin et Pédamon après avoir constaté que les critères de spéculation et de l'entremise sont impuissants à fournir une définition rigoureuse de l'acte de commerce, ils concluent que *« le droit commercial est le produit de l'histoire tout autant qu'une construction logique. »*³¹

²⁶ Id. p.145.

²⁷ J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *op. cit.*, note 16, p. 225.

²⁸ M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, note 25, p.145.

²⁹ G. RIPERT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, note 11, p. 268.

³⁰ Cf. Leo DUCHARME, *De l'acte de commerce en droit québécois*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 1976, p. 29-32.

³¹ R. HOUIN et M. PÉDAMON, *op. cit.*, note 23, p.79.

B. La théorie des commerçants et la conception subjective.

Cette conception prétend que le droit commercial est exclusivement le droit des commerçants ; c'est un droit professionnel axé sur le commerçant et sa profession. Un acte est donc commercial lorsqu'il est fait par un commerçant dans l'exercice de sa profession. La manifestation du concept subjectif apparaît d'une part par certaines règles devant être particulières aux commerçants, c'est-à-dire à la classe des professionnels dont le métier consiste à effectuer des actes de commerce : telles sont la tenue d'une comptabilité, les règles spéciales du registre du commerce, ou les procédures collectives en cas de défaillance du débiteur. Elle apparaît d'autre part, par la théorie de l'accessoire qui marque l'influence de la profession sur la nature des actes. Un acte qui normalement est un acte civil devient acte de commerce s'il est fait par un commerçant pour les besoins de son commerce³². Ripert, partisan du concept subjectif, rejette catégoriquement la conception objective et considère que « *seule la définition de la compétence de la juridiction commerciale, dont relèvent « tous actes de commerce », justifie la détermination des actes de commerce* »³³. Il explique par ailleurs, le sens de la profession commerciale en affirmant que « *l'activité professionnelle est intéressée : celui qui est commerçant cherche à tirer un profit pécuniaire de l'exercice de son commerce [...]. Quand la jurisprudence déclare commerçant celui qui fait habituellement des actes de commerce, elle prétend appliquer l'article L. 121-1 du Code (ancien art. 1), mais elle oublie fréquemment que ce texte parle de la profession habituelle* »³⁴.

En fait, la confusion entre concept objectif et subjectif constitue le vice perpétuel du droit commercial qui a nui considérablement à son développement. Ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont pu trancher définitivement en faveur de l'une ou de l'autre de ces conceptions. Ceux qui préconisent la conception subjective, comme Escarra, admettent cependant que « *pour arriver à décider qu'une profession est commerciale, parmi d'autres qui ne le sont pas, il faut préalablement choisir les actes dont la répétition communique à la profession le caractère commercial. Ce travail préalable s'exécute dans le cadre d'une conception objective* »³⁵. Par contre, Jauffret après avoir écrit que le droit français est attaché à la conception objective,

³² J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *op. cit.*, note 16, p. 217.

³³ G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, note 11, p. 265.

³⁴ Id, p. 106.

³⁵ J. ESCARRA, *op. cit.*, note 12, p. 54.

ajoute sur le champ que ce principe reste théorique, car les actes de commerce effectués par les entreprises énumérées dans l'article 632, supposent qu'ils soient fait par un professionnel. De plus, il ajoute qu'il est rare que les actes de commerce isolés soient faits par des non commerçants³⁶. En droit québécois, sous l'égide du C.c.B.C., la situation était identique, voire plus compliquée, dès lors que le Code ne renfermait pas une énumération des actes de commerce, ni une définition du commerçant comme le fait le Code français. Bohémier et Côté vont dans ce sens : « *En droit québécois, la jurisprudence et la doctrine ne semblent pas avoir fait de choix définitif. D'une façon générale on a un peu l'impression que les tribunaux, comme les auteurs de doctrine, utilisent simultanément l'une ou l'autre des conceptions, sans trop chercher à formuler un système qui aurait des apparences de cohérence* »³⁷. Ils qualifient cette situation d'ambiguïté qui forme le cercle vicieux du droit commercial³⁸.

L'image du droit commercial se dessine ainsi : qui est commerçant ? Celui qui fait des actes de commerce. À quoi reconnaît-on un acte de commerce ? À ce qu'il est effectué par un commerçant ! M. Champaud appelle cette confusion l'imbroglie juridique et ajoute : « *Ce genre de syllogisme imparfait relève plus des ténébreuses spéculations métaphysiques sur l'antériorité comparée de la poule et de l'œuf que de l'efficace clarté du raisonnement juridique* »³⁹.

³⁶ Alfred JAUFFRET, Manuel de droit commercial, 15^e éd., Paris, Éditions LGDJ, 1975, p. 18.

³⁷ Albert BOHÉMIER et Pierre-Paul CÔTÉ, Droit commercial général, 3^e éd., t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1985, p. 23.

³⁸ Id, p. 24.

³⁹ C. CHAMPAUD, op. cit., note 2, p. 17-18.

Section 2

Les défauts extrinsèques du droit commercial

Pendant longtemps, le droit commercial était considéré le droit de la vie des affaires dont il détermine les acteurs (les commerçants) et organise les institutions (les sociétés commerciales, les effets de commerce, le fonds du commerce, la faillite).

Avec l'évolution énorme de la vie économique, les juristes ont constaté que la vie des affaires est devenue tellement ample que les dispositions du droit commercial ne pourraient plus la gérer.

Ainsi, Mme. Dekeuwer-Défossez soutient que « *le droit commercial seul est impuissant à parvenir à la fin que lui est assignée d'organiser et de structurer les rapports économiques.* »⁴⁰ Elle s'explique en donnant l'exemple d'une fusion de sociétés qui implique plusieurs branches de droit telles que le droit des sociétés, le droit comptable, le droit des valeurs mobilières, le droit de la concurrence, le droit de la bourse, le droit social et le droit fiscal. Non seulement ces deux derniers interviennent, mais souvent les impératifs fiscaux et sociaux vont dicter les solutions qui devront être adoptées par les juristes des affaires. Alors, « *Le juriste d'entreprise, « l'ingénieur juridique », qui élabore un montage juridique et financier, ne saurait, à l'évidence, être un simple commercialiste.* »⁴¹

Dès lors, sous l'influence de nouveaux impératifs économiques et sociaux (I) la doctrine a prévu des solutions juridiques qui auraient inspiré les législateurs en quête du meilleur droit pour la vie des affaires (II).

I. Les nouveaux besoins de la vie des affaires.

Analyser en profondeur toutes les mutations économiques et sociales récentes ayant une influence sur le plan juridique, demande une étude spéciale et volumineuse. Par conséquent, nous nous contentons, pour notre réflexion, d'étudier celles qui ont conduit d'avantage à

⁴⁰ Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Droit commercial, 8^e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 2004, p. 21.

⁴¹ Id, p.21.

minimiser l'importance du droit commercial et à engendrer l'apparition de nouvelles branches juridiques concernant la vie des affaires.

A. L'influence des transformations économiques :

1. La concentration capitaliste :

Marx affirmait que « *Le phénomène décisif des sociétés capitalistes est la concentration économique* »⁴². Cette concentration a conduit inévitablement à la naissance des entreprises géantes qui possèdent des pouvoirs considérables ; les multinationales en sont un exemple vivant. Il en a découlé des conséquences juridiques fort importantes, décrites par Farjat : « *la concentration est à l'origine de toutes les grandes mutations des sociétés industrielles : l'intervention de l'État est une conséquence de la concentration. Mais en dehors du droit économique, la naissance et le développement du droit du travail et du droit social sont aussi des conséquences de la concentration. Enfin, droit de la consommation et droit de l'environnement, de la qualité de la vie le sont dans une large mesure. La concentration provoque des changements qualitatifs dans le système juridique [...]. Elle entraîne notamment l'apparition de véritables pouvoirs privés économiques. De simples personnes privées disposent d'un pouvoir de décision unilatéral comparable sur le plan matériel à celui de la puissance publique* »⁴³. M. Champaud retient l'apparition et l'influence de la révolution économique et sociale qui a bouleversé les anciennes structures juridiques et ajoute : « *Ce qui semble caractériser cette ère nouvelle, c'est avant tout la mise en place de techniques de production et de distribution de masse, par une concentration des moyens de production et de distribution qui, seule, leur permet de réussir. C'est sous l'empire de ce phénomène et pour le servir, qu'un droit nouveau s'élabore* »⁴⁴.

⁴² Cité par Antonio PIROVANO, « Introduction critique au droit commercial contemporain », (1985) 38 Rev. trim. de dr. com., 219, 234.

⁴³ Gérard FARJAT, *Droit économique*, Paris, 2^e éd., Éditions Presses Universitaires de France, 1982, p. 143.

⁴⁴ Claude CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », (1967), *Recueil Dalloz, chronique*, 215-217. (Nos soulignements).

2. Le néolibéralisme économique :

Après le capitalisme dit sauvage et le dirigisme régnant depuis la période de la guerre, la doctrine néolibérale a peu à peu pris une ampleur et a commencé à influencer les sphères juridiques. Selon cette doctrine, le jeu concurrentiel du marché constitue le meilleur régulateur de l'économie. Ainsi, pour les néo-libéraux, « *le droit doit être produit selon des modalités et soutenir des impératifs économiques : il est produit et mode privilégié de l'échange ; sa principale fonction est de permettre la régulation des conflits entre individus* »⁴⁵. En outre, le libéralisme repose sur une tension entre deux convictions : tout pouvoir est liberticide ; il faut un État pour garantir les droits que le pouvoir menace. La difficulté est alors de constituer un État qui ne soit pas un lieu de pouvoir. Autrement dit, « *Le néo-libéralisme veut réduire l'emprise de l'État sur la société au nom d'une préférence pour les rapports fondés sur l'échange plutôt que sur le commandement* »⁴⁶. Cependant, deux réserves s'imposent à cette tendance : d'abord, la concurrence doit être protégée par des règles rigoureuses interdisant les ententes et les abus de position dominante. Ensuite, il n'est pas question de supprimer toute intervention étatique, car l'État doit pouvoir intervenir tant dans le domaine social qu'économique, mais dans ce dernier cas, de façon souple, en respectant le mécanisme du marché⁴⁷. L'impact des idées libérales sur le droit des affaires s'est manifesté particulièrement par le développement du droit de la concurrence. Ce dernier, surtout dans son sens strict inspiré du droit antitrust américain, est sous-tendu par les idées du libéralisme économique, et se veut garant de l'économie de marché⁴⁸. Par ailleurs, la tendance vers l'assouplissement du rôle de l'État a conduit à de nouveaux rapports de force entre les entreprises et le pouvoir étatique. Désormais, il faut compter avec des partenaires parfois aussi puissants que l'État lui-même, d'autant plus que les contraintes de l'organisation et de la gestion des entreprises prédominent sur celles de la loi. Ainsi, « *le temps où une rationalité propre au service public s'opposait à la loi du marché et à la logique de la libre entreprise, paraît bien être révolu, au point que, selon certains, les exigences du développement industriel subordonnent peu à peu les champs*

⁴⁵ Vincent VALENTIN, Les conceptions néo-libérales du droit, Paris, Éditions Economica, 2002, p. 18.

⁴⁶ Id, p. 7-17.

⁴⁷ Jean-Bernard BLAISE, Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution, 2^e éd., Paris, Éditions L.G.D.J., 2000, p. 20.

⁴⁸ Cf., Id, p. 310-302 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit., note 11, p. 561-562.

d'action de l'État à la rationalité du marché »⁴⁹. C'est là d'ailleurs l'une des plus chères revendications du néo-libéralisme.

B. Les nouvelles données :

Nous avons noté que les exigences de rapidité, de renforcement du crédit et de sécurité, avaient engendré la naissance du droit commercial et dicté ses règles dérogatoires. Avec les évolutions récentes de la vie des affaires, de nouveaux besoins et de nouveaux impératifs viennent s'y ajouter en créant des disciplines nouvelles, et en réclamant des règles adaptatrices.

1. De nouvelles exigences.

- **L'exigence d'équilibre** : alors que l'ancien droit ne se souciait pas d'assurer l'équilibre des relations juridiques, que chacun devait négocier au mieux de ses intérêts, le législateur intervient aujourd'hui pour protéger les agents en situation d'infériorité. Ce souci d'égalité comprend tant les relations entreprise – consommateur, que les relations au sein même de l'entreprise (employeur – employé). Le droit de la concurrence, le droit de la consommation, le droit des sociétés et le droit financier sont d'une partie les fruits de cette exigence.
- **L'exigence de transparence** : le principe de secret des affaires sur lequel reposait le droit commercial traditionnel a engendré des problèmes comme la fraude, le blanchiment de l'argent sale, l'entrave au libre jeu de la concurrence. Pour ces raisons, ce sont les mérites de la transparence, instrument de moralité et d'équilibre des relations contractuelles, qui sont soulignés. Il en découle par exemple les règles concernant les enquêtes touchant les opérations boursières, ou celles relatives à la publicité des opérations commerciales.
- **Le principe de loyauté** : c'est la tendance du législateur de restaurer une morale des affaires. Ainsi, en ce qui concerne les relations contractuelles, l'article 7-2 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente de marchandises par exemple, érige la bonne foi en principe général d'interprétation de l'ensemble des dispositions de la convention. Encore, ce

⁴⁹ A. SAYAG, *op. cit.*, note 19, p. 90.

principe règne-t-il sur le droit de concurrence, le droit des sociétés et le droit des marchés financiers.⁵⁰

2. De nouveaux impératifs.

Outre ces nouvelles exigences, certains changements ont touché la vie des affaires, et dont le législateur a dû tenir compte :

- **Les nouveaux biens** : il s'agit des biens incorporels qui sont le fruit de la pensée juridique et qui ont amené à la création des droits de la propriété intellectuelle.
- **Les nouvelles technologies** : des perturbations au sein des règles juridiques ont eu lieu à cause des avancées technologiques. A titre d'exemple, le commerce électronique, les opérations dématérialisées et les opérations réalisées par Internet, ont mis en cause les règles de la preuve, de l'écrit, et l'arsenal des mesures de protection des consommateurs. Dès lors, les lois ont dû s'y adapter, et la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique en est un exemple.⁵¹
- **Les nouveaux intérêts** : le droit commercial a été construit essentiellement dans l'intérêt des seuls commerçants. Aujourd'hui, il apparaît que le législateur s'attache à la protection de plusieurs personnes identifiées : les consommateurs, les investisseurs, les actionnaires minoritaires dans les sociétés cotées, et les salariés.

Dès lors, de même que certains impératifs avaient engendré la création du droit commercial, un nouveau droit pour la vie des affaires serait formé pour répondre à ces nouveaux besoins.

II. Les nouveaux droits de la vie des affaires.

Depuis une cinquantaine d'année, plusieurs perspectives doctrinales se sont dégagées ayant pour objet de pallier au défaut du droit commercial et de mettre en œuvre une nouvelle structure juridique pour la vie des affaires.

⁵⁰ Dominique LEGEAIS, Droit commercial et des affaires, 15^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 2003. p. 14-15.

⁵¹ Adoptée par la commission des nations unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) le 12 juin 1996.

Parmi ces concepts, nous n'en retenons que les trois plus importants, à savoir le droit économique, le droit des affaires et le droit des entreprises.

A. Le droit économique :

En érigeant le droit économique, la doctrine a voulu désigner une nouvelle réalité juridique que les concepts traditionnels étaient impuissants à caractériser⁵². Deux tendances partagent les auteurs qui ont tenté de définir le droit économique. La première, la plus répandue, est la conception partielle ou restrictive qui voit dans le droit économique une discipline nouvelle, autonome et originale, voué à l'étude des problèmes posés par l'intervention de l'État dans l'économie. La deuxième, conception plus large, considère qu'une règle est de droit économique dès lors qu'elle régit des relations humaines proprement économiques⁵³.

M. Farjat a donné la définition la plus complète du droit économique en combinant les deux concepts précités, en soutenant que « *Le droit économique peut être considéré comme le droit de la concentration ou de la collectivisation des biens de production et de l'organisation de l'économie par des pouvoirs privés ou publics* »⁵⁴. Par ailleurs, la plupart des auteurs ont mis l'accent sur l'importance cruciale que joue l'entreprise au sein du droit économique. Champaud affirme que l'entreprise se présente comme l'objet fondamental du droit économique, et sur ce constat, a construit le domaine de ce droit qui comporte trois secteurs :

- le secteur des structures et du fonctionnement internes de l'entreprise,
- le secteur des relations avec les autres entreprises, que celles-ci relèvent de la collaboration ou de la compétition,
- le secteur des relations avec la puissance publique, subdivisé en deux sous-secteurs, selon que l'État intervient en tant que gardien de l'ordre public, ou en tant que directeur de l'économie.⁵⁵

Nonobstant les opinions qui militent pour ou contre le droit économique, celui-ci a attiré toute une attention chez les juristes au point que M. Pirovano affirme que « *le commercialiste ne peut faire l'économie d'une réflexion sur cette nouvelle catégorie [...] et ne serait-ce que parce que*

⁵² G. FARJAT, *op. cit.*, note 43, p. 14.

⁵³ Id, p. 18 ; C. CHAMPAUD, *loc. cit.*, note 44, p. 216 ; Alexis JACQUEMIN et Guy SCHARANS, *Le droit économique, Que sais je ?*, Paris, 3^e éd., Édition Presses Universitaires de France, 1982, p. 53-58.

⁵⁴ G. FARJAT, Id, p. 18.

⁵⁵ C. CHAMPAUD, *loc. cit.*, note 44, p. 218.

la Revue trimestrielle de droit commercial est devenue, depuis 1980 la Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique »⁵⁶. Il n'en reste pas moins que plusieurs auteurs, en cherchant une alternative au droit commercial pour régir la vie des affaires moderne, ont eu recours au droit économique. Ainsi, M. Guyon, après avoir constaté la faille du droit commercial, trouve qu'une évolution est souhaitable et que le droit économique peut constituer une solution, en affirmant que « *celui-ci serait essentiellement objectif. Il régirait toutes les activités de production, de distribution et de service [...]. Il s'appliquerait à toutes les activités économiques, indépendamment de la qualité de leur auteur* »⁵⁷.

Cependant, après avoir correspondu, dans les années 1950-1970, à une réalité incontestable, il semble que le droit économique, dans sa définition restrictive, n'a pu s'affirmer que partiellement par le biais du droit public économique. Par contre, en droit privé, les interventions de l'État dans la vie économique ont été reléguées au deuxième rang avec la renaissance du néolibéralisme à partir des années 1970. Enfin, la définition large ne pouvait triompher non plus car elle remettait en cause tout l'édifice juridique, en niant la distinction entre les branches du droit, fortement tributaire d'une tradition séculaire.⁵⁸

B – Le droit des affaires :

Le droit des affaires a connu un succès largement répandu, de sorte qu'il a envahi les lieux les plus sacrés chez les commercialistes, à savoir les ouvrages doctrinaux et les programmes des facultés de droit. Il ne s'agissait pas seulement du changement d'étiquette, mais également de concepts et de notions. Cependant, certaines confusions concernant sa définition, son domaine et sa relation avec le droit commercial sont toujours dominantes. En principe, le trait le plus marquant du droit des affaires est sa pluridisciplinarité, c'est-à-dire, « *son aptitude à englober des problèmes et adopter des solutions qui seront toujours hors du champ du droit commercial. Non seulement il accueille les règles pénales, sociales, fiscales et autres ; non seulement il opère la synthèse des approches publicistes et privatistes du droit, mais encore, il fonde en un seul alliage, les techniques juridiques et les techniques de gestion qui concourent à la solution des problèmes d'organisation de la vie des affaires, tels qu'ils se présentent quotidiennement à*

⁵⁶ A. PIROVANO, *loc. cit.* note 42, p. 235.

⁵⁷ Y. GUYON, *op. cit.*, note 10, p. 85.

⁵⁸ J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 47-48.

l'entreprise et dans l'entreprise »⁵⁹. De plus, il y a deux clés pour comprendre et maîtriser le droit des affaires : La première, est la prise de conscience de l'émergence irrésistible et irréversible de l'entreprise dans le droit. La deuxième, est la prise de conscience de la nature organisationnelle du droit. Or, *« l'entreprise et les relations entre les entreprises sont devenues un objet d'organisation juridique ; elles sont devenues l'objet essentiel du droit moderne des affaires »*⁶⁰.

Ainsi, le droit des affaires apparaît plutôt comme *« l'ensemble des règles de droit applicables aux entreprises et à leurs relations de droit privé »*⁶¹.

Droit des affaires vs. droit commercial.

Vu qu'ils sont voués à jouer le même rôle, La relation entre le droit commercial et le droit des affaires était en principe un lien de rivalité.

Ainsi, parmi ceux qui souhaitent que le droit des affaires remplace le droit commercial, se situe M. Champaud, qui affirme que le Code de commerce *« enferme l'exercice des affaires dans une sorte d'isolat juridique dont le droit commercial souffrira mortellement puisqu'il ne pourra y échapper qu'en cédant la place au droit des affaires »*⁶². Dans le même ordre d'idée, M. Paillusseau, en évoquant le big bang du droit des affaires, a fait un tour d'horizon sur les domaines du droit commercial touchés par l'évolution contemporaine, et a déduit que *« Dans tous ces domaines, l'évolution est la même : le droit commercial traditionnel s'efface, un nouveau droit des affaires s'affirme avec de nouveaux fondements, des notions et des finalités nouvelles. »*⁶³

Cependant, étant donné que les deux droits pourraient coexister dans la même structure juridique, c'est le cas du droit français aujourd'hui, certains auteurs pensent que le droit des affaires englobe et dépasse le droit commercial, mais ne le remplace pas. M. Legeais est de cet avis ; il soutient qu'*« en marge du droit commercial, se sont développées des disciplines nouvelles qui ont une autonomie plus ou moins grande. On peut citer le droit de la concurrence, le droit de la distribution, le droit des entreprises en difficulté, le droit*

⁵⁹ C. CHAMPAUD, *op. cit.*, note 2, p. 22.

⁶⁰ J. PAILLUSSEAU, *loc. cit.*, note 7, n° 28.

⁶¹ J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p.49.

⁶² C. CHAMPAUD, *op. cit.*, note 2, p. 12.

⁶³ J. PAILLUSSEAU, *op. cit.*, note 7, n° 23.

communautaire des affaires, le droit bancaire, le droit financier, le droit de la propriété industrielle. Le droit commercial peut alors apparaître comme un sous-ensemble du droit des affaires, se résumant aux seules règles applicables aux commerçants »⁶⁴.

C - Le droit de l'entreprise

Le droit de l'entreprise a été étudié sous deux angles différents. Certains voient que ce droit est voué à combler la lacune du domaine du droit commercial relativement aux frontières entre les actes civils et commerciaux, que nous avons appelé le problème intrinsèque. Cette idée ainsi comprise, est bien exposée par M. Guyon, qui voit que « *le droit commercial serait remplacé par le droit de l'entreprise. Celui-ci régirait toutes les activités organisées de nature commerciale, artisanale, agricole et libérale* »⁶⁵. Plus clairement, le droit commercial doit se reconstruire autour du droit de l'entreprise, qui correspond à la réalité de l'économie contemporaine et à la vie des affaires⁶⁶.

Toutefois, d'aucuns ont donné au droit de l'entreprise une ampleur qui dépasse le concept précédent et qui s'apparente à celle du droit des affaires. Après avoir constaté que l'entreprise est incontestablement bien au cœur du droit des affaires, M. Paillusseau se demande si l'on ne devrait pas évoquer le droit de l'entreprise plutôt que le droit des affaires. Il observe que l'expression « droit de l'entreprise » a l'avantage d'autoriser l'emprunt à toutes les disciplines juridiques intéressées, les techniques et les mécanismes qu'elles comportent et qui concourent à l'organisation juridique de l'entreprise. Finalement, il a fini par diviser la matière entre les trois droits proposés par la doctrine : « *Une solution pourrait être de classer dans le droit de l'entreprise, tout ce qui concerne l'organisation juridique de l'entreprise ; dans le droit des affaires, les relations d'affaires entre les entreprises et, le cas échéant, les particuliers ; dans le droit économique, les relations entre l'État et les entreprises et, plus généralement, la régulation de l'économie par l'État* »⁶⁷. Mme Dekeuwer- Défossez, par ailleurs, préfère examiner l'entreprise non comme alternative au droit commercial mais comme critère de celui-ci⁶⁸.

⁶⁴ D. LEGAIS, *op. cit.*, note 50, p. 4.

⁶⁵ Y. GUYON, *op. cit.*, note 10, p. 85

⁶⁶ J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 48.

⁶⁷ J. PAILLUSSEAU, *loc. cit.*, note 7, n° 82- 83.

⁶⁸ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, note 40, p. 22.

Ainsi, il convient de distinguer entre le droit des entreprises et le droit de l'entreprise. Le premier pourrait faire partie du droit positif et aurait pour objet de démêler les activités soumises au droit commun et celles assujetties aux règles particulières ayant trait à la vie des affaires. Le deuxième plus didactique, analyse l'entreprise d'un point de vue général, car il régit l'organisation juridique de l'entreprise. En conséquence, le droit des sociétés, le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives ont été considérés comme composant le droit de l'entreprise⁶⁹.

Réflexion.

La tâche des juristes, de trouver les meilleures règles qui régiraient la vie des affaires telle qu'elle se présente aujourd'hui, n'est guère facile. Les difficultés qu'ils éprouvaient tout au long de leurs recherches proviennent de deux raisons fondamentales :

- Tout d'abord ils n'ont pu déterminer la finalité du droit recherché ou, autrement dit, n'ont pas fixé avec précision les problèmes qu'ils voulaient régler. Tantôt est évoqué un droit qui doit englober toutes les activités économiques, qu'elles soient commerciales ou non. Tantôt est évoqué un droit qui doit contenir les nouvelles disciplines qui sont apparues récemment. Parfois, l'entreprise est présentée comme catalyseur de ce nouveau droit⁷⁰, tandis qu'ailleurs, elle est perçue comme un simple critère d'application. De plus, il est quelques fois exigé que ce droit régisse, soit les relations des entreprises entre elles ou avec la puissance publique, soit les relations internes de l'entreprise. Les juristes ont donc mêlé les deux problèmes dérivant du droit commercial et par conséquent la confusion s'est installée.

À notre sens, ces deux problèmes ne se coupent et ne s'opposent pas. Le fait que des disciplines nouvelles soient apparues régissant de nouveaux domaines de la vie des affaires comme par exemple la concurrence ou la distribution n'empêche pas que les règles du droit commercial soient étendues à d'autres professions traditionnelles comme l'agriculture ou l'artisanat. Autrement dit, le défaut du domaine du droit commercial en tant que droit qui régit seulement les commerçants et les actes de commerce n'a rien à voir avec la faille du droit

⁶⁹ D. LEGEAIS, *op. cit.*, note 50, p. 4.

⁷⁰ C. CHAMPAUD, *op. cit.*, note 2, p. 28.

commercial qui ne couvre pas les nouvelles disciplines de la vie des affaires moderne. Il s'agit de deux problèmes différents, qui sont par ailleurs liés. Le premier touche l'essence même du droit commercial et réclame une solution claire et adaptative. Le deuxième ne touche le droit commercial que lorsque celui-ci proclame l'exclusivité de régir tous les rapports de la vie des affaires. En surplus, les solutions pour les deux ne seraient nécessairement pas les mêmes.

L'amalgame entre ces deux problèmes a eu un impact énorme sur la confusion entre droit commercial et droit des affaires et elle aurait d'après nous, un effet important sur la difficulté d'appréhender la notion d'entreprise à l'échelle juridique.

- La deuxième raison, est que les juristes voulaient régler tous ces problèmes moyennant un seul droit tout en essayant qu'il soit cohérent et rationnel. Le droit des affaires est une bonne illustration de cette tendance. Mme Dekeuwer- Défossez constate qu'il est évident que le droit des affaires serait menacé d'éclatement par l'absorption de matières trop hétérogènes car « *qui trop embrasse mal étreint* »⁷¹.

Selon nous, rien n'empêche de diviser les problèmes, en essayant de trouver à chacun un remède adéquat. Ainsi, le droit des entreprises réglerait les problèmes que nous avons appelé intrinsèques concernant le champ d'application et les critères d'applicabilité des règles dérogatoires ayant trait aux affaires. Il déterminerait donc les nouveaux acteurs liés à la vie des affaires et leurs règles juridiques spéciales, pour les opposer aux particuliers et leurs règles de droit commun. Ce droit ferait partie intégrante du droit positif.

Par ailleurs, le droit des affaires n'est pas voué par essence à régler ces problèmes, car il ne constitue pas une branche distincte du droit positif, tout au plus est-il un objet didactique des sciences juridiques⁷².

Il contiendrait donc toutes les lois concernant la vie des affaires qui organisent la structure juridique des entreprises et leurs relations mutuelles de droit privé.

Par ailleurs, des branches liées au droit public se trouveraient détachées pour faire l'objet de branches spéciales tels que le droit fiscal des affaires, le droit pénal des affaires et le droit public économique⁷³.

⁷¹ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, note 40, p. 22.

⁷² C. CHAMPAUD, *op. cit.*, note 2, p. 48.

⁷³ J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 49.

Qu'il s'agisse donc des problèmes intrinsèques ou extrinsèques du droit commercial, force est de constater que l'entreprise est omniprésente dans le nouveau monde des affaires, et constitue la pierre angulaire de toute solution en perspective.

Par conséquent, une étude approfondie sur l'entreprise devient nécessaire à notre réflexion.

Chapitre 2

L'essor juridique de l'entreprise

Indépendamment de l'idéologie qu'on adopte vis-à-vis de l'entreprise, personne ne pourrait nier l'existence, voire même la prédominance au sein de la société techno-scientifique, industrielle et urbaine, organisée sur le modèle d'une économie de marché. Elle joue, affirme-t-on, le rôle de cellule socio-économique fondamentale, laissée vacante par la disparition des cellules de bases de la société artisano-agricole et rurale⁷⁴.

En effet, les auteurs sont presque unanimes sur l'importance de l'entreprise tant à l'échelle économique que juridique.

Économiquement, elle est le principal agent de l'expansion économique, la source première de création d'emplois. Elle est également un instrument irremplaçable de l'innovation et du progrès technique, le lieu privilégié de l'initiative et de la promotion personnelle.

Juridiquement, elle constitue l'outil idéal pour les juristes dans leurs efforts de pallier aux difficultés du droit commercial et d'ajuster les droits à la nouvelle réalité. Ainsi, l'entreprise est devenue la notion centrale du droit des affaires, du droit économique et bien entendu du droit des entreprises. Pourtant, les nombreux textes législatifs qui l'ont adoptée ne l'ont pas définie et ne lui ont pas octroyé une spécificité juridique précise. Par contre, un débat fort intéressant s'est amorcé au sein de la doctrine qui a débattu magistralement la question de l'entreprise, quoique sa tâche ne fût guère aisée. La difficulté de celle-ci se traduit par la confusion découlant des

⁷⁴ C. CHAMPAUD, *op. cit.*, note 2, p. 28.

textes où l'expression a été employée par le législateur. En les examinant, nul n'est avancé pour donner une définition juridique, car le législateur use du mot quand il lui est commode de le faire, sans se soucier de lui conférer un sens uniforme⁷⁵.

Par ailleurs, les juristes se trouvaient circonscrits par des dogmes traditionnels qui contrariaient tout changement de perception car « *nos idées classiques sur le patrimoine et la personnalité s'opposent à la reconnaissance de le l'entreprise* »⁷⁶.

Or, le premier obstacle auquel le juriste a dû faire face vis-à-vis de l'entreprise, fût de construire une structure cohérente à laquelle elle pouvait adhérer logiquement au sein de la vie juridique (section 1). Ensuite, la doctrine a débattu pendant longtemps la notion d'entreprise en vue de la conceptualiser juridiquement et de déterminer le rôle, ou plutôt, les rôles qu'elle pourrait jouer à l'échelle juridique (section 2).

Section 1

La structure de l'entreprise

La plupart des auteurs sont passés par la définition économique de l'entreprise pour arriver à sa compréhension juridique. En principe, une différence existe entre l'approche économique et juridique en la matière, de telle façon que « *l'entreprise n'existe pas en droit : le droit ne connaît que des propriétaires et des contractants. Quant aux économistes, ils considèrent d'autres phénomènes : les agents économiques (parmi lesquels l'entreprise), le marché.* »⁷⁷ Cette idée initiale était, en partie, à l'origine de la difficulté d'apercevoir l'entreprise juridiquement. Mais cette séparation est remise en cause dans les sociétés industrielles développées et « *les entités, les concepts sur lesquels travaillent les économistes tendent à devenir des entités et des concepts juridiques* »⁷⁸.

⁷⁵ George RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^e édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, p. 267.

⁷⁶ Id, p. 271.

⁷⁷ G. FARJAT, op. cit., note 43, p. 91.

⁷⁸ Id, p. 91.

Par conséquent, à partir d'un concept purement économique, les juristes ont tenté de définir l'entreprise (I) et de déterminer ses éléments constitutifs (II).

I - La définition de l'entreprise : abondance économique et infirmité juridique

La pénurie, l'insuffisance ou l'imprécision marquant la définition juridique de l'entreprise, ne se trouvent guère chez les économistes. Ces derniers ont donné plusieurs définitions de l'entreprise, au point que le juriste ne sache laquelle choisir comme base d'une définition juridique⁷⁹. En conséquence, chaque juriste adopte la définition économique qui correspond le plus à son idéologie, ou plutôt au concept qu'il voulait faire valoir.

Les définitions économiques de l'entreprise sont axées sur deux tendances principales :

La première, étroite ou restrictive, prétend que le terme entreprise est réservé à l'entreprise capitaliste qui est caractérisée par le recours au travail étranger et par le mobile lucratif qui inspire son activité. Cette idée était défendue particulièrement par Perroux qui a donné à l'entreprise une définition assez complexe, en affirmant qu'elle est « *une forme de production par laquelle, au sein d'un même patrimoine, on combine les prix des divers facteurs de production apportés par des agents distincts du propriétaire de l'entreprise, en vue de vendre sur le marché un bien et des services, et pour obtenir un revenu monétaire qui résulte de la différence entre deux séries de prix* »⁸⁰.

La seconde, louée par Truchy, est plus extensive, voulant considérer comme entreprise « *toute organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou des services. L'entreprise est l'unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique* »⁸¹. Dans le même sens, James voit en l'entreprise, « *tout organisme se proposant essentiellement de*

⁷⁹ Michel DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, p. 6.

⁸⁰ Cité par J. HAMEL, G. LAGARD et A. JAUFFRET, *op. cit.*, note 16, p. 318. (Nos soulignements).

⁸¹ Henri TRUCHY, *Cours d'économie politique*, Paris, 3^e éd., Librairie recueil Sirey, 1929, p. 153.

produire pour les marchés certains biens ou services, indépendant financièrement de tout autre organisme »⁸².

Quant aux juristes, ils se sont inspirés de l'une ou de l'autre de ces tendances, soit pour donner leurs propres définitions, soit pour appuyer leurs points de vue.

Ainsi, M. Champaud, en faisant référence aux caractères économiques distinctifs de l'entreprise présentés par James, s'attarde particulièrement au caractère de l'autonomie de la direction et des comptes, à cause de l'importance de celui-ci au regard du droit. Ce caractère, explique l'auteur, pose le principe de l'indépendance juridique de l'entreprise et sa candidature à la qualité de sujet de droit⁸³. Ce choix ainsi effectué révèle la forte tendance de Champaud à considérer l'entreprise comme un sujet de droit.

Il en va autrement pour M. Paillusseau ; bien qu'il admette la partialité de la définition restrictive, il estime qu'elle a l'avantage d'être plus précise et de permettre de mieux cerner l'entreprise capitaliste moderne que la définition extensive. Il déduit donc de ces deux tendances sa propre définition : *« l'entreprise est une organisation groupant différents facteurs, humains et matériels, ayant pour objet la production ou la distribution de biens ou de services destinés à être vendus »⁸⁴*. Ainsi, il met davantage l'accent sur le but de l'activité de l'entreprise, que sur l'activité à elle-même.

En essayant de trouver une définition juridique de l'entreprise au-delà de sa définition économique, les juristes ont éprouvé une grande difficulté. Selon les concepts traditionnels du droit, il peut exister un statut de fait pour l'entreprise, mais il ne semble pas que cette dernière ait un statut juridique. Donc, du point de vue purement juridique, l'entreprise n'est qu'un ensemble de biens appartenant à une personne physique ou morale, et un ensemble de contrats liant cette personne à d'autres personnes comme les salariés, les fournisseurs et les clients. Par conséquent, l'entreprise était pendant longtemps cachée sous la propriété⁸⁵, et elle était alors associée à la personne physique ou morale à qui appartiennent les biens, soit le chef d'entreprise. Mais au moment où il fut constaté, sous l'influence des mutations économiques et

⁸² Cité par J. HAMEL, G. LAGARD et A. JAUFFRET, *op. cit.*, note 16, p. 318.

⁸³ C. CHAMPAUD, *op. cit.*, note 2, p. 30.

⁸⁴ Jean PAILLUSSEAU, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Toulouse, Librairie Sirey, 1967, p. 67.

⁸⁵ G. RIPERT, *op. cit.*, note 75, p. 262.

surtout sociales, que l'intérêt de l'entreprise pouvait ne pas être celui de l'entrepreneur, celle-ci s'est mise à se dissocier de celui-là pour devenir une entité autonome cherchant à se trouver un statut juridique⁸⁶. Alors, pour que l'entreprise puisse y parvenir, il fut nécessaire que son existence sous son aspect économique, que sa composition sous son aspect social, soient organisées par des règles de droit⁸⁷.

Face à cette réalité, les réactions des juristes divergeaient. Au début, certains s'opposaient à la nécessité de l'idée même de l'entreprise, en soutenant que l'arsenal juridique existant était suffisamment compliqué sans lui ajouter encore une nouvelle catégorie, et que les notions classiques de société et de contrat suffisaient amplement pour régler les problèmes soulevés par l'entreprise⁸⁸. Cette opinion est rendue aujourd'hui sans valeur pratique, car l'entreprise s'est imposée fortement dans la vie juridique et le juriste ne peut plus l'ignorer. Les auteurs ont donc cherché, parmi les concepts juridiques existants, à conceptualiser l'entreprise : les uns prétendent qu'elle constitue à elle seule une personne juridique⁸⁹, les autres donnent à l'entreprise, réalité économique, une assise juridique qu'est la société⁹⁰. D'autres s'éloignent du statut juridique pour prendre uniquement en considération sa définition économique en tant qu'entité vouée à l'exercice des activités économiques.

En réalité, tous ces concepts pourraient être, dans des situations particulières, vrais et réels car « *le mot entreprise est polysémique et l'institution pluriforme et pluridimensionnelle* »⁹¹.

⁸⁶ M. DESPAX, *op. cit.*, note 79, p. 195.

⁸⁷ J. PAILLUSSEAU, *op. cit.*, note 84, p. 63.

⁸⁸ Julliot de la MORANDIÈRE, dans « Travaux de l'association H. Capitant », cité par M. DESPAX, *op. cit.*, note 79, p. 2.

⁸⁹ Cf., C. CHAPAUD, *op. cit.*, note 2, p. 29 ; M. DESPAX, *op. cit.*, note 79, p. 377.

⁹⁰ J. PAILLUSSEAU, *op. cit.*, note 84, p. 62 et s.

⁹¹ Nabil ANTAKI et Charline BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 134.

II - Les éléments constitutifs de l'entreprise

Dans une acception large, l'entreprise, économiquement entendue, consiste en une organisation unitaire de moyens humains, matériels et financiers en vue d'une activité de production ou de prestation de services⁹².

De là, nous pouvons déduire les éléments constitutifs de l'entreprise.

A. Un ensemble de moyens de production.

Pendant un certain temps, l'ensemble constitutif de l'entreprise était une question de divergence entre auteurs. Certains voyaient que l'entreprise s'analysait comme un groupement de biens et de droits affectés à l'activité économique de l'entrepreneur ; à ce titre elle rassemblait tous les éléments matériels corporels ou incorporels qui concouraient à la production, tels que l'immeuble, les machines, les moyens de transport, les droits de propriété industrielle, la clientèle. Parfois, il a même été considéré que l'entreprise recelait le fonds de commerce ou constituait une universalité de fait.

Toutefois, cette idée d'apercevoir l'entreprise à travers le droit du patrimoine fut critiquée à maintes fois, et elle est apparue tout à fait illusoire du fait de son absence totale d'appréhension de l'élément humain dans l'entreprise⁹³.

D'autres considèrent que l'analyse juridique conduit à exclure totalement, dans la définition de l'entreprise, les biens qui y sont mêlés et que les seuls éléments de celle-ci sont les éléments personnels, à savoir les apporteurs de capitaux, les dirigeants et les travailleurs. Hamel, Lagarde et Jauffret sont des défenseurs de cette idée car ils affirment qu' « *il ne s'agit cependant pas de nier l'importance des biens dans l'entreprise, leur caractère indispensable pour la réalisation de l'activité de production ou de distribution qui caractérise l'entreprise. Mais il faut les considérer comme les biens de l'entreprise et non pas comme l'entreprise elle-même* »⁹⁴.

⁹² J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 178.

⁹³ Guy LAMBERT, « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », dans *Études offerts à Pierre Kayser*, t. 2, Éditions Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 77-100, 80 et s.

⁹⁴ J. HAMEL, G. LAGARD et A. JOUFFRET, *op. cit.*, note 16, p. 324.

De fait, la majorité des auteurs aujourd'hui voit dans l'entreprise l'union de deux cellules précitées : la cellule économique rassemblant des éléments matériels et la cellule sociale composée des éléments humains.

Cependant, une interrogation importante s'impose à cet égard, qui consiste à savoir si l'entreprise, pour exister, devrait réunir tous ces moyens matériels et humains. Autrement dit, existe-il à titre d'exemple une entreprise sans salariés ou avec des moyens matériels extrêmement réduits ? En effet, cette question est délicate et ne connaît pas toujours de réponse décisive. Cela dépend de la situation, de la loi et du contexte auxquels la notion d'entreprise s'applique. À titre d'exemple, de même qu'une multinationale comme « Coca-cola » avec tous ses moyens matériels et humains, est considérée comme une entreprise au regard des dispositions fiscales ou concurrentielles, de même que l'on aurait le droit de s'interroger si un artiste ambulant qui joue de la guitare exploite une entreprise dans le cadre de l'application de la notion d'entreprise dans le Code civil du Québec⁹⁵.

Les situations sont donc très variables et l'on ne saurait leurs donner toujours une réponse décisive.

B. L'organisation.

Outre les éléments matériels et humains, l'entreprise exige un gouvernement qui prévoit, organise et dirige ses activités selon certaines méthodes et techniques. Autrement dit, pour qu'il y ait entreprise, il faut que l'activité de celle-ci soit organisée de telle sorte qu'elle ne soit pas le résultat du hasard, mais plutôt qu'elle s'inscrive dans le cadre d'un objectif économique prédéterminé par l'entrepreneur⁹⁶.

Ici encore, le concept de l'organisation n'est pas tout à fait identique et dépend du problème que l'on aborde. Ainsi, pour cerner l'entreprise visée par l'article L. 110-1 du Code de commerce français (anciennement, article 632), Hamel, Lagarde et Jauffret exposent que deux caractères sont essentiels : la répétition des actes et l'existence d'une organisation destinée à les réaliser. Par répétition, l'acte de commerce de l'entreprise se différencie nettement de l'acte de

⁹⁵ N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 169.

⁹⁶ Pierre J. DALPHOND, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », (1994) 54, *Revue du Barreau*, 35-44.

commerce isolé ; mais cette répétition ne suffirait pas, à elle seule, pour caractériser l'entreprise si les actes n'étaient pas réalisés à l'aide d'un ensemble de moyens (personnel, matériel, locaux spécialisés et aménagés) qui servent à leur réalisation⁹⁷.

De même, le critère de l'organisation est appelé aussi à jouer un rôle important dans le cadre de l'application de l'article 1525 du Code civil du Québec qui prévoit que l'exercice d'une activité économique organisée constitue le critère pour l'exploitation d'une entreprise. Dans le cas de l'article L. 110-1 C.c.F. ou celui de l'article 1525 C.c.Q, le concept de l'entreprise se ressemble et la notion d'organisation sert à déterminer l'existence même de l'entreprise. Il s'agit le plus souvent d'une entreprise individuelle.

Par contre, lorsqu'on traite du droit des sociétés et surtout des sociétés par actions, l'organisation revêt un autre sens car le seuil minimum de l'organisation n'y pose pas généralement un grand problème. Il s'agit donc de l'organisation hiérarchique de l'entreprise.

Dans ce cas, l'entreprise est un centre de décision et de pouvoir, et une organisation complexe : centre de décision et de pouvoir concernant la façon selon laquelle elle sera conduite, des moyens qu'il faut lui affecter, de la stratégie à suivre, de l'affectation des résultats, du mode de croissance, de sa restructuration éventuelle, de sa fusion avec une autre entreprise, voire de sa disparition. D'ailleurs, une organisation complexe signifie les processus décisionnels, les définitions de fonctions, les options stratégiques, la qualité des dirigeants et les rapports de force entre les actionnaires, les dirigeants et le personnel⁹⁸.

Bien que l'organisation ainsi perçue ne constitue pas un critère de l'existence de l'entreprise à l'opposé du cas précédent, elle est considérée comme une condition incontournable pour le succès et le bon déroulement de l'entreprise.

C. l'exercice d'une activité économique.

L'entreprise doit, pour exister, se livrer à des activités économiques, c'est-à-dire à des opérations de production, de transformation et de distribution de biens et de prestation de services. Cette activité doit présenter elle-même certains caractères :

⁹⁷ J. HAMEL, G. LAGARD et A. JOUFFRET, *op. cit.*, note 16, p. 249.

⁹⁸ Jean PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » (1999), *Recueil Dalloz*, 157- 169-170.

- elle doit être autonome, c'est-à-dire exercée par l'entreprise pour son propre compte et pour son profit. Ce profit n'est d'ailleurs pas obligatoirement pécuniaire.
- elle est habituelle et s'exerce par une répétition d'actes. Les actes isolés ne constituent pas une entreprise.
- elle doit constituer une offre sur un marché car l'entreprise n'existe que dans la mesure où des clients lui achètent ses biens, ses services en quantité suffisante pour satisfaire les conditions de sa viabilité⁹⁹.

De cet élément, nous pouvons déduire que l'existence de l'entreprise, son importance et le rôle qu'elle pourrait jouer sur la scène juridique ne s'en tient pas uniquement à l'exercice des activités commerciales. En d'autres termes, nous sommes en présence d'une entreprise dès lors qu'elle exerce des activités économiques, qu'elles soient commerciales ou non. Malgré sa compréhensibilité, cette idée est particulièrement importante pour une étude vouée à analyser la notion d'entreprise en droit français et québécois, car elle a engendré un bouleversement au niveau des règles juridiques procédant du droit commercial traditionnel. Nous reviendrons sur ce point avec une analyse approfondie dans cette étude.

Il en résulte que chaque fois que le législateur se sert du mot entreprise (il le fait souvent), il vise toute entité organisée, autonome et constituée par des moyens matériels et humains en vue d'exercer des activités économiques.

En retenant ainsi la définition économique de l'entreprise, peut-on considérer que tous les problèmes concernant l'entreprise, juridiquement, sont réglés? M. Lambert répond négativement en affirmant que cet enseignement ne porte encore aucun fruit¹⁰⁰.

En effet, la difficulté d'apercevoir l'entreprise au plan juridique ne se limite pas seulement à cerner ses éléments constitutifs. La réunion de ces éléments fait d'ores et déjà l'unanimité entre les juristes quoique l'importance des moyens, le degré de l'organisation et la nature des activités causent encore une certaine confusion. La difficulté consiste donc dans le ou les rôles que joue l'entreprise en droit.

⁹⁹ J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 179 ; J. PAILLUSSEAU, *loc. cit.*, note 7, n° 43.

¹⁰⁰ G. LAMBERT, *op. cit.*, note 93, p. 79.

Sections 2

Les notions juridiques de l'entreprise

Depuis une cinquantaine d'année, les juristes des affaires parlent souvent de la notion juridique d'entreprise de telle sorte qu'il est très rare qu'on trouve un livre ou un traité concernant les affaires qui ne consacre pas une partie importante de ses analyses à cette notion. Ce constat ne saurait étonner car cela va de pair avec les nombreux textes législatifs qui s'y réfèrent directement ou indirectement. Toutefois, la question qui s'impose à ce stade est de savoir si l'entreprise recèle une seule notion juridique ? Autrement dit, en visant la même entreprise (c'est-à-dire une entité autonome organisée, constituée par des moyens matériels et humains en vue d'exercer des activités économiques), le législateur et les auteurs visent-ils toujours la même notion d'entreprise ?

Donner une réponse exhaustive et soutenue à cette question demande d'abord une étude spéciale et approfondie sur l'entreprise là où elle apparaît dans la doctrine, la jurisprudence et les législations. Ensuite il faut savoir s'il y a une notion unitaire de l'entreprise qui rallie toutes les apparitions de l'entreprise au niveau juridique.

Ce projet ambitieux ne fait que partiellement partie de nos propos. Par conséquent, nous nous contentons ici d'étudier la notion juridique d'entreprise par le biais de trois points de vue que nous jugeons pertinents. Le premier examine la notion d'entreprise comme critère d'application de certaines règles particulières (I). Le deuxième aborde le statut juridique de l'entreprise par rapport aux principes fondamentaux du droit positif (II). Le troisième, plus réaliste, traite de la notion d'entreprise comme étant une notion fonctionnelle au sein des sciences juridiques (III).

I - La notion d'entreprise en tant que critère d'application de certaines règles particulières.

Une des premières manifestations de la notion d'entreprise en droit était l'idée d'y recourir pour distinguer les actes de commerce à l'égard de l'application des dispositions du droit commercial. Dès sa promulgation, le Code de commerce français évoquait le mot « entreprise » moyennant les actes de commerce en entreprise. Après avoir été pendant longtemps un simple

acte de commerce entre autres, l'entreprise est appelée par une partie de la doctrine à jouer le rôle d'un critère de la commercialité. Ainsi, sous le titre de la notion d'entreprise, M. Escarra présente ce critère en soutenant qu'est acte de commerce tout acte accompli par une entreprise, et il définit l'entreprise comme étant « *la répétition professionnelle d'acte de commerce, reposant sur une organisation préétablie* »¹⁰¹.

Au Québec, M. Ducharme, déjà en 1976, a construit sa thèse de doctorat sur la notion d'entreprise étudiée par rapport à l'acte de commerce. Il insiste sur la nécessité d'adopter une conception subjective de la commercialité axée sur la notion d'entreprise en soutenant que :

*Le critère principal de la commercialité, tenant compte des considérations qui précèdent, nous apparaît être la notion d'entreprise commerciale. Il fallait, avons-nous dit, un critère mettant l'accent sur l'activité commerciale plutôt que sur un acte de commerce pris isolément. Pour qu'il y ait activité commerciale, c'est-à-dire répétition ordonnée d'actes de commerce, il faut nécessairement une organisation, c'est-à-dire une entreprise. D'où l'on voit que la notion d'entreprise commerciale remplit bien cette condition de mettre l'accent plutôt sur l'activité que sur l'acte de commerce pris isolément.*¹⁰²

Au départ, cette approche abordait la notion d'entreprise dans le cadre de l'application du droit commercial uniquement. Il s'agit plus précisément de la notion de l'entreprise commerciale.

Ainsi examinée, cette notion fut vivement critiquée en France par les commercialistes traditionnels.

Juglart et Ippolito disent qu'elle est vague et imprécise ; notamment, à partir de quel degré d'organisation ou d'importance une entreprise devient-elle commerciale ? Par ailleurs, ils expliquent sa contradiction avec les concepts reconnus concernant les frontières sacrées entre le droit civil et le droit commercial, en soutenant que « *toutes les entreprises, comme les entreprises agricoles ou les carrières ou bien encore les études de notaire et les cabinets dentaires (puissamment organisées), ne sont pas commerciales. On sera alors obligé de considérer l'objet de l'activité poursuivie par l'entreprise pour en définir la commercialité* »¹⁰³.

¹⁰¹ J. ESCARRA, *op. cit.*, note 12, p. 60.

¹⁰² L. DUCHARME, *op. cit.*, note 910, p. 67.

¹⁰³ M. JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, note 25, p. 145.

Quant à l'application de la notion d'entreprise proprement dite, c'est-à-dire qui couvre toute activité économique qu'elle soit commerciale ou non, elle a été rejetée catégoriquement en France. La plupart des auteurs pensent, à raison, que la notion d'entreprise, ainsi perçue, ne correspond pas aux principes du droit commercial et la réunion de ces deux concepts n'est pas réalisable. Mme Dekeuwer-Défossez, en affirmant que la notion d'entreprise n'a pas de sens juridique suffisamment précis, résume cette idée en affirmant que « *le critère de l'entreprise est beaucoup trop large pour désigner le seul droit commercial [...] Last but not least, il existe beaucoup d'entreprise civiles, échappant au droit commercial, même si leur régime tend à se rapprocher de plus en plus de celui des entreprises commerciales* »¹⁰⁴.

Avec la mutation économique, les auteurs ont à maintes fois exprimé le souhait que la notion d'entreprise se substitue à celle, désuète, de la commercialité¹⁰⁵. Dès lors, plusieurs d'entre eux voient dans la notion d'entreprise ainsi perçue, une notion constructive d'avenir susceptible de jouer *de lege feranda* pour l'application des règles dérogatoires au droit commun, et qui répond parfaitement à la mutation survenue telle qu'elle était exposée un peu plus haut¹⁰⁶.

En d'autres termes, la notion d'entreprise est vouée à permettre l'organisation d'un droit nouveau qui se construirait en dehors des actes de commerce sur les bases de l'entreprise et qui pourrait s'appeler le droit des entreprises.

Si évolutive soit elle, cette notion n'a pas été adoptée en droit français à cause de l'existence de la distinction traditionnelle entre actes civils et actes commerciaux, c'est-à-dire de l'existence du droit commercial. Donc, tant et aussi longtemps qu'il y aura un droit commercial, il n'y aurait jamais un droit des entreprises. Par ailleurs, le Code civil du Québec a adopté cette notion au pied de la lettre.

¹⁰⁴ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, note 40, p. 59.

¹⁰⁵ Y. GUYON, *op. cit.*, note 10, p. 85 ; Bruno OPPETIT et Alain SAYAG, *Les structures juridiques de l'entreprise*, 3^e éd., Paris, Librairies Techniques, 1981, p. 1.

¹⁰⁶ *Infra*, p. 11-12.

II – Le statut juridique de l’entreprise.

Avec l’irruption de l’entreprise au sein de la vie juridique, la notion d’entreprise a pris un sens tout à fait différent. Elle a engendré une certaine confusion par rapport aux principes fondamentaux du droit. Les juristes analysaient donc l’entreprise du point de vue purement juridique tout en retenant sa définition économique. De là, ils ont soulevé les problématiques suivantes :

- L’entreprise est fort présente au plan juridique, coexiste avec la personne physique et morale mais elle n’est ni l’une ni l’autre.
- elle comprend tous les moyens matériels affectés par l’entrepreneur individuel ou associé pour l’exercice de ses activités, mais elle n’en est pourtant pas propriétaire.
- elle est constituée par des moyens humains, mais ce n’est pas elle qui conclue les contrats de travail avec son personnel, mais l’entrepreneur. Cependant, si ce dernier changeait, ces contrats resteraient attachés à l’entreprise malgré le fait que la personne qui les avait signés est différente.
- elle a un intérêt propre et distinct de celui des groupements qui la composent ; néanmoins, il ne lui a pas été reconnu de personnalité juridique.
- elle a une comptabilité et une fiscalité autonomes et distinctes de celles de l’entrepreneur, mais elle n’a pas pour autant un patrimoine propre. Alors, lorsqu’elle cesse de payer ses créanciers, c’est l’entrepreneur qui assume toute la responsabilité.

Ces problèmes étaient d’autant plus réels que le juriste ne savait plus où il devrait placer l’entreprise : dans le droit des biens comme le fonds de commerce ou dans le droit des personnes à côté des sociétés ? Plus précisément, il s’interrogeait sur le fait de savoir si l’entreprise est un sujet ou un objet de droit. Dès lors, les tenants de la notion d’entreprise ainsi définie cherchaient à trouver à l’entreprise, réalité économique, un statut juridique parmi les concepts préexistants en droit positif. Par conséquent, la question de la nature juridique de l’entreprise fut, selon eux, le premier pas vers sa reconnaissance juridique. Ce débat d’apparence juridique dissimule en réalité une querelle d’ordre politique et surtout sociale car c’est dans le droit social que l’entreprise est d’ores et déjà devenue un concept juridique¹⁰⁷.

¹⁰⁷ C. CHAMPAUD, *op. cit.*, note 2, p. 31-33.

L'idée initiale était de dissocier l'entrepreneur de l'entreprise en vue de protéger les autres intérêts existants dans l'entreprise et en particulier celui du personnel. De là, se révèle l'influence du droit social sur le développement de la notion d'entreprise.

En conséquence, d'aucuns ont présenté l'entreprise comme sujet de droit. La thèse la plus influente était celle de Despax qui voit dans l'entreprise un sujet de droit naissant. Il prétend que la confusion primitive entre l'entrepreneur et l'entreprise va se trouver ébranlée par un irrésistible mouvement de dissociation entre l'un et l'autre, qui va peu à peu arracher l'entreprise à l'entrepreneur et lui donner une existence juridique propre. Cette dissociation, ajoute l'auteur, découle de la distinction entre l'intérêt collectif de l'entreprise et l'intérêt individuel de l'entrepreneur tant au plan économique que social¹⁰⁸. Pour séduisante qu'elle soit, cette analyse a été maintes fois critiquée¹⁰⁹. En effet, la personnification de l'entreprise s'oppose fortement à la réalité du droit positif car « *si l'on considère le droit positif, force est de reconnaître que l'entreprise ne constitue pas actuellement une personne juridique. Elle est objet de droit mais en aucun cas sujet de droit [...] Elle n'est ni titulaire de droits réels, ni créancière, ni débitrice. Elle n'a pas de patrimoine. C'est par commodité de langage, que les textes utilisent les expressions de droit, d'obligations et de patrimoine de l'entreprise* »¹¹⁰.

Par ailleurs, tout en admettant la dissociation entre l'entreprise et l'entrepreneur, M. Paillusseau nie à l'entreprise la personnalité juridique, et trouve la solution dans la société qui donne à l'entreprise son statut juridique en soutenant que :

Bien qu'ayant une existence certaine et obligatoire sur le plan économique, l'entreprise n'à pas automatiquement une individualité d'ordre juridique qui lui permette d'être titulaire de droits et d'être tenue par des obligations. Elle n'est pas obligatoirement un sujet de droit. Cependant, elle ne peut vivre pleinement et s'épanouir que par une reconnaissance qui la fasse apparaître sur la scène juridique. Pour cela, deux systèmes sont possibles. Ou bien l'entreprise est en elle-même une personne morale. Ou bien elle se moule dans des structures juridiques préétablies qui lui procurent la capacité

¹⁰⁸ M. DESPAX, *op. cit.*, note 79, p. 13-377.

¹⁰⁹ Cf. Gérard et Antoine LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Éditions Librairies Technique, 1978, p. 606-607 ; G. LAMBERT, *op. cit.*, note 93, p. 92-93

¹¹⁰ J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 185.

*juridique qui lui manque. En droit français, l'entreprise ne peut exister que dans la mesure où elle est exploitée par une personne physique ou morale*¹¹¹.

Vingt ans plus tard, en étudiant l'entreprise dans le cadre du droit des affaires, M. Paillusseau conclut qu' « *en réalité, l'entreprise n'est ni un objet, ni un sujet de droit. Elle ne peut entrer dans le droit de cette manière. Elle transcende le droit et les classifications juridiques. Elle est d'essence économique et sociale. Mais comme elle est un objet d'organisation juridique, de nombreuses règles la régissent* »¹¹².

Après que la notion d'entreprise ait été étudiée pendant longtemps au regard de son statut juridique vis-à-vis des principes fondamentaux du droit, il semble qu'aujourd'hui ce débat s'est atténué, voire a disparu. L'entreprise couvre dès lors l'ensemble des structures agissantes sur le plan économique, peu importe leur statut ou leur personnalité juridique.

III - La notion fonctionnelle de l'entreprise.

Cette notion, la plus récente, semble prévaloir aujourd'hui parmi les juristes. Elle aborde l'entreprise en tant que telle, d'une façon réaliste sans s'attarder à lui donner un concept unique et cohérent. Elle repose simplement sur deux postulats : le premier est que l'entreprise est une réalité économique et sociale. C'est là sa nature profonde, elle n'est pas juridique¹¹³. Le second, est que la notion d'entreprise à laquelle se réfère le législateur diffère d'un texte à l'autre, et il est nécessaire pour la comprendre de la replacer chaque fois dans son contexte¹¹⁴.

M. Paillusseau, après une longue démarche en lien avec la notion d'entreprise, a fini par conclure que les rapports entre l'entreprise et le droit sont très variés. Selon lui, parfois le droit s'intéresse à organiser l'entreprise juridiquement. Puisqu'elle n'a pas d'organisation juridique spécifique, il le lui confère. D'autres fois, l'entreprise est l'objet de nombreuses règles juridiques, mais c'est à travers la société qu'elles vont s'appliquer. Par contre, des textes

¹¹¹ J. PAILLUSSEAU, *op. cit.*, note 84, p. 102.

¹¹² J. PAILLUSSEAU, *loc. cit.*, note 7, n° 31.

¹¹³ Jean PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI siècle », (2003) 5, *Recueil Dalloz*, 322-324.

¹¹⁴ J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 184.

particuliers visent parfois à titre principal l'entreprise elle-même et non la société qui l'organise. Finalement, dans la substitution des notions d'activité économique et d'entreprise respectivement à celles d'actes de commerce et de commerçant, certains textes modernes visent expressément l'entreprise pour lui accorder des droits ou la soumettre à des obligations¹¹⁵.

Le droit n'aperçoit donc pas l'entreprise d'une seule manière parce qu'elle n'est pas un concept juridique. Il retient selon le cas, tels ou tels éléments de l'entreprise. Il déplace le centre de gravité de la notion, en fonction du but qui est assigné à la règle de droit.

La notion d'entreprise est essentiellement fonctionnelle : elle est l'outil par lequel la règle juridique s'ajuste à la réalité¹¹⁶. Dans le même ordre d'idée, les professeurs Antaki et Bouchard estiment à 100 le nombre de définitions des mots entreprises, affaires, établissement et autres désignations relatives à des concepts voisins en droit québécois. Par conséquent, ils soulèvent deux remarques : *« la première, est qu'il est logique que les définitions soient circonstancielles, puisque chaque loi poursuit une finalité qui lui est spécifique. La deuxième, est que les termes sont utilisés dans un esprit indicatif et non exclusif, dans le but de couvrir tout l'éventail des possibilités, mais sans le moindre souci de cohésion »*¹¹⁷.

Aussi, le droit communautaire européen adopte-il pleinement la notion fonctionnelle de l'entreprise. La Cour de justice des communautés européennes, dans l'arrêt Allen, a insisté sur le fait que les solutions retenues en droit de la concurrence pour les relations intra-groupe ne pouvaient être transposées en droit social¹¹⁸. Au sein d'une même branche de droit, la définition de l'entreprise n'est pas toujours la même suivant la nature du problème à résoudre¹¹⁹.

Donc, lorsque l'entreprise est prise en compte par le droit, sa fonction pourrait différer d'une loi à l'autre suivant le but poursuivi par le législateur qui l'utilise comme objet ou outil afin d'organiser telle ou telle matière relevant au monde des affaires. La question de sa nature juridique devient donc secondaire car l'importance de l'entreprise ici dérive de sa fonction et non pas de sa nature juridique.

¹¹⁵ Jean PAILLUSSEAU, *loc. cit.*, note 113p. 324.

¹¹⁶ J-B. . BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 184.

¹¹⁷ N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 136.

¹¹⁸ CJCE, 2 déc. 1999, Allen, aff. C-234/98. Rec., p. I-8643.

¹¹⁹ Laurence IDOT, « L'organisation de l'entreprise. La notion d'entreprise », (2001) 2, V.119, *Rev. sociétés*, 191-194.

Réflexion :

Il est entendu que l'entreprise est la cellule économique et sociale de base de la société contemporaine de telle sorte qu'il n'y a pratiquement personne (physique ou morale, privée ou publique) qui ne s'y intéresse directement ou indirectement. De ce fait, elle est particulièrement un centre d'intérêts ; sa création et son fonctionnement font naître de multiples intérêts qui s'y attachent fortement : intérêts privés tels que celui de l'apporteur des capitaux, du personnel, des fournisseurs, des créanciers et intérêts publics concernant la société en général tels que les consommateurs, l'environnement, la prospérité économique et la justice sociale. Or, l'importance de ces intérêts explique le fait que l'entreprise est devenu le destinataire principal des règles juridiques régissant le monde des affaires.

Auparavant, les règles juridiques des affaires visaient les personnes physiques ou morales qui agissaient sur la scène économique telles que les commerçants et les sociétés. Aujourd'hui, ces règles s'adressent principalement aux entreprises ayant pour but d'organiser l'entreprise, ses activités et les multiples intérêts y attachés peu importe son statut juridique. Pourtant, le rôle des personnes juridiques n'a pas pu être négligé car elles présentent toujours la structure d'accueil de l'entreprise vis-à-vis du droit positif.

M. Farjat explique bien la fonction de la notion d'entreprise en écrivant que « *dans notre droit positif, le concept d'entreprise est explicitement ou implicitement utilisé pour résoudre des contradictions, des inadaptations, entre les structures juridiques classiques et de nouveaux intérêts économiques.* »¹²⁰.

Alors, nous concluons que la notion d'entreprise consiste dans son caractère fonctionnel lui permettant de jouer des rôles différents et déterminants dans les différentes branches du droit, comme étant un objet d'organisation juridique et un outil d'harmonisation entre les règles juridiques et l'évolution économique et sociale.

Cette conclusion parachève l'étude de la notion d'entreprise comme notion générale. Par la suite, chaque examen plus approfondi sur cette notion devrait s'effectuer dans son contexte.

¹²⁰ G. FARJAT, *op. cit.*, note 43, p. 92.

Pour notre réflexion, nous nous concentrerons sur l'application de la notion d'entreprise en droit commercial français et dans le Code civil du Québec.

Seconde Partie

La notion d'entreprise entre le Code civil du Québec et le Code de commerce français

Nous retenons deux constats précédemment évoqués pour structurer la problématique de cette partie. Le premier est la désuétude des principes du droit commercial par rapport aux mutations socio-économiques. Le deuxième est l'apparition de l'entreprise comme étant la nouvelle cellule de base de la vie des affaires, ayant pour principal rôle d'ajuster les règles juridiques à la nouvelle réalité économique.

Alors, il reste à savoir quel rôle la notion d'entreprise a-t-elle pu jouer face à l'obsolescence du droit commercial ? Plus précisément, comment les législateurs ont-ils usé de l'entreprise pour adapter les règles des affaires aux mutations économiques et sociales ?

Pour répondre à ces interrogations, nous avons choisi d'examiner l'application de la notion d'entreprise dans le Code civil du Québec et le Code de commerce français. En effet, ces deux exemples sont tout à fait significatifs et révélateurs à cet égard ; ayant appliqué jadis les principes traditionnels du droit commercial, les deux législateurs ont introduit par la suite l'entreprise dans leurs droits respectifs. Mais bien que leur objet commun fut de pallier aux failles des principes traditionnels du droit commercial, afin d'y parvenir, chacun avait néanmoins poursuivi une méthode différente et réglé un problème différent. Alors, nous examinerons la façon dont la notion d'entreprise a été introduite et le rôle qu'elle a pu jouer dans le Code de commerce français (Chapitre 1), et dans le Code civil du Québec (Chapitre 2).

Par ailleurs, sera mis l'accent sur le degré de succès de chaque approche dans leur recherche à atteindre le résultat escompté. A ce propos, dans un souci de clarté méthodologique, nous ferons allusion au fur et à mesure de notre raisonnement, aux avantages et aux inconvénients de l'application de cette notion, dans les deux législations précitées.

Chapitre 1

La notion d'entreprise en droit commercial français

Les juristes français, nous l'avons déjà vu, étaient presque unanimes quant à la nécessité d'une réforme modifiant les principes traditionnels du droit commercial. Toutes les perspectives avancées par la doctrine s'articulaient autour de l'entreprise. Par conséquent, le législateur aurait été contraint de tenir compte de ces revendications légitimes. Toutefois, la démarche qu'il a suivie était partielle et peu cohérente. D'une part, il a inséré l'entreprise dans la plupart des lois dérivant du monde des affaires, si bien qu'on recense aujourd'hui plus de 150 articles contenant le mot « *entreprise* » dans le Code de commerce français. D'autre part, il a maintenu les principes traditionnels du droit commercial. Ainsi, il maintient la nomination du Code de commerce et son autonomie, réserve toujours des règles spéciales aux seuls commerçants, et conserve d'un côté la définition du commerçant (art. L.121-1) et d'un autre côté l'énumération des actes de commerce (art. L.110-1, L.110-2). En outre, il a réaffirmé la distinction entre entreprises commerciales et entreprises civiles. Pourtant, il a étendu à ces dernières certaines dispositions réservées jadis aux commerçants.

Ainsi, l'entreprise a-t-elle pénétré le droit commercial et s'en est même emparée. Probablement, le législateur n'avait pas une approche d'ensemble de cette introduction. Cette démarche a été effectuée au fil des années par plusieurs textes législatifs épars traitant de sujets variés. En conséquence, dans chaque loi, l'entreprise a une définition différente, une fonction différente et un caractère différent. Plus curieux est le regroupement récent de la majorité de ces lois au sein du Code de commerce dont les principes fondamentaux ne s'accordent guère avec l'idée même de l'entreprise.

Cela étant, l'étude de la notion d'entreprise en droit commercial français se heurte aujourd'hui à deux sortes de difficultés. La première est de trouver un lien commun qui peut réunir les différentes fonctions de l'entreprise, disposées dans le Code de commerce, dans un ensemble compréhensible. La seconde consiste à concilier l'idée de l'entreprise avec le concept de commercialité.

En effet, les auteurs n'ont pas pu trouver de lien commun entre les différentes utilisations du concept de l'entreprise en droit commercial, et par conséquent, ont dû lui attribuer le caractère fonctionnel pour synthétiser le plus possible cette existence. Dans le Code de commerce français, l'entreprise peut alors devenir « *la ou l'une des conditions d'application de tel ou tel mécanisme juridique. Sa définition peut donc varier au gré de la finalité poursuivie par le texte visé* »¹²¹ (Section 1).

Quant à l'accommodement entre la notion d'entreprise et la notion de commercialité, la tâche n'était pas moins compliquée. La difficulté réside dans la définition économique de l'entreprise. Elle est, nous l'avons vu, la réunion des moyens matériels et humains en vue d'exercer des activités économiques organisées, qu'elle soit commerciale ou non. En revanche, la commercialité requiert que les dispositions du droit commercial s'appliquent uniquement aux entreprises commerciales qui exercent des actes de commerce. Ainsi, quel est donc le critère de l'application des dispositions du droit commercial ? Est-ce la commercialité ou l'entreprise ? (Section 2)

Section 1

L'introduction de l'entreprise dans le Code de commerce français

Le Code de commerce napoléonien a reconnu le terme d'entreprise par l'entremise de l'article 632 qui l'a retenu pour qualifier certains actes de commerce qu'il énumérait. Outre cette introduction, le terme n'a pas été utilisé pendant un siècle et demi et l'entreprise est restée absente des lois et ignorée des commercialistes. Aujourd'hui, le Code de commerce français se base en grande partie sur la notion d'entreprise. Ce revirement, d'une ignorance quasi absolue à une reconnaissance presque totale de l'entité d'entreprise, s'est produit progressivement à partir des années quarante du XX^e siècle, par l'intermédiaire de quelques lois disparates dérivant du monde des affaires. La plupart de ces textes, qui étaient hors de l'égide du Code de commerce, y furent rassemblés par la recodification du 18 septembre 2000.

¹²¹ Gérard BLANC, « Les frontières de l'entreprise en droit commercial », (1999) 2, Recueil Dalloz, 415- 416.

Alors, avant d'examiner les apparitions les plus importantes de l'entreprise dans le Code de commerce (II), au préalable, il nous semble indispensable d'appréhender la nature de la réforme qui a touché ce Code par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 (I).

I. La recodification du Code de commerce :

Malgré les critiques qui frappaient le droit commercial, la tâche de réformer le Code de commerce était toujours pénible pour le législateur. La première tentative avait eu lieu en 1947, lorsqu'une commission de réforme du Code de commerce fut constituée. Au cours des travaux d'un grand intérêt, les activités de cette commission ont été interrompues au motif que ses membres n'ont même pas pu s'accorder sur la définition du droit commercial.

En 1989, une autre commission fut créée afin de codifier les textes épars, mais cette fois-ci « à droit constant » c'est-à-dire sans en modifier le contenu¹²². Cette commission n'avait pas pour mission de repenser un nouveau Code de commerce et de proposer au Parlement une réforme du droit commercial. Tout au plus, elle devait se contenter de procéder à une codification purement formelle, c'est-à-dire de rassembler, de classer et de diviser en articles numérotés les dispositions légales et réglementaires en vigueur. Les travaux de la commission ont trouvé leur aboutissement dans l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

Avant la réforme, le contenu du Code de commerce français a été pratiquement vidé par des lois spéciales qui ont réglementé, entre autres, le droit des sociétés, des procédures collectives, des transports, des établissements financiers, de la bourse, de la propriété commerciale. Les dispositions du Code de commerce qui concernaient ces domaines ont été abrogées. Le Code comprenait alors moins de 200 articles, dont l'essentiel concernait les règles applicables au commerce en général et aux juridictions commerciales¹²³.

Par la réforme, l'ordonnance abroge le Code de 1807. Simultanément, elle crée un Code de commerce nouveau, qui réunit en un seul ouvrage, d'une part, les dispositions de l'ancien Code encore en vigueur au moment de son abrogation, et d'autre part, un grand nombre de lois

¹²² L'expression « à droit constant » provient de l'article 3 de la loi n° 2000-32 du 12 avril 2000 qui dispose que « La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit »

¹²³ Pierre BÉZARD, « Le droit français est-il encore exportable ? », dans Propos impertinents de droit des affaires, mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Paris, Éditions Dalloz, 2001, p. 43 à 45.

jusqu'alors éparses. Quant au fond, le nouveau Code ne modifie pas la substance du droit antérieur dont les dispositions demeurent inchangées. Dès lors, le Code de commerce regroupe sous une nouvelle numérotation les grands textes du droit des affaires. Il est divisé en neuf livres : Livre premier, « *Du commerce en général* » ; Livre deuxième, « *Des sociétés commerciales et des groupement d'intérêt économique* » ; Livre troisième, « *De certains formes de vente et des clauses d'exclusivité* » ; Livre quatrième, « *De la liberté des prix et de la concurrence* » ; Livre cinquième, « *Des effets de commerce* » ; Livre sixième, « *Des difficultés des entreprises* » ; Livre septième, « *De l'organisation du commerce* » ; Livre huitième, « *De quelques professions réglementées* » ; Livre neuvième, « *Disposition relatives à l'outre-mer* ».

Il faut néanmoins mentionner que le législateur a supprimé du nouveau Code l'ancien article 631 qui organise la compétence des tribunaux de commerce. Cette disposition historique, qui était contenue dans le Code de commerce napoléonien depuis sa promulgation, se trouve dorénavant dans l'article L.411-4 du Code de l'organisation judiciaire.

Critiques sur la recodification :

Après beaucoup d'espoir et une longue attente, ce résultat est apparu décevant aux yeux des auteurs qui ont à maintes fois exprimé leur insatisfaction quant à cette réforme¹²⁴.

La critique la plus sérieuse s'en prend au principe même de la réforme dite « *à droit constant* » qui n'autorise qu'un changement formel sans toucher sérieusement au fond.

Les professeur Terré et Outin-Adam avaient mis en garde les pouvoirs publics à l'égard d'une telle démarche, qu'on appelait alors la codification administrative, à la suite du projet de la réforme de 1993 qui a été adopté par le Sénat, mais non voté à l'Assemblée nationale. Ils ont soutenu qu'une codification ainsi opérée est

« ample, elle donne le jour à des codes monstrueux ; réduite, elle ne remplit plus son rôle et n'aboutit qu'à perturber la pratique, à compliquer l'accès à la connaissance du

¹²⁴ Cf. Dominique BUREAU et Nicolas MOLFESSIS, « Le nouveau code de commerce ? Une mystification », (2001), Recueil Dalloz, Chronique, 361-369 ; Alain LIENHARD et Céline RONDEY, « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau code de commerce) », (2000), Recueil Dalloz, Chronique 521-526.

droit et à décourager en conséquence les initiatives. Là gît une contradiction évidente : dès lors que la codification administrative s'interdit de modifier les règles et entend conserver tous les acquis du passé, elle se condamne à suivre, dans le même rythme du temps juridique, et selon un mouvement ininterrompu, ces règles qu'elle prétend vainement fixer »¹²⁵.

Effectivement, ce principe n'a pas permis de changement réel, longtemps souhaité, des principes désuets du droit commercial. Alors, les rédacteurs n'ont pu ni définir le droit commercial, ni clarifier son domaine, ni déterminer efficacement ses critères d'applicabilité. Autrement dit, « *en choisissant à nouveau de porter sur le droit commercial, le Code de commerce reste nécessairement victime de l'impossibilité de définir la matière même qui est censée lui donner sa substance. Le déclin du droit commercial, ou du moins son absence d'identité, oblige à ne pas rechercher dans le code une cohérence d'ensemble* »¹²⁶.

En outre, d'aucuns critiquent encore l'idée ou l'utilité même d'une réforme formelle. Dans ce sens, M. Blaise s'interroge :

« Était-il utile de juxtaposer dans un même ouvrage des textes aussi longs que la loi sur les sociétés commerciales ou la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires, alors que ces textes avaient déjà leur propre cohérence ? Fallait-il, sans aucune utilité, modifier la numérotation des articles qui composent ces deux lois et qui est entré dans les usages ? Mais il y a plus, car c'est le choix des textes figurant dans le code qui est lui-même critiquable. Il est tout à fait contestable, par exemple, d'introduire le droit de la concurrence dans un code de commerce »¹²⁷.

Mme Dekeuwer-Défossez, quant à elle, critique le fait que le nouveau Code regroupe différentes lois, sans se soucier d'une cohérence entre elles, en soutenant que « *le regroupement de lois disparates, tant dans leur esprit que dans leur rédaction, ne donne qu'un ensemble peu cohérent. L'impossibilité de créer de nouveaux textes interdit de donner les définitions et introductions qui organiseraient et rationaliseraient la matière* »¹²⁸.

¹²⁵ François TERRÉ et Anne OUTIN-ADAM, « Codifier est un art difficile (à propos d'un... Code de commerce) », (1994) *Recueil Dalloz*, Chronique 99-100.

¹²⁶ D.BUREAU et N. MOLFESSIS, *loc. cit.*, note 124, p. 362.

¹²⁷ J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 25.

¹²⁸ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op., cit.*, note 40, p. 12.

Par ailleurs, certains reprochent au législateur le fait qu'il ait réparti les règles concernant le monde des affaires en différents codes. À titre d'exemple, la compréhension de l'organisation des sociétés anonymes nécessite l'utilisation de trois codes différents : le Code de commerce qui comprend les dispositions relatives aux sociétés commerciales, le Code civil qui renferme les textes relatifs aux sociétés en général et le Code monétaire et financier où se trouve tout ce qui concerne les sociétés cotées en bourse. Par conséquent, M. Legeais trouve que cette répartition entre les codes est « *souvent artificielle* » et « *la consultation des codes est totalement insuffisante pour connaître le droit applicable* ». Il conclue qu'« *enfin, la doctrine regrette qu'une véritable recodification n'ait pas été entreprise. En effet, pour tous les grands corps de règles composant le droit des affaires, il serait nécessaire que des principes directeurs soient affirmés* »¹²⁹.

Il résulte de cette recodification, que le législateur français n'a pas pu ou plutôt n'a pas voulu procéder à une réforme modifiant les principes de fond du droit commercial. Néanmoins, certains auteurs n'ont pas perdu espoir, et réclament toujours une réforme plus profonde comme nous l'explique Mme Dekeuwer-Défossez : « *au total, le principal mérite de cette codification réside dans la création d'un cadre logique où pourraient s'insérer de futures réformes de fond plus lisibles et plus cohérentes* »¹³⁰.

Par ailleurs, les textes qui ont été introduits dans le Code se basent, pour la plupart, sur l'entreprise. Alors, il faut maintenant savoir comment le législateur a reconnu et inséré l'entreprise dans le Code de commerce.

¹²⁹ D. LEGEAIS, *op. cit.*, note 50, p. 8-9.

¹³⁰ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, note 40, p. 13.

II. La reconnaissance de l'entreprise par le droit :

La reconnaissance juridique de l'entité d'entreprise s'est produite progressivement moyennant différentes lois liées au droit des affaires. L'adoption de l'entreprise ainsi effectuée, n'a pas dérivé d'un projet bien réfléchi de la part du législateur. Elle était plutôt le résultat d'une chaîne d'actions et de réflexions face à des conjonctures particulières ou en réponse à des revendications doctrinales.

Il serait fastidieux de citer toutes les fonctions attribuées à l'entreprise. Pour les besoins de notre réflexion, nous nous limiterons donc à montrer, moyennant quelques exemples, comment l'entreprise s'est progressivement introduite en droit commercial français et quels rôles lui sont réservés.

A. L'entreprise en droit du travail :

Le juriste s'intéressant à l'étude de l'entreprise en droit commercial français ne peut passer à côté de l'examen de l'entreprise en droit du travail. Cela est dû au fait que le premier texte se référant expressément à l'entreprise fut la loi du 19 juillet 1928, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de modification de la forme de l'entreprise. De cette loi, dérive le fameux article L.122-12 du Code du travail, dont l'alinéa 2 dispose que *« s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »*

En outre, il faut évoquer les textes qui organisent la participation des salariés à la vie de l'entreprise. Il s'agit principalement de l'article L. 432-1 et suivant du Code du travail, qui consiste en diverses procédures d'information et de consultation du personnel par l'intermédiaire du comité d'entreprise, issu de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant ce comité.

En adoptant ces articles, le législateur voulait répondre à des contextes sociaux de l'époque prônant les droits des travailleurs. Apparemment, il n'avait pas prévu que ces dispositions engendreraient par la suite tant de polémiques d'un ordre tout à fait différent. Nous avons vu que ces articles étaient considérés par plusieurs auteurs comme le domaine privilégié de la

personnification de l'entreprise et même de sa consécration comme étant un sujet de droit¹³¹. Par conséquent, à l'insu du législateur, l'idée d'entreprise s'est transformée d'une simple entité vouée à organiser les relations employé-employeur, en un intrus venant bousculer les principes immuables du droit positif¹³². De fait, l'idée de la personnification de l'entreprise a contredit la notion de l'unité du patrimoine lorsqu'il s'agit d'entreprise individuelle, et la notion de la personnalité morale en ce qui concerne la société. Face à cette divergence et à un débat doctrinal intense, le législateur a dû intervenir en modifiant certaines dispositions, telle que la définition de la société, afin qu'elles soient compatibles avec l'idée d'entreprise.

B. L'entreprise en droit civil :

Nous retenons ici seulement la définition de la société énoncée à l'article 1832 du Code civil. Cette définition est d'autant plus importante pour la compréhension de la notion de la société par rapport à la notion d'entreprise, que les conséquences qui en découlent sont tout à fait pertinentes à notre sujet.

En effet, le développement de cet article reflète l'évolution du droit français vers la notion d'entreprise.

Sous le régime antérieur à la loi du 4 janvier 1978, la société était définie à l'article 1832 comme « le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes *conviennent de mettre quelque chose en commun*, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

Par la loi n° 78-9 de 1978, la société se définissait comme « deux ou plusieurs personnes qui *conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie*, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

Aujourd'hui, ce même article a été modifié à la suite de la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 pour disposer désormais 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 de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

¹³¹ Supra p. 41-43 ; R. HOUIN et M. PÉDAMON, *op. cit.*, note 23, p. 442.

¹³² Dans ce sens, la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt Fruehauf a approuvé la nomination d'un administrateur provisoire pour la société Fruehauf malgré l'opposition des associés majoritaires en considérant que « le juge des référés doit s'inspirer des intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires » CA Paris, 22 mai 1965 : JCP. G 1965, II, 14274 bis, concl. Nepveu.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, *par l'acte de volonté d'une seule personne*. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. »

Ainsi adoptée, la définition de la société répond efficacement à l'incertitude concernant le statut juridique de l'entreprise vis-à-vis de la société. Le législateur tranche définitivement cette question, en considérant que l'entreprise est un objet de droit qui n'a pas de personnalité juridique distincte, que la société constitue la structure juridique de l'entreprise en société, et que l'entrepreneur individuel qui voudrait séparer son patrimoine personnel de celui de son entreprise n'aurait que la voie de la société unipersonnelle.

Dès lors, le débat doctrinal, accru autour du statut juridique de l'entreprise par rapport à la société, semble se calmer. M. Lyon-Caen considère par conséquent que « *l'entreprise n'est une idée claire que si elle vise un petit entrepreneur isolé, agissant en dehors du cadre juridique de la société et sans personnel à son service. La forme juridique propre à la constitution d'un capital mis au service d'un objet économique défini ne peut être que la société* »¹³³. Il conclut finalement que « *l'entreprise comme organisation juridique est comme morte. Mais le cadavre bouge* »¹³⁴.

M. Alibert confirme cette tendance, mais relève cependant un autre problème concernant l'entreprise individuelle, en remarquant que « *l'intérêt d'une reconnaissance par notre droit de l'entité entreprise, en tant que telle, si évident il y a quelques années, s'avère aujourd'hui discutable, devant le succès du mariage société anonyme - grande entreprise. Il semble plus judicieux de chercher à doter d'un statut juridique, les entreprises, de taille plus réduite, à forme individuelle, qui sont désormais, les seules à souffrir de cette absence de statut* »¹³⁵. Il trouve que la solution pour les entreprises individuelles réside soit dans la société unipersonnelle, soit dans le patrimoine d'affection. Le législateur a opté pour la première.

Par ailleurs, l'adoption de l'entreprise dans cet article a apporté deux nouveautés au droit français traditionnel. D'abord est reconnue l'entité d'entreprise comme étant l'objet principal du contrat de la société. Ensuite, est admise l'existence d'une société par l'acte de volonté

¹³³ Gérard LYON-CAEN, « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », dans Mélanges dédiés au président Michel Despax, Paris, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, 33-47, p. 33.

¹³⁴ Id, p. 33.

¹³⁵ Daniel ALIBERT, « À la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle », dans Dix ans de droit de l'entreprise, Paris, Éditions Librairies Techniques, 1978, p. 65.

d'une seule personne. Il en résulte deux conséquences distinctes concernant la notion d'entreprise en droit français par rapport au droit québécois. La première consiste dans le fait que la création d'une société conduise naturellement, sauf exception, à la création d'entreprise¹³⁶, ce qui n'est pas nécessairement le cas en droit québécois, selon la disposition de l'article 2186 C.c.Q. La deuxième réside dans la création de l'entreprise unipersonnelle, qui constitue d'ores et déjà la seule solution de l'entrepreneur individuel, afin de séparer le patrimoine de son entreprise de son patrimoine privé. À cette solution, le droit québécois a ajouté, par le biais de l'article 2 C.c.Q, la conception du patrimoine d'affection que le législateur français n'a pas voulu adopter¹³⁷.

C. L'entreprise dans le Code de commerce :

Le caractère fonctionnel de l'entreprise se dessine clairement dans le Code de commerce. Les différents livres qui y sont renfermés, se réfèrent à l'idée d'entreprise sans la définir. Parmi les nombreuses fonctions de l'entreprise dans le Code, nous en citerons trois afin d'illustrer d'un côté son importance et son omniprésence, et d'un autre côté l'absence flagrante d'un concept logique et cohérent encadrant sa présence au sein du droit commercial contemporain.

1. Les obligations de la comptabilité :

Les commerçants sont obligés de tenir une comptabilité pour leur entreprise. L'article L. 123-12 du Code de commerce dispose en son aliéna 1^{er}, que « *toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise...* ».

Aussi, l'article L.123-13 al. 1^{er} dispose-il que « *le bilan décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise, et fait apparaître, de façon distincte, les capitaux propres.* »

L'entreprise, dans ce cas, est l'objet des obligations comptables s'adressant uniquement aux entreprises commerciales. Néanmoins, le Code ne définit pas l'entreprise commerciale mais le commerçant. Dès lors, plusieurs questions se posent : Y a-t-il une différence entre une

¹³⁶ J. PAILLUSSEAU, *loc. cit.*, note 113, p.325.

¹³⁷ *Infra* p. 96.

entreprise commerciale et un commerçant ? La définition du commerçant couvre-elle l'entreprise commerciale ? L'entreprise ici est-elle la même entreprise que celle mentionnée dans l'article L. 110-1 C. com. ?

2. Les difficultés des entreprises:

Le changement de l'idéologie du législateur français vis-à-vis des difficultés des entreprises, révèle sa tendance à prendre en considération l'entité d'entreprise. Auparavant, les procédures collectives, renfermées dans le droit de la faillite, avaient comme destinataire le commerçant, et avaient pour but de protéger les créanciers contre la défaillance des commerçants.

Aujourd'hui, ces procédures se trouvant sous le titre « *des difficultés des entreprises* », s'adressent aux entreprises, tout en ayant pour but de les prévenir des difficultés et de les sauvegarder. A titre d'exemple, l'article L.620-1 du Code de commerce montre cette nouvelle orientation en disposant :

« Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif.

Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession. »

L'entreprise est ici l'objet des dispositions concernant les procédures de prévention ou de redressement judiciaire s'adressant essentiellement « à tout commerçant », mais aussi « à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »¹³⁸. Le législateur ne s'adresse pas uniquement à l'entreprise commerciale, mais à différentes entreprises qu'il nomme explicitement.

Dès lors, nous pourrions nous interroger sur les entreprises qui échappent à cette énumération. Autrement dit, n'aurait-il pas été plus cohérent s'il s'était adressé à toute entreprise exerçant des activités économiques, sans les nommer ?

¹³⁸ Art. L. 620-2 C. com en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

3. L'entreprise en droit de la concurrence :

Le droit de la concurrence est axé sur l'entreprise et s'adresse particulièrement à elle. Ce constat est avéré tant pour le droit interne que pour le droit communautaire. A titre d'exemple, l'article L.420-2 du C. com. se lit ainsi : « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci...* ». Les exemples peuvent se multiplier, et l'entreprise dans ce domaine constitue l'objet d'organisation de la concurrence entre toutes entreprises. Dans ce cas, le texte ne fait pas allusion au caractère de l'entreprise. Est-ce à dire que toute entreprise, qu'elle soit commerciale ou non, est assujettie aux dispositions du droit de la concurrence ? Dans la négative, pourquoi le législateur a-t-il énuméré les entreprises dans le cas précédent et s'est contenté ici du mot « *entreprise* » ? Dans l'affirmative, pourquoi a-t-il introduit le droit de la concurrence dans le Code de commerce, bien qu'il ne concerne pas particulièrement les entreprises commerciales ?

Réflexion :

Force est de constater que le législateur français a bâti autour de l'entreprise un nouveau droit pour la vie des affaires. Ce droit, baptisé communément « *le droit des affaires* », régit tant le domaine traditionnel du droit commercial, que les nouveaux domaines dérivés des mutations économiques et sociales.

L'importance de l'entreprise dans le droit des affaires provient du fait que le législateur ne pouvait plus s'adresser aux seuls commerçants et par conséquent, le droit commercial fut envahi par l'entreprise à laquelle le législateur faisait appel chaque fois qu'il souhaitait dresser une nouvelle loi concernant les affaires.

Il en résulte que la notion d'entreprise dans le Code de commerce est une notion fonctionnelle qui joue plusieurs rôles comme étant un objet d'organisation juridique. A ce titre, elle a pu jouer un rôle important dans le droit des affaires français, consistant à pallier aux problèmes du droit commercial que nous avons nommés « *extrinsèques* ». L'entreprise constitue alors la cellule de base de tous les nouveaux textes législatifs ayant pour but de couvrir les nouveaux

domaines de la vie des affaires, comme le droit de la concurrence, le droit des entreprises en difficultés, le droit de la distribution et le droit fiscal.

Par ailleurs, étant donné que le droit des affaires ne fait pas partie des branches du droit positif, le législateur a étrangement inséré la plupart des nouveaux textes sous l'égide du droit commercial, de telle sorte que ce dernier renferme d'ores et déjà la majorité des dispositions concernant la vie des affaires, dont l'entreprise constitue le catalyseur.

Il n'en reste pas moins que le droit commercial conserve toujours son domaine traditionnel lié exclusivement à l'entreprise commerciale, et non pas à toute entreprise. Or, le Code de commerce est tiraillé dès lors par deux notions plus ou moins contradictoires, à savoir la commercialité et l'entreprise.

Section 2

Le Code de commerce entre la commercialité et l'entreprise.

Nous avons fait remarquer, que les juristes s'accordent à dire que le commerçant ne peut plus être considéré comme le seul acteur de la vie des affaires. Ils soutiennent, par conséquent, qu'il n'est plus logique d'attribuer au seul commerçant les règles dérogatoires au droit commun, qu'elles soient de faveur ou de rigueur. Néanmoins, le législateur français a maintenu les principes du droit commercial qui consacrent la spécificité du commerçant par rapport aux autres acteurs du monde des affaires. Peut-on alors considérer de ce fait, que le droit français n'a inscrit aucun progrès à ce stade ? Autrement dit, peut-on en déduire que les défauts intrinsèques du droit commercial règnent toujours en droit français ?

Le principe fondamental du droit commercial veut que les dispositions renfermées dans le Code de commerce s'appliquent aux seuls commerçants ou aux actes de commerce, tandis que les règles du droit commun régissent les rapports entre les non-commerçants. Cependant, la progression survenue en droit commercial français, sur ce point précis, modifie peu ou prou le

contenu de ce postulat médiéval. Aujourd'hui, la situation se dessine autrement : toutes les dispositions renfermées dans le Code de commerce s'appliquent assurément à toutes les entreprises commerciales. Cependant, certaines peuvent s'appliquer aux entreprises non commerciales, en vertu de prescriptions explicites du législateur.

Nous nous intéresserons donc à identifier le champ d'application et les critères d'applicabilité des dispositions du droit commercial suite à l'insertion de la notion d'entreprise, et à montrer le changement qui a eu lieu à cet égard. Il s'agit en effet de deux virements principaux : le premier a trait à l'identification des entreprises commerciales (I) et le second concerne l'élargissement du champ d'application du droit commercial, en étendant certaines dispositions à certaines entreprises non commerciales (II).

I - Les entreprises commerciales.

Le commerçant est l'acteur principal de la vie des affaires, à qui s'adressent principalement les règles du Code de commerce. Alors, il faut d'abord déterminer qui est le commerçant pour pouvoir lui appliquer ces dispositions. En principe, on reconnaît le commerçant par le recours à la notion de commercialité. Cette solution nous amène à nouveau, au jeu de la poule et de l'œuf, entre la définition du commerçant et l'acte de commerce, c'est-à-dire entre la théorie objective et subjective.

Théoriquement, les problèmes intrinsèques du droit commercial, c'est-à-dire sa définition et l'identification des entreprises commerciales des entreprises civiles, existent toujours en droit français. Cependant, ceux-ci ont été atténués expressément par certains textes législatifs, ainsi que par la doctrine et la jurisprudence.

Le droit commercial connaît aujourd'hui deux sortes de commerçants : les commerçants en raison de leur activité, qui répondent à la définition de l'article L.121-1 du Code de commerce, et les commerçants à raison de la forme.

A. Les entreprises commerciales par la forme.

Ces entreprises sont toutes des sociétés. L'article L.210-1 du Code de commerce dispose que :

« Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. »

Alors, les sociétés du secteur privé ayant la qualité de commerçant à raison de la forme sont :

1. Les sociétés pluripersonnelles : elles se divisent à leur tour en deux catégories :

- a) les sociétés de personnes : la société en nom collectif (art. L. 221 C. com.) et la société en commandite simple (art. L. 222 C. com.).
- b) les sociétés de capitaux : la société à responsabilité limitée (art. L.223 C. com.), et les sociétés par actions (la société anonyme - art. L. 225 C. com.-, la société en commandite par actions - art. L. 226 C. com.- et la société par actions simplifiée - art. L. 227 C. com.).

2. Les sociétés unipersonnelles : il y a deux formes de société unipersonnelle :

- a) L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L. - art. L. 223-1 C. com.).
- b) La société par actions simplifiée avec associé unique (art. L. 227-1 C. com.).

A cet égard, la commercialité formelle constitue un pas important et pratique, en voie de réduire la confusion autour du caractère commercial des sociétés. L'importance vient du fait que les sociétés énumérées aient d'ores et déjà le caractère commercial en raison de leur forme, peu importe leur objet. Ce critère de forme constitue un critère simple qui ne prête guère à discussion, et qui *« satisfait beaucoup mieux l'impératif de sécurité juridique que le critère de l'activité, qui soulève d'assez nombreuses contestations »*¹³⁹.

¹³⁹ J-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 56.

Dès lors, toutes ces sociétés, qu'elles soient à objet commercial ou civil, sont commerciales ; elles ont toutes des droits et sont tenues de toutes les obligations propres aux commerçants. Elles disposent entièrement de la personnalité morale à compter de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés (art.1842 C. civil). Leurs activités sont commerciales et les actes qu'elles passent sont des actes de commerce par accessoire, car accomplis par un commerçant dans l'exercice de son activité d'entreprise.

Les limites de la commercialité formelle :

Le législateur français n'a pas souhaité appliquer aux sociétés à objet civil, mais commerciales par la forme, toutes les dispositions des commerçants. Par conséquent, certaines restrictions à ce principe ont été ultérieurement imposées, tant par les juridictions que par le législateur lui-même.

Une première restriction dérive de la jurisprudence relative au bail commercial.

La jurisprudence refuse aux sociétés qui ont la forme commerciale, mais dont l'objet est civil, le bénéfice du statut des baux commerciaux prévu par les articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce. Ainsi, la Cour de cassation a refusé à une société anonyme spécialisée dans le conseil informatique, le bénéfice de renouvellement du bail, en jugeant qu'ayant une activité civile, elle n'exploite pas un fonds de commerce¹⁴⁰.

La deuxième limite résulte expressément des dispositions législatives. Le législateur a permis aux membres des professions libérales de s'associer au sein d'une société dite société d'exercice libéral. Cette société est commerciale par la forme et possède la qualité de commerçant. Cependant, le législateur n'a pas soumis ces sociétés à la compétence de la juridiction commerciale, car l'article L.411-6 du Code de l'organisation judiciaire dispose que : *« Sous réserve des compétences des juridictions disciplinaires et nonobstant toute disposition contraire, les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions en justice dans lesquelles l'une des parties est une société constituée conformément à la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales*

¹⁴⁰ Cass. Civ. 3^{ème}, 5 mars 1971, Bull. civ. III, n° 168.

soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que des contestations survenant entre associés d'une telle société.

Néanmoins, les associés peuvent convenir, dans les statuts, de soumettre à des arbitres les contestations qui surviendraient entre eux pour raison de leur société. »

Plus remarquable, le deuxième alinéa ci-dessus réaffirme le caractère commercial desdites sociétés, en permettant aux associés de recourir à l'arbitrage qui est réservé, par principe en droit français, aux seuls commerçants¹⁴¹.

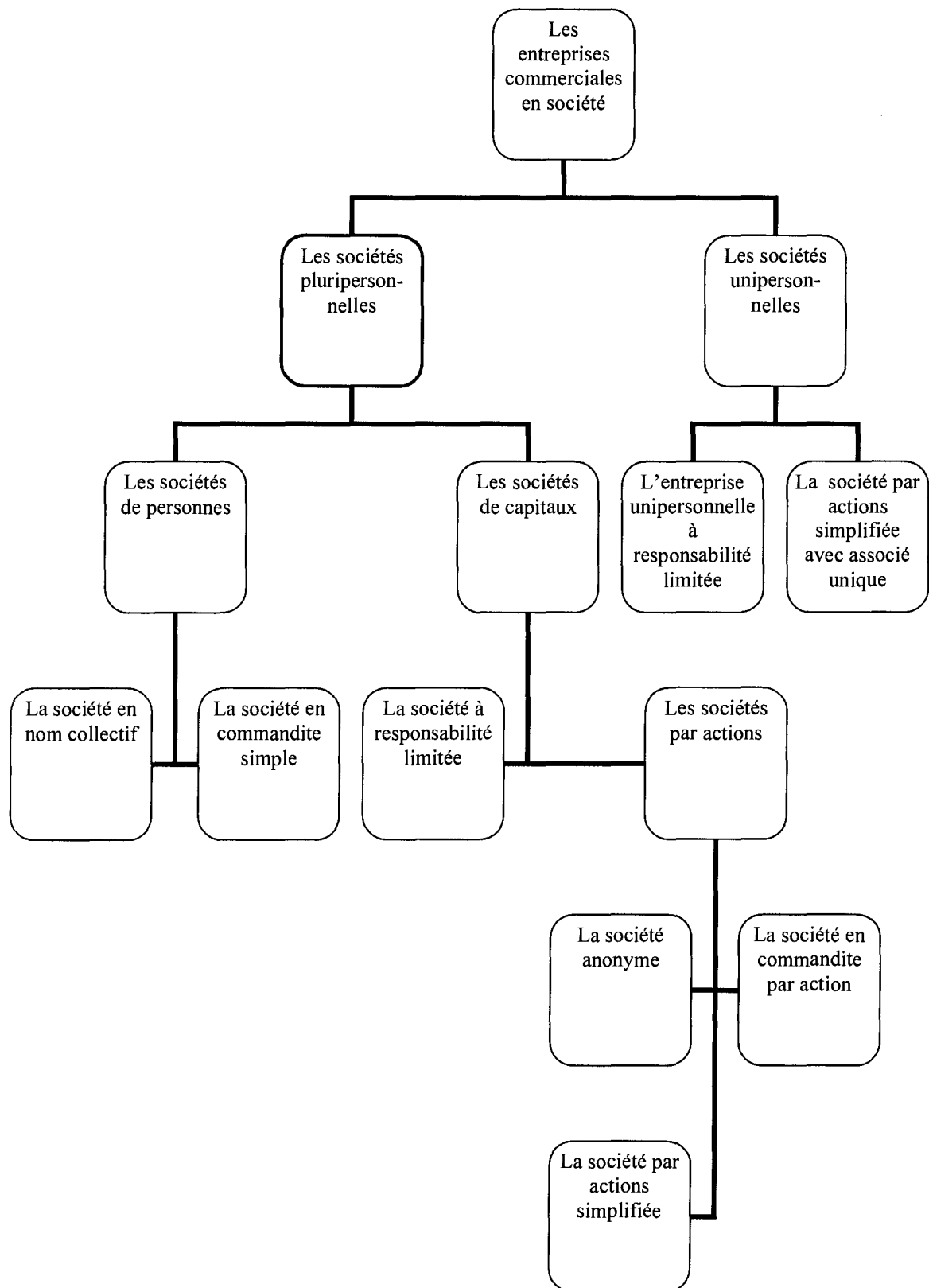
Il est cependant à préciser, que ce texte fut appliqué strictement. Ainsi la Cour de cassation décide qu'une société d'avocats d'exercice libéral à forme anonyme, ne peut pas figurer sur la liste des électeurs des membres des chambres de commerce¹⁴².

Dès lors, la situation de la société d'exercice libéral se dessine ainsi : elle est commerciale par la forme, doit s'immatriculer dans le registre du commerce et des sociétés, est assujettie aux dispositions du Code de commerce telles la concurrence et les procédures de redressement et de liquidation des entreprises. Pourtant, elle n'est pas un justiciable devant les tribunaux de commerce, et ne dispose pas du droit de vote à l'instar des autres commerçants auprès de la chambre de commerce.

Nous pouvons néanmoins en conclure qu'une évolution à cet égard a été réalisée. Les entreprises commerciales par la forme se sont débarrassées de la plupart des difficultés inhérentes à la notion de commercialité, notamment celles qui concernent la distinction entre commerçant et non commerçant. En outre, le fait que les sociétés à objet civil soient soumises aux dispositions commerciales, pourrait être considéré comme un pas important vers l'élargissement du champ d'application du droit commercial. Cependant, les restrictions qui ont été imposées, font qu'une différence existe toujours, pas uniquement entre commerçant et civil, mais également entre commerçants eux-mêmes.

¹⁴¹ Art. 2061 Code civil.

¹⁴² Cass. Civ. 2ème, 10 novembre 1998, BRDA 19998, n° 24, p.4.



B. Les entreprises commerciales à cause de leur objet.

Le caractère commercial de cette catégorie d'entreprises dérive de la notion de commercialité, relative à l'application des articles L.121-1 et L.110-1 du Code de commerce. A ce point précis, les juristes commencent à éprouver des difficultés relatives à l'identification de la commercialité de telle ou telle entreprise. En pratique, cette catégorie comprend les entreprises individuelles, les sociétés autres que celles qui sont commerciales par la forme et les groupements d'intérêt économique.

1. Les entreprises individuelles :

L'entreprise commerciale individuelle ou personnelle est, par définition, « *le fait d'un seul homme, le commerçant, propriétaire de son capital et maître de son affaire, engageant la totalité de son patrimoine dans l'exploitation de l'entreprise* »¹⁴³.

L'étude de l'entreprise individuelle pose deux types de difficultés : le premier consiste à déterminer son caractère commercial, et le second a trait au principe de l'unité du patrimoine, et à la possibilité de séparer le patrimoine personnel de l'entrepreneur de celui de son entreprise.

a) Le caractère commercial de l'entreprise individuelle : cette entreprise est commerciale à raison de l'objet de son activité. Pour déterminer le caractère commercial d'une entreprise individuelle, il faut savoir si la personne physique qui l'exploite est une commerçante exerçant des actes de commerce et en fait sa profession habituelle, selon l'article L. 121-1 C. com.

- L'exercice d'actes de commerce : ces actes sont énumérés à l'article L. 110-1 du Code de commerce¹⁴⁴. Il faut noter cependant que cette énumération n'est pas limitative.

¹⁴³ A. SAYAG, *op. cit.*, note 105, p.182.

¹⁴⁴ L'article L. 110-1 C. com. dispose que :

« *La loi répute actes de commerce :*

1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre ;

2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ;

3° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ;

4° Toute entreprise de location de meubles ;

Par ailleurs, certains auteurs remplacent aujourd'hui le terme « *actes de commerce* » par celui d' « *activités commerciales* », car le premier « *ne doit pas être pris dans son sens étroit : il ne s'agit pas d'actes juridiques (c'est-à-dire de manifestations de volonté, destinées à créer des effets de droit), mais d'activités, au sens économique, qui sont qualifiées de commerciales par la loi. C'est ainsi que la doctrine interprète aujourd'hui l'article L.110-1 : celui-ci donne une liste d'activités commerciales* »¹⁴⁵.

- En faire une profession habituelle : l'exercice habituel suppose une certaine durée et de la stabilité dans le temps. Cela étant, l'exercice d'un acte isolé ou de quelques actes épisodiques ne suffit donc pas à caractériser le commerçant.

Quant à l'exercice professionnel, la jurisprudence caractérise la profession par son but lucratif, en jugeant que la profession est une activité ou un état présentant une continuité suffisante, pour permettre d'en retirer les moyens ou une partie des moyens nécessaires à l'existence¹⁴⁶. A titre d'exemple, il a été jugé que celui qui tire ses ressources ordinaires de la spéculation en bourse, en vendant et en achetant habituellement des valeurs mobilières, pour en retirer un revenu régulier, peut être qualifié de professionnel¹⁴⁷.

M. Ripert explique la notion de professionnalisme par rapport à la notion d'habitude en écrivant que « *la profession implique l'habitude de certains actes. Mais l'inverse n'est pas vrai ; on peut accomplir des actes habituellement sans les faire professionnellement. La répétition des mêmes actes, en vue de même but, le comportement de vie qui en résulte et, en général, l'installation matérielle qu'exige ce genre de vie, révèlent aux tiers l'exercice de la profession* »¹⁴⁸.

5° Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ;
6° Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ;

7° Toute opération de change, banque et courtage ;

8° Toutes les opérations de banques publiques ;

9° Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ;

10° Entre toutes personnes, les lettres de change ».

¹⁴⁵ J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 73.

¹⁴⁶ Cass. com., 1^{er} oct. 1997, RTD com. 1998. 131, obs. Derruppé.

¹⁴⁷ Paris 13 janvier 1976, JCP 1977.II.18576, note Boitard.

¹⁴⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, note 11, p. 105.

- **À titre personnel et indépendant** : cette condition a été ajoutée par la jurisprudence. Elle présume que le commerce est une profession indépendante, et que celui qui accomplit des actes de commerce pour le compte d'autrui n'est pas commerçant. Le commerçant doit agir pour son compte, à ses risques et périls et en toute indépendance.

De ce fait, sont exclus des commerçants, les salariés liés à leur employeur par un contrat de travail, les mandataires liés à leur mandant par un contrat de mandat, et enfin les dirigeants des sociétés qui n'agissent pas en leur nom propre mais au nom de la société.

Cependant, cette indépendance doit être perçue juridiquement et non économiquement. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère comme commerçants les membres de réseaux de distribution, franchisés ou concessionnaires, qui exercent le commerce en leur nom propre, même s'ils se trouvent être économiquement dépendants du fabricant ou du franchiseur¹⁴⁹.

Commerçant vs. entreprise commerciale.

Une interrogation s'impose à ce stade de l'étude. Il s'agit de savoir si tout commerçant exploite de ce fait une entreprise commerciale ?

En principe, le Code de commerce connaît deux sortes de commerçants : le commerçant personne physique, et le commerçant personne morale qui est la société commerciale. Nous avons vu que la constitution d'une société conduit, sauf exception, à la création d'une entreprise, car cette dernière constitue l'objet principal de la société.

Quant aux personnes physiques, une nuance surgit avec l'introduction de l'entreprise en droit commercial. Les dispositions du droit commercial s'adressaient auparavant aux commerçants. Aujourd'hui, les nouveaux textes s'adressent principalement aux entreprises commerciales, et parfois, aux entreprises non commerciales. Cependant, certaines des dispositions s'adressant aux commerçants persistent encore.

Par conséquent, existe-il une différence entre un commerçant individuel et une entreprise commerciale individuelle ? Y a-t-il une profession commerciale sans entreprise, ou bien, tout commerçant constitue-t-il une entreprise commerciale ?

¹⁴⁹ Com. 21 juin 1983, JCP 1983.IV.275.

Les professeurs Antaki et Bouchard répondent ainsi : « *l'exploitation d'une entreprise commerciale constitue pour l'entrepreneur l'exercice de sa profession commerciale, mais une profession commerciale sans entreprise est aussi possible. Les deux notions se recoupent mais ne se confondent pas* »¹⁵⁰.

M. Legeais envisage une telle possibilité en expliquant : « *l'exercice d'une profession s'accompagne le plus souvent de l'organisation d'une entreprise et l'exploitation d'un fonds de commerce. Mais ce n'est pas indispensable, certaines activités commerciales, comme celles de courtiers et d'agents d'affaires, ne comportant pas toujours une installation matérielle* »¹⁵¹.

A la lumière de l'état actuel du Code de commerce, une telle conclusion pourrait engendrer des conséquences juridiques préoccupantes.

Tout d'abord, le commerçant qui n'exploite pas une entreprise, ne serait pas assujetti aux dispositions du Code de commerce qui s'adressent explicitement aux entreprises. Ce commerçant ne serait donc pas obligé de tenir une comptabilité du fait qu'il ne dispose pas d'une entreprise, ne profiterait pas des procédures de redressement de l'entreprise et ne serait pas tenu de respecter les règles de concurrence qui s'adressent exclusivement aux entreprises.

Par ailleurs, il devait exister différentes règles s'appliquant à chaque catégorie pour qu'il y ait une distinction entre commerçant et entreprise commerciale. En droit français, cette différenciation n'existe pas. A quoi donc servirait une telle distinction alors que les deux types seront assujettis en fin de compte aux mêmes dispositions ?

Le législateur distingue les commerçants des non commerçants en leur donnant des règles particulières, mais ne distingue pas entre les commerçant eux-mêmes. Ripert et Roblot affirment cette idée en exposant que « *la loi ne fait aucune distinction entre les commerçants quant à leur condition juridique... le Code de commerce applique à tous un régime identique* »¹⁵². La personne physique qui n'exploite pas une entreprise commerciale serait donc considérée comme civile, du fait qu'elle n'obéit pas aux exigences de l'article L. 121-1 du Code de commerce, mais ne pourrait guère être considérée comme commerçant qui n'exploite pas une entreprise.

Il semble que la tendance doctrinale récente préconise une telle conclusion.

¹⁵⁰ N. Antaki et C. Bouchard, *op. cit.*, note 91, p. 176.

¹⁵¹ D. LEGEAIS, *op. cit.*, note 50, p. 28.

¹⁵² G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, note 11, p. 93.

Certains auteurs partent de la définition du commerçant pour déduire l'existence d'une entreprise. Dans ce sens, ils prétendent que les conditions comprises dans l'article L. 121-1 du Code de commerce, caractérisent en réalité une activité exercée dans le cadre d'une entreprise.

Ainsi, M. Blaise soutient que *« les conditions d'habitude, de profession et d'activité indépendante et personnelle, qui servent à définir le commerçant, se ramènent en réalité à l'exigence d'une activité exercée en entreprise. La notion d'exercice habituel implique, on l'a vu, une stabilité et une continuité dans l'activité, qui caractérisent l'existence d'une entreprise. Tous les commerçants exercent leur activité dans le cadre d'une entreprise, c'est-à-dire un ensemble organisé de moyens humains, matériels et financiers, aussi réduits soient-ils »*¹⁵³.

En effet, ces dernières décennies, le législateur a substitué l'entreprise aux commerçants et aux actes de commerce, pour préciser le champ d'application de la plupart des dispositions du Code de commerce. En conséquence, les auteurs étaient amenés à considérer, en règle générale, que chaque commerçant doit exploiter une entreprise commerciale, faute de quoi il serait exclu du champ d'application du droit commercial. Cependant, les critères retenus pour constater l'existence d'une entreprise commerciale sont les mêmes utilisés pour identifier un commerçant. Dès lors, il est possible d'affirmer que les dispositions du droit commercial s'appliquent aux personnes physiques qui exploitent une entreprise commerciale. Constitue l'exploitation d'une entreprise commerciale individuelle l'exercice, par une personne, d'un acte de commerce d'une façon habituelle et professionnelle à titre indépendant et personnel.

Il découle de ce constat, que l'entreprise en droit commercial français a ses propres critères pour exister, quoique ceux-ci ne s'éloignent pas beaucoup du sens donné à l'entreprise par les économistes. Les notions de professionnalisme et l'habitude couvrent plusieurs aspects de la notion d'organisation donnée à l'entreprise. Toutefois, l'entreprise dans le droit commercial français est, en principe commerciale, tandis que l'entreprise économiquement entendue, exerce des activités économiques, qu'elles soient ou non à caractère commercial.

Ainsi, l'importance des moyens matériels et humains de l'entreprise reste toujours un critère objectif et difficile à discerner, ce pourquoi, il faut l'envisager au cas par cas selon le texte en question¹⁵⁴.

¹⁵³ J.B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 89.

¹⁵⁴ *Infra*, p. 73 l'entreprise dans l'article L.110-1 C. com.

Il en résulte que le droit commercial français se dirige de nouveau vers une approche subjective, qui prend en considération cette fois-ci l'entreprise commerciale au lieu du commerçant.

En revanche, l'approche objective n'a pas disparue et laisse toujours son empreinte sur le droit commercial. Nous en donnerons certains exemples.

Le critère des actes de commerce : pour déterminer le caractère commercial d'une entreprise, il faut savoir si celle-ci exerce des actes de commerce. Les tribunaux ont dû rechercher un critère par lequel ils peuvent compléter la liste de l'ancien article 632 du Code de commerce. Pour cette fin, ils ont eu recours aux critères de spéculation ou de circulation dont nous avons révélé l'insuffisance et la désuétude¹⁵⁵. Néanmoins, il semble que ces critères sont toujours en vigueur en droit français, aussi bien au sein des tribunaux que dans les traités de droit commercial.

Par ailleurs, le critère de l'entreprise en tant que tel n'a pas été adopté pour déterminer les actes de commerce, car il a été jugé qu'il n'est pas compatible avec l'idée même du droit commercial, à cause de l'existence d'entreprises non-commerciales.

Il faut relever cependant, que les tribunaux ont comblé cette lacune en tranchant sur la plupart des difficultés dérivant de l'identification des actes de commerce, des actes mixtes et des actes accessoires.

Les actes de commerce isolés : c'est le cas par exemple de l'article L. 110-1, 1° qui répute acte de commerce « *tout achat de biens meubles pour les revendre* ». La controverse est vive sur la question de savoir si ces opérations peuvent véritablement être considérées comme commerciales, même si elles ne sont faites qu'une seule fois par un non commerçant. En effet, ces actes sont des actes de commerce selon la loi, et sont assujettis aux dispositions du droit commercial (la compétence des tribunaux de commerce, la preuve, la prescription etc.). Cependant, la personne qui les a accomplis n'est pas commerçant ou ne constitue pas une entreprise commerciale, faute du critère de l'habitude. Par conséquent, les dispositions de redressement de l'entreprise, de la tenue d'une comptabilité, ou de l'inscription au registre du commerce, ne s'appliquent pas à cette personne.

¹⁵⁵ Supra p. 13-15.

L'entreprise dans l'article L.110-1 du Code de commerce (ancien article 632) : dans cet article, le terme d'entreprise engendre toute une confusion autour de la notion d'entreprise en droit commercial français.

La question qui se pose, consiste à savoir quel sens le législateur a souhaité donner au mot « *entreprise* » mentionné. Est-il le même que celui mentionnée ailleurs dans le Code ?

Est-il identique à celui défini par les économistes ?

Il est peu probable que les rédacteurs de l'ancien Code de commerce aient voulu donner au terme d'entreprise le sens qu'on lui prête de nos jours. Juglart et Ippolito estiment que « *dans la langue de l'époque où le Code de commerce a été conçu (début du XIX^e siècle), le mot « entreprise » n'avait pas le sens d' « organisation professionnelle » que nous lui donnons aujourd'hui, mais correspondait plutôt à l' « acte d'entreprendre »*¹⁵⁶.

Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence donnent aujourd'hui au terme « *entreprise* », un sens large. Ainsi, Mercadal et Macqueron constatent que :

« Il est admis, de manière presque unanime, qu'il y a entreprise, au sens de ce texte (l'article 632), si les éléments suivants sont réunis :

- il faut une organisation, c'est-à-dire la réunion de moyens de production en vue d'un résultat déterminé.

- il faut que cette organisation ait pour but l'exercice d'une activité, c'est-à-dire qu'elle soit en état d'offre permanent au public.

- il faut que l'entrepreneur travaille pour son propre compte et à ses risques.

*- il faut que l'entrepreneur dispose d'un personnel qui l'assiste dans l'exercice de son activité. Toutefois, cette dernière condition, souvent exigée, n'est pas déterminante pour les tribunaux »*¹⁵⁷.

Hamel, Lagard et Jauffret estiment que l'entreprise à laquelle se réfère l'article 632, est la même que celle devant servir de base à l'organisation des professions commerciales.

Ils ajoutent cependant :

« mais alors que, dans cette organisation, c'est le côté interne de l'entreprise qui est particulièrement mis en valeur, l'article 632 concerne au contraire son aspect

¹⁵⁶ M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, note 25, p. 139.

¹⁵⁷ B. MERCADAL et P. MARCQUERON, *op. cit.*, note 20, p. 202-203.

extérieur ; il ne s'agit plus de savoir quels éléments, matériels ou humains, entrent dans la composition de l'entreprise, mais par quels caractères spécifiques l'entreprise se caractérise à l'extérieur.

Deux caractères sont essentiels pour définir extérieurement l'entreprise : la répétition des actes et l'existence d'une organisation destinée à réaliser ces actes. Par répétition, l'acte de commerce par entreprise se différencie nettement de l'acte de commerce isolé ; mais cette répétition ne suffirait pas, à elle seule, pour caractériser l'entreprise si les actes n'étaient pas réalisés au moyen d'un ensemble de moyens - personnel, matériel, locaux spécialisés et aménagés - qui servent à leur réalisation »¹⁵⁸.

Cette analyse ne peut qu'étonner, et obscurcit l'esprit au lieu de l'éclaircir. Les auteurs distinguent l'entreprise de l'article L. 110-1 de celle que l'on retrouve ailleurs dans le Code, ce qui est tout à fait logique dans le contexte actuel du droit commercial. Cependant, ils donnent les mêmes critères pour définir les deux entreprises car ils caractérisent l'entreprise professionnelle par les moyens matériels et humains qui la composent, et caractérisent l'entreprise de l'article 632 par l'organisation et la répétition. Par l'organisation, ils visent particulièrement les moyens matériels et humains de l'entreprise.

La jurisprudence a suivi ces réflexions doctrinales, en jugeant que l'exigence d'une entreprise de transports conduit à exclure les transports effectués par des chauffeurs de taxis individuels¹⁵⁹. Ainsi, malgré le fait qu'un individu exerce le transport d'une façon habituelle et professionnelle et à titre personnel et indépendant, il n'est pas considéré comme commerçant, du fait que l'acte qu'il accomplit n'est pas effectué par une entreprise de transport. Suivant la même logique, l'artisanat a été exclu des actes de commerce, du fait que l'artisan n'exploite pas une entreprise de manufacture, malgré le fait qu'il exerce son travail professionnellement et habituellement. Il en résulte, que dans le cas où le Code de commerce exige l'exercice d'un acte de commerce par le biais d'une entreprise, les critères d'habitude et de professionnalisme ne suffisent pas à eux seuls, pour caractériser une entreprise commerciale ; il faut ajouter l'importance des moyens physiques et humains utilisés. L'individu qui ne dispose pas de tels moyens serait considéré comme civil, et non comme commerçant sans entreprise.

¹⁵⁸ J. HAMEL, G. LAGARD et A. JOUFFRET, *op. cit.*, note 16, p. 249.

¹⁵⁹ Com., 4 déc. 1968, D. 1969, p. 200.

Dès lors, pouvons-nous en conclure que l'importance des moyens n'est nécessaire que lorsqu'il s'agit d'un acte de commerce où le Code de commerce exige une entreprise ? Existe-il une différence entre l'entreprise commerciale professionnelle et l'entreprise visée à l'article L. 110-1 du Code de commerce ?

En effet, plusieurs questions demeurent sans réponses cohérentes. Cette confusion révèle que l'idée d'entreprise, faute de précision législative, n'est pas assez claire et laisse la voie ouverte à toute sorte d'interprétation.

b) Le patrimoine de l'entreprise individuelle : l'entreprise individuelle souffre du manquement de son statut juridique vis-à-vis de la personne physique qui l'exploite. Cette difficulté provient du principe de l'unité du patrimoine de la personne physique.

M. Didier explique la problématique :

« Il se pose alors une question : à qui appartiennent les biens de l'entreprise ? En droit français, il n'y a qu'une réponse possible à cette question. C'est de considérer l'entreprise comme une personne juridique, ayant un patrimoine propre, distinct de celui des apporteurs. Notre droit n'a pas reconnu cette personnalité à toutes les entreprises. Il l'a refusée aux entreprises individuelles. Dans ce cas, les créanciers de l'entreprise et les créanciers personnels de l'apporteur concourent ensemble sur les biens de l'entreprise et sur ceux de l'entrepreneur, dont les patrimoines sont ainsi confondus. Mais, précisément, dans ce cas, l'entreprise n'existe pas »¹⁶⁰.

Pour pallier à ce problème, le législateur a permis, comme nous avons vu, l'élaboration de la société unipersonnelle. D'une part, son caractère commercial ne pose pas de difficulté car elle est commerciale à raison de sa forme. D'autre part, elle constitue la seule façon offerte au commerçant individuel pour séparer son patrimoine de celui de son entreprise.

Hormis le statut de la société unipersonnelle, par le biais de la loi du 11 février 1994, le législateur français a esquissé une ébauche de protection du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel, en tentant d'organiser une affectation prioritaire des biens de l'entreprise au paiement des dettes engendrées par l'exploitation. Dès lors, le débiteur peut demander que

¹⁶⁰ Paul DIDIER, Droit commercial : les sources, l'entreprise individuelle, t. 1, Paris. Éditions Presses Universitaires de France, 1992, p. 214.

l'exécution forcée d'une créance contractuelle d'origine professionnelle soit prioritairement poursuivie sur les biens nécessaires à l'exploitation, tant que ces biens sont suffisants pour assurer le recouvrement de la créance.

2. Les sociétés commerciales à cause de leur objet :

Echappent des sociétés commerciales par la forme, deux sociétés qui seraient commerciales à raison de leur objet. Il s'agit de la société en participation et de la société créée de fait. Ces deux sociétés sont commerciales si elles ont pour objet une activité commerciale, et sont civiles si leur objet est civil. Pour déterminer l'objet de ces sociétés, il faut recourir au même mécanisme utilisé pour l'entreprise individuelle.

3. Le groupement d'intérêt économique (G.I.E.) :

Les dispositions concernant cette forme de groupement sont renfermées dans le Titre V du livre II du Code de commerce, dont l'article L.251-1 dispose que : « *Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée.*

Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. »

Le G.I.E. doit être immatriculé au registre du commerce et des sociétés et jouit de la personnalité morale. Si son objet est commercial, il peut parfaitement jouir de la qualité de commerçant car, il « *peut faire de manière habituelle et à titre principal tous actes de commerce pour son propre compte. Il peut être titulaire d'un bail commercial* »¹⁶¹.

Par ailleurs, si son objet est civil, le G.I.E. n'est pas commercial.

¹⁶¹ Art. L-251.4. C. com.

4. Les associations:

La loi du 1^{er} juillet 1901 dans son article 1^{er}, définit l'association comme étant « *la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, et d'une façon permanente, leur connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices.* » Le fait qu'il soit interdit aux associations de partager les bénéfices qui résultent de leurs activités n'empêche pas qu'elles puissent se livrer parfois à des activités économiques et qu'elles réalisent des profits. Dans un tel cas, pourraient-elles être considérées comme des commerçants ? En effet, la question est bien complexe, surtout en présence de textes législatifs assez contradictoires¹⁶². Pour notre fin, nous nous contentons de citer la position dominante de la jurisprudence qui était plus ferme que le législateur.

Les tribunaux refusent la qualité de commerçant aux associations qui se livrent habituellement et de façon professionnelle à une activité commerciale dans la mesure où les textes relatifs au registre du commerce et des sociétés ne prévoient pas l'immatriculation des associations¹⁶³. Cependant, lorsque l'association exerce une activité commerciale, elle ne peut se soustraire aux obligations légales qui pèsent sur les commerçants. Ainsi, la Cour de cassation a accepté la preuve contre une association moyennant des livres de commerce, servant normalement de preuve à l'encontre d'un commerçant, en affirmant que « *entendu que la cour d'appel ayant constaté que l'Institut musulman et son recteur ont exploité directement un établissement à but lucratif et fait ainsi de façon habituelle des actes de commerce, a pu en déduire qu'en raison de cette activité, l'institut musulman et son recteur pouvaient se voir opposer les livres de commerce* »¹⁶⁴.

S'agissant des trois groupements précédents, la distinction entre les actes de commerce et les actes civils présente encore un intérêt indiscutable, et pose en même temps les mêmes difficultés rencontrées chez les entreprises individuelles.

¹⁶² Cf., J-B BLAISE, *op. cit.*, note 47, p. 94-97.

¹⁶³ Ainsi, un tribunal a refusé l'immatriculation d'une association au registre du commerce et des sociétés en jugeant que « *considérant toutefois que son activité commerciale ne lui confère pas la qualité de commerçant, et qu'en outre l'article 1^{er} du décret du 30 mai 1984 prévoit l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés en raison de la qualité de commerçant seulement pour les personnes physiques ;* » Paris, 12 novembre, 1992, (Gaz. Pal. 4-6 avr. 1993, p.15, concl. Benas.)

¹⁶⁴ Cass, com., 17 mars 1981, (Rev. sociétés 1982, p. 124, note Gérard Sousi).

II - Le statut des entreprises non commerciales.

Il a été établi par la pratique, comme nous l'avons observé, que le mode d'exploitation des entreprises non commerciales s'apparente quelque peu à celui des entreprises commerciales. Cependant, la logique du droit commercial se base sur l'existence des entreprises commerciales distinctes des entreprises civiles. Face à cet antagonisme, le législateur français a opté pour une solution intermédiaire. Il a étendu, par le biais de textes législatifs, l'application de certaines règles du droit commercial aux entreprises non commerciales. Ce procédé est communément nommé la commercialisation du droit privé.

Pour mettre en lumière ce phénomène, nous aborderons les entreprises civiles les plus importantes, tout en mettant l'accent sur les règles du droit commercial qui leur sont applicables.

A- Les entreprises agricoles.

L'activité agricole est traditionnellement de nature civile. Ce constat trouve son origine dans l'article L. 110-1 qui qualifie d'acte de commerce l'achat pour revendre, ce qui exclut les actes de production.

De fait, les techniques de l'agriculture ont beaucoup évolué. Les agriculteurs ne se bornent plus à la production car ils achètent des engrais et des produits de traitement, et transforment ou conditionnent leur production, utilisent les méthodes commerciales de vente et de promotion, et enfin, se constituent en société. *A fortiori*, les règles régissant les agriculteurs devraient s'assimiler à celles des commerçants. Face à l'ambiguïté et la désuétude des règles législatives, les tribunaux avaient dû s'adapter à la nouvelle réalité en tranchant la question. Ils ont octroyé à certains actes des agriculteurs le caractère commercial en s'appuyant sur quelques critères précis¹⁶⁵. Cette situation a engendré pendant certains temps, des confusions autour du statut des agriculteurs entre le caractère civil et commercial.

Finalement, une loi du 30 décembre 1988 vient relativement clarifier la situation en affirmant, dans son article 2, le caractère civil des activités agricoles et en disposant que :

¹⁶⁵ A titre d'exemple, elles proposent la proportion entre les achats pour revendre et l'activité proprement agricole (Com., 8 mai 1978, RTD com. 1979, p. 88. obs. Derruppé), ou la durée séparant l'achat de la revente (Com., 5 février 1979, Bull. civ. IV, n°46, p37).

« Toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle, ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités agricoles ainsi définies ont un caractère civil ».

Bien qu'il ait ainsi affirmé leur caractère civil, le législateur tend à soumettre la profession agricole à un statut semblable à celui des commerçants. Il prévoit leur immatriculation obligatoire à un registre de l'agriculture, dont l'organisation rappelle celle du registre du commerce¹⁶⁶. Ensuite, il n'exclue pas que certains agriculteurs puissent devenir commerçants. Enfin, les entreprises agricoles sont soumises au régime du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises¹⁶⁷, ce qui était initialement réservé aux seuls commerçants.

B- Les entreprises artisanales.

La distinction entre artisan et commerçant remonte seulement à la fin de XIX^e siècle. Cette distinction, qui a engendré le statut civil des entreprises artisanales, est principalement l'œuvre de la jurisprudence. La difficulté est cependant de savoir à quel moment une entreprise cesse d'être artisanale pour devenir commerciale. A titre d'exemple, certains artisans exercent de façon habituelle et professionnelle une activité commerciale au sens de l'article L. 110-1 du Code de commerce, tel que le boulanger et le menuisier qui achètent de la matière première pour les transformer et les revendre. Comment alors peut-on les considérer ?

Les tribunaux ont fini par relever deux conditions nécessaires pour définir l'artisan :

- l'artisan est un entrepreneur indépendant qui ne spéculer pas sur le travail d'autrui, c'est-à-dire qu'il ne doit employer qu'un petit nombre de personnes.
- Il effectue personnellement un travail manuel dont il tire ses moyens d'existence ; il ne doit pas spéculer sur les marchandises, ni sur les investissements¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Art. 3 de la loi du 30 décembre 1988.

¹⁶⁷ Art. L-620-2 C. com.

¹⁶⁸ Com. 12 mai 1969, Bull. IV, n°159 ; Com. 26 juin 1968, Bull. IV, n° 205, p. 186 ; Cf. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 910, p. 203 et s.

Outre la définition jurisprudentielle, de nombreux textes législatifs et réglementaires ont été instaurés pour organiser la profession nommée aujourd'hui le secteur des métiers¹⁶⁹.

A titre d'exemple, l'article 19-I de la loi du 5 juillet 1996 définit les personnes qui font partie du secteur des métiers et qui doivent être obligatoirement immatriculées au répertoire des métiers :

« Doivent être immatriculées au répertoire des métiers ou au registre des entreprises visé au IV ci-après les personnes physiques et les personnes morales qui n'emploient pas plus de dix salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établie par décret en conseil d'État... ».

Nous pouvons constater que cette définition est plus large et plus précise que celle de la jurisprudence.

Néanmoins, il est à noter que cette distinction a perdu une grande partie de son utilité. Les artisans se sont vu reconnaître peu à peu la plupart des avantages dont profitaient traditionnellement les commerçants : l'article L.145-1 du Code de commerce leur permet de prétendre au régime des baux commerciaux, qu'ils accomplissent ou non des actes de commerce. Ils peuvent également constituer un nantissement sur leur fonds artisanal¹⁷⁰, sont assujettis aux procédures collectives de redressement et de liquidation des entreprises¹⁷¹ et de façon plus remarquable, les tribunaux de commerce sont compétents pour déclarer ouverte la procédure de redressement lorsque le débiteur est uniquement un commerçant ou un artisan¹⁷². Cependant, les litiges intéressant les artisans, outre les procédures collectives de redressement, relèvent toujours de la compétence des juridictions civiles.

Dans ce sens, nous pouvons constater que le rapprochement entre les deux sortes d'entreprise est tellement infime que le caractère civil ou commercial de l'entreprise artisanale ne présente qu'un intérêt secondaire au regard de la situation antérieure.

¹⁶⁹ En particulier le Code de l'artisanat, le décret de 10 juin 1983 et la loi du 5 juillet 1996.

¹⁷⁰ Art. 22 de la loi du 5 juillet 1996.

¹⁷¹ Art. L. 620-2 C. com.

¹⁷² C'est la disposition de l'article L. 621-2 C. com. entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 : « Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant ou s'il est immatriculé au répertoire des métiers. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas.... »

C- Les entreprises des professions libérales.

A l'instar des deux cas précédents, l'entreprise des professions libérales est traditionnellement civile. Les avocats, médecins, ingénieurs, ne sont pas commerçants. On avançait entre autre l'absence de l'achat pour revendre, le désintéressement du côté du praticien et l'encaissement des honoraires au lieu du prix pour justifier un tel résultat¹⁷³. Ces arguments ont perdu de leur force dès lors que les professionnels libéraux ont recours aujourd'hui aux techniques des entreprises commerciales. Ils se livrent à des investissements importants, emploient des salariés, sont soumis à des exigences d'organisation et de rentabilité, se regroupent de plus en plus pour l'exercice de leurs activités. Par conséquent, le législateur a fait état de ces développements pour appliquer aux professionnels libéraux certaines règles de droit commercial. L'évolution la plus marquante fût la loi du 13 septembre 1990 permettant la constitution de la société d'exercice libéral (S.C.P.). Cette société, comme nous avons vu, est commerciale par la forme mais ne confère pas aux associés professionnels le statut de commerçant. Par conséquent, elle ne peut être qu'une société par action (S.A.) ou une société à responsabilité limitée (S.A.R.L.).

Par ailleurs, ces professionnels sont soumis aux procédures de redressement et de liquidation depuis le 1^{er} janvier 2006, lors de l'entrée en vigueur de la loi n° 845-2005 du 26 juillet 2005 dont l'article 13 modifie l'article L. 620-2 du Code de commerce, en ajoutant les professionnels libéraux aux commerçant, agriculteur et artisan. L'article se lira donc ainsi : « *La procédure de sauvegarde est applicable à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé.* »

Allant plus loin, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent aujourd'hui l'existence du cabinet libéral. Ainsi, la Cour de cassation a consacré récemment l'existence du fonds libéral et le bien-fondé de la cession de la clientèle d'une profession libérale en jugeant que « *si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice*

¹⁷³ Cf. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 30, p. 135 et s.

*de la profession, n'est pas illicite... »*¹⁷⁴. Cette décision constitue un revirement important vers la reconnaissance de l'entreprise libérale.

Réflexion.

Quel droit commercial y a-t-il en France aujourd'hui ? Est-il le droit des commerçants ? Est-il le droit des actes de commerce ou bien est-il le droit des entreprises ? Le problème de définir le droit commercial, si complexe il y a cinquante ans, vient s'aggraver suite à l'insertion de la notion d'entreprise. Ce n'est plus seulement la confusion entre commerçant et acte de commerce qui perturbe les commercialistes ; dorénavant, ils doivent compter encore avec l'entreprise, qu'elle soit commerciale ou non.

Ainsi, au lieu de donner au droit des affaires une identité spécifique en instaurant une base solide et claire par laquelle ses dispositions pourraient s'appliquer logiquement, le législateur français a opté pour le maintien des traditions tout en essayant d'adapter la nouvelle réalité aux principes législatifs déjà existant. Autrement dit, au lieu de sortir des frontières étroites du droit commercial et de se diriger vers toute activité économique exercée moyennant une entreprise, le législateur français a inséré la plupart des activités économiques dans la sphère du droit commercial.

Cette démarche s'est accompagnée d'efforts doctrinaux et jurisprudentiels ayant pour but de combler l'incertitude et l'ambiguïté législatives, par la tentative d'ajustement des textes en vigueur, à la nouvelle entité d'entreprise que le législateur lui-même avait introduite, sans vision d'ensemble. Il semble que la tendance tant doctrinale que jurisprudentielle préconise aujourd'hui une approche subjective, présentée par l'entreprise commerciale, pour déterminer le champ d'application des règles du droit commercial. Cependant, la caractérisation de cette entreprise repose essentiellement sur la notion de la commercialité, c'est-à-dire la définition du commerçant et l'énumération des actes de commerce.

Ainsi, le principal défaut qui entache le droit commercial français actuel dérive de la difficulté qu'éprouvaient les rédacteurs pour la juxtaposition, en un seul ouvrage, de deux idées

¹⁷⁴ Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000. J.C.P., éd. G, 2000. II. 10452, note F. Vialla.

inconciliables par nature : l'une voulait définir le droit commercial d'une façon modérée et déterminer ces nouvelles frontières en s'appuyant sur l'entreprise, l'autre voulait garder en même temps l'idée de la commercialité comme base de ce droit.

Ce tiraillement entre les deux approches est dû à deux raisons opposées. D'une part, les mutations économiques et sociales militent en faveur de l'adoption de la notion d'entreprise. D'autre part, une idéologie conservatrice préconise le maintien du droit commercial. Elle consiste dans le fait que les juristes français furent d'autant plus convaincus que chaque réforme fondamentale touchant les principes du droit commercial amènerait vraisemblablement à l'abolissement du droit commercial. Plus précisément, l'alternative de la commercialité serait l'entreprise. Cette dernière, par nature, n'est pas nécessairement commerciale ; dans un tel cas l'idée du droit commercial perdrait sa raison d'être.

Il semble que le Palais Bourbon n'ait pas voulu sacrifier de son héritage doctrinal, législatif et jurisprudentiel lié au droit commercial, lequel remonte à deux siècles, ainsi que de sa juridiction consulaire. En conséquence, il a opté pour le maintien des principes du droit commercial tout en y dérogeant chaque fois la pratique le demandait.

Si cette démarche a pu régler une partie des problèmes, elle en a certainement causé d'autres ayant trait à la cohérence de l'ensemble de la structure législative. La réflexion suivante résume la façon dont le droit commercial français s'est développé :

« En ce sens, est fréquemment signalée l'absence de projet ou de conception d'ensemble du législateur dans l'élaboration du droit des affaires au cours des dernières décennies. Les modifications apportées l'ont été, pour la plupart, non pas de manière délibérée dans le cadre d'une politique juridique réfléchie, mais à la suite de tâtonnement successifs, ou encore lorsque le législateur y a été acculé sous la pression de l'événement »¹⁷⁵.

Ainsi, parmi les règles du droit commercial, certaines sont particulières aux seules entreprises commerciales telles que celles de la preuve, de la solidarité présumée entre les débiteurs, de la prescription et bien entendu de la juridiction consulaire. Par ailleurs, certaines dispositions s'appliquent aussi bien aux entreprises commerciales qu'à certaines entreprises civiles, sans l'existence de critères précis. L'entreprise artisanale est un exemple significatif de ce manquement de structure. Elle est en principe civile et assujettie aux règles du droit commun,

¹⁷⁵ A. SAYAG, *op. cit.*, note 19, P. 36

mais peut être commerciale et même avoir les deux statuts¹⁷⁶. Elle profite des dispositions de redressement et de liquidation judiciaire, peut réclamer le statut des baux commerciaux, et ses contentieux relèvent de la compétence des tribunaux civils sauf ceux concernant l'ouverture de la procédure de redressement. Dans ce cas, les tribunaux de commerce sont compétents contrairement aux agriculteurs et aux professionnels libéraux !

Bien entendu, il est important « *qu'une branche du droit soit clairement définie et que son champ d'application puisse être déterminé avec rigueur. Il faut que les règles qui la composent, obéissent à un critère d'application unique et précis* »¹⁷⁷. L'état actuel du droit commercial français est loin d'être conforme à ces exigences. Il n'y a pas un critère mais des critères d'application qui sont variés, et ce, sans aucune rigueur. Tantôt c'est le critère objectif des actes de commerce qui détermine la commercialité de certaines activités commerciales telle que l'acte isolé. Tantôt c'est le critère subjectif lié à l'entreprise commerciale qui détermine le champ d'application des entreprises individuelles. En d'autres occasions, c'est le critère de la forme qui détermine le champ d'application des entreprises en sociétés. Plus encore, c'est le législateur qui applique, comme beau lui semble et sans aucun critère, certaines règles du droit commercial, mais pas toutes les règles, à certaines entreprises civiles, mais pas toutes.

Cependant, ne pas pouvoir définir le droit commercial et déterminer rigoureusement ses critères, ne signifie pas que son application pratique est paralysée. En effet, le débat autour de la définition du droit commercial ne présente aujourd'hui qu'un intérêt théorique relatif à la nécessité de créer un droit se basant sur des principes solides dérivant d'un *a priori* logique. Dans les faits, la jurisprudence et la doctrine, au fil des années, ont pu encadrer la majorité des ces difficultés. Ce raisonnement justifie-t-il le maintien du droit commercial avec tous ses défauts ? La réponse doit être nuancée.

Le droit commercial français est donc à la fois le droit des commerçants, le droit des actes de commerce et le droit des entreprises commerciales et même parfois, peut s'appliquer à certaines entreprises non commerciales.

¹⁷⁶ L'article 19-II de la loi du 5 juillet 1996 dispose que « *l'immatriculation au répertoire des métiers ne dispense pas, le cas échéant, de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.* »

¹⁷⁷ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, note 47, p.11.

M. Blaise décrit magistralement l'état actuel du droit commercial français en affirmant que :

« Le droit positif connaît une évolution, qui n'est pas encore achevée. Il se trouve à mi-chemin de l'évolution. Il est encore tributaire, pour une large part, de la conception traditionnelle du droit commercial. Dans cette mesure, il est encore le droit des commerçants. Mais le droit positif est déjà, pour une autre part, le droit de l'entreprise. Il est vraisemblable que, dans les prochaines décennies, l'évolution se poursuivra et que peu à peu le critère de l'entreprise se substituera entièrement au critère du commerçant. Ce n'est pas encore le cas aujourd'hui. L'on ne saurait nier cette réalité. Il faut tenir compte de l'existence des deux critères d'application »¹⁷⁸.

Si la solution, selon M. Blaise ainsi que plusieurs auteurs, réside dans l'adoption du critère de l'entreprise, nous pouvons dès lors nous demander si le législateur québécois, qui avait écarté le critère de commercialité en adoptant entièrement et uniquement le critère d'entreprise pour l'application des règles dérogatoires, a pu atteindre le résultat escompté.

¹⁷⁸ Id, p. 49-50.

Chapitre 2

La notion d'entreprise dans le Code civil du Québec.

S'étant inspiré des principes du droit commercial français, le Code civil du Bas du Canada appliquait à la lettre la majorité de ces principes et éprouvait *a fortiori* tous les inconvénients y rattachés. Bien qu'il n'ait pas emprunté au droit français la dualité des codes, le législateur québécois adoptait pour autant la dualité du droit privé en réservant aux commerçants et aux actes de commerce certaines règles dérogatoires au droit commun. De plus, il avait recours à la notion de la commercialité pour déterminer le champ d'application et les critères d'applicabilité de ces règles. Par conséquent, les juristes québécois ont ressenti, à l'instar de leurs confrères français, la nécessité d'une réforme fondamentale modifiant les concepts traditionnels du droit commercial.

M. Ducharme soutient que les juristes québécois avaient une raison de plus pour réclamer une telle réforme car « *nous n'avons pas ici une énumération des actes ou des entreprises commerciales permettant de suppléer à l'absence de critère de la commercialité* »¹⁷⁹.

Les professeurs Antaki et Bouchard soutiennent que les tribunaux éprouvaient des difficultés à définir le commerçant lorsqu'ils voulaient appliquer les dispositions dérogatoires du C.c.B.C. à un nombre toujours croissant de situations, d'autant plus que l'interprétation judiciaire des dispositions législatives a ses limites. Pour éclaircir le champ d'application de ces dispositions, ajoutent-ils, le C.c.Q. a adapté le droit aux circonstances, en optant de s'intéresser à l'entreprise¹⁸⁰.

Bien que le droit québécois connaissait l'entreprise comme étant une notion fonctionnelle par le biais de différentes lois¹⁸¹, la promulgation du Code civil du Québec en 1994 a accordé à celle-ci une importance particulière faisant d'elle un concept fondamental en droit privé québécois. Depuis, la notion d'entreprise dans le C.c.Q., joue un rôle unique et bien précis, consistant à déterminer le champ d'application de plusieurs règles dérogatoires ou d'exception. Ce faisant, le droit québécois a connu un revirement législatif majeur et évolutif par rapport aux principes traditionnels du droit commercial. Cela étant, un bref développement sur la façon dont le

¹⁷⁹ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 30, p. 60.

¹⁸⁰ N. ANTAKI, C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 168-169.

¹⁸¹ À titre d'exemple la loi concernant l'investissement au Québec, L.R.C. (1985), C. I-21.8, art.3 ; le Code du travail L.R.Q. c. C.27, art. 45 ; la loi de l'impôt sur le revenu du Canada, L.R.C. (1985), (5^e suppl.), c. 1, art. 248.

législateur québécois avait adopté la notion d'entreprise nous semble, au préalable, inévitable (section 1).

Par ailleurs, au regard de la nouveauté de la notion d'entreprise, il était tout à fait normal que sa mise en application révèle plusieurs difficultés pratiques. Ces dernières dérivent principalement de l'ambiguïté législative, de la pénurie doctrinale et de la nébulosité jurisprudentielle.

Dès lors, l'accent sera mis essentiellement sur les principales difficultés nées, suite à l'application de la notion d'entreprise (section 2).

Section 1

La perspective législative de la notion d'entreprise

Plus aventureux que son homologue français, le législateur québécois peut être comparé à l'apprenti dépassant son maître. D'un seul coup, il a franchi le pas que plusieurs auteurs français souhaitaient, et souhaitent toujours, pour le droit français.

Par la réforme de 1994, le législateur québécois a voulu se défaire des problèmes du droit commercial, que nous avons appelés intrinsèques, en faveur de principes plus évolutifs.

Pour y parvenir, il a choisi d'adopter la notion d'entreprise au détriment de la notion désuète de la commercialité.

La notion d'entreprise, ainsi perçue, tout comme le droit commercial, trouve sa raison d'être dans la nécessité d'avoir des règles particulières dérivées des besoins du monde des affaires.

Plusieurs de ces règles se trouvent renfermées dans le Code civil du Québec, mais s'adressent cette fois, non pas aux commerçant ou aux activités commerciales, mais à l'entreprise. Or, l'entreprise constitue d'ores et déjà le critère d'application des règles dérogatoires du droit privé québécois (I).

L'approche retenue par le législateur pour mettre au point cette nouvelle démarche, repose essentiellement sur la définition qu'il a donnée à l'exploitation d'une entreprise (II).

Enfin, cette définition insère l'entité d'entreprise dans son cadre juridique (III).

I. La dualité des règles juridiques:

Le Code civil du Québec comprend deux régimes juridiques différents. Le premier contient les règles de droit commun régissant les personnes et les actes juridiques qui ne relèvent pas du monde des affaires. Cette catégorie est assurée par des règles protectrices destinées à des personnes ordinaires.

Le second vise les personnes dites « averties » qui exercent régulièrement des activités juridiques ayant trait à la vie économique. Le législateur accorde un statut spécial à cette catégorie car il s'agit de « *personnes avisées, capables de se défendre et soumises aux contraintes du marché* »¹⁸². Par conséquent, il estime qu'il peut les soustraire du régime de protection de droit commun.

Tout en approuvant la nécessité de telles règles, le législateur s'oppose cependant à la limitation de leurs applications antérieures. Le commentaire du ministre de la justice concernant l'article 1525 C.c.Q. est révélateur à cet égard : « *ces besoins propres aux commerçants qu'exigent la rapidité et la multiplicité de leurs opérations et qui se reflètent dans une atténuation du formalisme écrit à leur égard, dans de plus grandes facilités de crédit qui leur sont offertes et, en contrepartie, dans un renforcement du système des garanties d'exécution de leurs obligations, sont aujourd'hui considérées, ici et ailleurs, comme étant des nécessités communes à l'ensemble des activités économiques organisées* »¹⁸³.

Une fois la nécessité de ces règles dérogatoires confirmée, il fallait par la suite déterminer les conditions de leurs applications. Ici commence la métamorphose.

En adoptant la notion d'entreprise, chaque fois que le législateur veut assujettir des personnes ou des actes juridiques à un régime spécial, il utilise des termes liés à l'entreprise. Ces termes consistent principalement en deux expressions : le premier est « *pour le service ou l'exploitation d'une entreprise* »¹⁸⁴, et le deuxième est « *dans le cours des activités d'une entreprise* »¹⁸⁵.

A titre d'exemple, le premier alinéa de l'article 1525, qui régit la solidarité entre les débiteurs, dispose que :

¹⁸² N. ANTAKE, C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 171.

¹⁸³ Commentaires du ministre de la justice, art. 1525, *op. cit.*, note 4, p. 936-937.

¹⁸⁴ À titre d'exemple, les articles : 1525, 1641, 1745, 1750, 2221, 2254, 2274 C.c.Q.

¹⁸⁵ À titre illustratif, les articles : 1714, 2674, 2700, 2831, 2870, 3113 C.c.Q.

« La solidarité entre les débiteurs ne se présume pas ; elle n'existe que lorsqu'elle est expressément stipulée par les parties ou prévue par la loi.

Elle est, au contraire, présumée entre les débiteurs d'une obligation contractée pour le service ou l'exploitation d'une entreprise... ».

Ainsi, le monde des affaires, soumis à des règles spéciales et représenté jadis par les commerçants ou par les activités commerciales, s'incarne dorénavant dans l'entreprise ou, pour reprendre le terme utilisé par le législateur, dans l'exploitation d'une entreprise.

Il en résulte que le droit renfermant les règles dérogatoires relatives au monde des affaires, qui s'appelait jadis le droit commercial, pourrait s'intituler aujourd'hui le droit des entreprises.

II. La définition de « l'exploitation d'une entreprise » :

En adoptant la notion d'entreprise, le législateur étend le champ d'application des règles dérogatoires et dicte des nouveaux critères servant à caractériser les acteurs de la vie des affaires.

Les principes de cette notion sont cités dans la définition de l'exploitation d'une entreprise renfermée dans le fameux deuxième alinéa de l'article 1525 qui se lit ainsi :

« Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services. »

Cette définition constitue la pierre angulaire de la notion d'entreprise qui présente à son tour un concept central dans le C.c.Q., au vu des nombreuses règles y reliées.

En principe, chaque fois que les conditions mentionnées dans cet article se réunissent, le particularisme s'impose et des règles spéciales s'appliquent.

Trois questions dont une formelle et deux fondamentales retiennent l'attention concernant cette définition :

A- La place de la définition :

Les auteurs étaient presque unanimes à critiquer la place choisie pour définir l'exploitation d'une entreprise, au regard de l'importance de cette notion dans le Code.

Les professeurs Antaki et Bouchard soutiennent que le projet ne prévoyait pas de définition et celle-ci a été ajoutée *in extremis* et ils ajoutent qu'« *Une disposition si importante et aux conséquences si graves aurait dû figurer au début du Livre cinquième qui traite des obligations. Ou au pire des cas, un article aurait dû lui être consacré* »¹⁸⁶.

M. Morin reprend la même critique en ajoutant que cette démarche ne constitue qu'une incongruité de forme¹⁸⁷.

Quoi qu'il en soit, la définition finalement existe, et il faut se préoccuper d'ores et déjà de l'analyser pour en tirer les principes de la notion d'entreprise.

B. L'approche retenue dans la définition :

Pour sa définition, le législateur a opté non pas pour l'entreprise mais pour ce que constitue l'exploitation d'une entreprise. Les professeurs Antaki et Bouchard estiment ce choix normal et plus conforme à l'esprit de la réforme car « *il était sage de ne pas bloquer un concept économique évolutif par une définition juridique* »¹⁸⁸.

Cependant, le renvoi à la notion d'entreprise n'est pas limité au terme « *pour l'exploitation d'une entreprise* » car plusieurs règles dérogatoires visent directement l'entreprise¹⁸⁹, le service de l'entreprise, les biens d'entreprise¹⁹⁰ ou les activités de l'entreprise¹⁹¹.

Dans ces cas, comment le mot « *entreprise* » pourrait-il être défini ?

Tant la doctrine que les tribunaux n'ont pas distingué la définition de l'exploitation d'une entreprise, de l'entreprise. Ils prennent comme acquis, que les éléments compris dans la définition de l'exploitation d'une entreprise sont voués essentiellement à caractériser l'existence d'une entreprise. Ainsi, M. Dalphond est parti essentiellement des conditions citées

¹⁸⁶ N. ANTAKI, C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 172.

¹⁸⁷ Jean MORIN, « Grandeur et misère de l'entreprise sous le Code civil du Québec », (2003) 105 *Revue du Notariat*, 491, 505.

¹⁸⁸ N. ANTAKI, C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p.169.

¹⁸⁹ Art. 174, 213, 457, 746, 839, 1842 C.c.Q.

¹⁹⁰ Art. 2773, 2784 C.c.Q.

¹⁹¹ Supra note 187.

dans l'article 1525 pour déterminer les éléments requis « *pour conclure l'existence d'une entreprise en droit civil québécois* »¹⁹². Il en va de même pour M. Vachon qui reprend avec une analyse détaillée les éléments mentionnés dans le même article, afin de présenter les critères nécessaires « *pour être en présence d'une entreprise en droit civil québécois* »¹⁹³.

En outre, pour interpréter le sens du mot « *entreprise* » existant dans les différents articles du Code, les tribunaux analysent ce qui constitue l'exercice d'une activité économique organisée aux termes de l'article 1525 C.c.Q.¹⁹⁴.

Dès lors, l'exercice d'une activité économique organisée est le critère déterminant qui conduirait à conclure à l'existence d'une entreprise.

Cette démarche s'accorde tout à fait avec l'intention du législateur lorsqu'il a adopté la notion d'entreprise. L'esprit de la réforme réside dans le bon dépoussiérage des principes du droit commercial en faveur de principes plus évolutifs. Cette ambition s'est effectuée moyennant deux voies : tout d'abord, le législateur étend le champ d'application des règles dérogatoires pour couvrir toute activité économique au lieu du domaine plus restreint des activités commerciales. Ensuite, il dresse le critère de l'activité économique organisée pour qu'il se substitue aux critères de spéculation et d'entremise qui caractérisaient les actes de commerce, et aux critères d'habitude et de professionnalisme qui caractérisaient le commerçant.

Par conséquent, l'entreprise en droit québécois existe dès que les deux critères suivants sont réunis :

- **l'exercice d'une activité économique** : pour expliquer le sens de l'activité économique, le législateur donne deux indices : que cette activité soit ou non à caractère commercial, et qu'elle consiste en la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou en la prestation de services.
- **l'existence d'un degré d'organisation** : à ce critère, le législateur n'a donné aucune indication.

¹⁹² P. DALLPHOND, *op. cit.*, note 96, p. 43-53.

¹⁹³ Patrice VACHON, « La notion d'entreprise de l'article 1525 C.c.Q. et son impact sur les transactions immobilières », dans *Développements récents en droit commercial*, Montréal, 1995, Éditions Yvon Blais Inc. p. 135-139.

¹⁹⁴ Ainsi, le tribunal a utilisé la définition citée dans l'article 1525 pour constater l'existence d'une entreprise dans le cadre de l'application de l'article 2784 C.c.Q., bien que cet article vise les biens d'entreprise et non pas l'exploitation d'une entreprise. *Bélinco Développements Inc. c. Bazinet*, [1996] R.J.O. 1390 (C.S.)

Il semble, que du fait des difficultés qu'éprouvaient les juristes français dans leur définition de l'entreprise, le législateur québécois n'a pas souhaité la définir, privilégiant ce qui constitue l'exploitation d'une entreprise. Ce procédé n'était ni pertinent ni nécessaire en droit québécois. En effet, la définition de l'entreprise en droit commercial français se heurte, nous l'avons déjà vu, à trois sortes d'obstacles : le premier réside dans le débat sur la personnification de l'entreprise en tant que sujet de droit. Le deuxième consiste en la difficulté à concilier le concept d'entreprise avec les principes du droit commercial qui ne reconnaît que l'entreprise commerciale. Le troisième est les fonctions variées et incohérentes du terme d'entreprise dans le Code de commerce. En droit québécois, ces questions ne posent aucun problème. D'une part, l'entreprise en droit québécois peut exister qu'elle soit ou non à caractère commercial. D'autre part, la notion d'entreprise dans le C.c.Q. a un rôle unique et bien précis consistant à identifier les personnes et les actes juridiques qui sont assujettis aux règles dérogatoires. Elle est donc un objet de droit qui ne possède pas la personnalité juridique. De la sorte, rien n'empêchait le législateur québécois de définir directement l'entreprise et non pas l'exploitation d'une entreprise. Ainsi, cette démarche aurait eu pour effet de mieux élucider la notion d'entreprise et d'éviter les nombreuses ambiguïtés concernant son régime.

C. La portée de la définition.

Le débat majeur autour de la définition de l'exploitation d'une entreprise se situe dans la compréhension des concepts retenus par le législateur, à savoir le concept d'activité économique et celui d'organisation. Il s'agit donc de savoir si ces critères, arrêtés déjà par le législateur, sont assez clairs et assez rigoureux pour caractériser l'entreprise.

Cet objectif de clarté et de rigueur, qui était en grande partie à l'origine de la réforme, a été mis en question progressivement par la doctrine et les tribunaux avec la mise en application de la notion d'entreprise.

Les préoccupations des juristes vis-à-vis des critères retenus par le législateur s'articulent essentiellement autour de l'ambiguïté et de l'imprécision des termes utilisés qui aboutissent à des interprétations assez larges.

M. Morin estime que les termes utilisés vont à l'encontre de la prévisibilité du droit, et approchent le droit québécois des systèmes de Common law, pour ajouter aussitôt que « *nous*

aurions souhaité que le législateur soit un peu plus loquace dans sa définition de l'entreprise, notion centrale dans le C.c.Q. faut-il le rappeler. Ainsi, l'absence au Code civil du Québec d'une définition de l'entreprise et l'imprécision du concept d'exploitation d'une entreprise constituent-elles des lacunes importantes dans la perspective du droit civil »¹⁹⁵.

Nous reviendrons dans la deuxième section aux difficultés qu'éprouvaient les juristes lorsqu'ils voulaient interpréter et appliquer la notion d'entreprise.

III. Le cadre juridique de l'entreprise.

L'entreprise, ainsi comprise, est un nouveau concept dans le droit privé québécois. Par conséquent, il faut aborder sa nature ainsi que ses formes juridiques.

A. La nature juridique de l'entreprise.

Dès le départ, le problème de la nature juridique de l'entreprise fut résolu en droit québécois ; le législateur n'a laissé planer aucun doute là-dessus.

L'entreprise, selon l'article 1525 C.c.Q., est un objet d'exploitation. Elle est exploitée par une ou plusieurs personnes, c'est-à-dire par un sujet de droit qui est l'entrepreneur. Celui-ci dispose de droits et obligations dérivant de l'exploitation de l'entreprise. En conséquence, l'entreprise n'a pas de personnalité juridique propre, mais fait partie du patrimoine de l'entrepreneur.

Qui plus est, parmi les sociétés, le législateur reconnaît expressément la personnalité juridique aux seules sociétés par actions, tout en laissant la porte ouverte à un débat important quant à la personnalité juridique des sociétés de personnes.

L'article 298 C.c.Q. dispose que :

« Les personnes morales ont la personnalité juridique. Elles sont de droit public ou de droit privé. »

La controverse dérive de l'article 2188 qui se lit ainsi :

*« La société est en non collectif, en commandite ou en participation.
Elle peut aussi être par actions ; dans ce cas, elle est une personne morale. »*

¹⁹⁵ J. Morin, *loc. cit.*, note 187, p. 507-508.

Le débat autour de la personnalité juridique des sociétés de personnes est loin d'être clos et ne concerne pas notre propos.

Cependant, nous en déduisons le constat suivant : si le législateur n'a pas expressément accordé la personnalité juridique aux sociétés de personnes, il n'avait certainement pas l'intention de l'attribuer à l'entreprise.

De fait, la question de la personnalité juridique de l'entreprise n'a jamais été relevée sous l'égide du nouveau Code, et le débat n'a pas pris la même tournure qui a eu lieu en droit français. La majorité d'auteurs s'entendent pour affirmer que l'entreprise est un objet de droit qui n'a pas la personnalité juridique¹⁹⁶.

B. Les formes juridiques de l'exploitation d'une entreprise.

De la définition de l'exploitation d'une entreprise, renfermée dans l'article 1525 C.c.Q., découlent les remarques suivantes :

- Vu que le législateur a choisi de définir l'exploitation d'une entreprise et non pas l'entreprise, nous ne saurions mentionner les formes juridiques de l'entreprise mais plutôt les formes juridiques de l'exploitation d'une entreprise.
- Il n'est pas nécessaire que l'entreprise soit à but lucratif ; une association ou une coopération à but non lucratif peuvent en exploiter une.
- Toutes les entreprises sont soumises aux mêmes règles dès lors qu'elles satisfassent aux conditions dictées dans l'article 1525 C.c.Q. Celles qui ne le font pas, ne sont pas considérées comme des entreprises. Il n'y a pas deux sortes d'entreprise quant au régime juridique applicable.
- Par contre, les entreprises se distinguent entre elles par la forme juridique que l'entrepreneur avait choisie pour exploiter la sienne.

Dès lors, le droit québécois reconnaît cinq formes juridiques d'exploitation d'une entreprise :

¹⁹⁶ N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 190. ; N. LACASSE, *Droit de l'entreprise*, 3^e éd., Éditions Narval, 1998, p. 20 ; P. VACHON, *op. cit.*, note 193, p. 126.

1. L'entreprise exploitée par une personne physique : une personne physique possède personnellement tous les actifs de son entreprise, la dirige, perçoit les revenus qu'elle produit et assume toutes les responsabilités qui en découlent. Vu que l'entreprise n'a ni personnalité juridique, ni patrimoine propre, elle fait partie du patrimoine de la personne physique qui l'exploite.

2. L'entreprise exploitée par une société : l'entrepreneur est une société qui peut être une société de personnes (société en non collectif, société en commandite ou société en participation) ou une société par actions. A l'instar du cas précédent, l'entreprise ne possède pas de patrimoine propre. Il faut noter qu'à ce stade, le Code civil connaît deux nouveautés. La première consiste dans la controverse autour de la personnalité juridique des sociétés de personnes. Or, si la société exploitante avait la personnalité juridique, elle serait propriétaire de l'entreprise, vu qu'elle disposerait alors d'un patrimoine propre. C'est elle qui assumerait toute les responsabilités dérivant de l'exploitation de l'entreprise. En revanche, si la société n'avait pas la personnalité juridique, l'entreprise serait la propriété des associés qui seraient tenus de toute responsabilité selon les dispositions régissant ladite société. La deuxième nouveauté réside dans la définition de la société par rapport à l'exploitation d'une entreprise. Dans cette définition, le législateur conçoit la possibilité de l'existence d'une société qui n'exploite pas une entreprise, car la notion d'exploitation d'une entreprise « *n'épuise pas l'ensemble des activités possibles d'une société, de sorte que certains groupements constituent de véritables sociétés, sans pour autant exploiter une entreprise* »¹⁹⁷. Le bien-fondé et la justesse de ces deux ajouts constituent des points de controverse parmi les auteurs¹⁹⁸.

3. L'entreprise exploitée par une association : le contrat d'association est défini par l'article 2186 C.c.Q. comme étant « *celui par lequel les parties conviennent de poursuivre un but*

¹⁹⁷ Commentaires du ministre de la justice, *op. cit.*, note 4, art. 2186, p. 1377.

¹⁹⁸ Pour la définition de la société par rapport à la notion d'entreprise voir Mistrale GOUDREAU, « De l'acte de commerce à l'acte de l'entreprise dans le Code civil du Québec », (1994) *Revue général de droit*, 235, 237-238; pour un aperçu du débat sur la personnalité juridique des sociétés de personne voir *Québec (Ville de) c. Compagnie d'immeubles Allard*, [1996] R.J.Q. 1566, 1573 (C.A.); *Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec* [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.); *Société en Nom collectif Vausko c. Ameublement et dévoration Côté-Sud (ST-Denis) inc.*, [1999] R.J.Q. 3037 (C.S.); Charlaïne BOUCHARD, « La société de personnes : Une entité en quête d'identité », (2003) vol. 105, *Revue de Notariat*, 591; Charlaïne BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée : contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises*, Sainte-Foy, P.U.L., 1997

commun autre que la réalisation de bénéfices pécuniaires à partager entre les membres de l'association. » La possibilité pour une association d'exploiter une entreprise est bien exprimée par l'article 2274 C.c.Q. qui dispose que les administrateurs de l'association sont solidairement tenus des obligations de l'association si elles ont été contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise.

4. L'entreprise exploitée par une coopérative : la coopérative est définie par l'article 3 de la loi sur les coopératives qui se lit ainsi : « *Une coopérative est une personne morale regroupant des personnes qui ont des besoins économiques et sociaux communs et qui, en vue de les satisfaire, s'associent pour exploiter une entreprise conformément aux règles d'action coopérative.* » Ainsi, le législateur dicte expressément que la coopérative réalise ses objectifs par l'exploitation d'une entreprise.

5. L'entreprise exploitée par un patrimoine d'affectation : une autre nouveauté du Code civil du Québec concerne le patrimoine d'affectation. Le législateur permet la division ou l'affectation du patrimoine dans la seule mesure prévue par la loi¹⁹⁹. Le Code civil reconnaît deux patrimoines d'affectation : la fondation et la fiducie. Les articles 1256 et 1270 C.c.Q. interdisent à la fondation et à la fiducie d'utilité sociale d'avoir pour objet essentiel l'exploitation d'une entreprise, mais elles pourraient le faire accessoirement. Cependant, les articles 1268-1269 C.c.Q. envisagent la possibilité de créer une fiducie d'utilité privée dans le seul but d'exploiter une entreprise²⁰⁰.

Réflexion :

Sans doute, l'idée même de substituer la notion d'entreprise à celle de commercialité, constitue une évolution importante en droit québécois. Il est évident que cette démarche résulte d'un plan bien réfléchi et d'une volonté de changement fortement arrêtée. Autrement dit, l'établissement d'un lien étroit entre l'application des règles juridiques dérogatoires et le

¹⁹⁹ Art. 2 C.c.Q.

²⁰⁰ N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 194 – 331 ; Charline BOUCHARD, « L'exploitation d'une entreprise par une fiducie : une alternative intéressante ? », (2000) vol. 102, *Revue de Notariat*, 87.

concept de l'entreprise, constitue une nécessité indiscutable pour adapter les règles juridiques à la réalité économique et sociale.

Toutefois, si l'idée de la notion d'entreprise était bonne, en fût-il de même quant à son adoption ? Autrement dit, le législateur a-t-il offert aux juristes un mécanisme clair et compréhensible leur permettant de mettre en application cette notion ?

La réponse à cette question cruciale dépend de la manière dont la doctrine et la jurisprudence analysent et appliquent la nouvelle notion.

Certes, les douze années écoulées depuis l'entrée en vigueur du C.c.Q. sont relativement courtes pour faire un réel bilan de cette expérience. Toutefois, une étude approfondie sur l'application de la notion d'entreprise au cours de cette période révèle que l'ambiguïté, la controverse et l'incertitude sont toujours régnantes et qu'une solution logique et cohérente est loin d'être réalisée.

Section 2

La mise en application de la notion d'entreprise

Nous avons relevé que la notion d'entreprise se base essentiellement sur les trois principes suivants :

- l'application des règles dérogatoires exige l'exploitation d'une entreprise;
- l'exploitation d'une entreprise exige une existence certaine ;
- l'existence d'une entreprise exige l'exercice d'une activité économique organisée.

Avec l'entrée en vigueur du Code, ces principes théoriques ont été examinés par les auteurs et ont été mis à l'épreuve par différents cas pratiques soumis aux tribunaux.

Certes, il est admis qu'un monde sépare la théorie et la pratique²⁰¹.

²⁰¹ J. MORIN, *loc. cit.*, note 187, p. 506.

En conséquence, au fur et à mesure que la notion d'entreprise s'applique, différentes difficultés surgissent et plusieurs interrogations cherchent encore des réponses adéquates.

Ainsi, la mise en application de la notion d'entreprise passe par trois étapes essentielles dont chacune soulève des questions importantes et controversées :

- tout d'abord, il faut s'assurer qu'il y ait l'exercice d'une activité économique et que celle-ci soit organisée. Il s'agit donc de répondre à la question suivante : comment les concepts de l'activité économique et de l'organisation ont été compris et appliqués après l'adoption du C.c.Q. ? (I)
- Ensuite, il faut savoir si cette activité économique organisée conduit toujours à l'existence d'une entreprise. Autrement dit, le critère de l'activité économique organisée est-il suffisant à lui seul pour caractériser l'entreprise ? (II)
- De plus, il faut établir le lien entre l'existence d'une entreprise et l'application des règles dérogatoires. La difficulté réside en effet dans la pratique du renvoi par certains articles à la notion d'entreprise (III).

Enfin, il faut savoir si la notion d'entreprise est une notion unitaire qui s'applique de la même façon à toutes les dispositions s'y référant (IV).

I. Le sens de l'activité économique organisée.

Nous avons observé que le législateur a fourni les critères d'exercice d'une activité économique et l'organisation pour caractériser l'entreprise.

Les auteurs qui se sont intéressés à la notion d'entreprise peu après l'entrée en vigueur du Code s'efforçaient, à la lumière du droit français, d'analyser le sens des activités économiques organisées pour en tirer des éléments plus clairs et détaillés, servant à faciliter l'identification de l'entreprise²⁰². Malgré leur importance, ces analyses doctrinales n'ont pu construire un concept solide encadrant la notion. Pourtant, les tribunaux s'en sont grandement inspirés pour interpréter la notion d'entreprise²⁰³ sans y ajouter de complément²⁰⁴.

²⁰² Cf., P. DALPHOND, *op. cit.*, note 96; P. VACHON, *op. cit.*, note 193.

²⁰³ Force est de constater que la majorité des décisions juridiques concernant la notion d'entreprise ont fait référence aux articles de Mr. Dalphond et Mr Vachon. À titre d'exemple : Bélinco Développements Inc. c. Bazinet, précité note 193; 2995336 Canada Inc. c. Bourassa- Marineau, C. S. Montréal, n 500-50-000985-950, 7

Six ans plus tard, les professeurs Antaki et Bouchard concluent que la définition dégagée jusqu'alors n'est qu'un leurre et qu'il est impossible d'affirmer, malgré l'importance de l'enjeu, si un artiste ambulant jouant de la guitare exploite une entreprise²⁰⁵.

Le juge Bourduas réaffirme ce constat en déclarant que « *l'application du concept d'entreprise de l'article 1525 C.c.Q. est tout, sauf claire. La définition d'entreprise se prête à plusieurs possibilités d'interprétation, de même que la notion d'activité économique organisée* »²⁰⁶.

Il semble que le problème réside principalement dans la généralité des termes utilisés par le législateur. Le juge Bardeau dans l'affaire Dupré c. Comeau explique ce problème en soutenant que « *Force est de constater que l'expression (activité économique organisée) est à ce point globale et indéterminée qu'elle peut trouver application en toutes circonstances ; de la gigantesque entreprise multinationale à la simple cellule familiale, qui, elle aussi, comporte une certaine activité économique, bien que beaucoup plus humble et de nature non commerciale* »²⁰⁷.

Or, étant donnée que les critères fournis sont ambigus et portent à différentes interprétations, leur étude doit s'effectuer prudemment et en fonction de l'intention du législateur.

A- La nature des activités économiques.

L'un des mérites de la réforme du C.c.Q. consiste dans l'élargissement du domaine de l'application des règles dérogatoires. L'adoption même du concept d'entreprise exige *a fortiori* que ces règles s'appliquent à toute activité économique qu'elle soit ou non à caractère commercial, pourvu qu'elle soit organisée. Le ministre de la justice estime que cette extension « *reflète la nouvelle approche du nouveau code, qui remplace globalement la notion de commerce et les notions dérivées d'actes de commerce et commerçant, par exemple, par celle d'entreprise [...]. La notion d'entreprise recouvre l'ensemble de ces activités, lesquelles*

août 1995, J. Anne-Marie Trahan; Gagnon c. St. Pierre, [1995] R.J.Q. 1729 (C.S.); Conseil de presse du Québec c. Lamoureux-Gaboury J.E. 2003-1225 (C.Q.).

²⁰⁴ Mr. Morin soutient que « *la jurisprudence a bien peu contribué à l'explication du droit de l'entreprise depuis l'entrée en vigueur du Code civil du Québec* » J. Morin, *op. cit.*, note 187, p. 503.

²⁰⁵ N. ANTAKI, C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p.169.

²⁰⁶ Conseil de presse du Québec c. Lamoureux-Gaboury, précité note 203.

²⁰⁷ Dupré c. Comeau [1997] R.J.Q. 439, Cour supérieur.

dépassent donc le cadre des activités commerciales puisqu'elles visent également, entre autre, les activités artisanales, agricoles, professionnelles ou fondées sur la coopération »²⁰⁸.

De prime abord, la nature des activités économiques ne devrait pas causer de problème d'autant plus que le législateur les énumère dans le même article. Elles consistent donc dans la production ou réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services. Le législateur a donc laissé à la doctrine et à la jurisprudence le soin de déduire des termes utilisés les différentes activités en question.

Cependant, peu après l'entrée en vigueur du Code, certains auteurs et certaines décisions juridiques sont allés plus loin en donnant à ces activités un sens très large.

Ainsi, M. Ducharme avait considéré que l'entreprise est « *un organisme ayant pour objet la poursuite d'une activité quelconque* »²⁰⁹.

Dans le même sens, nous pouvons lire le passage suivant tiré de l'affaire de la faillite de Richard Landry « *les nouvelles dispositions du Code civil du Québec semblent avoir remplacé la notion de matières commerciales pour celle beaucoup plus large d'exploitation d'une entreprise. Dans ces conditions et comme le soulignait, Me François Bousquet dans son cours de formation à l'occasion du congrès du Barreau du Québec 1994 : « à l'exception de celui qui est salarié, il y a peu de débiteurs dont l'activité n'est pas comprise dans la définition d'entreprise* »²¹⁰.

Le Juge Bardeau dans l'affaire Dupré c. Comeau exprime bien cette tendance en déclarant que le terme entreprise « *est fort général ; son étymologie ne comporte aucune restriction ou presque : relié principalement à l'affaire commerciale ou industrielle, il peut englober toute autre opération, œuvre, initiative de quelque autre activité imaginable.* »²¹¹

Ainsi, la question cruciale à cet égard est de savoir si le législateur vise toute activité économique imaginable, ou limite l'exploitation d'une entreprise à l'exercice des activités énumérées dans l'article 1525 C.c.Q. Autrement dit, pouvons-nous concevoir des activités économiques, en dehors de celles énumérées, qui mériteraient d'être soumises à des règles spéciales ?

²⁰⁸ Les commentaires du ministre de la justice, *op. cit.*, note 4, p. 936-937.

²⁰⁹ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4^e éd., Collection Bleue, Ottawa, Wilson & Lafleur, 1993, p. 329.

²¹⁰ L'affaire de la faillite de Richard Landry, J.E. 95-240 (C.S.)

²¹¹ *Dupré c. Comeau*, précité note 207. (Nos soulignements)

Le fait que les premiers commentateurs se soient penchés sur la définition de l'activité économique séparément des activités énumérées, aurait pour effet d'inspirer par la suite les juristes dans le sens d'une interprétation large de l'activité économique.

Cette tendance, qui a engendré certaines confusion autour du sens du terme « activité économique », semble aujourd'hui se tempérer.

Ainsi, les professeurs Antaki et Bouchard, bien qu'ils sont d'avis que l'énumération des activités est faite à titre indicatif seulement, définissent l'activité économique visée par l'article 1525 comme étant « *l'activité consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services, par laquelle une entreprise vise à satisfaire des besoins en optimisant des ressources limitées dans le cadre d'un marché* »²¹².

Qui plus est, M. Ducharme, dans la 6^e édition de son ouvrage, a retiré son propos sur l'activité quelconque en soutenant que : « *Par activité économique, il faut entendre la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou la prestation de services, que cette activité soit commerciale ou non.* »²¹³

Le juge Becker de la Cour supérieure a rejeté récemment l'interprétation large de l'activité économique en considérant que le conseil de presse du Québec ne constitue pas une entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q. parce qu' « *il n'y a rien d'économique dans les activités du conseil de presse* »²¹⁴

De fait, les activités économiques énumérées dans l'article 1525 C.c.Q. sont très générales, mais n'épuisent pas toute activité économique imaginable ; elles englobent uniquement les activités économiques auxquelles le législateur voulait appliquer des règles spéciales

Le législateur, en énumérant ces activités, a volontairement utilisé des termes généraux pour permettre « *l'évolution du droit en cette matière* »²¹⁵. Ce faisant, il a évité d'entrer dans les détails comme le fait en vain le Code de commerce français. À titre d'exemple, le législateur n'a pas énuméré l'activité industrielle, artisanale, extractive, agricole, artistique mais utilise un terme général qui les englobe toutes, soit la « *production et réalisation de biens* ». Il en va de

²¹² N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 214.

²¹³ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd. Collection Bleue, Ottawa, Wilson & Lafleur, 2005, p. 425.

²¹⁴ *Conseil de presse du Québec c. Cour du Québec* (C .S., 2004-06-09), SOQUIJ AZ-50257109, A.I.E. 2004 AC-54, B.E. 2004 BE-651, [2004] C.A.I. 649.

²¹⁵ Commentaires du ministre de la justice, *op. cit.*, note 4 , art. 1525, p. 937

même pour les autres termes cités. Or, les activités énumérées ont pour objet de montrer à titre indicatif les domaines de la vie économique auxquels le législateur voulait donner un statut particulier.

Il en résulte que les activités énumérées dans l'article 1525 C.c.Q sont à la fois limitatives et indicatives : D'une part, elles limitent l'activité d'une entreprise à la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services, ce qui exclue les activités économiques « *quelconques* ». D'autre part, le législateur n'a pas voulu citer tous les métiers économiques visées, en se contentant de donner des termes génériques indiquant son intention.

En effet, ce débat est plutôt théorique car il ne semble pas être difficile de savoir si une personne exerce ou non une activité économique au sens de l'article 1525 C.c.Q.

Le chauffeur du taxi exerce une activité économique consistant dans la prestation de service de transport ; le propriétaire d'un duplex, dont il occupe une partie et en loue une autre, exerce une activité économique consistant dans l'administration de son immeuble ; l'avocat travaillant chez lui sans personnel exerce une activité économique consistant dans la prestation de services; l'artisan exerçant son métier à l'aide d'un coffre à outils exerce une activité économique consistant dans la réalisation de biens.

Certes, toutes ces personnes exercent des activités économiques. Cependant, il reste à savoir si par ce fait même, elles exploitent une entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q.

Selon cet article, pour que l'entreprise existe, il faut que l'activité économique soit organisée.

B- Le concept d'organisation.

La nécessité de la réunion des deux critères, à savoir l'exercice d'une activité économique et l'organisation, fait l'unanimité parmi les auteurs et ne porte aucune ambiguïté. Ainsi les professeurs Antaki et Bouchard estiment que « *l'exploitation d'une entreprise est cependant un concept à deux pôles. Il implique que l'activité soit à la fois économique et organisée* »²¹⁶.

²¹⁶ N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 208.

Donc, la personne qui exerce des activités dont la finalité n'est pas économique, n'exploite pas une entreprise même si cette activité est organisée, et celle qui exerce une activité économique n'exploite pas une entreprise si cette activité n'est pas organisée.

Par ailleurs, nous avons vu que le législateur fournit deux indices pour aider les juristes à discerner la nature de l'activité économique visées par l'article 1525, tandis qu'il se contente du mot « *organisée* » pour décrire cette activité.

Devant une telle carence, la tâche d'expliquer et d'interpréter le sens, le contenu et le seuil de l'organisation requise pour l'identification d'une entreprise incombe entièrement aux juristes.

Les quelques études doctrinales et le peu de décisions qui se sont penchées sur la question se sont forcées de donner certains éléments servant à éclaircir le concept de l'organisation. Malgré leur portée importante, il s'en faut de beaucoup afin qu'une définition rigoureuse soit dégagée.

Parmi les éléments retenus, nous en relevons les plus importants et les plus répandus.

1. L'organisation et l'habitude.

Le critère de l'habitude fait l'unanimité parmi les auteurs. Ils s'entendent pour affirmer que les activités économiques posées par l'entrepreneur doivent être accomplies de façon non épisodique, c'est-à-dire de façon répétée ; il ne doit donc pas s'agir d'événements occasionnels ou inhabituels²¹⁷. Cet élément d'habitude dérive directement du caractère organisé de l'activité comme nous le dit M. Goudreau « *si l'entreprise est une activité méthodiquement organisée, elle devrait impliquer une certaine idée de continuité dans le temps ; celui qui fait des actes occasionnels ou isolés n'opère pas une entreprise* »²¹⁸.

Cependant, s'il est vrai que toute activité organisée doit être exercée d'une façon habituelle, l'inverse n'est pas toujours exact. Il est possible de trouver une activité économique habituelle mais qui ne constitue pas pour autant une entreprise. Tel est le cas par exemple du groupe de placement dans des valeurs mobilières cité dans le commentaire du ministre de la justice concernant l'article 2186²¹⁹. Ainsi, le concept de l'organisation est plus large que le concept d'habitude.

²¹⁷ P. VACHON, *op. cit.*, note 193, p. 138; P. DALPHOND, *loc. cit.*, note, 96, p. 44.

²¹⁸ M. GOUDREAU, *loc. cit.*, note 198, p. 237.

²¹⁹ Commentaires du ministre de la justice, *op. cit.*, note 4, art. 2186.

2. L'organisation et le plan d'affaires.

D'aucuns voient dans le mot « *organisée* » la nécessité d'un plan par lequel l'entrepreneur détermine les objectifs économiques de l'entreprise et organise ses activités. Ainsi, M. M. Vachon et Dalphond expliquent ce mot par l'existence d'un plan d'affaire. Le premier estime que « *cette activité économique doit être organisée, c'est-à-dire, suivre un plan d'affaires déterminé par l'entrepreneur selon une certaine logique* »²²⁰. Il en va de même pour le deuxième qui soutient que « *cette activité économique doit être organisée, ce qui signifie qu'elle n'est pas le résultat du hasard mais plutôt qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un objectif économique prédéterminé par l'entrepreneur* »²²¹.

En s'exprimant ainsi, les deux auteurs ont semé la confusion autour du concept de l'organisation. Ils limitent le sens du mot « *organisée* » à l'existence d'un plan d'affaires alors qu'ils citent d'autres éléments servant à identifier l'entreprise²²². Quelle est donc la base juridique de ces derniers ?

Certes, le concept d'organisation visé par l'article 1525 C.c.Q. est plus qu'un plan d'affaires.

Par ailleurs, l'existence d'un plan d'affaires ne constitue pas un critère pratique pour caractériser l'entreprise. D'une part, il est difficile de discerner l'existence d'un plan. D'autre part, toute activité économique, si modeste soit elle, nécessite un plan, c'est-à-dire que l'existence de celui-ci ne conduit pas directement à l'existence d'une entreprise.

3. L'organisation et l'installation matérielle et humaine.

Il semble que ce critère est le plus déterminant pour caractériser l'organisation d'une entreprise. Plusieurs auteurs observent que l'organisation de l'entreprise se traduit par l'existence des éléments matériels et humains au sein de l'entreprise. Bien que cette question n'a pas suscité de polémique quant à la nécessité de l'existence de ces installations, la controverse est à son comble en ce qui concerne l'importance de ces éléments.

Une partie des auteurs voient que ces éléments doivent être plus ou moins considérables pour conclure à l'existence d'un degré suffisant d'organisation. Ainsi, après avoir examiné le

²²⁰ P. VACHON, *op. cit.*, note 193, p. 194. (Nos soulignements)

²²¹ P. DALPHOND, *loc. cit.*, note 96, p. 44. (Nos soulignements)

²²² P. VACHON, *op. cit.*, note 193, p. 138- 139 ; P. DALPHOND, *loc. cit.*, note 96, p. 52-53.

concept d'organisation retenu par la doctrine et la jurisprudence québécoise, les professeurs Antaki et Bouchard concluent que « *le travailleur autonome se transforme en chef d'entreprise quand ses activités deviennent suffisamment importantes pour justifier un investissement sérieux et le recours à une aide externe significative* »²²³.

Dans le même ordre d'idée, certains auteurs parviennent à la même conclusion mais en se basant cette fois sur le commentaire du ministre de la justice sur l'article 2186 C.c.Q. dans lequel il déclare que « *certains groupements, constituent de véritables sociétés, sans pour autant exploiter une entreprise, tels les groupes de placement dans des valeurs immobilières* »²²⁴. Mme Lacasse en déduit que « *lorsqu'il traite de l'entreprise, le législateur semble attacher une importance primordiale à l'existence d'une organisation matérielle appréciable pour mener l'activité économique* »²²⁵. Il en va de même pour le professeur Goudreau qui se demande si le législateur n'a pas confondu organisation et organisation matérielle de l'entreprise, et ajoute : « *peut-être que dans l'esprit du législateur, la société de placement n'exploite pas une entreprise parce qu'elle n'a pas pignon sur rue et un nombre appréciable de biens matériels à sa disposition* »²²⁶.

Par ailleurs, d'autres auteurs ne tiennent pas compte de l'importance de l'organisation matérielle de l'entreprise en considérant que les actifs reliés à la poursuite des activités de l'entreprise peuvent varier « *de la gigantesque société avec son personnel, ses outillages équipements et ses immeubles, au simple coffre d'outils de l'artisan* »²²⁷.

Dans ce sens, M. Vachon tire de la définition de l'entreprise donnée par les juristes français les éléments humains et matériels en affirmant qu'« *on doit être en présence d'une ou de plusieurs personnes poursuivant un objectif déterminé grâce à certains bien (par ex. : de l'outillage, de la machinerie, de l'équipement, des stocks, des immeubles, etc.)* » mais il ajoute qu'il « *n'est pas nécessaire que la quantité ou la valeur des biens soit importante. Un simple coffre à outils est, par exemple, suffisant pour l'entrepreneur-ouvrier* »²²⁸.

²²³ N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 240. (Nos soulignements)

²²⁴ Commentaires du ministre de la justice, *op. cit.*, note 4, art. 2186.

²²⁵ N. LACASSE, *op. cit.*, note 196, p. 18.

²²⁶ M. GOUDREAU, *loc. cit.*, note 198, p. 239.

²²⁷ P. DALPHOND, *loc. cit.*, note 96, p. 52. (Nos soulignements).

²²⁸ Patrice VACHON et Heenan BLAIKIE, « L'entreprise du Code civil du Québec », (1995)3, *Repères*138, 143.

M. Royer met l'accent essentiellement sur les éléments matériels et humains pour décrire l'organisation d'une entreprise. Il admet toutefois que, faute d'une précision législative, « *il est actuellement difficile de déterminer le seuil de l'organisation pour qu'il y ait entreprise* ». Cependant, il préconise une interprétation libérale de la notion d'entreprise tout en s'opposant à l'interprétation restrictive auxquelles certaines décisions juridiques sont parvenues à l'occasion de l'application des articles 2684 C.c.Q. et 552 C.p.c.²²⁹

Les tribunaux ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Le résultat dégagé n'est pas moins devisé que celui de la doctrine.

Certaines décisions ont conféré une large interprétation du concept d'organisation de l'entreprise. Ainsi, il a été jugé :

- qu'un courtier d'assurance à son compte exploite une entreprise. Après avoir cité et approuvé le passage de M. Bousquet qui retient qu'« *à l'exception de celui qui est salarié, il y a peu de débiteurs dont l'activité n'est pas comprise dans la définition d'entreprise* », le tribunal déclare que « *Nous croyons, face à cette définition, que le débiteur courtier d'assurance à son compte exploite une entreprise. En effet, il s'agit d'une activité économique organisée, à caractère commercial, ayant pour objet la prestation de services définis globalement à l'article 2389 du Code civil du Québec.* »²³⁰
- qu'un courtier qui achète des voitures et les revend de façon habituelle, qui occupe des lieux même sans affiche avec sa raison sociale, ayant une clientèle et un achalandage exploite une entreprise²³¹ ;
- qu'une personne exploite une entreprise avec un seuil minimum d'organisation lorsqu'elle a fait l'acquisition d'un immeuble contenant un restaurant et un bar, les a loués à des tiers après avoir rénové le restaurant, a obtenu ses numéros d'inscription à la T.P.S. et la T.V.Q. puis a obtenu le financement nécessaire à l'achat. Le juge s'explique en exposant que « *par son administration de l'immeuble et de son contenu M. Tsopanpmichichalos réalisait une activité économique organisée, modeste mais réelle et donc exploitait une entreprise au sens des articles 2683 et suivant et 1525 du C.c.Q., distinct de l'exploitation du restaurant* »²³² ;

²²⁹ J.-C. ROYER, *La preuve civile*, 3^e éd., Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1096-1097.

²³⁰ L'affaire de la faillite de Richard Landry, précité note 210.

²³¹ *2995336 Canada Inc. c. Bourassa-Marineau*, précité note 203.

²³² *Jam-Bec Inc. c. Saturne Inc.*, J.E. 2004-417 (C.Q.) (nos soulignements).

- qu'un chauffeur de taxi exploite une entreprise à l'occasion de l'application de l'article 2683 C.c.Q. M. le juge Seguin estime que l'activité de chauffeur de taxi répond aux critères d'une entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q. car ce métier « *consiste en une activité économique organisée à caractère commercial au même titre que celle du comptable, de l'avocat ou du notaire* »²³³.
- qu'un ordre professionnel constitue une entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q. Le juge arrive à un tel résultat après avoir eu recours à une interprétation large de cet article en déclarant que « *Rien dans les Commentaires du ministre de la Justice concernant l'article 1525 C.C.Q. ne laisse croire à la volonté du législateur de circonscrire un concept qu'il s'est donné la peine d'exprimer de façon large et libérale, en termes généraux mais sans équivoque* »²³⁴.

A contrario, une autre série de décisions préconise une interprétation moins large du sens de l'activité organisée. Il faut noter que les décisions suivantes jugent respectivement des mêmes sujets traités par les décisions précitées :

- Dans l'affaire de la faillite de Solange Dionne, il fût jugé qu'un agent d'assurance - qui exerce le métier à son compte, sans personnel, qui est rémunéré à commission et dont le travail consiste à rencontrer des clients à domicile - n'exploite pas une entreprise car « *les activités de la requérante n'atteignent peut-être pas le degré d'organisation matérielle suffisant pour qu'on puisse parler d'entreprise* »²³⁵.
- Dans l'affaire Coates c. Groupe commerce, compagnie d'assurances, le tribunal n'a pas considéré que « *l'achat, la réparation et la vente de quatre véhicules par année constituent l'exploitation d'une entreprise* »²³⁶ ;
- Le juge considère, dans l'affaire Gagnon c. St. Pierre, que le chauffeur de taxi ainsi que le notaire n'exploitent pas une entreprise, en soutenant que « *je suis porté à croire, avec égard, qu'un notaire pourrait soustraire à la saisie non seulement ses livres de droit, mais*

²³³ Fadel c. Charrette, J.E. 2003-1106 (C.Q.)

²³⁴ Girard c. Association des courtiers d'assurances de Québec, AZ-97031040, J.E. 97-193, [1997] R.J.Q. 206

²³⁵ Dionne (Syndic de), AZ-98021003, J.E. 98-24, [1998] R.J.Q. 124. (Nos soulignements).

²³⁶ Coates, c. Groupe commerce (Le), compagnie d'assurances, (C.Q., 1999-03-22), SAQUIJ AZ-99036273, B.E. 99 BE-537, [1999] R.L. 475.

*également au moins un meuble de bureau, un ordinateur et une imprimante, puisque rédiger des actes est son activité professionnelle. Je ne crois pas que l'on puisse parler d'exploitation d'une entreprise en ce cas, pas plus que dans le cas de la personne qui conduit elle-même son automobile, puisque c'est le fonctionnement du véhicule qui est la source des revenus de taxi »*²³⁷. Il en va de même pour la décision concernant l'affaire Gibbons c. Wawanesa, où la Cour d'appel n'était pas d'avis que le chauffeur de taxi exploite une entreprise²³⁸.

- Dans l'affaire Conseil de presse du Québec c. Cour de Québec, le juge Baker n'a pas vu dans le conseil de presse du Québec une entreprise, tout en rejetant l'interprétation large que la juge Borduas de la Cour de Québec a donnée à la définition d'entreprise en déclarant que « *C'est manifestement déraisonnable d'élargir une définition « entreprise » quand il n'y a aucune indication dans la preuve que le Conseil est une entreprise ou analogue à un marché »*²³⁹. Le Juge Bardeau dans l'affaire Dupré c. Comeau parvient au même résultat pour dire que les ordres professionnels ne constituent pas une entreprise quoique son raisonnement soit différent de celui invoqué par le juge Baker²⁴⁰.

Il en résulte que la question du degré de l'organisation matérielle requis pour l'existence d'une entreprise n'est pas encore tranchée malgré l'importance de l'enjeu.

Face à l'ambiguïté législative et à la controverse doctrinale et jurisprudentielle sur ce sujet, certains auteurs ont déjà réclamé une modification ou un ajout législatif pour éclaircir la portée de la notion d'organisation. Ainsi, les professeurs Antaki et Bouchard estiment que « *Le législateur québécois aurait aussi évité de sérieuses difficultés s'il avait distingué entre les grandes entreprises soumises au droit dérogatoire et les petites qui ne le sont pas. Cette distinction peut aider à placer le degré d'organisation requis à un niveau qui rejoint l'intention de législateur »*²⁴¹.

²³⁷ Gagnon c. St Pierre, précité note 203.

²³⁸ Gibbons c. Wawanesa, [1998] R.J.Q. 2007, 2009-2010 (C.A.)

²³⁹ Conseil de Presse du Québec c. Cour de Québec, précité note 214.

²⁴⁰ Dupré c. Comeau, précité note 207.

²⁴¹ N. ANTAKI et C. BOUCHARD, op. cit., note 91, p. 190.

Aussi, M. Morin pense-t-il que la controverse autour de la définition de l'entreprise montre « l'importance qu'aurait eue l'ajout au Code de paramètres permettant de mieux cerner le concept d'exploitation d'une entreprise ». Pour cette fin, il propose d'ajouter au critère de l'organisation celui de professionnalisme. Selon lui, cet ajout aurait pour effet de:

- permettre « l'exclusion d'activités exercées en dilettante ou exercées par un amateur » ;
- dépasser le critère de plus-value attribuable aux efforts de l'entrepreneur. Ainsi, « il ne suffit plus que son activité génère des bénéfices mais ceux-ci doivent être importants par rapport à l'ensemble des ses revenus » ;
- « de qualifier d'entreprise une activité pourtant matériellement désorganisée dont une personne (...) tire pourtant ses revenus. Il s'agit de ces personnes qui ont un sens tel de la désorganisation, qui sont tellement brouillonnes que la rentabilité, quoique évidente, nous laisse toujours incrédule » ;
- enfin « de confirmer qu'il ne saurait être d'entreprise en deçà d'un certain fonds minimal, essentiel à la production suffisante de bénéfices »²⁴².

Si la suggestion des professeurs Antaki et Bouchard est tout à fait pertinente et pourrait éclaircir d'avantage la situation, celle de M. Morin pourrait engendrer la même polémique découlant du concept d'organisation. Or, les juristes devraient chercher cette fois à définir le concept du professionnalisme. Signifie-il l'habitude, la génération de revenu, l'importance des installations ou les trois ensemble?

D'ailleurs, ce concept est bien utilisé en droit commercial français où il est donné plusieurs interprétations qui ressemblent plus ou moins à celles données au concept d'organisation²⁴³. finalement, le fait d'introduire le concept de professionnalisme aurait pour effet d'aggraver la controverse déjà existante entre la notion d'entreprise de l'article 1525 C.c.Q et le concept de l'exercice personnel d'une activité professionnelle disposé dans l'article 2648 C.c.Q. et l'article 552 C.p.c.

²⁴² J. MORIN, *loc. cit.*, note 187, p. 512- 513.

²⁴³ *Supra* p. 68-70.

Réflexion :

Les trois éléments précités constituent les critères les plus préconisés par les juristes pour déterminer si une entreprise est suffisamment organisée. Chaque entreprise doit donc exercer ses activités économiques de façon habituelle, avoir un plan d'affaires et être composée d'éléments humains et matériels.

Alors que les critères d'habitude et du plan d'affaires ne posent pas de sérieux problèmes, l'importance des éléments humains et matériels flotte toujours entre un concept *largo* et *stricto sensu*.

D'après nous, l'intention du législateur, l'esprit de la réforme et la logique même de l'existence des règles dérogatoires réfutent une interprétation large et libérale du concept de l'organisation. Il est vrai que le législateur a voulu pallier aux défauts du droit commercial, mais n'a guère voulu changer la logique de l'ancien droit. Celle-ci persiste toujours dans le C.c.Q. et consiste à garder des règles spéciales aux personnes censées expérimentées, et qui sont si impliquées dans les affaires, qu'elles méritent certaines règles de faveurs et n'ont pas besoin d'autres de protection. Ainsi, pour être considérée parmi cette catégorie, la personne doit se livrer à des activités d'un certain niveau impliquant des investissements plus ou moins importants. Faute de quoi, cette personne ne répond pas à cette logique et par conséquent, ne devrait pas être assujettie à des règles spéciales.

En adoptant la notion d'entreprise, le législateur voulait élargir le champ d'application du droit commercial mais horizontalement et non verticalement, dans le sens d'un élargissement du domaine restreint du commerce pour couvrir d'ores et déjà tous les domaines économiques tels que le commerce, l'industrie, la prestation de service, l'agricole. Cependant, cela ne signifie guère qu'il voulait étendre le champ d'application à ce qui a trait au degré de l'importance des activités. Il ne voulait guère couvrir toute activité économique nonobstant son importance.

En conséquence, outre les critères de l'habitude et du plan d'affaires, les activités du commerçant, de l'industriel, de l'artisan, de l'agriculteur, du professionnel libre, ne formeraient pas une entreprise si elles n'avaient pas un degré d'organisation matérielle suffisant.

Il faut noter cependant qu'en élargissant ainsi le champ d'application des règles dérogatoires, le législateur québécois enregistre en même temps un certain recul par rapport au droit commercial. Selon l'ancien droit, certains actes de commerce isolés étaient soumis aux règles

déroatoires en dehors du concept de l'entreprise commerciale ou du commerçant. Avec l'adoption de la notion d'entreprise, les activités économiques isolées ne sont plus assujetties aux règles déroatoires, vu qu'elles ne sont pas effectuées par une entreprise. Cependant le mot reculé ici ne doit pas être compris dans son sens négatif, loin s'en faut.

II- L'identification de l'entreprise.

Après avoir constaté l'exercice d'une activité économique organisée par une ou plusieurs personnes, la deuxième étape vers l'application de la notion d'entreprise consiste à s'assurer que cette activité économique organisée conduit à l'existence d'une entreprise. En principe, le lien entre l'exercice d'une activité économique organisée et l'existence d'une entreprise devrait être automatique selon la définition donnée par l'article 1525 C.c.Q.

Cependant, les difficultés n'ont pas tardé à se montrer car certains auteurs et certaines décisions constatent que le critère de l'activité économique organisée n'est pas toujours caractéristique pour identifier l'entreprise.

La première manifestation de cette tendance réside dans l'interprétation de la définition du contrat de société énoncée dans l'article 2186 C.c.Q. qui prévoit que :

« Le contrat de société est celui par lequel les parties conviennent, dans un esprit de collaboration, d'exercer une activité, incluant celle d'exploiter une entreprise... »

M. Dalphond estime que la société comporte toujours l'exercice des activités économiques organisées vu la présence des personnes, d'une mise en commun et d'un partage des bénéfices pécuniaires découlant de l'exercice de l'activité de la société. Pourtant, le législateur conçoit que cette société peut ne pas exploiter une entreprise. Il en déduit par conséquent que :

« le législateur a donc reconnu à l'article 2186 C.c.Q. de même que dans la loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations, qu'il peut y avoir présence d'une activité économique organisée, sans pour autant qu'il y ait présence d'une entreprise »²⁴⁴.

M. Vachon reprend à la lettre la même idée en soutenant que *« Le lien entre la notion d' « entreprise » et d' « activité économique organisée » n'est pas automatique, puisque l'on*

²⁴⁴ P. DALPHOND, *op. cit.*, note 96, p. 47.

peut être en présence d'une activité économique organisée sans pour autant que l'on soit en présence d'une entreprise »²⁴⁵.

De plus, le juge Locas de la Cour du Québec, parvient à la même conclusion mais dans un contexte différent en déclarant que : « *l'exploitation d'une entreprise implique toujours l'exercice d'une activité économique organisée mais l'inverse n'est pas vrai. Il peut y avoir une activité économique organisée à l'intérieur d'un organisme qui n'exploite pas une entreprise* »²⁴⁶.

Selon cette interprétation, la situation se dessinerait ainsi : pour que les règles dérogatoire s'appliquent, il faut qu'il y ait l'exploitation d'une entreprise. Celle-ci nécessite l'existence d'une entreprise ; on reconnaît l'entreprise par l'exercice, par une ou plusieurs personnes des activités économiques organisées. Néanmoins, l'exercice des activités économiques organisées ne conduirait pas toujours à l'existence d'une entreprise, ni par conséquent à l'application des règles dérogatoires.

Cette situation pourrait nous ramener de nouveau au cercle vicieux du droit commercial. Comparons ces deux conclusions :

- Pour que les règles dérogatoires s'appliquent, il faut qu'il y ait une exploitation d'une entreprise. L'on reconnaît l'entreprise par l'exercice d'une activité économique organisée. Cependant, pour que l'exercice d'une activité économique organisée soit soumis aux règles dérogatoires, elle devrait être effectuée par une entreprise.
- Pour que les règles du droit commercial s'appliquent, il faut qu'elles soient exercées par un commerçant. L'on reconnaît le commerçant par l'exercice des actes de commerce. Cependant, pour que les actes de commerce soient soumis aux règles dérogatoires, ils devraient, pour la plupart, être effectués par un commerçant.

Suite à une telle conclusion, plusieurs interrogations s'imposent : le législateur voulait-il vraiment distinguer entre l'entreprise et l'exercice d'une activité économique organisée ? Si oui, quels sont les critères susceptibles de caractériser l'entreprise outre celui de l'activité économique organisée ?

²⁴⁵ P. VACHON, *op. cit.*, note 193, p. 138.

²⁴⁶ Congrégation des Témoins de Jéhovah d'Issoudun-Sud c. Mailly, J.E. 2000-1776 (C.Q.)

Pour répondre à cette dernière question, M. M. Dalphond et Vachon ont dressé deux listes, plus ou moins identiques, pour décrire les éléments constituant l'entreprise. Ils exigent un plan, des actifs, une série d'actes juridiques habituels faits dans la poursuite des objectifs préétablis, une clientèle ou un marché et l'attribution du bénéfice aux efforts de l'entrepreneur²⁴⁷.

Par ailleurs, le juge Locas, quant à lui, ajoute un nouveau critère à celui de l'exercice d'une activité économique organisée, en déclarant qu'il faut que « *cette activité soit elle-même la mission de l'organisme visé ou, en d'autres mots, son objectif, sa finalité, son but* », et ajoute que « *si cette mission est autre et que l'activité économique organisée n'est exercée que pour atteindre la mission ou le but de l'organisme, l'on ne peut parler d'exploitation d'une entreprise au sens du Code et de la loi* ». Par conséquent, il déclare que la Congrégation des Témoins de Jéhovah n'exploite pas une entreprise car l'exercice d'une activité économique n'est pas son objet principal²⁴⁸.

Sans doute, il est tout à fait normal que la doctrine et la jurisprudence aient pour tâche principale d'éclaircir et d'interpréter les textes législatifs. Cependant, en utilisant des termes généraux et vagues, le législateur a laissé la porte ouverte à toute sorte d'interprétations qui vont parfois à l'encontre même de l'esprit de la réforme.

Réflexion.

Le législateur a fourni deux critères pour identifier l'entreprise en utilisant des concepts assez vagues, à savoir l'activité économique et la notion d'organisation. Appliquons maintenant les aux cas traités ci-haut par la doctrine et la jurisprudence. Malgré leur importance et surtout leur influence auprès des tribunaux, les éléments cités par M. M. Vachon et Dalphond ne sont, en effet, qu'une interprétation détaillée de ce qui constitue « *l'exercice d'une activité économique organisée* ». Autrement dit, les auteurs n'ont pas ajouté de nouveau critère mais se sont contentés de tirer certains éléments des termes « *activité économique* » et « *activité économique organisée* ». Alors, comment peuvent-ils expliquer que l'exercice d'une activité économique organisée ne conduise pas automatiquement à l'existence d'une entreprise ?

²⁴⁷ P. DALPHOND, *loc. cit.*, note 96, p. 52-53; P. VACHON, *op. cit.*, note 193, p. 138-139.

²⁴⁸ Congrégation des Témoins de Jéhovah d'Issoudun-Sud c. Mailly, précité note 246.

En effet, leur raisonnement ne résiste pas à une analyse plus approfondie de l'article 2186 C.c.Q. Le fait que le législateur dispose dans cet article qu'il pourrait y avoir une société qui n'exploite pas une entreprise, ne signifie guère que cette société exerce une activité économique organisée mais qu'elle n'exploite pas une entreprise. Le législateur sous-entend probablement que ladite société n'exploite pas une entreprise, soit parce que l'activité exercée n'est pas économique, soit parce qu'elle n'est pas assez organisée pour constituer une entreprise. Le professeur Goudreau affirme cette idée tout en critiquant la nouvelle logique de l'article 2186. Il considère que l'exemple de la société de groupe de placement, donné par le ministre de la justice en commentant l'article 2186, n'exploite pas une entreprise parce qu' « *il semble que dans l'esprit du législateur, il n'y ait pas un degré suffisant d'organisation pour parler d'une entreprise* », et ajoute que « *Désormais, il nous faudra distinguer entre l'activité d'une société et l'activité organisée d'une société, certaines opérations n'ayant pas ce degré de complexité ou de raffinement pour constituer une entreprise* ». C'est donc le critère de l'organisation qui a manqué et non pas un autre.

Quant à la décision du juge Locas, il nous semble qu'une telle interprétation va à l'encontre de l'esprit de la réforme. L'un des principes poursuivis par le législateur consiste dans l'extension du champ d'application des règles dérogatoires pour couvrir toute personne, physique ou morale, à but lucratif ou non, dès lors qu'elle exerce une activité économique organisée. De fait, la Congrégation des Témoins de Jéhovah est une personne morale qui exerce, en l'espèce, une activité économique organisée. Dès lors, elle remplit parfaitement les critères de l'article 1525 C.c.Q. quoique son objet principal ne soit pas l'exploitation d'une entreprise.

Qui plus est, si cette affaire avait été traitée sous l'égide du droit commercial, quel jugement le tribunal aurait-il rendu ?

Nous avons vu que la Cour de cassation française, dans un cas similaire, a considéré qu'une association religieuse peut être traitée comme un commerçant qui exerce des actes de commerce même si ces actes ne constituent pas sa vocation principale²⁴⁹.

En jugeant ainsi, non seulement le juge Locas n'a pas respecté l'intention du législateur d'étendre le champ d'application du nouveau droit, mais était même plus strict que les règles de l'ancien droit.

²⁴⁹ Supra, note 164.

Par ailleurs, le principe arrêté par le tribunal, à l'effet qu'il n'y aurait pas une exploitation d'une entreprise si cette activité n'était pas le but principal de la personne, contredit les articles 1256 et 1270 C.c.Q. Ces derniers disposent que la fondation et la fiducie d'utilité sociale peuvent exploiter une entreprise à condition que cette exploitation ne soit pas leur objet essentiel. Le législateur conçoit donc la possibilité qu'une entreprise soit exploitée accessoirement. Par analogie, la Congrégation des Témoins de Jéhovah pourrait parfaitement exploiter une entreprise malgré le fait que cette exploitation ne soit pas son objet principal. Cependant, elle serait soumise à deux régimes différents : l'un en tant qu'association religieuse et l'autre, en tant qu'entrepreneur pour les actes reliés à l'exploitation d'une entreprise²⁵⁰.

M. Royer met en garde contre une telle distinction en s'opposant à cette décision et en soutenant qu'« À notre avis, une institution qui exerce une activité économique organisée devrait avoir le statut d'entreprise, même si celle-ci n'est pas le but principal de cette institution. Il importe d'éviter de créer des régimes juridiques distincts selon le but principal ou secondaire poursuivi par un organisme »²⁵¹.

Il semble que le juge confond deux problèmes tout à fait différents. Le premier consiste à établir les conditions requises pour qu'il y ait une exploitation d'une entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q. Le deuxième concerne l'application de la théorie de l'accessoire sous l'égide du nouveau Code. Ainsi, Le Juge ne réclame pas que les règles dérogatoires doivent s'appliquer seulement aux actes réguliers de l'entreprise mais il nie catégoriquement l'existence de l'entreprise lorsque ses activités économiques ne constituent pas son objet principal.

III - L'application de la théorie de l'accessoire.

La troisième étape vers la mise en œuvre de la notion d'entreprise consiste à établir le lien entre les actes juridiques de l'entreprise et l'application des règles dérogatoires. En principe, chaque entreprise a deux types d'actes juridiques :

- Les actes juridiques réguliers : ils sont effectués conformément à l'objet principal de l'entreprise. C'est le cas par exemple des contrats d'achat et de vente pour un

²⁵⁰ N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, P. 194.

²⁵¹ J. ROYER, *op. cit.*, note 228, p. 1096.

commerçant en détail, du contrat de prêt pour une banque, d'assurance pour une compagnie d'assurance.

- Les actes juridiques accessoires : ce sont les actes nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise, mais qui sont ponctuels. Il en est ainsi du commerçant qui conclue un contrat de publicité pour son commerce, du banquier qui acquiert des biens pour agrandir son établissement, de l'agent d'assurance qui achète une voiture pour se rendre chez ses clients.

Ces deux types d'actes sont considérés comme commerciaux sous l'égide du droit commercial et par conséquent, sont assujettis aux règles dérogatoires. Le premier est commercial au regard de la nature commerciale de l'activité selon la notion de commercialité. Le deuxième est commercial selon la théorie de l'accessoire, soit parce que les actes sont passés par un commerçant dans l'intérêt de son commerce (l'accessoire subjectif), soit parce qu'ils sont liés à une opération objectivement commerciale (l'accessoire objectif).

Avec l'adoption de la notion d'entreprise, le législateur voulait-il conserver les mêmes principes ? Souhaitait-il soumettre les actes réguliers et accessoires d'une entreprise aux règles dérogatoires ?

La réponse réside dans les termes utilisés pour renvoyer les règles dérogatoires à la notion d'entreprise. Nous avons observé qu'elles s'appliquent dès lors que les actes juridiques de l'entrepreneur sont effectués pour le service ou l'exploitation d'une entreprise, ou dans le cours des activités d'une entreprise.

Le fait que le législateur ait utilisé principalement deux types de renvoi aux règles dérogatoires, entraîne une certaine confusion ayant trait au sens et à l'étendue de chacune de ces formules et surtout à leurs différences.

A. Les actes passés pour le service ou l'exploitation d'une entreprise :

Cette formule est claire. Elle est assez large pour englober toute activité de l'entreprise, qu'elle soit régulière ou accessoire. Ainsi, lorsque le législateur attribue des règles spéciales aux actes juridiques passés pour le service ou l'exploitation d'une entreprise, il vise vraisemblablement

tout acte passé conformément à l'objet principal de l'exploitation d'une entreprise, de même que tout acte passé accessoirement pour le service de cet objet.

À titre d'exemple, pour une entreprise ayant pour objet principal la gestion d'un restaurant, la solidarité se présume entre ses entrepreneurs pour les dettes dérivant des contrats d'approvisionnement, ce qui entre dans ses actes réguliers, et se présume également pour les dettes dérivant d'un contrat d'assurance pour ledit restaurant.

Il semble que la doctrine favorise cette conclusion en interprétant largement la formule « *pour le service ou l'exploitation d'une entreprise* ». Ainsi, les professeurs Baudouin et Jobin estiment qu'il faut privilégier un sens large à l'article 1525 C.c.Q., qui reprend l'ancienne règle de la solidarité en matière commerciale, car « *le législateur ne s'est pas limité à prescrire que l'obligation, ou le contrat, doit être pour l'exploitation de l'entreprise, mais il prescrit qu'elle peut aussi être pour son service* »²⁵².

Aussi, le professeur Royer confirme-il cette interprétation en précisant que « *Sous le régime du Code civil du Québec, la théorie de l'accessoire peut encore être utilisée pour déterminer le régime applicable à certains actes juridique* ». Pour appuyer son point de vue, il cite les articles 1525, 2221, 2254 C.c.Q. qui contiennent des dispositions dérogatoires gérant les actes juridiques passés pour le service ou l'exploitation d'une entreprise²⁵³.

De ce constat, l'auteur fait la différence entre les deux formules utilisées par le législateur en considérant :

*« Ainsi, aux articles 2830, 2831, 2862 et 2870 du Code civil du Québec, le législateur emploie l'expression plus restrictive « dans le cours des activités d'une entreprise », alors que dans d'autres articles du même code, il utilise l'expression plus large « pour le service ou l'exploitation d'une entreprise »*²⁵⁴.

Le professeur Ducharme explique cette différence en soutenant que :

« Le Code civil du Québec établit par ailleurs une distinction entre les actes posés « pour le service ou l'exploitation d'une entreprise » et les actes posés « dans le cours

²⁵² J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., avec la collaboration de N. Vézina, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2005, p. 102.

²⁵³ J.-C. ROYER, op. cit., note 229, p. 1098.

²⁵⁴ Id., p.1099. (Nos soulignements.)

des activités d'une entreprise ». Ainsi, au sujet de la solidarité, l'article 1525 C.c.Q. énonce que celle-ci se présume entre les débiteurs d'une obligation contractée « pour le service ou l'exploitation d'une entreprise ». Cette dernière expression a certes pour objet d'englober toutes les obligations contractées aux fins de l'entreprise. Par contraste, l'expression « un acte juridique passé dans le cours des activités d'une entreprise » acquiert un sens restrictif²⁵⁵.

Il semble que les auteurs s'entendent pour donner une interprétation large à l'expression « pour le service ou l'exploitation d'une entreprise », de telle sorte qu'elle englobe les activités régulières et accessoires de l'entreprise. Il en va autrement pour l'autre formule.

B. Les actes passés dans le cours des activités d'une entreprise.

Cette formule suscite une interrogation quant à son interprétation. Le débat consiste à savoir s'il faut lui conférer une interprétation large ou restrictive. Autrement dit, il s'agit de savoir si cette expression englobe toute activité de l'entreprise, qu'elle soit régulière ou accessoire, ou si elle vise particulièrement les activités passées en conformité avec l'objet principal de l'entreprise.

La difficulté a commencé essentiellement avec la différence existante entre les versions française et anglaise des articles comportant la formule. Dans la version française, l'expression se lit « dans le cours des activités d'une entreprise », tandis que la version anglaise est traduite « *in the ordinary course of business of an entreprise* ». Cette dernière correspond en français à l'expression « dans le cours des activités ordinaires - ou régulières - d'une entreprise ».

A peine le Code est-il entré en vigueur, que le professeur Goudreau a mis en relief ce décalage et prévu les difficultés pratiques qui en découleraient. Elle explique le problème ainsi : « l'expression française « dans le cours des activités » aurait, à notre avis, permis la même largesse ; tout acte accessoire à l'entreprise aurait pu jouir des règles édictées aux articles 1714, 2830, 2862 etc. Par contre, la version anglaise du « cours ordinaire des affaires » nous semble beaucoup plus restrictive ; or les deux versions ont désormais la même valeur juridique »²⁵⁶.

²⁵⁵ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 213, p. 428.

²⁵⁶ M. GOUDREAU, *loc. cit.*, note 198, p. 240.

En effet, tant la doctrine que la jurisprudence sont bien divisées sur cette question, et il semble qu'un consensus est lointain.

Certains auteurs, fidèles à l'ancienne théorie de la commercialité par accessoire, préconisent une interprétation large et libérale de cette formule. Ainsi, les professeurs Antaki et Bouchard soutiennent que :

« Toute ce qui est directement, indirectement ou accessoirement utile à la réalisation du projet de l'entreprise, y compris ceux de la période du début et de la fin, sont des actes d'entreprises et doivent être soumis au droit dérogatoire.

Le Code n'a certainement pas voulu marquer un recul par rapport au droit antérieur. Certains de ses articles, notamment la version anglaise, soulèvent des questions délicates d'interprétation que les auteurs n'ont pas manquées de souligner. Ces dispositions devraient, dans toute la mesure du possible, être interprétées de façon large, conformément au droit antérieur et dans un esprit de réalisme économique »²⁵⁷.

Il en va de même pour le professeur Pierre Ciotola qui favorise une interprétation libérale englobant toutes les opérations posées dans le cadre des activités de l'entreprise, qu'elles soient habituelles ou accessoires²⁵⁸.

Bien qu'ils admettent que cette formule est plus étroite que l'expression « *pour le service et l'exploitation d'une entreprise* », les professeurs Baudouin et Jobin observent qu'en principe, « *une notion large pour les fins d'une entreprise, qui inclut les actes accessoires, devrait être adoptée* »²⁵⁹.

De plus, certaines décisions judiciaires ont adopté cette interprétation, et par conséquent ont donné un sens large à l'expression en question.

Ainsi, il fut jugé que « *tout acte juridique qui est conclu en conformité avec l'objet le l'entreprise, avec la bonne administration de l'entreprise, tout en tenant compte de circonstances particulières, doit être considéré comme étant un acte passé dans le cours des activités d'une entreprise* »²⁶⁰. Il fut également jugé que « *l'usage du véhicule et son entretien*

²⁵⁷ N. ANTAKI, C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 243-244. (Nos soulignements)

²⁵⁸ P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1999, p. 307.313.

²⁵⁹ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 252, p. 100-103.

²⁶⁰ *Ceramica Del conca S.P.A. c. Centre de céramique & de marbre Italbec Inc.*, J.E. 97-1188.

*sont indispensable à l'exploitation du restaurant et ne peuvent s'en dissocier. Ces actes sont posés dans le cours des activités du restaurant de la défenderesse »*²⁶¹.

Cependant, un contre-courant plaide en faveur d'une interprétation plus restrictive. Le professeur Royer, s'intéressant notamment au sujet de la preuve testimoniale édictée dans l'article 2862 C.c.Q., estime que « *les termes utilisés ne permettent plus d'invoquer la théorie de l'accessoire pour rendre admissible la preuve testimoniale d'un acte juridique qui n'est pas dans le cours des activités d'une entreprise, même s'il est conclu pour le service ou l'exploitation d'une entreprise* »²⁶². Il en va de même pour le professeur Ducharme qui considère que cette expression « *doit recevoir une interprétation restrictive et ne doit pas s'étendre aux actes qui sont simplement accessoires aux activités d'une entreprise* »²⁶³.

Après plusieurs jugements ayant interprété la formule « *dans le cours des activités d'une entreprise* » de façon restrictive²⁶⁴, l'arrêt de la Cour d'appel, dans l'affaire *Federated Insurance of Canada c. Galp Inc.*, vient confirmer cette tendance jurisprudentielle. La majorité des juges de cette Cour estime, à l'occasion de l'application de l'article 1714 C.c.Q, que l'acte juridique doit être passé dans le cours des activités régulières et en conformité avec l'objet de l'entreprise, pour que ses dispositions s'appliquent. Le propos du Juge Hilton est particulièrement révélateur à cet égard :

*« the only relevant evidence is whether the particular object sold by the enterprise is one which it sells to its customers as an integral part of its business activities with the intention of earning income and generating a profit from such sales that is consistent with the purpose for which the enterprise was created, that is to say, its raison d'être. If the article sold by the enterprise does not meet that criteria, then in my view the sale cannot be said to be part of the business activities of the enterprise, but merely an incident of those activities to which the concept of ordinary course of business does not apply »*²⁶⁵.

²⁶¹ *Woodland Verdun Ltée. c. 115768 Canada Inc.*, [1994] R.J.Q. 1726 (C.Q.)

²⁶² J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 229, p. 1100.

²⁶³ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 213, p. 426.

²⁶⁴ *Morisset c. Genfor Construction Ltée*, REJB 2001-26804 (C.S.) ; *Caisse populaire St-Janvier c. Lajoie*, J.E. 2000-900 (C.S.)

²⁶⁵ *Federated Insurance Co. of Canada c. Glap Inc.*, 2004 II JCan 1214 (C.A)

En outre, il faut noter que le législateur n'a pas adopté les termes plus larges, suggérés par l'Office de Révision du Code civil (O.R.C.C.), en optant pour des termes plus restrictifs. A titre d'exemple, concernant l'article 2862, l'O.R.C.C. avait proposé que la preuve testimoniale soit recevable « *lorsqu'il s'agit de prouver contre une personne un acte juridique qu'elle a fait dans le cadre ou pour les fins d'une entreprise, commercial ou autre* »²⁶⁶. En rejetant ce terme général, et en le remplaçant par l'expression « *dans le cours des activités d'une entreprise* », pouvons-nous en conclure que l'intention du législateur se dirigeait vers une interprétation restrictive, et qu'il ne souhaitait pas élargir le champ d'application de certaines dispositions dérogatoires en le limitant aux actes réguliers de l'entreprise ?

Si cette tendance prévalait, le Code civil du Québec enregistrerait ici encore un recul par rapport aux dispositions de l'ancien droit en limitant, dans plusieurs cas, l'application des règles dérogatoires aux actes réguliers de l'entreprise, et en niant la théorie de l'accessoire appliquée sous l'égide du droit antérieur.

Réflexion :

Le fait qu'un acte juridique soit passé par une entreprise, qui exerce une activité économique organisée, n'amène pas automatiquement à l'application des règles dérogatoires comme certains auteurs auraient pu le croire.

Pour leur application, il faut observer trois remarques :

- 1- Si l'expression utilisée par le législateur était « *pour le service et l'exploitation d'une entreprise* », les règles dérogatoires s'appliqueraient, peu importe que cet acte soit régulier ou accessoire.
- 2- Si la formule utilisée était « *dans le cours des activités d'une entreprise* », la solution ne serait pas évidente au regard de la division accrue entre une interprétation large et une autre étroite. Les partisans de la première ne font pas la distinction entre les deux formules et par conséquent, considèrent que tout renvoi à la notion d'entreprise implique tout acte passé pour les fins d'une entreprise, qu'il soit régulier ou accessoire.

²⁶⁶ Rapport sur le Code civil du Québec (R.C.C.Q.), vol. 1, p. 553-554. (Nos soulignements).

Les partisans de l'interprétation étroite considèrent quant à eux que seuls sont impliqués les actes de l'entreprise passés conformément à l'objet principal de l'entreprise.

- 3- Une nouvelle tendance préconise une solution intermédiaire consistant à interpréter l'expression « *dans le cours des activités d'une entreprise* » tantôt de façon large, tantôt de façon étroite, selon le sujet ou l'article en question.

Cette problématique nous amène à une autre concernant l'unité de la notion d'entreprise.

V- L'application unitaire de la notion d'entreprise.

A ce stade de la réflexion, il s'agit de savoir si la notion d'entreprise du Code civil du Québec est une notion unitaire qui s'applique de la même façon à toute disposition juridique s'y référant, ou si elle est une notion inconstante, dont l'application pourrait varier selon les dispositions juridiques mises en applications.

Bien qu'elle ne soit pas tout à fait affirmée, une nouvelle tendance, ou un problème d'avenir, commence récemment à se manifester consistant à interpréter et à appliquer les dispositions liées à la notion d'entreprise différemment en fonction du sujet traité.

Les témoignages de cette tendance sont apparus à l'occasion de l'application de la loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé²⁶⁷, dont l'article 1^{er} fait référence à la notion d'entreprise au sens de l'article 1525 C.c.Q.

En appliquant cet article, le Juge Barbeau observe que le terme « *entreprise* » est général, et qu'« *il importe donc de chercher à lui donner une interprétation conforme à l'esprit du législateur dans le contexte des diverses lois trouvant application en l'espèce* ». En conséquence, il a jugé que certains ordres professionnels ne constituent pas une entreprise, et ne sont donc pas assujettis à la loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé. Il en est ainsi, non pas parce qu'ils n'exercent pas d'activités économiques organisées, mais car le législateur n'avait pas l'intention de les soumettre à cette loi. En effet, « *Si le législateur avait voulu que la loi qui nous occupe...puisse s'appliquer aux ordres professionnels, il l'aurait déclaré en termes clairs et précis : il ne l'a pas fait* »²⁶⁸.

²⁶⁷ L.R.Q., c. P-39.1.

²⁶⁸ Dupré c. Comeau, précité, note 207.

Il semble que la portée de cette décision ne devrait pas dépasser la frontière de l'application de la Loi sur la protection des renseignements personnels. Il ne faut donc pas en tirer une règle générale pour l'interprétation de la notion d'entreprise dans le C.c.Q. Le législateur n'a pas limité l'exploitation d'une entreprise aux personnes du secteur privé. Les ordres professionnels pourraient donc être traités comme un entrepreneur qui exploite une entreprise, lorsqu'il s'agirait de l'application des dispositions du Code civil²⁶⁹. Les ordres professionnels n'exploitent pas des entreprises pour l'application de la loi sur la protection des renseignements personnels, mais pourraient le faire dans le cadre de l'application du Code civil. La notion d'entreprise pourrait donc s'appliquer différemment selon la loi en l'espèce.

Dans le même ordre d'idée, le juge Bourduas, en établissant les principes de l'interprétation par lesquels il devrait juger, décide que « *la définition retenue par les tribunaux pour l'application de l'article 1525 peut varier en fonction de droit qu'elle doit servir* ». De plus, il suit le même raisonnement lorsqu'il interprète les études doctrinales en affirmant que « *les critères de la notion d'entreprise proposés par ces auteurs peuvent avoir été colorés par les domaines de droit auxquels ils ont cherché à appliquer cette notion... Il importe donc de les appliquer avec réserve au cas présent, qui ne relève d'aucun de ces domaines de droit* »²⁷⁰.

Ainsi, le juge prévoit la possibilité que la définition de l'entreprise puisse changer selon le domaine de droit au sein duquel cette notion s'applique.

Par ailleurs, il a été observé que l'interprétation de la formule « *dans le cours des activités d'une entreprise* » est différente de l'expression « *pour le service ou l'exploitation d'une entreprise* », et pourrait amener à des conséquences divergentes.

En outre, le sens de l'expression « *dans le cours des activités d'une entreprise* » pourrait varier entre une interprétation large et une autre étroite selon le sujet en question.

Ainsi, le professeur Goudreau lui donne une interprétation « polysémique » en regroupant les articles contenant cette expression en deux catégories. La première comprend les articles où les activités de l'entreprise devraient correspondre à son objet principal, tels les articles 2674 et

²⁶⁹ Les professeurs Antaki et Bouchard sont d'avis qu' « *il est possible pour un organisme public, si son statut l'autorise, de poursuivre son activité principale de contrôle ou de réglementation et d'exploiter accessoirement une entreprise* », N. ANTAKI, C. BOUCHARD, *op. cit.*, note 91, p. 193.

²⁷⁰ *Conseil de presse du Québec c. Lamoureux-Gaboury*. Précité, note 203.

2700 C.c.Q. La deuxième contient les articles où les activités pourraient englober les actes réguliers de même que les actes accessoires, tels les articles 2862, 2830 et 1714 C.c.Q.²⁷¹.

Même si les juristes n'ont pas directement approuvé une telle position ; en préférant prôner une interprétation large ou étroite, l'opinion du professeur Goudreau reflète en réalité la position actuelle régnant en droit québécois.

A titre d'exemple, le juge Morin de la Cour d'appel tergiverse pour ne pas dicter de règle générale en soutenant que « *Tout comme le juge Hilton, je suis d'avis qu'il faut donner une interprétation restrictive à l'expression "dans le cours des activités d'une entreprise", au second alinéa de l'article 1714 du Code civil du Québec* »²⁷². Ainsi, il ne pourrait être déduit de cette décision, une jurisprudence décisive applicable à l'ensemble des articles où l'expression est utilisée, car il s'agit seulement d'interpréter cette dernière à l'occasion de l'application de l'article 1714.

En ce sens, les professeurs Baudouin et Jobin estiment qu'une interprétation large de cette expression devrait être adoptée, et devrait prévaloir dans toutes les dispositions faisant appel à cette notion selon le principe de cohérence dans l'interprétation du Code civil. Ils ajoutent sur le champ que :

*« Toutefois, on trouvera sans doute, dans quelque contexte particulier, une contre-indication claire à cette interprétation large et uniforme, qui justifiera d'adopter, exceptionnellement, le sens étroit du concept d'actes pour les fins d'une entreprise. Il ne faut pas ériger l'interprétation cohérente en dogme »*²⁷³.

Dans ce cas, l'application de la théorie de l'accessoire pourrait dépendre du terme utilisé et même sous le même terme du sujet traité.

Le professeur Ciotola met en garde contre cette démarche, en soutenant que « *les tribunaux doivent assurer une interprétation cohérente et constante d'une même expression dans l'ensemble du Code civil, dans un souci de favoriser le commerce et la propriété* »²⁷⁴.

En effet, il est normal que des points de vue différents surgissent vu la nouveauté de la notion. Cependant, la démarche devrait être mesurée. À titre d'exemple, s'il est déjà difficilement

²⁷¹ M. GOUDREAU, *loc. cit.*, note 198, p. 246.

²⁷² *Federated Insurance Co. of Canada c. Glap Inc.*, précité, note 265.

²⁷³ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 252, p. 103. (Nos soulignements)

²⁷⁴ P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 258, p. 311.

acceptable que le législateur ait voulu donner à chacune des expressions utilisées un sens différent, il serait inconcevable qu'il voulût en donner deux à une seule formule.

Ces différentes applications de la notion d'entreprise risqueraient, si la tendance se maintient, de créer, parmi les praticiens, des sérieuses difficultés ayant trait à la prévisibilité et à la rigueur des règles juridiques. Ainsi, les conseillers juridiques ne pourraient se prononcer, avec certitude, sur plusieurs articles faisant référence à la notion d'entreprise faute d'une interprétation et d'une application unitaire.

Le législateur aurait pu anticiper ces problèmes s'il avait utilisé des termes plus clairs. Malheureusement, il l'a omis, laissant ainsi à la doctrine et aux tribunaux une marge d'appréciation supplémentaire.

Réflexion.

La notion d'entreprise est pleinement adoptée dans le Code civil du Québec. Le législateur lui a attribué une fonction unique et précise, consistant à déterminer les personnes et les actes juridiques qui seraient assujettis à des règles spéciales, à cause de leur lien intime avec la vie des affaires.

Les premiers commentateurs du nouveau code ont pu croire que la principale difficulté de cette notion, consiste dans la définition de l'entreprise et dans ses éléments constitutifs. Cette pensée est légitime car la définition de l'entreprise est le premier pas vers l'interprétation de cette notion nouvelle.

Cependant, en substituant la notion d'entreprise à celle de commercialité, le législateur introduit un nouveau concept qui a pour effet d'engendrer des modifications majeures touchant presque toutes les dispositions de l'ancienne théorie. Ainsi, la définition de l'entreprise remplace celle du commerçant, les activités économiques remplacent les activités commerciales, le critère de l'activité économique organisée remplace celui de l'entremise et de la spéculation, la vente d'entreprise remplace celle en bloc, les actes passés par une entreprise remplacent ceux passés par un commerçant. Force est de constater que chacune de ces modifications était susceptible d'engendrer des difficultés lors de son interprétation et de sa mise en application.

Il en est pour preuve, les problèmes ci-dessus mentionnés concernant la définition de l'entreprise, ses critères caractéristiques, la nature de ses actes. De plus, l'élément le plus clair réside dans les dispositions de la vente d'entreprise. Il s'agit des dispositions renfermées dans

les articles 1764 et 1767 à 1778 C.c.Q. Après avoir engendré plusieurs difficultés pratiques et fait l'objet de toute sorte de critiques²⁷⁵, ces dispositions ont été abrogées du Code en 2002²⁷⁶. Parmi les multiples raisons de cette abrogation, nous retenons, pour notre fin, les difficultés qui dérivent directement de l'adoption de la notion d'entreprise. Le problème le plus important découle de la difficulté qu'éprouvaient les juristes lorsqu'ils voulaient identifier l'existence d'une entreprise mise en vente. Il s'agit de la différence entre l'ancien concept du fond de commerce et le nouveau concept d'entreprise. Alors que l'entreprise est une entité incorporelle - composée de l'ensemble des moyens humains et matériels, rassemblés par le chef d'entreprise en vue d'exercer d'une activité économique organisée- le fond de commerce constitue seulement le patrimoine du commerçant. La vente d'entreprise ne vise donc pas la vente des biens mais plutôt la vente de l'activité économique organisée. Le professeur Bouchard cite quelques exemples pratiques sur cette difficulté en s'interrogeant :

« comment peut-on qualifier l'entité qui n'est plus exploitée et dont les actifs ne sont plus utilisés dans le cadre d'une activité économique organisée ? Qu'en est-il de la vente des équipements d'un restaurant fermé depuis plusieurs mois, ou alors de celle d'un terrain, des réservoirs souterrains et de la bâtisse où a déjà été exploitée une station service ? » Et il ajoute que *« À noter que pour chacun de ces exemples, il n'y a pas d'activité économique organisée. Or, dans certains cas, ce critère ne sera pas jugé déterminant pour démontrer l'existence d'une entreprise et dans d'autres... il apparaîtra fondamental »*²⁷⁷

Monsieur Morin affirme cette idée lorsqu'il estime que les lacunes relatives à l'absence d'une définition de l'entreprise et à l'imprécision du concept d'exploitation d'une entreprise étaient probablement la cause première de cette abrogation²⁷⁸.

Une autre difficulté dérive de la vente de l'entreprise immobilière. Il s'agit de savoir à partir de quel moment et à quelles conditions un immeuble doit-il être considéré comme une entreprise ?

²⁷⁵ Cf. P. DALPHOND, *loc. cit.*, note 96; P. VACHON, *op. cit.*, note 193; J. MORIN, *loc. cit.*, note 187; Charlaïne BOUCHARD, « De la vente d'entreprise et des raisons ayant justifié l'abrogation des dispositions du Code s'y rapportant », (2002) 104, *Revue du Notariat* 277; Le Barreau de Québec reconnaît que *« les dispositions actuelles du code civil sur la vente d'entreprise cause énormément de problèmes... Mieux vaut s'en reporter au droit commun général ou à la loi sur la faillite et l'insolvabilité que de conserver des dispositions très difficiles à appliquer »* commentaires complémentaires sur les amendements déposés à l'assemblée nationale sur la loi modifiant le Code civil (P.L.50), Barreau du Québec, 1^{er} trimestre 2002, p. 6.

²⁷⁶ Loi modifiant le Code civil et autres dispositions législatives, L.Q. 2002, c. 1

²⁷⁷ C. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 275, p. 284.

²⁷⁸ J. MORIN, *loc. cit.*, note 187, p. 508.

M. Vachon fait état des difficultés posées par ces dispositions en réclamant, déjà en 1995, leur abrogation :

« l'expérience nous a démontré qu'à ce jour, et à notre connaissance, peu de personnes ont accepté de se plier aux formalités strictes de la vente d'entreprise en matière immobilière, préférant rechercher des alternatives pour passer outre à ces formalités...Il faut espérer que le législateur réagira promptement à tous ces problèmes non résolus et qu'il abrogera sa législation sur la vente d'entreprise...ou, à tout le moins, qu'il donnera plus de souplesse et de directives à cette loi qui n'est plus de son époque. »²⁷⁹

De plus, M. Dalphond relève, entre autre, le problème de l'interprétation du terme « la partie substantielle d'une entreprise » de l'article 1767 C.c.Q.²⁸⁰

En effet, puisque ces dispositions ont été abrogées du Code, il serait fastidieux de les examiner davantage. Cependant, le fait même de cette abrogation, après seulement huit ans de mise en application, révèle les contradictions et les difficultés entourant l'adoption de la notion d'entreprise.

Il semble qu'il faut attendre une prospection à la fois objective et approfondie, avant que toutes les dispositions de la notion d'entreprise ne soient éclaircies.

Depuis l'entrée en vigueur du Code, les problèmes en découlant sont beaucoup plus nombreux que les solutions dégagées, et il faudrait s'attendre à l'émergence d'autres difficultés à l'avenir. En conséquence, M. Morin va jusqu'à réclamer l'abolition de la notion d'entreprise en soutenant qu' : « *Afin de préserver la logique de la démarche, qui visait à faciliter la pratique du droit, il aurait été cohérent d'écarter complètement du Code la notion d'entreprise puisque sa reconnaissance pose, en pratique, des problèmes certains* »²⁸¹. Poussée à l'extrême, cette revendication reflète la gravité des ces problèmes et l'état critique dans lequel se trouvent les juristes québécois vis-à-vis de la notion d'entreprise.

Il est à noter cependant, que cette situation est normale au regard de la nouveauté de la notion d'entreprise, en rappelant que les principes du droit commercial ont été modifiés et ont changé à maintes reprises depuis deux cents ans sans pour autant atteindre la perfection.

²⁷⁹ P. VACHON, *op. cit.*, note 193, p. 148-149. (Nos soulignements)

²⁸⁰ P. DALPHOND, *loc. cit.*, note 96, p. 60.

²⁸¹ J. MORIN, *loc. cit.*, note 187, p. 508.

En effet, le droit civil québécois est aujourd'hui dans une période transitoire entre deux concepts différents. Cela requiert un changement de conceptions préétablies et appliquées au cours de longues années, ce qui n'est pas toujours facile à faire. Cela étant, il est encore tôt de juger la réussite de l'expérience du C.c.Q. vis-à-vis de la notion d'entreprise tout en admettant que l'idée est évolutive mais l'application se heurte toujours à certaines difficultés. Or, les juristes québécois auront pour tâche, dans les prochaines années, d'examiner profondément la nouvelle notion afin d'en tirer clairement ses principes de base. Par ailleurs, plusieurs notions dérivant du droit commercial, telle que la notion de l'accessoire, des actes mixtes et du fond de commerce, sont des concepts qui se sont imposés au fil des années étant donné leur nécessité pratique. En conséquence, en cherchant à établir les principes de la nouvelle notion, les juristes québécois devront tenir compte de l'importance pratique de ces concepts, car adopter la notion d'entreprise ne signifie guère, dénier ce qui dérive de l'ancien droit. En outre, une modification des textes législatifs serait, à un moment donné, indispensable pour éliminer toute ambiguïté concernant certaines dispositions controversées.

Conclusion

L'évolution économique et sociale, survenue ces dernières décennies, a influencé incontestablement l'ensemble des règles juridiques régissant la vie des affaires. Quant aux pays qui suivent le système civiliste, le revirement majeur à cet égard consiste dans le déclin des principes du droit commercial au profit de la notion d'entreprise. Cette dernière avait pour tâche de pallier aux défauts de l'ancien droit et d'adapter les règles juridiques du monde des affaires à la nouvelle réalité de la société contemporaine.

Cependant, l'adoption et l'application de cette notion n'ont pas été effectuées de la même façon par les différentes législations. Ainsi, bien que la notion d'entreprise fut adoptée aussi bien en droit commercial français que dans le Code civil du Québec, force est de constater que les deux législations sont aux antipodes l'une de l'autre, en ce qui concerne l'application de cette notion et le rôle qu'elle joue dans chacune entre elles. De ce constat, sont relevées les observations suivantes mettant en relief les principales différences entre les deux droits :

- La notion d'entreprise en droit commercial français est une notion fonctionnelle qui joue plusieurs rôles en tant qu'objet d'organisation juridique. Dans le C.c.Q., elle a un rôle unique et bien précis consistant à déterminer le champ d'application des règles juridiques propres au monde des affaires.
- En se fondant essentiellement sur l'entreprise, le législateur français a bâti un nouveau droit pour la vie des affaires, afin de remédier à l'impuissance du droit commercial à gérer seul cette question (le défaut extrinsèque). Le législateur québécois a utilisé la notion d'entreprise pour se débarrasser des limites très étroites du domaine du droit commercial (le défaut intrinsèque), en étendant le champ d'application des règles concernant les affaires pour qu'elles s'appliquent à toute entreprise exerçant des activités économiques organisées.
- Le droit commercial français n'applique pas la notion d'entreprise telle qu'elle a été adoptée dans le C.c.Q., car cette notion n'est pas compatible avec l'idée même du droit commercial. Cependant, le législateur français déroge de plus en plus aux principes traditionnels de la notion de commercialité en faveur de solutions hétérogènes. Ces

dérogrations s'effectuent, sans plan d'ensemble, pour répondre à tel besoin inhérent à la vie économique.

- Le fait que le C.c.Q. accorde à la notion d'entreprise ce rôle précis, ne signifie pas pour autant que l'ensemble du droit québécois ne connaît pas la notion fonctionnelle de l'entreprise ; elle est présente dans plusieurs textes, mais lorsqu'il s'agit du Code civil, elle revêt une fonction tout à fait particulière.
- Cela étant, les civilistes québécois ne peuvent tirer partie de la notion d'entreprise en droit français. Tout au plus, ils peuvent s'inspirer de certains éléments constitutifs de l'entreprise commerciale, dictés par la jurisprudence et la doctrine, dans le cadre défini au sens de l'article L.110-1 du Code de commerce.
- En conservant les principes du droit commercial, les juristes français profitent néanmoins d'une certaine stabilité juridique et puisent dans un bagage jurisprudentiel et doctrinal certain. Cet avantage a pour effet de faciliter la tâche des juristes dans la mesure où toute nouvelle disposition se fonde dans un ensemble de règles juridiques déjà existantes et bien expérimentées. Les juristes québécois ont dû reconstruire des raisonnements en vue de dégager les principes de base de la nouvelle notion. Ainsi, ils ont dû définir l'entreprise, déterminer ses éléments caractéristiques, s'occuper des règles régissant sa vente, analyser et expliquer son lien avec la société, rebâtir une nouvelle notion pour les activités accessoires de l'entreprise. Par conséquent, la mise en application de la notion d'entreprise s'est heurtée à plusieurs difficultés d'ordre pratique. De plus, cette démarche risque d'être laborieuse d'autant plus que les textes législatifs régissant cette notion manquent de clarté et de rigueur.
- Le droit commercial français est aujourd'hui le résultat d'un chevauchement entre les anciens principes de droit commercial et les nouveaux textes reposant essentiellement sur l'entreprise. Par conséquent, il essuie un manque de cohérence et de logique quant à sa structure, de telle sorte que les juristes ne savent se prononcer ni sur la définition du droit commercial, ni sur ses critères principaux. L'adoption de la notion d'entreprise dans le Code civil du Québec repose sur un plan bien réfléchi qui donne à l'ensemble des règles juridiques pertinentes, une structure homogène, rationnelle et dérivant d'un *a priori* logique. A titre d'exemple, le deuxième alinéa de l'article 1525 C.c.Q. explique bien les conditions de l'application des règles dérogatoires et

remplace, à lui seul, une série d'articles visant, en droit français, à distinguer entre l'entreprise commerciale et l'entreprise civile (définition du commerçant, énumération de l'acte de commerce, entreprises soumises aux dispositions de redressement de l'entreprise, commercialité de forme pour certaines sociétés, compétence des tribunaux consulaires, dispositions concernant certaines entreprises non commerciales).

Il en résulte que chacune de ces deux expériences profite des avantages et éprouve des difficultés et aucune entre elles ne pourrait présentement prétendre avoir le dessus. Cependant, le droit commercial français, si expérimenté et riche fût-il, serait toujours circonscrit par des dogmes qui contrarieraient toute évolution potentielle. Par contre, la méthode poursuivie par le droit québécois a l'avantage, à notre sens, de constituer une base logique d'un système juridique évolutif quoique le chemin, pour y parvenir, risque d'être long avant que tous les principes de base de cette nouvelle notion ne soient dégagés.

Bibliographie

Table de la législation

Textes québécois

Le Code civil du Québec.

Le Code du travail. L.R.Q. c.C.27

Loi concernant l'investissement au Québec, L.R.C. (1985), C. I-21.8

Loi de l'impôt sur le revenu du Canada, L.R.C. (1985), (5^e suppl.), c. 1.

Loi modifiant le Code civil et autres dispositions législatives, L.Q. 2002, c. 19.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.R.Q., c.P-39.1.

Textes français

Le Code civil.

Le Code de commerce.

Le Code du travail.

Le Code de l'artisanat.

Le décret de 10 juin 1983 la loi du 5 juillet 1996

La loi du 30 décembre 1988.

La loi du 5 juillet 1996.

La loi n°2000-321 de 12 avril 2000.

Conventions internationales

La loi sur le commerce électronique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.), juin 1996.

Table des jugements

Jurisprudence québécoise

2995336 Canada Inc. c. Bourassa- Marineau, C. S. Montréal, n 500-50-000985-950, 7 août 1995, J. Anne-Marie Trahan.

Bélinco Développements Inc. c. Bazinet, [1996] R.J.O. 1390 (C.S.)

Caisse populaire St-Janvier c. Lajoie, J.E. 2000-900 (C.S.)

Ceramica Del conca S.P.A. c. Centre de céramique &de marbre Italbec Inc., J.E. 97-1188

Coates, c. Groupe commerce (Le), compagnie d'assurances, (C.Q., 1999-03-22), SAQUIJ AZ-99036273, B.E. 99 BE-537, [1999] R.L. 475.

Congrégation des Témoins de Jéhovah d'Issoudun-Sud c. Maily, J.E. 2000-1776 (C.Q.)

Conseil de presse du Québec c. Cour du Québec (C.S., 2004-06-09), SOQUIJ AZ-50257109, A.I.E. 2004AC-54, B.E. 2004 BE-651, [2004] C.A.I.649.

Conseil de presse du Québec c. Lamoureux- Gaboury J.E. 2003-1225 (C.Q.)

Dionne (Syndic de), AZ-98021003, J.E. 98-24, [1998] R.J.Q. 124.

Dupré c. Comeau [1997] R.J.Q. 439, Cour supérieure.

Fadel c. Charrette, J.E. 2003-1106 (C.Q.)

Federated Insurance Co. Of Canada c. Glap Inc., 2004 IIJCan 1214 (C.A)

Gagnon c. St. Pierre, [1995] R.J.Q. 1729 (C.S.)

Gibbons c. Wawanesa, [1998] R.J.Q. 2007, 2009-2010 (C.A.)

Girard c. Association des courtiers d'assurances de Québec, AZ-97031040, J.E. 97-193, [1997] R.J.Q. 206.

Jam-Bec Inc. c. Saturne Inc., J.E. 2004-417 (C.Q.)

L'affaire de la faillite de Richard Landry, J.E. 95-240 (C.S.)

Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.)

Morisset c. Genfor Construction Ltée, REJB 2001-26804 (C.S.)

Québec (Ville de) c. Compagnie d'immeubles Allard, [1996] R.J.Q. 1566, 1573 (C.A.)

Société en Nom collectif Vausko c. Ameublement et dévoration Côté-Sud (ST-Denis) inc., [1999] R.J.Q. 3037 (C.S.)

Woodland Verdun Ltée c. 115768 Canada Inc., [1994] R.J.Q. 1726 (C.Q.)

Jurisprudence française

CA Paris, 22 mai 1965 :JCP. G 1965, II, 14274 bis, concl. Nepveu

Com., 4 déc., 1968, D. 1969, p.200.

Com. 26 juin 1968, Bull. IV, n° 205, p. 186.

Com. 12 mai 1969, Bull. IV, n°159.

Cass. Civ. 3^{ème}, 5 mars 1971, Bull. III, n°168.

Paris, 13 janvier 1976, JCP 1977.II.18576, note Boitard.

Com., 8 mai 1978, RTD com. 1979, p.88. obs. Derruppé

Com., 5 février 1979, Bull. civ. IV, n°46, p37

Cass., com., 17 mars 1981, (Rev. sociétés 1982, p. 124, note Gérard Sousi).

Com., 21 juin 1983, CJP 1983.IV.275.

Paris, 12 novembre, 1992, (Caz. Pal. 4-6 avr. 1993, p.15, concl. Benas.

Com., 1^{er} oct. 1997, RTD com. 1998. 131, obs. Derruppé

Cass., Civ. 2^{ème}, 10 novembre 1998, BRDA19998, n°24, p.4.

Civ. 1^{er}, 7 nov. 2000. J.C.P, éd. G, 2000. II. 10452, note F. Vialla.

Jurisprudence de la Cour de justice de la communauté européenne

CJCE, 2 déc. 1999, Allen, aff. C-234/98. Rec., p. I-8643.

Monographies et recueils

ALIBERT D., « À la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle », dans Dix ans de droit de l'entreprise, Paris, Éditions Librairies techniques, 1978, 63-79.

ANTAKI, N. et C. BOUCHARD, Droit et pratique de l'entreprise, Éditions Yvon Blais Inc., 1999. 576p.

BÉZARD P., « Le droit français est-il encore exportable? », dans Propos impertinents de droit des affaires, mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Paris, Éditions Dalloz, 2001, 43-56.

BLAISE, J-B., Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution, 2^e éd, Paris, Édition L.G.D.J., 2000, 585p.

BOHÉMIER, A. et P.-P. CÔTÉ, Droit commercial général, 3^e éd, t. 1-2, Montréal, Édition Thémis, 1985, 422p.

BOUCHARD, C., La personnalité morale démythifiée : contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises, Sainte-Foy, P.U.L., 1997

BAUDOIN, J.-L. et P.G. JOBIN, Les obligations, 6^e éd., avec la collaboration de Nathalie Vézina, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005.

CABRILLAC, M., « Vers la disparition du droit commercial ? », dans Jean Foyer auteur et législateur. Écrites en hommage à Jean Foyer, Paris, Éditions Presses Universitaires de France, 1997, 329-339.

CHAMPAUD, C., Le droit des affaires, que sais-je ?, Paris, Éditions Presses Universitaires de France, 1981, 128p.

CIOTOLA, P., Droit des sûretés, 3^e éd., Montréal, Les éditions Thémis, 1999.

DE JUGLART, M. et B. IPPOLITO, Cours de droit commercial, vol.1, 10^e édition, Paris, Éditions Montchrestien, 1992, 871p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., Droit commercial, 8^e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 2004, 515p.

DEPAX, M., L'entreprise et le droit, Paris, Librairies général de droit et de jurisprudence, 1957.

- DIDIER, P., Droit commercial : les sources, l'entreprise individuelle, t.1, Paris, Éditions Presses Universitaires de France, 1992, 476p.
- DORION, F., Précis de l'entreprise au Québec, Ottawa, Éditions Wilson & Lafleur, Martel Ltée, 1996, 197p.
- DUCHARME, L., De l'acte de commerce en droit québécois, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de Droit, Université de Montréal, 1976,378p.
- DUCHARME, L., Précis de la preuve, 6^e éd., Éditions Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 2005, 702p.
- ESCARRA, J., Cours du droit commercial, Paris, Éditions Librairie du Recueil Sirey, 1952, 519p.
- FARJAT, G., Droit économique, 2^e éd. refondu, Paris, Presses universitaires de France, 1982, 783p.
- GUYON, Y., Droit des affaires, 6^e édition, t.1, Paris, ECONOMICA, 1990, 970p.
- HAMEL, J., et G., LAGARDE, Traité de droit commercial, Paris, Éditions DALLOZ, 1954, 1171p.
- HAMEL, J., G., LAGARDE et A. JAUFFRET, droit commercial, 2^e éd., t. 1, vol. 1, Paris, Dalloz, 1980, 623p.
- HOUIN, R., et M. PÉDAMON, Droit commercial, commerçants et entreprises commerciales Concurrence et contrats du commerce, Paris, Éditions Dalloz, 1990,944p. JACQUEMIN, A. et G., SCHARANS, Le droit économique, Que sais je ?, Paris, 3^e éd., Édition Presses Universitaires de France, 1982,
- JAUFFRET, A., Manuel de droit commercial, 15^e éd., Paris, Éditions LGDJ, 1975,
- LACASSE, N., Droit de l'entreprise, Éditions Narval, 1998, 504p.
- LAMBERT, G., « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », dans Études offerts à Pierre Kayser, t. 2, Éditions Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, 77-100.
- LEGEAIS, D., Droit commercial et des affaires, 15^e éd., Paris, Éditions Dalloz Armand Colin, 2003, 527p.
- LYON-CAEN, G. et A. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », dans Dix ans de droit de l'entreprise, Paris, Éditions Librairies Technique, 1978, 599-621.

LYON-CAEN G., « Que sait-on de plus sur l'entreprise ? », dans Mélanges dédiés au président Michel Despax, Paris, Presse De l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, 33-47.

MERCADAL, B. et P., MACQUERON, Initiation juridique. Droit des affaires et des activités économiques, Paris, Éditions Juridiques Lefebvre, 1985, 472p.

OPPETIT, B. et A., SAYAG, Les structures juridiques de l'entreprise, 3^e éd., Paris, Librairies Techniques, 1981.

PAILLUSSEAU, J., La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise, Toulouse, Librairie Sirey, 1967, 249p.

PERRAULT, A., Traité de droit commercial, t. 1-2, Montréal, Éditions ALBERT LÉVESQUE, 1936.

RIPERT, G., Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^e édition, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, 354p.

RIPERT, G. et R., ROBLLOT, Traité de droit commercial, Paris, Éditions Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 18^e édition, 2001, 905p.

ROYER, J.-C., La preuve civile, 3^e éd., Éditions Yvon Blais, 2003, 1633p.

SAYAG, A., (dir), L'entreprise personnelle. 1. Expériences européennes, étude du centre de recherche sur le droit des affaires, Paris, Librairies Techniques, 1978, 387p.

SAYAG, A., (dir.), Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique, étude du centre de recherche sur le droit des affaires, Paris, Édition Librairies techniques, 1984, 280p.

TRUCHY, H., Cours d'économie politique, paris, 3^e éd., Librairie recueil Sirey, 1929.

VACHON, P., La vente d'entreprise. Acquisitions et ventes d'entreprises, Montréal, Éditions Wilson&Lafleur Ltée, 1979, 1129p.

VALENTIN, V., Les conceptions néo-libérales du droit, Paris, Éditions Economica, 2002.

Articles de revue

BLANC, G., « Les frontières de l'entreprise en droit commercial », (1999)2, Recueil Dalloz, 415- 418.

BUREAU, D. et N., MOLFESSIS, « Le nouveau code de commerce ? Une mystification », (2001), Recueil Dalloz, Chronique, 361-369.

BOUCHARD, C., « L'exploitation d'une entreprise par une fiducie : une alternative intéressante ? », (2000) vol. 102, Revue de Notariat, 87.

BOUCHARD, C. « De la vente d'entreprise et des raisons ayant justifié l'abrogation des dispositions du Code s'y rapportant », (2002) 104, Revue du Notariat 277

BOUCHARD, C., « La société de personnes : Une entité en quête d'identité », (2003) vol. 105, Revue de Notariat, 591

CHAMPAUD, C., « Contribution à la définition du droit économique », (1967), Recueil Dalloz, chronique, 215-220.

DALPHOND, P.J., « Entreprise et vente d'entreprise en droit québécois », (1994) 54 Revue du Barreau, 35-94.

GOUDREAU, M., « De l'acte commercial à l'acte de l'entreprise dans le Code civil du Québec », (1994) Revue générale de Droit, 235-249.

IDOT, I., « L'organisation de l'entreprise. La notion d'entreprise », (2001) 2, V.119, Rev. Sociétés, 191- 209.

LIENHARD, A. et C., RONDEY, « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit contant (à propos du nouveau code de commerce) », (2000), Recueil Dalloz, Chronique 521-526.

MERCADAL, B., « Le droit des affaires : pourquoi ? », (1985) La semaine juridique, éd. entreprise, 14401, 65-68.

MORIN, J., « Grandeur et misère de l'entreprise sous le Code civil du Québec », (2003) 105, Revue du Notariat, 491-532.

PAILLUSSEAU, J., « Le big bang du droit des à la fin du XXe siècle », (1988), La semaine juridique, I, 3330.

PAILLUSSEAU, J., « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? » (1999), Recueil Dalloz, 157-170.

PAILLUSSEAU, J., « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI siècle », (2003) 5, Recueil Dalloz, 322-332.

PIROVANO, A., « Introduction critique au droit commercial contemporain », (1985) 38 Rev. tim. dr. com., 219-234.

TERRÉ, F. et OUTIN-ADAM, A., « Codifier est un art difficile (à propos d'un... Code de commerce) », (1994) Recueil Dalloz, Chronique 99-100.

THÉRIAULT, M., « L'entreprise contractuelle », dans Barreau du Québec, Droit des affaires, faillite et insolvabilité, collection de droit 2000-2001, Cowansville, Éditions Yvon Blais 1999, 33-63.

VACHON, P. et H., BLAIKIE, « Critique de la vente d'entreprise comment passer outre à ses formalités...légitiment ? », (1994), Repères, 338-343.

VACHON, P. et F., GIROUX, « La notion d'entreprise du nouveau Code civil du Québec », (novembre 1994) 9 Le Monde Juridique, 16-18.

VACHON, P., et H., BLAIKIE, « L'entreprise du Code civil du Québec », (mai 1995) 3 Repères, n5, 138-143.

VACHON, P., « La notion d'entreprise de l'article 1525 C.c.Q. et son impact sur les transactions immobilières », dans Développements récents en droit commercial (1995), Édition Yvon Blais, 1995, 117-149.