

Droit commercial général

Leçon 7 : Le fonds de commerce : notions et éléments

, Edith BLARY-CLEMENT

, Gonzague GRAVE

Table des matières

Section 1. La notion de fonds de commerce.....	p. 2
§1. La clientèle et le fonds de commerce.....	p. 2
A - La clientèle doit être certaine.....	p. 2
B - La clientèle doit, en deuxième lieu, être commerciale.....	p. 3
C - La clientèle doit être personnelle au commerçant.....	p. 3
§2. La nature juridique du fonds de commerce.....	p. 5
A - Le fonds, universalité.....	p. 5
1. Une universalité de droit ?.....	p. 5
2. Une universalité de fait ?.....	p. 7
B - Le fonds : un meuble incorporel.....	p. 7
Section 2. Les éléments du fonds de commerce.....	p. 9
§1. Les éléments corporels.....	p. 9
§2. Les éléments incorporels autres que le bail commercial.....	p. 9
A - Les signes distinctifs des établissements commerciaux.....	p. 10
B - Les monopoles d'exploitation.....	p. 11
1. Le brevet.....	p. 11
2. Le dessin et le modèle.....	p. 13
3. Les marques.....	p. 15
C - La protection du secret des affaires.....	p. 15

En définissant les commerçants, nous avons présenté les acteurs de la vie commerciale. Ces acteurs ont un objectif unique : développer leur activité c'est-à-dire attirer et retenir la clientèle la plus importante possible. Pour cela ils ont besoin de moyens, de moyens matériels, humains, financiers, de moyens immatériels aussi. Ces moyens sont constitués notamment par les biens de l'entreprise commerciale et sont, pour la plupart, regroupés sous la notion de **fonds de commerce**.

Section 1. La notion de fonds de commerce

La notion de fonds de commerce ne connaît pas de définition légale.

Le législateur s'est essentiellement intéressé au fonds pour en régler la vente et le nantissement dans un premier temps puis diverses autres opérations comme la location-gérance. Et c'est pour définir l'assiette du privilège du vendeur qu'il a énuméré les éléments essentiels du fonds qui seront compris dans l'opération à défaut de désignation plus précise. Dans une première approche, le fonds de commerce peut être défini comme un ensemble d'éléments mobiliers corporels et incorporels groupés et mis en œuvre par un commerçant pour satisfaire aux besoins de la clientèle.

Les biens sont, à cette fin, affectés à l'exploitation.

Cette notion a été inventée par la pratique et consacrée par la loi « *Cordelet* » du 17 mars 1909. Elle suscite encore de multiples interrogations tant sur les éléments composant le fonds que sur sa nature juridique. Il apparaît, en effet, que la clientèle est au cœur de la notion de fonds de commerce. Elle est l'essence du fonds, la condition sine qua non de son existence.

Cependant, la notion de fonds de commerce ne se limite pas à la clientèle et le débat reste vif.

§1. La clientèle et le fonds de commerce

L'élément principal du fonds de commerce, voire le fonds lui-même, la clientèle est difficile à définir car elle présente une certaine mouvance : elle est à la fois une certitude sans laquelle le fonds ne peut exister et une virtualité sans laquelle le fonds ne peut prospérer, se développer.

On opère parfois une distinction entre clientèle et achalandage, ce dernier terme désignant les clients de passage n'effectuant que des achats occasionnels, attirés essentiellement par l'emplacement du fonds.

Exemple

Ainsi, cette distinction a été utilisée à propos de la concession d'un emplacement sur un marché (Cass. com., 3 févr. 1970, *D.* 1970 626, *Bull. civ. IV* n° 42) et plus récemment à propos de la clientèle de passage constituée des pèlerins visitant un site religieux (Cass. civ. 3^{ème}, 15 septembre 2010, n° [09-68521](#)).

Toutefois, elle n'emporte guère de conséquence dès lors que la clientèle visée réunit les caractères nécessaires pour être constitutive de fonds de commerce. En effet, pour être constitutive de fonds de commerce la clientèle doit être certaine, commerciale et personnelle. L'arrêt précité du 15 septembre 2010 rappelle ces critères. Ainsi, en cette espèce, la cessation temporaire d'activité n'impliquant pas en elle-même la disparition de la clientèle, est caractérisée l'existence d'une clientèle actuelle et certaine. En effet, les magistrats ont estimé que l'interruption temporaire d'exploitation à la suite du décès de l'exploitant n'avait pas affecté l'achalandage attaché au fonds en raison de l'activité exercée concernant en quasi-totalité la clientèle de passage constituée par les pèlerins venant à Lourdes et que, tout comme l'achalandage, la clientèle du fonds n'avait pas davantage pâti de l'interruption de l'exploitation, s'étant naturellement reconstituée dès la réouverture du fonds de commerce au public.

A - La clientèle doit être certaine

Il faut ajouter actuelle : une clientèle totalement virtuelle ne saurait être suffisante pour constituer le fonds.

Encore qu'il faille préciser. En effet, si, en principe, une clientèle ne peut préexister à l'exploitation du fonds, elle n'est, dans ce cas, que potentielle, la Cour de cassation admet parfois que la clientèle existe avant même l'ouverture du fonds.

Exemple

Tel est le cas pour les stations services créées par les compagnies pétrolières et données en location gérance dès le jour de leur ouverture. La clientèle existe : c'est alors celle de la société pétrolière.

Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de clientèle, il n'y a pas de fonds de commerce et une abondante jurisprudence se fonde sur l'existence de la clientèle pour qualifier les conventions. Pour qu'une opération porte sur le fonds, elle doit concerner la clientèle. Ainsi une cession de fonds implique la transmission au cessionnaire de la clientèle. Une location-gérance implique que la mise à disposition de tous les éléments du fonds, y compris la clientèle. La clientèle est un élément essentiel de qualification des opérations. Selon que la clientèle est ou non concernée, l'opération pourra être une cession de fonds ou une cession isolée de bail, une location-gérance ou un bail commercial.

Exemple

La jurisprudence ne manque pas d'exemples : Cass. com., 24 janvier 2006, n° [04-15175](#) ; 7 février 2006, n° [04-12232](#) ; 20 juin 2006, n° [04-18787](#) ; 13 février 2007, n° [05-10221](#) ; 26 juin 2007, n° [04-10295](#) ...

B - La clientèle doit, en deuxième lieu, être commerciale

Bien qu'il existe des clientèles civiles, elles ne sont pas pour autant constitutives de fonds de commerce.

Exemple

Pendant longtemps, les clientèles civiles n'étaient pas cessibles, seul se monnayait le droit de présentation à la clientèle, cependant par un arrêt fort remarqué du 7 novembre 2000 la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° [98-17731](#)) a admis la cessibilité de la clientèle civile sous certaines conditions et a, par là même, consacré la notion de fonds libéral.

Il reste que le caractère commercial emporte toujours d'importantes conséquences, ne serait-ce qu'en matière de propriété commerciale.

C - La clientèle doit être personnelle au commerçant

C'est un critère sinon d'existence du moins de titularité du fonds de commerce. En l'absence de clientèle indépendante, n'a pas de fonds de commerce celui qui fournit des prestations dans le cadre d'une obligation de faire subordonnée à un mandat de gestion (Cass. civ. 3^{ème}, 9 juillet 2008, n° [07-15534](#), *Bull. III*, 122).

La question du caractère personnel ou propre de la clientèle s'est posée tout d'abord dans l'hypothèse où le fonds est exploité dans un ensemble plus vaste.

Exemple

- L'Assemblée plénière a ainsi jugé qu'une buvette installée dans l'enceinte d'un champ de courses n'avait pas de clientèle propre (Ass. Plén., 24 avril 1970, n° [68-10914](#), D. 1970 381-Comp. Cass. civ. 3^{ème}, 8 janv. 1997, n° 95-14124).
- Plus récemment, après avoir décidé que l'existence d'une clientèle propre était suffisante, sans qu'il soit besoin donc que la dite clientèle soit prépondérante (Cass. civ. 3^{ème}, 19 mars 2003, *Bull. civ.* n° 66), la jurisprudence a fait appel à un autre critère : celui de l'autonomie de gestion.
- En effet, deux décisions concernant pour l'une, une société, titulaire d'un emplacement dans un centre commercial destiné à la réparation de chaussures et à la reproduction de clés (Cass. civ. 3^{ème}, 5 févr. 2003, *Bull. civ.* n° 25), et pour l'autre, une hypothèse dans laquelle une société a mis à la disposition d'une personne un stand installé sur la terrasse couverte du café qu'elle exploitait, avec vitrine sur l'extérieur, pour vendre des crêpes tant aux clients du café qu'aux passants de la rue (Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} octobre 2003) marquent un certain glissement dans la motivation qui ne se fondent plus uniquement sur le caractère personnel de la clientèle mais aussi sur l'autonomie de gestion. Il est, par exemple, relevé dans la première espèce que si la société assurait seule la gestion de ses stocks et de ses ventes et réglait directement à Électricité de France son abonnement et ses consommations, elle était soumise aux horaires d'ouverture du centre commercial qui, par ailleurs assurait le paiement des charges ainsi que l'organisation de la publicité, et fixait la politique des prix. Ainsi, la société ne bénéficiait d'aucune autonomie de gestion. Dans le même esprit, le second arrêt rappelle que si l'occupant du stand pouvait vendre des crêpes aux passants de la rue et pas seulement aux clients du café, l'eau et l'électricité ainsi que les instruments de cuisine et les ingrédients nécessaires à la confection de ces crêpes étaient fournis par la société et que dépendant totalement de la société pour les horaires d'ouverture, le vendeur de crêpes ne bénéficiait, en conséquence d'aucune autonomie de gestion (Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} oct. 2003, D. 2003 AJ p 2576).
- Voir également Cass. com., 7 avril 2009, Société Aven Armand, n° [08-10996](#). Ainsi non seulement le commerçant doit avoir une clientèle propre mais encore il doit l'exploiter de manière autonome et sans contraintes excessives. De même, on peut citer l'arrêt du 5 avril 2018 (Cass. civ. 3^{ème}, 5 avril 2018, n° [17-10.466](#)), dans lequel la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un exploitant de location de bateaux dans le bassin du jardin du Luxembourg. En l'espèce, la Cour de cassation a considéré « *qu'ayant retenu souverainement que M. X... ne justifiait pas d'une clientèle propre dès lors que, soumis au règlement intérieur du jardin du Luxembourg, il ne pouvait exercer son activité que pendant les horaires d'ouverture du jardin et s'en trouvait privé en cas de fermeture, que ses clients ne constituaient pas une clientèle autonome indépendante de la situation de son exploitation, qu'il bénéficiait de l'attractivité exercée par le site du jardin et ne démontrait aucune fidélisation de clients qui résulterait de ses qualités de commerçant et que, de surcroît, la questure du Sénat fixait les prix de location des bateaux, privant ainsi l'exploitant de son autonomie, la cour d'appel en a exactement déduit que M. X... n'était pas titulaire d'un fonds de commerce et a légalement justifié sa décision* ».

Remarque

Par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 dite loi Pinel, le législateur a entendu reconnaître explicitement la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre (art. [L. 2124-32-1](#) du Code général de la propriété des personnes publiques).

La même question se pose ensuite dans les hypothèses de distribution intégrée.

Exemple

Il s'agit de savoir par exemple si le distributeur, le franchisé, dispose d'une clientèle personnelle lui permettant de prétendre à la propriété commerciale.

Un arrêt de la troisième chambre civile apporte quelques éléments de réponse en distinguant deux types de clientèle. Aux termes de cette décision en effet, si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du

contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 2002).

Il faudra donc rechercher l'existence de ces deux clientèles qui coexistent. Il apparaît donc que le concept de clientèle n'est pas forcément unitaire. En conséquence, son appréhension peut ne pas être globale, tout au moins, elle ne doit pas l'être systématiquement. Il est, en effet, selon les circonstances de fait, parfois possible de distinguer différentes clientèles et d'admettre leur coexistence. C'est ce qui ressort de l'arrêt précité du 27 mars 2002.

Exemple

Une autre décision rendue quelques mois plus tard est venue, quant à elle, préciser que le constat de l'existence d'une clientèle propre suffit pour appliquer le statut, il n'est pas nécessaire de rechercher si la clientèle personnelle est prépondérante (Cass. civ. 3^{ème}, 19 mars 2003 préc.).

Ce qui suppose, de nouveau la possible coexistence de plusieurs clientèles. Rendues en matière de bail commercial, ces solutions s'expliquent-elles uniquement par le contexte, c'est-à-dire par un souci de protection du locataire ou doivent-elles être étendues à tout contentieux relatif à la clientèle et au fonds de commerce ? Si tel est bien le cas, les solutions adoptées par la Cour de cassation débouchent sur une autre série de questions. Les enjeux sont importants en cas de cessions par exemple (Cass. soc., 11 juin 2002, *D.* 2003 J, p. 792, note E. Blary-Clément).

Un élément de réponse se situe peut-être dans un arrêt du 7 juillet 2009 (pourvoi n° [08-17304](#)). Ici la cour de cassation reconnaît l'existence de plusieurs clientèles mais d'un seul fonds attaché au nom commercial, le fait que la clientèle diffère selon les agences n'implique pas de celle-ci soit une clientèle propre déterminant autant de fonds différents. Une clientèle attachée à une agence n'est pas forcément une clientèle propre à cette agence. En conséquence, il n'y a qu'un bail qui couvre l'ensemble des établissements. En tous cas, un arrêt du 19 janvier 2005 semble n'appliquer l'ensemble des exigences qu'à la seule question du bail. Alors même qu'un fonds de commerce existe, le bénéfice du statut peut être dénié si l'exploitant du fonds est soumis à des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité. Il reste que la clientèle, ses rapports avec la notion de fonds de commerce, sa place parmi les éléments du fonds suscitent toujours bien des débats sauf à les considérer vains et à conclure, avec un auteur, à l'inutilité du concept.

§2. La nature juridique du fonds de commerce

Le fonds constitue sans nul doute un bien distinct des éléments qui le composent. Il est plus que la simple réunion de ses éléments. Éléments qui, d'ailleurs, gardent leur régime propre lorsqu'ils font l'objet de conventions séparées. Différentes qualifications de cet ensemble ont été proposées. Le fonds est tantôt qualifié d'universalité, tantôt de bien meuble incorporel. On peut y voir aussi un droit à la clientèle mais le commerçant n'a aucun droit privatif sur la clientèle tout au plus bénéficie-t-il d'une protection contre les détournements abusifs de celle-ci (voir théorie de la concurrence déloyale leçon n° 5).

A - Le fonds, universalité

Le fait que le fonds de commerce ait une existence autonome par rapport aux éléments qui le composent a conduit une partie de la doctrine parfois suivie par la jurisprudence à considérer le fonds comme une universalité.

D'emblée on peut rejeter la qualification d'universalité de droit.

En savoir plus : Sur la notion d'universalité

Voir BINCTIN N., « Volonté et universalité de biens » in STRICKLER Y et SIIRIAINEN F. (sous dir.), *Volonté et biens. Regards croisés*, L'Harmattan, Paris, coll. Droit privé et sciences criminelles, juillet 2013, p. 231-261.

1. Une universalité de droit ?

La conception française du patrimoine qui repose sur la théorie de l'unité du patrimoine s'y oppose. Elle refuse la constitution de patrimoines d'affectation au sein du patrimoine d'un individu.

Remarque

Il faut rappeler que le fonds de commerce ne constitue pas un patrimoine autonome en ce sens qu'il n'est pas affecté exclusivement aux créanciers dont le titre se rattache à l'activité commerciale.

Les créanciers personnels du titulaire du fonds peuvent se faire payer sur le fonds. Et lorsque le fonds est cédé, la cession n'emporte pas cession des dettes commerciales ni des créances. Dettes et créances restent personnelles au commerçant. En effet, en cas de cession du fonds, les créances demeurent personnelles à l'exploitant et il a pu être jugé que les contrats même nécessaires à l'exploitation ne sont pas transmis de plein droit avec le fonds lui-même.

Exemple

Ainsi la Cour d'appel de Paris a clairement affirmé qu'il est de principe constant que le fonds de commerce n'est pas un patrimoine autonome et ne comprend ni les dettes ni les créances; que par voie de conséquence les contrats en sont exclus (Paris, 19 juin 1991).

Il existe toutefois des exceptions légales et des aménagements conventionnels sont possibles.

Les exceptions légales sont relatives aux contrats de travail en vertu de l'article L. 122-12 du Code de travail devenu [L. 1224-1](#) et [L. 1224-2 du Code du travail](#) (voir pour exemple d'application :

Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-45973), aux contrats d'assurance, aux contrats d'édition. Il faut ajouter quelques licences d'office ou obligatoires et autres droits de possession personnelle antérieure ainsi que les obligations de non concurrence. Les aménagements conventionnels lorsqu'ils prévoient expressément la cession de créances sont possibles mais l'opposabilité au débiteur cédé de cette cession est conditionnée par le respect du formalisme des articles [1322](#) et [1324](#) du Code civil.

Quant aux dettes, la cession de dettes n'est pas reconnue par notre droit si bien qu'il a pu être jugé que l'apport d'un fonds de commerce à une société même accompagné d'une cession expresse des dettes contractées pour l'exploitation, n'a pas pour effet de décharger le cédant de ces dettes (Cass. com., 27 janvier 1998, n° 95-12.034).

Ce principe a encore été tout récemment rappelé par la Cour de cassation.

Exemple

Ainsi en l'absence de clause expresse, la vente d'un fonds de commerce n'emporte pas de plein droit cession à la charge de l'acheteur du passif des obligations dont le vendeur peut être tenu en raison des engagements souscrits par lui. Peut-on lire dans un arrêt du 7 juillet 2009 (Cass. com., 7 juillet 2009, n° [05-21322](#). Voir déjà Cass. com., 13 janvier 2009, n° [07-21380](#)).

Elle est néanmoins possible à condition d'être expressément acceptée par le créancier qui exigera le plus souvent des garanties.

Exemple

Un arrêt de la 1^{ère} chambre civile en date du 30 avril 2009 illustre parfaitement le propos. L'arrêt d'appel retient pour mettre hors de cause le cédant que l'acte de cession comporte une clause particulière aux termes de laquelle « *il est expressément rappelé que les créances et la totalité des dettes générées par l'activité du cédant sont transmises à l'acquéreur* » et que ladite cession a été consentie moyennant le prix symbolique de "un euro" ; ».

La cour de cassation décide qu'en statuant ainsi alors qu'une telle cession ne pouvait avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait pas consenti, la cour d'appel a violé l'article 1165 (devenu l'article [1199](#)) du Code civil (Cass. civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n° [08-11093](#), Bulletin 2009, I, n° 82).

Bien entendu, la possible affectation du fonds à l'activité de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée a modifié les solutions. L'EIRL est une universalité et le fonds est appréhendé avec les autres éléments actifs et répond avec eux des dettes nées de l'activité.

La réforme du droit des obligations aura sans doute également un impact sur ces solutions. En effet, Les articles [1327 et suivants](#) du Code civil autorisent et régissent la cession de dettes. Toutefois le dispositif est très critiqué par la doctrine notamment parce qu'il consacre l'existence de deux cessions de dettes distinctes dont l'une est très proche dans la pratique antérieure. Lorsque le créancier se contente de donner son accord, le débiteur initial reste tenu solidairement. Ici la dette n'est pas transférée. Mais le créancier peut également (mais a-t-il intérêt à le faire ? On peut en douter), libérer le cédant. Il y a alors vraiment cession de dette.

A défaut de pouvoir être qualifié d'universalité de droit, peut-il être une universalité de fait ?

2. Une universalité de fait ?

Cette approche a été proposée par Escarra et Rault (*Principes du droit commercial*, t. 1, n° 472) ; elle permet d'échapper aux objections précédentes. Et il est vrai que le fonds de commerce forme un tout, qu'il subsiste malgré les changements qui affecte sa composition, qu'il existe une certaine fongibilité de ses éléments. Il est vrai aussi sur la jurisprudence n'existe pas à retenir cette qualification sans toujours tirer toutes les conséquences d'une telle affirmation.

Cette approche permet aussi à un commerçant d'avoir plusieurs fonds.

Cependant, ne faut-il pas considérer avec Ripert (*Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 180) qu'il, je cite, ne sert à rien de déclarer qu'il y a tout au moins une universalité de fait. Pour la raison suffisante que la notion d'universalité est une notion juridique et ne peut être reconnue en fait si elle n'existe pas en droit. Au reste, dans cette « *prétendue* » universalité, chaque élément garde son caractère juridique propre.

B - Le fonds : un meuble incorporel

En affirmant que le fonds de commerce est un meuble incorporel, on opte pour une explication technique. C'est par le biais des caractères du fonds que l'on tranche la question de sa nature. Le fonds est un bien unitaire, c'est un bien incorporel bien qu'il se compose à la fois d'éléments corporels et incorporels et comme tel, il suit le régime de biens incorporels. En cas de conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même fonds, c'est celui qui a le titre le plus ancien qui est préféré et non celui qui est entré en possession des éléments du fonds : le fonds n'est pas susceptible de possession.

La règle selon laquelle en fait de meubles, possession vaut titre est écartée en raison du caractère incorporel du fonds.

Exemple

Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 mars 2006 aux termes duquel l'article 2279 du Code civil (aujourd'hui [2276](#)) ne s'applique qu'aux seuls meubles corporels. Il en résulte que la licence d'exploitation d'un débit de boissons qui a la même nature de meuble incorporel que le fonds de commerce dont elle est l'un des éléments ne se transmet pas par simple tradition (Cass. com., 7 mars 2006, n° [04-13569](#)).

Le fonds est un bien meuble, les immeubles sont toujours exclus Les règles relatives aux immeubles sont inapplicables.

Exemple

Un fonds de commerce ne s'acquiert pas par usucapion, les dispositions de l'article [1733](#) du Code civil ne s'appliquent pas au fonds et la responsabilité du locataire en cas d'incendie de l'immeuble loué ne concerne pas le locataire gérant du fonds (Cass. com., 21 avril 1992, n° 90-17202).

Il suit le régime des biens mobiliers en cas de succession ou de partage de communauté.

Il reste que la qualification de bien meuble incorporel s'avère décevante, elle n'entraîne que peu de conséquences juridiques qui parfois sont d'ailleurs écartées.

Exemple

Ainsi s'agissant de la vente par exemple, les règles de pouvoirs et de capacité sont celles que l'on connaît en matière d'immeuble et non celles régissant les meubles.

Sans doute faudrait-il repenser cette notion avant qu'elle ne soit absorbée par celle d'entreprise.

Section 2. Les éléments du fonds de commerce

§1. Les éléments corporels

Les éléments corporels du fonds de commerce comprennent essentiellement les marchandises, le matériel et l'outillage. Sont exclus les immeubles qui ne font jamais partie du fonds même si ces biens sont affectés à l'exploitation commerciale.

Il faut étendre la règle aux immeubles par destination : le matériel immobilisé est, dans cet esprit, exclu. Ce qui rend la situation parfois difficile et amène à s'interroger sur la notion même de fonds de commerce dans ses rapports avec l'immeuble abritant le fonds (sur cette question, voir Frédéric Panckeel, *JCP (E)* 2009 1899, note sous Cass. com., 31 mars 2009).

Exemple

Le matériel et l'outillage représentent tous les biens qui servent à l'exploitation tel l'outillage industriel, le matériel roulant, le mobilier (mobilier de bureau, ordinateurs, présentoirs et rayonnages etc.).

En pratique, le matériel et l'outillage sont d'une grande diversité : tout dépend de l'activité de l'entreprise. Les marchandises se distinguent du matériel par leur destination : les marchandises sont destinées à être vendues soit en l'état soit incorporées dans une production. Ainsi c'est tout le stock qui fait partie du fonds qu'il s'agisse des matières premières, d'objets finis ou semi-finis. Il faut toutefois réserver l'hypothèse de la clause de réserve de propriété qui subordonne le transfert de propriété à l'entier paiement du prix.

§2. Les éléments incorporels autres que le bail commercial

L'article [L. 141-5](#) du Code de commerce énumère les éléments du fonds de commerce qui servent d'assiette au privilège du vendeur. Il cite un ensemble de d'éléments disparates et notamment un ensemble d'éléments incorporels :

- l'enseigne,
- le nom commercial,
- le droit au bail,
- la clientèle,
- l'achalandage,
- les droits de propriété industrielle,
- les brevets,
- les marques,
- dessins et modèles,
- ...

S'agissant de la clientèle et de l'achalandage, il suffit de renvoyer aux développements qui précèdent. La clientèle n'est pas un élément comme les autres. C'est, on le sait maintenant un élément indispensable sans lequel le fonds ne saurait exister. Mais elle ne peut exister elle-même sans l'existence d'éléments qui l'attirent et le retiennent.

Remarque

Il y a une interdépendance entre les divers éléments.

Parmi les éléments cités ci-dessus, tous n'ont pas la même importance. D'abord parce que tous n'existent pas nécessairement pour chaque fonds ensuite parce que le législateur consacre à certains de très amples développements pour, par exemple, en faire «une matière» à part entière si l'on envisage les droits de propriété

industrielle ou pour régir de façon minutieuse leur régime, c'est le cas du bail commercial. Nous allons, au titre de éléments incorporels autres que le bail, envisager les signes distinctifs de établissements commerciaux puis les monopoles d'exploitation et plus particulièrement ceux conférés par les droits de propriété industrielle et enfin par le secret des affaires.

A - Les signes distinctifs des établissements commerciaux

Le nom commercial est le nom sous lequel le commerçant exerce le commerce. Le choix de ce nom est laissé au commerçant sous réserve de ne pas porter atteinte, par ce choix aux droits des tiers, il est facultatif.

Lorsque le commerçant est une personne physique, il n'est pas rare que le nom commercial soit le nom de famille de celui-ci. Ce nom se détache alors de la personne de son titulaire et devient un bien patrimonial susceptible de propriété et donc cessible. Ainsi l'acquéreur du fonds de commerce peut l'utiliser dans le cadre des activités commerciales.

Le nom commercial est un élément du fonds de commerce.

En cela il bénéficie d'une certaine protection notamment par le biais de l'action en concurrence déloyale qui permet de sanctionner l'usurpation du nom ou son imitation à des fins parasitaires. Il est encore protégé indirectement par le droit de la propriété intellectuelle qui gère l'articulation entre les différents signes (articles [L. 711-3](#) et [713-6](#) du CPI). Les règles sont sensiblement les mêmes s'agissant de la dénomination sociale sauf à dire que la dénomination sociale est obligatoire. La dénomination sociale est le nom de la personne morale, de la société commerciale. Comme le nom commercial, la dénomination sociale est choisie librement par les associés sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits des tiers, en utilisant, par exemple, une dénomination déjà connue pour bénéficier de sa notoriété. La dénomination sociale peut incorporer le nom d'un ou de plusieurs associés. Dans ce cas, le nom ainsi incorporé devient le nom de la société qui est en droit de la conserver même si l'associé titulaire du nom cesse d'appartenir à la société.

Exemple

- La célèbre affaire Bordas illustre cette hypothèse. Dans sa décision la Cour de cassation considère que le patronyme inséré dans les statuts est devenu un signe distinctif qui s'est détaché de la personne de son titulaire pour s'appliquer à la personne morale et devenir un objet de propriété incorporelle (Cass. com., 12 mars 1985).
- Plus récemment la Cour de cassation est venue préciser l'étendue des droits conférés par l'insertion d'un nom bénéficiant d'une grande notoriété dans une dénomination sociale. Si l'usage à titre de dénomination ne pose pas problème même après le départ ou l'éviction de l'associé, un usage à titre de marque nécessite une autorisation du titulaire ou la preuve de la renonciation à ses droits de propriété incorporelle sur son patronyme (Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18192).

L'enseigne est un signe visible qui sert à distinguer un établissement commercial. Il s'agit de toute inscription, forme ou image apposée sur l'immeuble et relative à une activité commerciale qui y est exercée. L'enseigne se distingue du nom commercial par son aspect matériel. Elle est facultative et peut être identique au nom commercial. La protection de l'enseigne est fonction de sa notoriété. Il n'est pas rare que plusieurs établissements portent la même enseigne. Cela est tout à fait possible dès lors qu'il n'y a pas de risque de confusion possible.

Il existe de nombreux « café du commerce » et autres « café du palais ».

L'enseigne est néanmoins protégée par l'action en concurrence déloyale qui permet de sanctionner d'éventuels abus. L'enseigne comme le nom commercial est un élément du fonds de commerce, il y est attaché, il est transmis avec lui.

Exemple

Ainsi le propriétaire d'un immeuble dans lequel s'exerce un commerce ne peut prétendre conserver l'enseigne et le nom commercial de l'ancien locataire que s'il a loué l'immeuble et le fonds de commerce lui-même (Paris, 3 juillet 1996, *D. Aff.*, p. 1187).

B - Les monopoles d'exploitation

Sous le terme de monopole d'exploitation, on regroupe un ensemble de droits subjectifs qui assurent au commerçant l'exclusivité d'un moyen pour attirer et retenir la clientèle.

Ces « moyens » sont de nature différente.

- Certains sont de simples savoir-faire c'est-à-dire des méthodes et procédés pour la fabrication ou la commercialisation de produits ou services.
- D'autres confèrent à leurs titulaires de véritables droits privatifs. Ils portent notamment sur les créations industrielles à caractère technique ou les créations de forme.
- Ils peuvent aussi porter sur les signes qui servent à distinguer les produits ou services d'un commerçant par rapport aux produits identiques ou similaires de ses concurrents.

Sous réserve de répondre aux conditions légales de protection, ces créations et signes confèrent des monopoles d'exploitation à leurs titulaires et s'intègrent dans le droit de la propriété industrielle qui permet la protection notamment des inventions, des dessins et modèles et des marques de fabrique, de commerce et de service. Ces droits confèrent un avantage concurrentiel certain tant sur le plan national que sur le plan communautaire et international.

En savoir plus : Pour une présentation des droits de propriété industrielle

Voir le cours UNJF de [Droit de la propriété industrielle](#) de J.-P. Clavier.

1. Le brevet

Le brevet est un titre délivré par les pouvoirs publics qui confère un monopole d'exploitation d'une durée de vingt ans à celui qui révèle une invention, en fait une description claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter et revendique le monopole. En l'absence de définition légale, l'invention est définie par la doctrine et la pratique comme une réponse technique apportée à un problème technique. Ce caractère technique est essentiel.

Le Code de la propriété intellectuelle délimite le domaine de la brevetabilité en excluant certaines créations qui ne sont pas des inventions au sens de la loi (art. [L. 611-10. 2](#)). Sont encore exclues les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité humaine, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. [L. 611-17 du CPI](#)). L'évolution des techniques et le développement des biotechnologies ont amené le législateur à la suite d'une directive du 6 juillet 1998 sur la protection juridique des inventions biotechnologiques à **préciser le champ de la brevetabilité dans le domaine des biotechnologies**.

Ces précisions ressortent des nouveaux articles [L. 611-18](#) et [L. 611-19](#) du Code de la propriété intellectuelle relatifs respectivement au corps humain et à ses éléments et aux animaux et végétaux, étant entendu que la matière biologique définie comme la matière qui contient des informations génétiques et peut se reproduire ou être reproduite dans un système biologique, est brevetable quelque soit son origine (cf art. [L. 611-10 IV](#)). Ne sont pas brevetables, les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Cette exclusion est posée à l'article [L. 611-16](#) du CPI. Toutefois, l'exclusion ne concerne pas les produits, notamment substances ou compositions, pour la mise en œuvre d'une des méthodes précitées. En d'autres termes, les médicaments, les divers appareils chirurgicaux et médicaux, les prothèses sont brevetables. Nul ne s'en étonnera. Il s'agit de produits, substances ou compositions pour la mise en œuvre de méthodes de traitement.

En tout état de cause, pour être brevetable l'invention doit :

- être nouvelle,
- impliquer une activité inventive,
- être susceptible d'application industrielle.

Ces différents critères sont définis par les textes (articles [L. 611-11 et s.](#) du CPI) et éclairés par la jurisprudence. Le titre (le brevet) est délivré par l'[INPI](#) à l'issue d'une procédure formaliste qui permet l'établissement d'un

rapport de recherche qui met en évidence les antériorités destructrices de la nouveauté et/ou l'absence d'activité inventive. La loi "PACTE" et les textes qui en sont issus ont renforcé le contrôle de l'INPI sur les conditions de validité du titre en créant notamment une procédure d'opposition et en instaurant un contrôle de l'inventivité. Une fois délivré, le titre confère à son titulaire un monopole d'exploitation qui se concrétise dans le droit d'exploiter l'invention, objet du brevet mais surtout dans le droit d'interdire à tout tiers non autorisé la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet. Sont encore interdites, sauf autorisation l'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire français et l'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet. Est également, aux termes de l'article [L. 613-6](#) du CPI, interdite, à défaut de consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire français, à une personne autre que celles habilitées à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre. Sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende les atteintes portées sciemment aux droits du propriétaire d'un brevet, tels que définis aux articles [L. 613-3](#) à [L. 613-6](#). Lorsque le délit a été commis en bande organisée ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 Euros d'amende.

Les atteintes aux droits du breveté sont également sanctionnées civilement. Les nouveaux articles [L. 615-7](#) et [L. 615-7-1](#) appliquent en matière de brevet les principes qui découlent de la loi du 29 octobre 2007. Ainsi, pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte. Toutefois, elle peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. De plus, en cas de condamnation civile pour contrefaçon, la juridiction peut ordonner, aux frais du contrefacteur et à la demande de la partie lésée, que les produits reconnus comme produits contrefaisants et les matériaux et instruments ayant principalement servi à leur création ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée. Elle peut encore ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'elle désigne, selon les modalités qu'elle précise. Le brevet peut être cédé, gagé, faire l'objet de licences.

En savoir plus : Les caractères de l'invention brevetable

Ils sont énoncés à l'article [L. 611-10](#) du CPI aux termes duquel "Est brevetable, dans tous les domaines technologiques, l'invention nouvelle impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle". Trois caractères sont donc requis : la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle.

La nouveauté est l'un des principaux critères de protection des créations industrielles. Une technique connue n'est pas protégeable. Le législateur donne une définition de la nouveauté. En effet, une invention est considérée comme nouvelle, aux termes de la loi, si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique à la date du dépôt de la demande de brevet (art. [L. 611-11](#)). La nouveauté s'apprécie en fonction de l'état de la technique. L'appartenance de l'invention à l'état de la technique empêche sa brevetabilité. On dit alors qu'il existe une antériorité destructrice de nouveauté. L'état de la technique se définit lui-même comme tout ce qui a été rendu accessible au public avant le dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen. En d'autres termes, la recherche de la nouveauté ou de son absence implique une comparaison entre l'invention et tout ce qui a été rendu accessible au public. La nouveauté est détruite à la double condition que l'information ait été mise à la disposition du public (Voir Paris, 21 mai 2003 et OEB, 18 juin 2003, *Prop. ind.*, février 2004, com 12) et qu'un homme du métier ait pu reproduire l'invention présentée au public, retrouver les éléments constitutifs de l'invention (Paris, 29 nov. 1995, *PIBD* n° 605, III 89). L'accessibilité au public suppose la possibilité matérielle d'accéder à l'invention. Elle suppose aussi la possibilité intellectuelle

d'accéder à l'invention. En ce sens qu'il faut qu'une personne au moins ait eu la possibilité de comprendre l'invention et de la reproduire. Cette interprétation a des conséquences sur la notion même de public qui peut se limiter à une seule personne. Cela étant, pour détruire la nouveauté, l'antériorité doit être certaine, publique, de toute pièce. Certaine quant à son existence et à sa date. Publique c'est-à-dire être susceptible d'être connue du public. Il y aura donc antériorité destructrice de nouveauté si une personne capable de comprendre l'invention et non tenue au secret en a eu connaissance. Enfin l'antériorité doit être de toute pièce c'est-à-dire contenue toute entière dans l'état de la technique dans sa forme et sa fonction. Une invention peut reprendre une partie d'une antériorité existante et être néanmoins nouvelle (V pour ex. TGI Paris, 17 oct. 1997, *PIBD* n° 649 III 130 et Cf. *infra* les formes de la nouveauté). Pour apprécier la nouveauté, il faut donc comparer invention et état de la technique et rechercher si l'invention n'est pas toute entière comprise dans l'art industriel. Seule une invention identique ou quasi-identique antécédente une invention de même nature.

Quant à l'activité inventive : une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas, de manière évidente, de l'état de la technique. L'homme du métier est le technicien moyen qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable, à l'aide de ses connaissances professionnelles de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention (Cass. com., 17 oct. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 232 ; *PIBD*, n° 602 III 34). C'est un homme normalement compétent dans le domaine dont relève l'invention. En ce sens, une directive de l'OEB précise que l'homme du métier est un praticien normalement qualifié au courant de ce qui forme les connaissances générales communes dans la technique à la date du dépôt de la demande. Pour déterminer l'existence de l'activité inventive, deux approches sont possibles : l'une subjective qui s'attache à l'inventeur, l'autre objective qui se fonde sur l'invention elle-même. L'approche subjective s'attache au raisonnement qu'a dû développer l'inventeur, à la démarche intellectuelle qu'il a dû suivre comparée à celle que l'on pouvait attendre de tout homme du métier. Parmi les critères qui se rattachent à cette conception figure l'effort inventif. L'effort inventif consiste dans le fait de surmonter un préjugé constitué par l'état de la technique. Il s'apprécie par rapport au problème posé et est fonction tout à la fois de la démarche intellectuelle de l'inventeur, de la nature de l'invention et de la difficulté de la réaliser. L'appréciation objective conduit à rechercher les indices de cette activité dans l'invention elle-même, dans le résultat auquel est parvenu l'inventeur. Parmi les différents indices possibles figure en bonne place la durée nécessaire pour réaliser l'invention, autrement dit le laps de temps écoulé entre le moment où le problème technique est apparu et celui où une réponse lui a été donnée, cette réponse étant bien entendu l'invention. Il est vrai que cette durée démontre la complexité du problème et la non évidence de la solution.

Enfin, l'application industrielle : une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture. Il faut, et il suffit donc, que l'objet de l'invention puisse être fabriqué ou utilisé. Peu importe son utilité pratique, peu importe sa rentabilité dès lors qu'une fabrication ou s'agissant d'un procédé, une mise en œuvre est possible. L'application industrielle telle qu'exigée par les textes ne se confond avec une exigence de résultat industriel (TGI Paris, 8 avril 1994, *PIBD* 1994 III, p. 399).

2. Le dessin et le modèle

Traditionnellement, le dessin est défini comme une disposition de traits ou de couleurs aboutissant à un effet décoratif original et représentant des images ayant un sens déterminé. Il s'agit d'une combinaison de lignes ou de couleurs sur une surface plane représentant une configuration distincte et reconnaissable. Le modèle est, quant à lui, une combinaison de formes déterminant le relief d'un objet. C'est une figure en trois dimensions qui peut être réalisée dans les matériaux les plus divers.

Exemple

Ce qui est protégé au titre des dessins et modèles industriels, ce n'est pas le produit lui-même mais son apparence ou son ornementation, autrement dit les lignes, la forme, les contours, la texture ou les matériaux retenus.

La création protégeable se situe dans l'effet visuel produit. Cette définition couvre toutes les manifestations de forme et d'aspects possibles. En effet, l'apparence protégeable peut être celle du produit lui-même ou de son

ornementation. L'article [L. 511-1](#) donne une liste de ce qui est regardé par les textes comme un produit. Il s'agit de tout objet industriel ou artisanal, y compris les emballages, les présentations, les symboles graphiques et caractères typographiques, exception faite des programmes d'ordinateur. Ce qui empêche la protection de l'aspect visuel des logiciels au titre des dessins et modèles industriels, de l'interface graphique. Est notamment protégeable l'apparence des pièces conçues pour être assemblées en un produit complexe c'est-à-dire d'un produit composé de pièces multiples qui peuvent être remplacées. Il faut toutefois préciser que la protection n'est admise que si la pièce reste visible lors de l'utilisation normale du produit par l'utilisateur final. Sont cependant exclus outre l'apparence des programmes d'ordinateur les dessins ou modèles contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (art [L. 511-7](#)), et ceux dont les caractéristiques sont purement fonctionnelles. En effet, l'article [L. 511-8](#) dispose dorénavant que n'est pas susceptible de protection :

1. l'apparence dont les caractéristiques sont exclusivement imposées par la fonction technique du produit ;
2. l'apparence d'un produit dont la forme et la dimension exactes doivent être nécessairement reproduites pour qu'il puisse être mécaniquement associé à un autre produit par une mise en contact, un raccordement, un placement à l'intérieur ou à l'extérieur dans des conditions permettant à chacun de ces produits de remplir sa fonction. Toutefois, un dessin ou modèle qui a pour objet de permettre des assemblages ou connexions multiples à des produits qui sont interchangeables au sein d'un ensemble conçu de façon modulaire peut être protégé.

Le droit des dessins et modèles protège la forme dans laquelle se situe la création et non la fonction technique ou le procédé technique qui permet d'obtenir ou a fortiori impose la forme du produit. Pour être protégeable, le dessin ou le modèle doit être nouveau et présenter un caractère propre. Ce sont les deux critères de protection imposés et définis par les textes.

Un dessin ou modèle a un caractère propre lorsque l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée. Pour l'appréciation du caractère propre, il est tenu compte de la liberté laissée au créateur dans la réalisation du dessin ou modèle. Quant à la nouveauté, un dessin ou modèle est réputé avoir été divulgué s'il a été rendu accessible au public par une publication, un usage ou tout autre moyen. Il n'y a pas divulgation lorsque le dessin ou modèle n'a pu être raisonnablement connu, selon la pratique courante des affaires dans le secteur intéressé, par des professionnels agissant dans la Communauté européenne, avant la date du dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée. Toutefois, le dessin ou modèle n'est pas réputé avoir été divulgué au public du seul fait qu'il a été divulgué à un tiers sous condition, explicite ou implicite, de secret.

Remarque

Notons que la divulgation ne détruit pas la nouveauté lorsqu'elle a eu lieu dans les douze mois précédant la date du dépôt de la demande ou la date de priorité revendiquée, et qu'elle émane du créateur ou son ayant cause, ou d'un tiers à partir d'informations fournies ou d'actes accomplis par le créateur ou son ayant cause. Dans le même esprit, la divulgation ne sera pas prise en compte si le dessin ou modèle a été divulgué à la suite d'un comportement abusif à l'encontre du créateur ou de son ayant cause.

Enfin, la protection du dessin ou du modèle s'acquiert par l'enregistrement. L'enregistrement constitue donc la condition *sine qua non* pour bénéficier de la protection spécifique instituée par le Livre V du CPI. La demande d'enregistrement fera l'objet d'un dépôt soumis à des règles qui ne sont pas sans rappeler celles applicables en matière de brevet : ce rapprochement initié par la loi de novembre 1990 a été largement renforcé par l'ordonnance du 25 juillet 2001. Il résulte une sorte de droit commun de la propriété industrielle qui se traduit dans une certaine harmonisation des règles de procédure et des sanctions. La loi du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon amplifie encore le phénomène et l'étend à toute la propriété intellectuelle. Une fois enregistré, le dessin ou le modèle est protégé, à compter de la date du dépôt de la demande, pour une période de cinq ans, prorogeables par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans. L'enregistrement confère un droit de propriété sur le dessin ou modèle. Ce droit peut être cédé ou concédé.

Tout acte modifiant ou transmettant les droits attachés à un dessin ou modèle déposé n'est opposable aux tiers que s'il a été inscrit au registre national des dessins et modèles. L'enregistrement confère surtout à son titulaire le droit d'interdire à tout tiers non autorisé, la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation, ou la détention à ces fins, d'un produit incorporant le dessin ou modèle. Toute violation de cette interdiction est constitutive de contrefaçon. Constitue également une contrefaçon aux termes de

l'article [L. 513-5](#) l'imitation du dessin ou modèle protégé. En effet, la protection conférée par l'enregistrement s'étend à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble différente. Toutefois, des exceptions sont posées. La contrefaçon est un délit civil et pénal sanctionné de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amendes. Lorsque le délit a été commis en bande organisée ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 € d'amende.

En outre, la juridiction peut ordonner la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée au plus de cinq ans, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction.

La fermeture temporaire ne peut entraîner ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés concernés. Lorsque la fermeture définitive entraîne le licenciement du personnel, elle donne lieu, en dehors de l'indemnité de préavis et de l'indemnité de licenciement, aux indemnités prévues par le Code du travail en cas de rupture de contrat de travail. Le non-paiement de ces indemnités est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende.

La loi du 29 octobre 2007, comme pour les autres droits de propriété intellectuelle, est venue donner les éléments à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité civile et préciser l'étendue des pouvoirs du juge et ceux de l'administration des douanes. S'agissant des dommages et intérêts, pour les fixer, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte. Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte.

3. Les marques

S'agissant des marques, la marque est définie par l'article [L. 711-1](#) du CPI comme :

« un signe servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. »

Une grande diversité des signes sont susceptibles de constituer une marque (dénomination en tout genre, signes sonores, signes figuratifs). Cependant certains signes, déceptifs, contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, dont l'usage est réglementé, sont interdits. De plus pour constituer une marque valable, le signe choisi doit encore être distinctif et disponible c'est-à-dire ne pas porter atteinte à des droits antérieurs. La distinctivité du signe s'apprécie au jour de l'enregistrement. L'exigence de distinctivité implique qu'il n'y ait aucun lien nécessaire entre le signe et le produit ou service marqué. L'ordonnance n° 2019-1169 du 13 novembre 2019 a amplement réformé le droit des marques pour le rendre conforme aux exigences de l'Union européenne. Elle fait disparaître l'obligation de représentation graphique afin de faciliter le développement de nouvelles marques (sonores, de mouvement ...). Elle réorganise les conditions de validité du signe en distinguant motifs absolus (art. [L. 711-2](#) du CPI) et motifs relatifs (art. [L. 711-3](#)) de refus d'enregistrement et de nullité. Par ailleurs, elle multiplie les possibilités d'opposition à l'enregistrement et instaure des procédures administratives de nullité et déchéance de la marque devant l'INPI.

C - La protection du secret des affaires

Transposant la Directive (UE) 2016/943 du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 crée un titre nouveau au livre de 1^{er} du Code de commerce relatif à la protection du secret des affaires (JORF, 31 juillet). La directive a mis en évidence le besoin pour les entreprises de protéger les informations, savoir-faire, stratégies marketing, procédés d'organisation innovants qui constituent une valeur économique essentielle pour leur développement et ne bénéficient pas toujours de la protection au titre de la propriété intellectuelle.

L'outil de protection est alors le secret. Mais en l'absence de droit privatif sur ces informations gardées secrètes, la protection est faible et elle est perdue dès lors qu'il y a divulgation. A l'exception du délit pénal de révélation de secret de fabrique (art. [L. 621-1](#) du CPI) d'application très limitée, aucun texte spécifique en droit français n'était consacré à la question. C'est par le biais de l'article [1240](#) du Code civil et de la concurrence déloyale qu'une réparation était parfois accordée par les juges.

La directive aujourd'hui transposée par la loi du 30 juillet 2018 vise à garantir l'existence de règles offrant des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires. Il ne s'agit pas de créer un droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires. Aux termes du considérant 16, « *La découverte indépendante des mêmes savoir-faire ou informations devrait donc rester possible. L'ingénierie inverse d'un produit obtenu de façon licite devrait être considérée comme un moyen licite d'obtenir des informations, sauf dispositions contractuelles contraires. La liberté de conclure de tels accords contractuels peut toutefois être limitée par la loi* ».

Toutes les informations confidentielles n'ont pas vocation à être protégées. Les textes posent les conditions et limites de la protection.

Pour être protégée au titre du secret des affaires, une information doit répondre aux conditions du nouvel article [L. 151-1](#) du Code de commerce, c'est-à-dire qu'elle doit être secrète autrement dit, ne pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, être généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité. Elle doit, en deuxième lieu, revêtir une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret. Et enfin elle doit faire l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. Ces conditions correspondent à celles de l'article 39 des accords ADPIC.

Seul le détenteur légitime de l'information, défini comme celui qui en a le contrôle de façon licite, peut se prévaloir de la protection (art. [L. 151-2](#) du C. com.). L'obtention est licite si elle résulte de la découverte ou de la création indépendante du secret ou de l'observation, étude ingénierie à reverse d'un produit détenu licitement. Dans les autres cas, elle est illicite (art. [L. 151-4](#)). L'utilisation et la divulgation illicites d'un secret des affaires, peuvent donner lieu à des sanctions civiles et autres mesures qui s'apparentent à celles mises en place en droit de la propriété intellectuelle (Chap. II de la loi).

Des exceptions sont prévues au bénéfice des lanceurs d'alerte, salariés, journalistes et dans le cadre des procédures. Il faut concilier les différents impératifs : liberté d'expression, d'information, droits des salariés, contradictoire, secrets des affaires...

Le législateur a choisi d'opérer une transposition fidèle de la directive en n'usant pas (peu) des quelques marges de manœuvre dont il disposait pour renforcer la protection. Il a ainsi renoncé à sanctionner pénalement l'utilisation illicite et la divulgation non autorisée du secret. La loi déferée au Conseil constitutionnel a été déclarée conforme à la Constitution par décision n° [2018-768](#) du 26 juillet 2018 (JORF, 31 juillet).