



Journal des tribunaux

23 février 2002
121^e année - N° 6044

Bureau de dépôt : Charleroi X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940) - Charles Van Reepingen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

8 ISSN 0021-812X

LE FONDS DE COMMERCE VIRTUEL : UNE RÉALITÉ JURIDIQUE ?

Le commerçant qui dispose d'un site web possède-t-il un fonds de commerce virtuel, la loi du 30 avril 1951 s'applique-t-elle à l'hébergement d'un commerçant sur internet? Le nom de domaine peut-il être assimilé au nom commercial ou à une enseigne? Est-il possible de mettre en gage un site web? Telles sont les questions auxquelles nous tentons de répondre.

1 INTRODUCTION

Une entreprise qui exerce son commerce par le biais d'un réseau de communication électronique, tel que l'internet (1), dispose-t-elle d'un fonds de commerce? Dans l'affirmative, peut-on considérer que ce fonds de commerce, que nous qualifions de virtuel, est différent d'un fonds de commerce classique?

La question n'est pas sans intérêt pratique. En effet, la qualification de fonds de commerce entraîne plusieurs conséquences juridiques, puisqu'elle permet en particulier de grever le fonds d'un gage, et a des répercussions fiscales en cas de cession.

La question s'inscrit aussi dans l'actualité de ce qu'il est convenu d'appeler la « nouvelle économie » : des sites se vendent à coup de millions d'euros, sans que la cession n'ait nécessairement lieu par le biais de la vente des actions de la société qui en est propriétaire (2).

(1) Les développements qui suivent englobent tant les sites internet que les sites WAP ou les mécanismes de transaction par PDA.

(2) Ainsi, le site amazon.com a-t-il récemment déboursé 6,1 millions de dollars pour s'assurer les actifs immatériels (nom de domaine, marque commerciale, base de données clients, etc.) du défunt site egghead.com...

2 DÉFINITION DU FONDS DE COMMERCE

1. — L'origine du fonds de commerce

La notion de fonds de commerce s'est dégagée au XIX^e siècle sous une double nécessité. D'une part, avec l'émergence du capitalisme, les commerçants souhaitaient pouvoir protéger leur clientèle contre les attaques des concurrents, donner à celle-ci la plus grande stabilité possible et, partant, protéger les investissements intellectuels et financiers réalisés.

En particulier, une reconnaissance du fonds de commerce permettait au commerçant de soutenir que son exploitation avait une valeur supérieure à la simple somme du prix de ses éléments constitutifs (3).

D'autre part, la reconnaissance du fonds de commerce était souhaitée par les créanciers des commerçants, en tant qu'élément patrimonial de ces derniers. En créant l'entité « fonds de commerce », le contrôle des opérations effectuées par le commerçant devenait plus commode, en particulier par la mise en place de règles de publicité (4).

C'est dans ce contexte qu'est né le gage sur fonds de commerce, dans la mesure où il permet aux petits commerçant de lever plus facilement des fonds pour financer leurs activités et aux institutions de crédit de disposer d'une garantie plus efficace.

2. — Définition et fonction juridique

Malgré l'ancienneté de la notion, et son omniprésence dans la vie économique, le fonds de commerce, en tant qu'institution juridique, ne reçoit aucune définition légale.

Différents textes y font toutefois explicitement référence.

(3) M. Vercruyse et E. Lauwers, *Le fonds de commerce*, Bruxelles, Larcier, 1967, p. 8.

(4) G. Sadde, *La notion de fonds de commerce virtuel*, mémoire de D.E.A. Informatique et droit, Université de Montpellier I, 1999-2000, pp. 11 et s.

S O M M A I R E

- Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ?, par Th. Verbiest et M. Le Borne 145
- Instruction préparatoire - Règlement de la procédure - Ordonnance de renvoi - Appel de l'inculpé (Cour d'arbitrage, 9 janvier 2002) 150
- Responsabilité des avocats - Prescription - Point de départ du délai (Cour d'arbitrage, 30 octobre 2001) 152
- Discipline notariale (Cass., 1^{re} ch., 1^{er} février 2001, note) 154
- Pratiques de commerce - Action en cessation (Liège, 7^e ch., 11 octobre 2001) 154
- Droit judiciaire - Jugement (Mons, bur. ass. jud., 20 novembre 2000 et 12 février 2001) 156
- Circulation routière - Accident - Autobus - Principe général de droit - Dommage (Civ. Bruxelles, 16^e ch., 14 décembre 2001) 156
- Chronique judiciaire : Enquêtes et reportages - La vie du Palais - Coups de règle - Courrier des revues - Dates retenues.

2002

145

Ainsi en est-il de l'article 169 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (5), qui précise que « les droits dus sur les actes translatifs ou déclaratifs de propriété ou d'usufruit de fonds de commerce sont perçus selon la nature de chacun des biens qui en font partie et sur les bases fixées par le présent Code. Les dettes, afférentes ou non au fonds de commerce, qui sont prises en charge par le nouveau propriétaire ou usufruitier doivent être considérées comme charges de la convention ».

La loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux (6) dispose en son article 10 que « L'interdiction de céder le bail ou de sous-louer un immeuble ou partie d'immeuble ne peut faire obstacle à la cession ou à la sous-location faite ensemble avec la cession ou la location du fonds de commerce et portant sur l'intégralité des droits du locataire principal ».

L'article 2 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce contient toutefois une énumération, non limitative, des éléments du fonds de commerce :

« Le gage comprend l'ensemble des valeurs qui composent le fonds de commerce et notamment la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier de magasin et l'outillage, le tout sauf stipulation contraire. Il peut comprendre les marchandises en stock à concurrence de 50% de leur valeur » (7).

Confrontés à la carence du législateur, la jurisprudence et la doctrine ont fait œuvre utile en s'efforçant de dégager une définition juridique du fonds de commerce.

Ainsi, selon la Cour de cassation, le fonds de commerce « constitue une universalité dont font partie des biens meubles tant corporels qu'incorporels » (8), ou « un ensemble de choses conçu comme instrument d'une activité commerciale et non point différents éléments réunis directement dans cet ensemble » (9).

La meilleure doctrine belge y voit un « droit mobilier incorporel, qui porte sur une valeur marquée par un rendement potentiel découlant de la possibilité d'attirer une certaine clientèle qui sera liée à l'organisation de l'établissement commercial » (10).

(5) Arrêté royal n° 64 du 30 novembre 1939 contenant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (*M.B.*, 1^{er} déc 1939) confirmé par la loi du 16 juin 1947, art. 2. (*M.B.*, 14 août 1947).

(6) *M.B.*, 10 mai 1951.

(7) D'autres dispositions traitent encore du fonds de commerce: on peut notamment citer l'article 11 du Code t.v.a., les articles 1199 et 1418 du Code civil; l'article 107 du Code des droits de succession envisage l'hypothèse où la succession d'un habitant du royaume comprend la propriété, en tout ou en partie, d'un fonds de commerce; l'article 12 des lois relatives au registre du commerce coordonnées le 20 juillet 1964 dispose que: « Si un fonds de commerce est exploité au nom du propriétaire, personne physique, par un mandataire, la déclaration comporte, pour ce qui concerne ce dernier, tout ce qui est prescrit pour le requérant lui-même à l'article 8, 1^o, 2^o, 3^o, 4^o et 10^o, ainsi que l'indication précise de ses pouvoirs »; l'article 2 du Code de commerce précise que « la loi répute acte de commerce: ... Tout achat d'un fonds de commerce pour l'exploiter; (...) ».

(8) Cass., 19 nov. 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 263.

(9) Cass., 4 févr. 1954, *J.C.B.*, 1955, p. 368.

(10) M. Grégoire, A.-M. Stranart, D. Lechien in *Sûretés réelles*, partie II, fascicule 3, P.U.B., 5^e éd., p. 108.

Un auteur français nous donne également une définition intéressante « le fonds de commerce est constitué par l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice des activités commerciales. Il permet essentiellement de retenir et de développer une clientèle attirée par le savoir-faire du commerçant, la qualité des marchandises vendues, l'emplacement de l'établissement, l'enseigne, etc. Ses divers éléments présentent une certaine stabilité, une certaine unité, et peuvent se transmettre globalement » (11).

Cette définition laisse poindre la notion centrale autour de laquelle s'articule le fonds de commerce: la clientèle. En effet, la clientèle est l'élément essentiel du fonds, ainsi que le souligne la jurisprudence de la Cour de cassation de France (12).

A cet égard, nous faisons nôtre la définition dite « essentialiste » d'un autre auteur français: « le fonds de commerce est l'ensemble des moyens utilisés pour attirer et fidéliser la clientèle » (13).

C'est dans ce courant que s'inscrit la majorité de la doctrine belge, laquelle insiste sur le caractère propre du fonds de commerce, à savoir « son aptitude productive et son pouvoir d'attraction sur la clientèle, caractère qui l'emporte sur les différents éléments du fonds » (14).

Un arrêt de la cour d'appel de Liège a également consacré cette théorie essentialiste: « La clientèle est la composante essentielle du fonds de commerce. Les autres éléments du fonds — corporels et incorporels — ont pour seul objet de créer, de conserver et de développer cette clientèle ». La Cour ajoute: « Sans certains éléments essentiels dont l'absence rend impossible l'exploitation du fonds, il ne peut y avoir de fonds de commerce négociable. Tel est le cas lorsque la clientèle a déserté l'établissement et qu'il n'existe pas de volonté d'en recréer une et, dans le cas d'une banque, lorsque le portefeuille des créances a perdu quasiment toute valeur » (15).

Il est toutefois à noter que la théorie essentialiste du fonds de commerce ne fait pas l'unanimité en doctrine.

Selon certains, dans un régime de liberté de concurrence, la clientèle n'appartient pas au commerçant. La clientèle n'est rien sinon un espoir, aux contours moins précis que les autres éléments, même incorporels, qui lui servent de support.

Par conséquent, à suivre ces auteurs, il serait impropre de citer la clientèle comme l'élément constitutif essentiel d'un fonds de commerce, puisqu'elle n'est pas susceptible d'appropriation.

« C'est plus exactement d'achalandage qu'il faut parler, c'est-à-dire de l'aptitude du fonds à attirer et conserver des clients. La clientèle n'est pas un élément constitutif du fonds de

(11) Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. I, Economica, Paris, 1994, p. 665.

(12) Cass. fr., 15 févr. 1937, *D.H.*, 1937, p. 179.

(13) F. Dekeuwer-Defossez, *Droit commercial*, 3^e éd., Montchrestien, Paris, 1993, p. 268. Pour cet auteur, la clientèle devient ainsi « une possibilité de contrats futurs et renouvelés », p. 268.

(14) Van Ginderachter, cité par Vercruyse et Lauwers, *op. cit.*, p. 27.

(15) Liège, 10 mai 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 40.

commerce, mais l'objectif de son activité. Son existence témoigne de la qualité commerciale du fonds » (16).

Les partisans de cette thèse (17) ont cru pouvoir prendre appui sur un arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 1970 (18), qui a admis que l'apport en société d'un fonds de commerce puisse exclure les éléments incorporels dont la clientèle. Toutefois, tel ne semble pas être la portée réelle de cet arrêt, dans la mesure où il se borne à considérer que le juge du fond avait pu sans violer la foi dû à une convention de cession, ni sans se contredire, considérer que celle-ci portait sur un fonds de commerce alors que la clientèle en était exclue. En réalité, les griefs invoqués ne touchaient pas au fond du droit (19).

3. — Classification de la clientèle

En cas de cession d'un fonds de commerce, il est courant d'établir la classification suivante (20):

— La clientèle « captive », liée par exemple au commerçant par un contrat d'approvisionnement (un contrat de brasserie, un contrat de concession exclusive, ...);

— La clientèle « attirée », qui s'adresse au commerçant pour des raisons d'habitude ou de confiance;

— L'achalandage, constitué par les clients de passage attirés par un emplacement favorable, mais se livrant à des achats occasionnels.

LA RÉALITÉ DU FONDS DE COMMERCE VIRTUEL

La définition essentialiste du fonds de commerce ne s'oppose manifestement pas à la consécration de l'existence d'un fonds de commerce qui ne serait que numérique (21). En effet, tout site de commerce électronique ouvert au public est bien un fonds de commerce en ce sens qu'il est destiné à créer et développer une clientèle, et ce indépendamment d'autres éléments matériels (matériel informatique, stock, etc.) ou incorporels (brevets,

(16) J. Caeymaex et J. Materne, *Fonds de commerce et contrats*, Liège, 1997, 2.2-9.

(17) Voy. notam., Y. Merchiers, « Bijzonder en afwijkend handelsrecht. - Overzicht van rechtspraak: 1966-1971 », *T.P.R.*, 1973, n° 40, p. 648; J. Koeckelenberg, « Inpandgeving van handelszaak en andere voorrechten », in *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, XVIII^e postuniversitaire cyclus Willy Delva, 1991-1992, Kluwer, n° 14, p. 145.

(18) J. Caeymaex et J. Materne, *op. cit.*, 2.2-9.

(19) Ch. Biquet-Mathieu, « Actualité en matière de gage sur fonds de commerce », in *Le fonds de commerce*, Die Keure (éd.), Bruges, 2001, p. 130.

(20) Y. Guyon, *op. cit.*, p. 665.

(21) L'existence d'un local d'exploitation et d'un bail commercial ne sont pas essentiels à cet égard. En effet, selon la jurisprudence, « le droit au bail ne constitue pas un élément nécessaire du fonds de commerce en ce sens que la perte du droit au bail ou le transfert du fonds de commerce en un autre lieu entraînerait la disparition de celui-ci », Civ. Gand, 24 janv. 1940, *T.V.R.*, 1941, p. 56.

logiciels, bases de données, licences d'exploitation, etc.)

A quelle catégorie appartiennent les clients de sites internet « B to C » (22)?

A priori, l'achalandage semble bien convenir. En effet, la plupart des visites de sites internet proviennent d'un bon référencement dans les moteurs de recherche ou dans les autres sites.

Un site bien référencé peut être comparé à un commerce bien situé. Cependant, bien plus que dans le monde « présentiel », le consommateur est enclin à se déplacer d'un site à l'autre, à la recherche du meilleur prix et/ou du meilleur service. Le réseau offre en effet au consommateur un terrain facile de comparaison des produits ou services vendus.

Pour ces deux raisons, les clients seront donc surtout des clients de passage et d'opportunité.

Cependant, une clientèle « attirée » est aussi envisageable.

En effet, certaines entreprises virtuelles sont amenées à créer des habitudes de consommation, à donner confiance aux consommateurs, que ce soit par le biais de la mise en place de mécanismes sûrs de paiement, par la qualité de leur service après-vente, par le respect des délais ou encore par leur respect ostensible de la législation (notamment par le biais de l'aposition sur le site de labels de qualité).

Ceci étant dit, le fonds de commerce virtuel présente-t-il des spécificités en ce qui concerne ses éléments constitutifs?

Il nous semble que deux éléments caractéristiques du fonds de commerce virtuel doivent être examinés : le contrat d'hébergement, d'une part, et le nom de domaine, d'autre part.

1. — Le contrat d'hébergement

Sur l'internet, le site web du commerçant doit être hébergé. Pour ce faire, le commerçant dispose, de manière générale, de deux options :

- soit il héberge son site sur son propre serveur, qui est lui-même situé dans un local;
- soit il héberge son site par le biais d'une location d'espace disque auprès d'un hébergeur.

Dans le premier cas, les locaux dans lesquels sont logés les serveurs qui hébergent physiquement le site ne peuvent certainement pas être confondus avec le fonds lui-même qui est exploité sur l'internet. La localisation ne peut aucunement être identifiée au lieu de situation des serveurs. En effet, c'est sur l'internet que le fonds est exploité.

Dans le second cas, le commerçant sera contractuellement lié à un fournisseur d'hébergement qui mettra à sa disposition de l'espace disque connecté à l'internet, afin que le site soit accessible sur le réseau.

Comment qualifier ce contrat d'hébergement?

(22) Acronyme de « Business to consumers », expression devenue consacrée et qui vise les sites transactionnels qui s'adressent aux consommateurs, par opposition aux sites « B to B » (« Business to business ») qui ne s'adressent qu'aux professionnels, généralement via un réseau fermé de type extranet.

S'agit-il d'un contrat de louage d'ouvrage, c'est-à-dire « (...) un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles » (23) ou d'un louage de chose, à savoir « (...) un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer? (24).

Selon un auteur français, le contrat d'hébergement se définit comme un « (...) contrat par lequel le prestataire met à la disposition de son abonné une partie des ressources de ses machines: espace disque dur et capacité de traitement en temps machine » (25).

En effet, le site doit d'abord être programmé, c'est-à-dire créé en un langage informatique qui sera reconnu par les navigateurs internet tels qu'« Internet Explorer » ou « Netscape ».

Pour qu'il soit accessible sur le réseau, le site doit être physiquement stocké sur un ordinateur lui-même relié, de préférence en permanence, à l'internet.

En fonction de la taille du site (nombre de pages ou d'éléments multimédias notamment), l'espace disque que devra louer le commerçant sera plus ou moins important. Par ailleurs, lorsque le site est visité, et en fonction du langage utilisé, des requêtes plus ou moins importantes peuvent être adressées au serveur qui dépensera dès lors un temps de traitement variable.

Outre la location d'espace disque, d'autres services sont fréquemment proposés par les hébergeurs : « redirection » de noms de domaine, mise à disposition de statistiques ou de fichiers « logs » (26), mise à disposition d'adresses électroniques, etc.

Ces services sont dans la plupart des cas automatisés et fonctionnent par le biais de logiciels placés par l'hébergeur sur ses serveurs.

Le louage d'espace semble donc prépondérant par rapport à la prestation de services, puisqu'il s'agit essentiellement pour le fournisseur de se déposséder « d'un espace disque de son système informatique et (de mettre) à disposition des capacités de traitement en temps machine » (27).

La qualification de contrat de louage de choses devrait donc être retenue pour tout contrat d'hébergement, sans toutefois exclure, sur la base d'une analyse au cas par cas, une qualification de contrat mixte lorsque le prestataire technique s'est engagé à fournir certains services en plus de l'hébergement *sensu stricto* (28).

(23) Article 1710 du Code civil.

(24) Article 1709 du Code civil.

(25) O. Iteanu, « Les contrats du commerce électronique », *Droit et patrimoine*, déc. 1997, n° 55, pp. 52 et s.

(26) Les statistiques de connexion sont basées sur l'analyse de l'historique de ces connexions. Cet historique est établi sur la base de ce qu'on appelle en jargon informatique les fichiers « logs ».

(27) O. Iteanu, « Le contrat, l'outil majeur du commerce électronique », *Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, juillet 1999, n° 116, p. 2.

(28) *Lamy - Droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, 2001, n° 2766; Pour une analyse approfondie de la notion de contrat mixte ou complexe, voy. De Page, t. VI, n°s 1 à 5.

Pourrait-on pousser le raisonnement plus loin en tentant l'assimilation du contrat d'hébergement au bail commercial, élément constitutif traditionnel du fonds de commerce?

A l'heure de l'émergence de milliers de « boutiques en ligne » hébergées par des tiers, la question mérite à tout le moins d'être posée. Le locataire d'un espace disque qui héberge son commerce virtuel mérite-t-il la même protection que le preneur d'un bail commercial « traditionnel »?

La loi du 30 avril 1951 s'applique aux baux commerciaux ainsi définis :

« (...) les baux d'immeubles ou de parties d'immeubles qui, soit de manière expresse ou tacite dès l'entrée en jouissance du preneur, soit de l'accord exprès des parties en cours du bail, sont affectés principalement par le preneur ou par un sous-locataire à l'exercice d'un commerce de détail ou à l'activité d'un artisan directement en contact avec le public ».

Deux conditions essentielles sont ainsi imposées par la loi : l'existence d'un contact direct avec le public (la clientèle), d'une part, et l'affectation du bail à un immeuble ou une partie d'immeuble, d'autre part.

Le « contact direct avec le public »

Cette condition devrait pouvoir être retenue dans le cas de sites internet : il ne nous semblerait pas justifié d'exclure l'existence d'un « contact direct avec le public » au sens de la loi au seul motif de l'absence d'un contact face à face entre le commerçant et ses clients.

En outre, dans la pratique, l'absence de contact « face à face » est relatif dans la mesure où le contact existe toujours avec le client, que ce soit sous forme automatisée ou personnalisée (échange de courriers, utilisation de techniques de communication en temps réel, par « chats » ou visioconférence, etc.).

Il pourrait en être autrement si l'accès au site était réservé à une clientèle spécifique.

Une analogie est possible à cet égard : la Cour de cassation a considéré que le juge du fond, après avoir constaté qu'une association sans but lucratif exploitait un buffet-bar à destination de ses membres, pouvait légalement en déduire qu'il n'y avait pas commerce de détail au sens de la loi sur les baux commerciaux (29).

Dans le même sens, il a été jugé qu'une convention relative à l'exploitation d'un restaurant dans une grande surface et destiné uniquement à la clientèle de celle-ci n'était pas un bail commercial (30).

Ainsi, il n'y aura pas « contact direct avec le public » au sens de la loi si l'accès au site est réservé à une certaine clientèle (31).

(29) Cass., 25 oct. 1957, *Pas.*, 1958, p. 182.

(30) J.P. Charleroi, 8 sept. 1981, *J.T.*, 1981, pp. 676-677.

(31) De nombreux sites ne sont accessibles qu'à des clients présélectionnés, qui se voient attribuer des mots de passe pour accéder à la partie transactionnelle du site. Un autre exemple est plus étonnant : il existe actuellement une sorte d'internet « parallèle », qui n'est accessible que par le biais d'une configuration particulière de son navigateur internet. Ainsi, il est possible de visiter le site

L'affectation du bail à un immeuble ou une partie d'immeuble

Cette condition est bien entendu beaucoup plus problématique : une analyse textuelle de la loi du 30 avril 1951 semble exclure toute assimilation d'un contrat d'hébergement à un bail portant sur un immeuble ou une partie d'immeuble.

Pourtant, la barrière du verbe n'est pas nécessairement insurmontable.

En effet, la jurisprudence, et singulièrement la Cour de cassation, ont parfois recours à une interprétation « évolutive » ou « téléologique » de la loi, y compris pénale, pourtant d'interprétation restrictive.

Selon l'enseignement de la Cour de cassation, le juge peut appliquer la loi pénale à des faits que le législateur n'a pas pu pressentir à l'époque de la promulgation de la loi, sous la double condition que la volonté du législateur d'ériger des faits de cette nature en « infraction » puisse être considérée comme certaine et que ces faits puissent être compris dans la définition légale de « l'infraction » (32).

C'est ainsi qu'ont pu être justifiées la répression de la vente, l'exposition et la distribution de vidéocassettes pornographiques sur la base de l'article 383, alinéa 3, du Code pénal visant des « figures et images » (33).

Nous avons déjà plaidé pour l'application de cette jurisprudence dans le cas des « casinos virtuels » sous l'empire de l'ancienne loi pénale qui prohibait la tenue de maisons de jeux de hasard (34).

Dans le cas qui nous intéresse, la première question devrait être celle-ci : s'il avait pu imaginer l'existence du commerce électronique, le législateur aurait-il fait en sorte que les « hébergés » sur l'internet qui exploitent des sites commerciaux ouverts au public bénéficient de la même protection légale que celle qu'il a décidé en 1951 d'octroyer aux petits commerçants?

La loi sur les baux commerciaux vise à protéger certaines activités commerciales et artisanales. Le législateur a considéré que ces activités étaient étroitement liées aux locaux où elles sont exercées au point que, par exemple, le refus de renouvellement du bail par le propriétaire entraînerait la destruction du fonds de commerce qui y est installé (35).

Sur l'internet, nul n'est besoin d'une telle protection pour le contrat d'hébergement. En effet, il existe des milliers d'hébergeurs. Le choix d'un de ceux-ci n'implique aucune conséquence sur la visibilité du site, et le fait de changer d'hébergeur n'affecte en rien la survivance du fonds de commerce virtuel. Dans ces conditions, il nous semble qu'il faille écarter toute qualification de bail commercial.

2. — Le nom de domaine

2.1. — Qualification

Le nom de domaine est sans conteste l'élément le plus caractéristique du fonds de commerce virtuel (36). S'agit-il d'un actif du fonds comme le sont, par exemple, l'enseigne (37) et le nom commercial (38)?

(36) Pour une définition du nom de domaine : Th. Verbiest et E. Wéry, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 809, p. 414.

(37) L'enseigne est l'inscription de la forme ou de l'image apposée sur un immeuble (le local d'exploitation du fonds), et se rapportant à l'activité qui s'y exerce. Elle est le moyen d'individualiser et de localiser l'établissement où le fonds est exploité.

(38) Le nom commercial est l'appellation sous laquelle le commerçant, personne physique ou société, exerce son activité. Le nom commercial est protégé par l'article 8 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 et approuvée par la loi du 26 septembre 1974. Il est aussi protégé par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce.

Sur l'internet, les noms de domaine jouent un rôle primordial : sans eux, les sites seraient incapables de se faire connaître et d'entrer en contact avec la clientèle.

Dans ces conditions, il est tentant d'assimiler le nom de domaine à un nom commercial ou une enseigne, d'autant qu'une certaine doctrine définit cette dernière comme étant « une sorte de mot de passe ou de ralliement permettant d'entrer en contact avec la clientèle » (39).

Des décisions françaises ont déjà été dans ce sens.

Ainsi, le tribunal de grande instance du Mans (40) a implicitement assimilé un nom de domaine à une enseigne ou un nom commercial, par référence à l'article 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que « Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment : (...) c) A un nom commercial ou à une enseigne connus sur l'ensemble du territoire national, s'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public; »

En l'espèce, le nom de domaine « oceanet.fr » avait été réservé avant qu'un dépôt de marque sur le même nom (« Oceanet ») ait lieu. Saisi par le titulaire de la marque, le tribunal a estimé que la société défenderesse titulaire du nom de domaine litigieux « (...) utilisait la dénomination Oceanet comme nom de domaine dès la mi-juillet 1996, soit antérieurement au dépôt par la demanderesse de sa marque complexe reprenant cette dénomination. Dès lors, même si son caractère frauduleux n'est pas établi par les pièces du dossier, ce dépôt a été effectué en contrevention avec les dispositions de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle et la marque déposée le 2 septembre 1996 (...) ainsi que son renouvellement effectué le 16 juin 1998 (...) seront déclarés nuls pour indisponibilité du signe ».

Dans une autre affaire (41), le tribunal de grande instance de Paris a estimé qu'un nom de domaine était susceptible de protection par le détournement des pratiques du commerce, au même titre que l'enseigne ou le nom commercial (42).

(39) Guyot, *op. cit.*, p. 708.

(40) T.G.I. Le Mans, 29 juin 1999, 1^{re} ch., aff. *Microcrocac c. Océanet et S.F.D.I.*, disponible sur <http://www.juriscom.net>.

(41) T.G.I. Paris, réf., 27 juill. 2000, *Market Call, MM. F.d.C. et Y.B. c. MilleMercis*, disponible sur <http://www.juriscom.net>.

(42) Le litige opposait la *start-up MilleMercis* à une société de vente à distance de cadeaux offrant un service de rappel de dates, la société *Market Call*. La société *Mille Mercis* offrait depuis avril 2000 un service de création de listes de cadeaux et de rappel de dates festives sur les sites www.pensefetes.com, www.pensefete.com et www.pense-fete.com. Le futur gérant de *Market Call* avait préalablement enregistré à titre personnel le nom de domaine www.pense-fetes.com, lequel n'avait toujours pas été exploité à la date de l'assignation de la société *MilleMercis*. *Market Call* et les cotitulaires de la marque « Le Pense-Fêtes » ont assigné, le 13 juillet 2000, la société *MilleMercis* en référé et au fond en contrefaçon de la marque « Le Pense-Fêtes », ainsi qu'en concurrence déloyale et agissements parasitaires. Ils demandaient au tribunal d'ordonner l'attribution au bénéfice de la société *Market Call* des trois noms de domaine exploités par la société *MilleMercis*. Sur la

www.atlantic.oceanet qui n'existe pas sur le réseau internet « officiel ». Ce site n'est accessible qu'à une clientèle spécifique, dont le navigateur a été « bricolé » pour permettre l'entrée dans ce nouveau réseau libertaire...

(32) Voy. notam., Cass., 18 nov. 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1269; Cass., 11 sept. 1990, *Pas.*, 1991, I, 18

(33) Cass., 4 mai 1988, *R.D.P.*, 1988, p. 961 et Cass., 11 sept. 1990, déjà citée; citons également la répression du vol de programmes et de données informatiques au sens de l'article 461 du Code pénal : Anvers, 13 déc. 1984, *D.I.T.*, 1986/2, p. 93; Bruxelles, 10 mai 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 1; en sens contraire : Liège, 25 avril 1991, *R.D.P.*, 1991, p. 1013. Voy. à ce sujet : P. Van Eecke, *Criminalité in cyberspace*, Mys & Breesch, 1997, pp. 50 et s.; B. Dejemeppe, « Le parquet face à la criminalité informatique - Entre droit et non-droit », *Journ. procès*, 13 mai 1993, p. 12.

(34) Th. Verbiest, « Les casinos virtuels », *J.T.*, 1999, pp. 21 et s.

(35) M. Vercruyssen et E. Lauwers, *Le fonds de commerce*, Larcier, 1967, p. 177.

2.2. — *Le cas particulier des noms de domaine en « .be »*

Dans toutes les « zones » de nom de domaine (internationales telles que « .com », ou nationales comme « .fr », pour la France, ou « .it », pour l'Italie), les noms de domaine sont transférables, comme tout actif, sans préjudice du respect des droits qu'un tiers détiendrait sur le nom.

Il existe toutefois une exception : le « .be » géré par l'association sans but lucratif DNS Belgium.

En effet, l'article 3. c, des conditions d'enregistrement de noms de domaine du DNS prévoit que « la licence est personnelle et non cessible, à moins que le nom de domaine ne soit cédé avec les actifs du preneur de licence » (43).

Le but de cette restriction est clair : lutter contre l'une des formes les plus répandues de « cybersquatting » (ou « domain name grabbing »), à savoir la pratique qui consiste à enregistrer un nom de domaine correspondant à un signe sur lequel un tiers détient des droits dans le seul but de revendre ce nom à ce dernier.

Toutefois, si l'intention est louable, la justification juridique de l'interdiction est pour le moins difficile à cerner.

Il s'agit en effet d'une restriction à la jouissance de son fonds par le commerçant, qui, provenant d'un organisme en situation monopolistique, ne paraît pas justifiable sur le plan des principes. Elle est de surcroît de nature à mener à de véritables aberrations. Ainsi, comment justifier qu'un commerçant ne puisse céder son nom de domaine en même temps que son enseigne, qui, par hypothèse, reproduirait le même vocable (44)?

LE GAGE SUR FONDS DE COMMERCE VIRTUEL

1. — Définition et assiette du gage sur fonds de commerce

Le gage sur fonds de commerce a été créé par la loi du 19 octobre 1919 (45).

concurrency déloyale, le juge a estimé que « la protection sur un nom de domaine ne peut s'acquérir que par son exploitation ». Il a ensuite conclu au débouté de la société *Market Call* après avoir constaté que, d'une part, la société *Market Call* n'exploitait pas le nom commercial « Le Pense-Fêtes » pour son commerce *off-line* et que, d'autre part, elle n'exploitait pas le nom de domaine *www.pense-fetes.com* sur l'internet.

(43) Conditions disponibles sur le site <http://www.dns.be>.

(44) Néanmoins, au moment où nous écrivons ces lignes, le système semble être en passe de changer. Devant les critiques apparemment nombreuses, le D.N.S. a entrepris de sonder les internautes quant à la nécessité de conserver cette limitation.

(45) Loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de facture

Il s'agit d'une sûreté réelle, exempte de dé- possession, qui permet de répondre aux besoins de nombre de petites et moyennes entreprises qui n'ont d'autre actif à affecter en garantie d'un prêt bancaire que leur affaire elle-même (46).

La loi contient, en son article 2, une énumération non exhaustive des biens et droits qui font partie du fonds de commerce : la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier de magasin et l'outillage.

Tous les biens et valeurs composant le fonds sont automatiquement compris dans l'assiette du gage.

Il n'est donc aucunement besoin de les énumérer dans l'écrit constitutif du gage.

Par ailleurs, les parties peuvent conventionnellement inclure les marchandises en stock à concurrence de 50% de leur valeur.

Le gage sur fonds de commerce présente la particularité de grever un ensemble nécessairement fluctuant, composé de biens meubles corporels et incorporels.

Il est traditionnellement admis que le gage constitué sur un fonds ne pourrait, à défaut de

ainsi que l'agrément et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation. *M.B.*, 21 nov. 1919 et sa modification par l'arrêté royal n° 282 du 30 mars 1936 et les lois des 31 janvier 1958, 22 mars 1993 et 9 février 1995.

(46) F. T'Kint, « Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers », *Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L.*, Larcier, 2000.

nouvelle convention, grever un autre fonds exploité par le même propriétaire (47).

Cependant, il n'est pas toujours aisé d'identifier précisément le fonds lorsque plusieurs établissements commerciaux sont exploités, soit que l'acte de constitution du gage ne mentionne qu'un seul fonds, soit que d'autres établissements soient ouverts par la suite.

S'agit-il d'un fonds de commerce unique, regroupant l'ensemble des établissements ou au contraire, de fonds de commerce distincts?

Traditionnellement, l'on se réfère au critère de l'existence ou non d'une clientèle propre à chaque établissement pour distinguer s'il s'agit d'un fonds de commerce unique ou non. Si une clientèle propre existe pour l'un ou l'autre des établissements, il faudra *a priori* conclure à son autonomie, et à l'absence d'extension du gage à celui-ci (48).

Dans une affaire mettant en scène un photographe qui exerçait initialement son activité à Lebbeke et était parti s'installer à Nieupoort, la cour d'appel de Gand (49) considéra que les deux magasins formaient des fonds de commerce distincts et que, dès lors, l'assiette du gage constitué au profit du créancier avait tout simplement disparu, entraînant la caducité de sa sûreté. La Cour motiva sa décision par la constatation que la clientèle n'était pas la même (notamment le photographe n'avait pas averti sa clientèle de Lebbeke de l'ouverture de son nouveau magasin).

En revanche, si la structure du fonds implique une structure qui révèle une même entité économique (50), accompagnée d'une unité de gestion ou encore d'une comptabilité unique, d'une organisation commune et que l'activité exercée dans chacun des établissements est identique (51), le gage pourra éventuellement s'étendre à ces différents établissements, même si ceux-ci sont situés dans des arrondissements différents (52).

Ce principe a été confirmé par le tribunal de commerce de Tongres (53) qui a jugé que des établissements exploités en différents endroits de la ville, par un même propriétaire mais dont les enseignes, les stocks, et leur propre organisation étaient différents, constituaient des fonds de commerce distincts. En l'espèce, il s'agissait d'un magasin de disques, un café, et un magasin de vêtements.

Le gage constitué sur le commerce de disques ne pouvait donc pas s'étendre aux autres établissements ouverts par la suite.

(47) Mons, 23 janv. 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 970; Mons, 10 janv. 1990, *Rev. not.*, 1990, p. 606

(48) Mons, 10 janv. 1990, *Rev. not.*, 1990, p. 606

(49) Gand, 22 avril 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1236. Pour un commentaire: C. Biquet-Mahieu, « Actualités en matière de gage sur fonds de commerce », in *Le fonds de commerce*, Die Keure, 2001.

(50) M. Fontaine, « L'inclusion des créances, valeurs et espèces dans la composition du fonds de commerce », *R.C.J.B.*, 1972, p. 327.

(51) F. T'Kint, « Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers », *Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L.*, Larcier, 2000.

(52) Liège, 14 déc. 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 487.

(53) Comm. Tongres, 3 nov. 1983, *Limb. Rechtstl.*, 1984, p. 166.

C'est dans le même sens que s'est prononcée la cour d'appel de Liège (54), dans un arrêt du 5 octobre 1999.

Les faits soumis à la cour concernaient l'exploitant d'un débit de boissons qui avait par la suite racheté une brasserie, située non loin du dit débit de boissons.

Dans un premier temps, un gage sur fonds de commerce avait été octroyé pour le débit de boisson. Par la suite, pour financer l'achat de la brasserie, un second gage sur fonds de commerce avait été constitué au profit d'un autre créancier.

A la suite de la faillite de la société, la cour d'appel a estimé que la brasserie constituait un fonds de commerce distinct. En effet, la brasserie a continué à être exploitée sous son ancien nom, la clientèle attachée lui était propre et existait déjà avant la reprise. Dès lors, malgré la gestion commune, le second fonds bénéficie d'une autonomie suffisante par rapport au premier.

Il a enfin été jugé que lorsqu'un propriétaire exploite trois magasins dans trois communes différentes, chaque établissement constitue une entité identifiable, indépendante des autres (chaque fonds de commerce ayant une clientèle propre et individualisée), même si des échanges de marchandises ont lieu entre les magasins (55).

Il s'agira certainement d'une extension si la clientèle est la même, si l'organisation commerciale et si l'enseigne utilisée sont identiques, puisque, dans ce cas, les établissements *offline* et *online* n'ont pas d'autonomie suffisante l'un par rapport à l'autre.

En pratique, il sera souvent malaisé de déterminer dans quelle mesure la clientèle est identique, en partie en raison du fait qu'il conviendra d'identifier l'origine des clients, dans un univers virtuel sans frontières et souvent anonyme.

Ainsi, pourrait constituer un indice le fait que le commerçant utilise le fichier clients de sa boutique présentielle pour inviter ceux-ci à consulter son site web.

A l'inverse, si le commerçant entend cibler une clientèle plus large et plus internationale, en utilisant des techniques de promotion uniquement virtuelles (bannières publicitaires sur d'autres sites, indexation auprès de moteurs de recherches, etc.), il sera certainement plus facile de conclure à l'autonomie des clientèles.

5 CONCLUSION

Il ne fait pas de doute que la notion juridique de fonds de commerce est susceptible de s'appliquer à un site de commerce électronique transactionnel « ouvert au public ».

Ce que nous appelons le fonds de commerce virtuel présente toutefois des caractéristiques originales, dont les principales sont l'absence de droit au bail et le rôle essentiel joué par le nom de domaine en tant qu'élément constitutif du fonds.

La question la plus délicate demeure toutefois celle relative à la détermination de l'assiette du gage lorsqu'il est question de l'étendre à un site web créé postérieurement au fonds initial. La situation inverse, même si elle se rencontre plus rarement, pourrait également s'avérer problématique. En effet, il se peut qu'un commerçant crée un magasin présentiel postérieurement au lancement de son site web.

Outre la possibilité de mettre en gage un site web, et la question de la détermination de l'assiette de celui-ci, les conséquences fiscales de la qualification de fonds de commerce ne devront pas échapper aux juristes et fiscalistes chargés d'assister leurs clients dans une opération de cession de site web. Car ces conséquences n'échapperont pas longtemps à la vigilance de l'administration fiscale...

Thibault VERBIEST

*Avocat, maître de conférences
à l'Université de Liège (*)*

Maxime LE BORNE

*Avocat au barreau de Bruxelles (**)*

2002

150

2.2. — L'assiette du gage en cas d'exploitation d'un fonds de commerce virtuel

Sur l'internet, la question de l'assiette du gage sur fonds de commerce se pose avec d'autant plus d'acuité, même s'il n'est pas encore entré dans les mœurs de solliciter un crédit en offrant en garantie un gage sur un site web de commerce électronique.

Toutefois, compte tenu du développement du commerce électronique, qui n'en est encore qu'à ses balbutiements, et de la paupérisation des capitaux à risque après l'effondrement des marchés financiers liés aux nouvelles technologies, la situation devrait selon nous évoluer.

Les institutions de crédit, quant à elles, n'ont en général pas encore pris conscience de l'intérêt pour elles de s'interroger sur l'assiette du gage lorsqu'un site web est créé par un commerçant postérieurement à la création du fonds de commerce initialement grevé.

Pourtant, il devient de plus en plus fréquent qu'un commerçant exploite son commerce tantôt de manière entièrement virtuelle tantôt de manière mixte. Dans ce dernier cas, deux situations sont possibles — soit le commerçant a commencé par exploiter son activité dans le monde présentiel (*offline*) pour ensuite lancer une activité dans le monde virtuel (*online*), soit il a procédé dans le sens inverse, en commençant par une activité *online*.

La boutique virtuelle ouverte postérieurement à la mise en gage de la boutique présentielle constitue-t-elle une extension du fonds de commerce initial?

(54) Liège, 5 oct. 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 643 et commentée in C. Biquet-Mathieu, *op. cit.*

(55) Mons, 10 janv. 1990, *Rev. not.*, p. 606.

(*) thibault.verbiest@brussels.ulys.net

(**) maxime.leborne@brussels.ulys.net