



DROIT DES AFFAIRES

FASCICULE DE COURS

Partie 1-Droit commercial général

N. S

Partie I – Sur le droit commercial général

1. Les activités du commerce
2. L'entreprise commerciale.

Partie II – Sur le droit général des sociétés.

1. La société et le contrat de société
2. La personnalité morale et les sociétés sans personnalité morale
3. La dissolution de sociétés

Partie III – Sur le droit spécial des sociétés.

1. Les transformations
2. La société en nom collectif. (SNC).
3. La société à responsabilité limitée. (SARL)
4. Les valeurs mobilières (VM)
5. La société anonyme (SA)
6. La société par action simplifiée (SAS)
7. Le groupement d'intérêt économique

Partie IV – Sur le droit des entreprises en difficulté

1. La prévention des difficultés
2. L'ouverture de la procédure
3. La sauvegarde
4. Le redressement judiciaire
5. La liquidation judiciaire
6. Les responsabilités et des sanctions

Partie V – Sur les opérations bancaires et financières

1. Les instruments de crédit
2. Les instruments de paiement

Plan	2
PARTIE I : LES ACTIVITES DU COMMERCE	10
CHAPITRE I--LES ACTES DE COMMERCE.	10
Section 1. Les actes de commerce par nature ou objet et activité commerciale	10
§1. L'activité d'achat pour revente	10
§2. Les opérations d'intermédiation.	12
§3. Les entreprises	15
A - Les entreprises de location de meubles	15
B - Les entreprises de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau	16
C - Les entreprises de fourniture, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan et de spectacles publics (art. L. 110-1, 6°)	16
Section 2. Les actes de commerce par la forme	19
§1. La lettre de change	19
§2. Les sociétés commerciales par la forme	20
Section 3. Les actes de commerce par accessoire	21
§1. – La règle et sa portée	21
§2. – Les applications	21
§3. De certains cas particuliers.	21
Section 4. L'acte mixte	23
CHAPITRE II — LE PROFESSIONNEL COMMERÇANT.	24
Section 1. Le critère de la commercialité : l'exercice d'acte de commerce.	24
§1. La qualité de commerçant.	24
A - L'habitude dans l'exercice d'actes de commerce.	24
B - Le caractère professionnel de l'activité commerciale	24
§2. La commercialité de fait	25
§3. Les activités artisanales et agricoles	27
A - Les activités artisanales	27
B - Les activités agricoles	30
Section 2. Les critères doctrinaux de commercialité	33
§1. La spéculation : critère de commercialité	33
§2. La circulation des richesses	33
§3. L'entreprise critère de commercialité	34
Section 3. Les auxiliaires du commerçant	35
§1. Les auxiliaires n'ayant pas la qualité de commerçant	35
A) Le cas des VRP	35
B) Les agents commerciaux	35
C) Les vendeurs à domicile indépendants :	36
§2. Les auxiliaires au statut hybride ou incertain	37
A) Les gérants succursalistes	37
B) Le gérant-mandataire	38
§3. Les auxiliaires ayant la qualité de commerçant	41
Section 4. Le statut de commerçant	43
1§. Les règles d'accès à la profession	43
A. Un accès incité.	43
B. Un accès encadré	44
2§ Les droits et obligations du commerçant.	46

A. Les droits du commerçant.	46
B. Obligations du commerçant	46
1. La publicité légale	46
2. Les obligations comptables	49
3§. Les statuts interférant.	51
A. Le conjoint du commerçant.	51
1. Le conjoint collaborateur	51
2. Le conjoint salarié.	52
3. Le conjoint associé	52
4. Le choix du statut	52
5. Le patrimoine du conjoint du commerçant	54
B. Le commerçant étranger	56
CHAPITRE III– LE REGIME DES ACTES DE COMMERCE.	57
Section 1. Les spécificités de l'acte de commerce	57
§1. La naissance de l'obligation commerciale	57
§2. Exécution et inexécution de l'engagement commercial	58
Section 2. La justice commerciale	61
§1. Les tribunaux de commerce	61
A – Composition et organisation	61
B - La procédure devant le tribunal de commerce	63
C - La compétence	65
1. La compétence matérielle	65
2. La compétence territoriale (rationae loci)	68
3. Les clauses attributives de compétence	69
§2. Les autres modes de règlement des conflits	71
A - L'arbitrage	71
B - Les modes alternatifs de règlement des différends commerciaux	74
PARTIE II : L'ENTREPRISE COMMERCIALE	76
CHAPITRE I : L'ENTREPRISE	76
Section 1. L'entreprise sans personnalité morale	76
§1. L'entreprise individuelle	76
§2. La micro-entreprise	77
§3. L'entreprise individuelle à responsabilité limitée	77
1. Une technique d'affection	77
2. La déclaration d'affection	78
3. Les conséquences de l'affection	81
§4. La déclaration d'insaisissabilité	84
1. Principe	84
2. Effets	85
Section 2. <i>L'entreprise personne morale</i>	86
CHAPITRE II– LE FONDS DE COMMERCE.	87
Titre 1 - Le fonds de commerce, élément central de l'activité commercial.	87
Section 1. La notion de fonds de commerce	87
§1. La clientèle et le fonds de commerce	87
A - La clientèle doit être certaine	88
B - La clientèle doit, en deuxième lieu, être commerciale	89
C - La clientèle doit être personnelle au commerçant	89

§2. La nature juridique du fonds de commerce	91
A - Le fonds, universalité	92
1. Une universalité de droit ?	92
2. Une universalité de fait ?	93
B - Le fonds : un meuble incorporel	94
Section 2. Les éléments du fonds de commerce	96
§1. Les éléments corporels	96
§2. Les éléments incorporels autres que le bail commercial	96
A - Les signes distinctifs des établissements commerciaux	97
B - Les monopoles d'exploitation	98
1. Le brevet	99
2. Le dessin et le modèle	100
3. Les marques	103
C - La protection du secret des affaires	103
Titre 2 - Les opérations portant sur le fonds de commerce.	106
Section 1. Les opérations emportant transfert de la propriété du fonds	106
§1. La cession de fonds de commerce	106
A - Les conditions	106
1/ Les conditions de fond	106
2/ Les conditions de forme	108
3/ La publicité.	109
B - Les effets	111
1. Les obligations du vendeur	111
2. Les obligations de l'acheteur	113
§2. L'apport en société	115
Section 2. La location du fonds de commerce	117
§1. Les conditions	117
A - Les conditions de fond	117
1. Les conditions relatives à l'objet du contrat	117
2. Les conditions tenant aux parties	119
B - Les conditions de forme	121
§2. Les effets du contrat.	121
A - A l'égard des parties	121
B - A l'égard des tiers	125
§3. Le crédit-bail	127
Section 3. Les garanties sur le fonds ou ses éléments	128
§1. Le nantissement du fonds de commerce	128
A - Le nantissement conventionnel	128
B - Le nantissement judiciaire	130
§2. Le nantissement du matériel et de l'outillage	131
§3. Le gage sur les stocks	132
CHAPITRE III LE BAIL COMMERCIAL.	135
Section 1 - Domaine d'application du statut des baux commerciaux.	135
§1. Application du statut de plein droit	135
A. Un contrat de bail	135
B. Local	136
C. Existence d'un fonds	137

D. Immatriculation	137
§2. Dérogations conventionnelles	138
Section 2 - Formation du bail commercial	140
§1. Parties au contrat de bail commercial	140
A. Le Bailleur	140
1. Bail consenti par un époux.	140
2. Bail consenti par un usufruitier.	140
3. Bail consenti au nom d'un incapable.	141
4. Bail consenti par une société.	141
B. Le Preneur	141
§2. Prix du bail commercial	141
A. Clause de loyer fixe	141
1/ Loyer	141
2/ Accessoires du loyer.	142
B. Clauses de loyers variables	143
1/ Clause d'indexation ou d'échelle mobile.	143
2/ Clause recettes.	144
Section 3 - Exécution du bail commercial	145
1§ Durée du bail commercial	145
A. Une durée de neuf ans	145
B. Faculté de résiliation du contrat	146
1/ Faculté du preneur	146
2/ Faculté du bailleur	146
C. L'expiration de la durée	147
§2. Révision du prix du bail	147
A. Valeur locative.	148
B. Révision légale	149
1/ Révision d'un loyer fixe	149
2/ Révision d'un loyer variable	152
§3. Obligations spécifiques des parties au bail commercial	153
A. Obligations du bailleur	153
B. Obligations du preneur	153
1/ Usage de la chose	153
2/ Destination de la chose	154
§4. La sous-location	157
A. Conditions d'une sous-location	157
B. Effets d'une sous-location	157
1/ Sous-location régulière	157
2/ Sous-location irrégulière	158
§5. La Cession de bail	158
A. Conditions de la cession de bail	158
1/ En l'absence de clause	158
2/ En présence de clauses	158
B. Modalités	159
C. Effets de la cession de bail	159
A/ Cession régulière	160
B/ Cession irrégulière	160

Section 4 - Extinction du bail commercial	161
§ 1. Résiliation anticipée	161
A. Résiliation volontaire	161
B. Résiliation de plein droit	161
§2. Résiliation judiciaire	162
§3. L'arrivée du terme	163

PRESENTATION GENERALE

1/ De la structure du Code de commerce.

Le Code de commerce se compose de neuf livres :

- Livre I. Du commerce en général
- Livre II. Des sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique
- Livre III. De certaines formes de vente et aux clauses d'exclusivité Livre
- De la liberté des prix et la concurrence
- Livre V. Des effets de commerce et les garanties Livre VI. Des difficultés des entreprises
- Livre VII. Des juridictions commerciales et de l'organisation du commerce
- Livre VIII. De quelques professions réglementées
- Livre IX. Dispositions relatives à l'outre-mer.

Appréhendez cette structure du Code avant de commencer l'étude de la matière est fondamental pour en comprendre la logique. Commencez par-là !

2/ Le droit des affaires : une branche du droit

Les règles régissant le droit des affaires ne sont pas toutes enserrées dans le Code de commerce. La matière est pulvérisée et certains principes fondamentaux du droit commercial qui semblent d'une évidence aujourd'hui ne sont pas même codifiés. Par exemple, la liberté du commerce demeure régie par le décret d'Allarde de 1791 et la présomption de solidarité en matière commerciale ne figure pas davantage dans ce Code.

✓ *Les sources du droit des affaires sont de ce fait variables :*

Constitution. – Certains principes à valeur constitutionnelle sont propres au droit commercial (par exemple la liberté d'entreprendre). En outre, de nombreuses « questions prioritaires de constitutionnalité » (QPC) ont déjà porté sur cette matière.

Loi et règlement. – L'article 34 de la Constitution confie à la loi la détermination «

des principes fondamentaux des obligations commerciales ». Le registre du commerce, les baux commerciaux et les agents commerciaux procèdent d'une origine réglementaire par exemple.

D'autres codes jouent un rôle important, tels que le Code monétaire et financier, qui régit notamment la cession de créances professionnelles et le chèque, le Code de la propriété intellectuelle, qui envisage les brevets et les marques, ou encore le Code de la consommation, qui saisit les rapports des professionnels avec les consommateurs ou les non professionnels.

Jurisprudence et doctrine. – La doctrine et la jurisprudence sont à l'origine de constructions désormais bien ancrées du droit commercial, telles que l'abus de minorité, ou encore la théorie du fonds de commerce.

Sources privées. – Les ordres professionnels participent à la construction de ce droit par le biais de l'élaboration des « recommandations », des « chartes » et des « codes de bonne conduite ». Ces documents ne lient en principe que les personnes soumises à l'ordre ou aux membres de l'organisme les ayant adoptés. Il arrive cependant parfois que la loi s'en inspire ou les consacre et les juges y voient parfois des fondements de responsabilité civile pour faute.

Usages. – Deux types d'usages peuvent être distingués.

Les usages conventionnels qui résultent des pratiques habituellement suivies par les commerçants pour la conclusion ou l'exécution des contrats. Purement interprétatifs et strictement fondés sur la volonté des parties, ils peuvent déroger à une loi supplétive.

Les usages de droit peuvent aussi s'entendre de la coutume au sens du droit civil.

Conventions et traités européens ou internationaux. – Un nombre important de conventions déterminent par exemple la loi applicable en cas de relations commerciales internationales (par exemple, la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux produits défectueux).

Le droit de l'Union européenne. – Ce droit prend de plus en plus d'importance. L'« européenisation » du droit des affaires ne fait que se renforcer d'une année sur l'autre.

PARTIE I : LES ACTIVITES DU COMMERCE

Il s'agira d'abord de présenter les actes de commerce (Chapitre 1), puis celle de professionnel commerçant (chapitre 2), pour finir par le régime des actes de commerce (chapitre 3)

CHAPITRE I--LES ACTES DE COMMERCE.

Depuis la recodification de 2000, les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce actuel traitent de la théorie générale des actes de commerce.

Le terme « acte » a un sens spécifique témoin du particularisme du droit commercial : il englobe à la fois des actes et des activités. La liste longue témoigne d'une certaine disparité qui confine à l'incohérence. Elle est néanmoins demeurée quasiment inchangée, malgré les mutations économiques.

Les actes de commerce peuvent être regroupés en quatre grandes catégories en fonction de leur nature ou leur objet, en raison de leur forme, par extension, enfin l'acte de commerce peut être « mixte » c'est-à-dire commercial, à l'égard d'une seule partie.

Section 1. Les actes de commerce par nature ou objet et activité commerciale

Appelés « actes essentiellement commerciaux » par un auteur¹, ils servent de support à la théorie générale des actes de commerce dont l'énumération légale figure aux articles L. 110-1 et 110-2 du code de commerce.

Nous écarterons les dispositions de l'article L. 110-2 en raison de leur spécificité, elles concernent en effet le commerce maritime. Un certain nombre des actes listés à l'article L. 110-1 du code de commerce sont cités à titre isolé, d'autres sont rattachés à la notion d'entreprise. Mais tous s'inscrivent dans le cadre des trois grands types activités économiques : le commerce ou le négoce appelé aujourd'hui, distribution, l'industrie et les services.

Ils sont cependant cités un peu pêle-mêle et il n'est pas toujours aisé de trouver le lien entre les éléments figurant dans un même alinéa. Il en découle une impression de confusion et de flou.

§1. L'activité d'achat pour revente

Sont visés les achats pour revendre de biens meubles et d'immeubles (art. L. 110-1 1° et 2°). Néanmoins, il en va autrement, lorsque l'acquéreur a agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux. La promotion immobilière est alors civile. (*Ex. Com.*, 24 septembre 2002 n° 99-10921)

¹ A. Tunc note au D. 1946, 233.

D'une manière générale, c'est l'idée de spéculation qui sous-tend le système. C'est la volonté de réaliser un profit grâce à l'opération de revente qui confère la commercialité si bien qu'en l'absence de spéculation, la vente aura un caractère civil.

Pour être acte de commerce, la vente doit être une revente en ce sens qu'elle doit être précédée d'un achat. Dès lors échappent au droit commercial les industries extractives à l'exception toutefois de l'exploitation des mines de charbon, métaux, hydrocarbures par volonté expresse du législateur. Lui échappent encore, faute d'achat, les productions intellectuelles (brevets, œuvres littéraires et artistiques) pour les créateurs, les inventeurs. Les ventes accessoires à des opérations de production ne relèvent pas davantage du droit commercial.

Exemple

L'horticulteur qui cultive puis vend ses fleurs n'est pas commerçant, il en va de même pour l'agriculteur qui vend le fruit de ses récoltes. Les activités agricoles et celles qui sont dans leur prolongement relèvent du droit civil.

Notons que la revente peut, dans certains cas, précéder l'achat. Il n'y aura alors aucun doute sur l'intention de l'acheteur. C'est en effet l'intention de revendre qui est essentielle dans ce type d'opération. L'intention de revendre doit être concomitante à l'achat, peu importe ensuite par exemple que le bien ne puisse pas être revendu. C'est l'intention qui prime, dès lors si un bien est acheté pour un usage personnel et revendu rapidement parce qu'il ne satisfait pas, l'opération ne sera pas commerciale. Le collectionneur qui revend une partie de sa collection pour acheter de nouveaux objets n'est pas commerçant à moins que l'importance et la fréquence des transactions effectuées ne révèlent une activité occulte de négoce, c'est-à-dire des achats dictés par une intention de revendre avec profit (CAA Versailles, 22 mars 2012, n° 10VE01277).

En revanche si un bien est acheté pour être revendu peu importe qu'il le soit en l'état ou après avoir été travaillé et mis en œuvre. L'article L. 110-1 1° répute de la même manière acte de commerce l'achat pour revendre de biens meubles en nature ou après avoir été travaillé et mis en œuvre.

Sous l'expression « achat pour revendre » se niche une grande partie des activités de distribution qu'il s'agisse de commerce de gros ou de commerce de détails, qu'il s'agisse de grande distribution ou commerces de proximité, qu'il s'agisse de commerces indépendants ou organisés en réseau.

S'agissant des achats pour revendre d'immeubles, leur commercialité a été clairement édictée en 1967. Mais elle a suscité de grandes inquiétudes dans les milieux de la promotion immobilière, qui craignait que soient remis en cause les avantages fiscaux des sociétés civiles immobilières et provoqua une controverse doctrinale et jurisprudentielle. C'est pourquoi une loi interprétative du 9 juillet 1970 est venue expressément préciser que demeure civil l'achat d'immeubles par un acquéreur ayant « agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ».

Il en résulte que l'activité des marchands de biens est commerciale, celle de promotion immobilière est civile (*Cass. Com., 10 janv. 2018, n° 16-24806*). Quant à la location d'immeubles,

elle n'est pas visée par l'article L. 110-1 du code de commerce. Il ne s'agit donc pas d'un acte de commerce au sens du droit commercial et ne nécessite pas l'inscription au registre du commerce et des sociétés.

Toutefois, il existait une divergence entre le droit fiscal et le droit commercial sur cette question qui a amené le Conseil d'Etat à transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité. La question portait sur l'exigence d'inscription au RCS du loueur de meublés pour bénéficier des avantages fiscaux liés au statut fiscal de loueur professionnel.

Or l'article L. 123-1 du code de commerce prévoit que seules peuvent être inscrites au registre du commerce et des sociétés les personnes physiques « ayant la qualité de commerçant », laquelle est, en vertu de l'article L. 121-1 du même code, conférée à « ceux qui exercent des actes de commerce. Et l'activité de location de biens immeubles ne constitue pas un acte de commerce au sens de l'article L. 110-1 du même code. Il en résulte que les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité devant les charges publiques » (Cons. const., 8 févr. 2018, n° 2017-689 QPC).

§2. Les opérations d'intermédiation.

Sont cités à titre isolé par l'article L. 110-1, 3° les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières. Elles peuvent être rapprochées des opérations de banque, de change et courtage, service de paiement et opérations de banques publiques (Art. L. 110-1, 7° et 8°). La jurisprudence ajoute les activités d'assurances.

Sont commerciales :

<p>Les opérations d'intermédiaire pour l'achat</p> <p>La souscription ou la vente :</p> <ul style="list-style-type: none"> - D'immeubles - De fonds de commerce - D'actions ou parts de sociétés immobilières 	<p>Par application de ce texte, le marchand de biens exerce, par exemple, une activité commerciale. De même une association qui offre de manière permanente aux particuliers un site internet visant à favoriser les échanges d'immeubles, qui offre donc une prestation permettant la rencontre de l'offre et de la demande en vue de la vente et de l'achat d'immeubles, effectue des opérations d'intermédiaire pour l'achat ou la vente d'immeubles et relève de la compétence du tribunal de commerce (<i>Cass. Com., 14 février 2006, n° 05-13453</i>).</p>
---	---

<p><u>Les opérations de banque de change et courtage, activité d'émission et de gestion de monnaie électronique, tout service de paiement et toutes opérations de banques publiques</u></p>	<p>Les opérations de banque sont commerciales depuis fort longtemps. La question de la commercialité a pu néanmoins se poser à propos des opérations effectuées dans le cadre des établissements à but non lucratif. La question a été posée à propos du service public des chèques postaux (Com., 20 oct. 1981). Elle se pose également pour les établissements mutualistes ou les coopératives. Il ne fait aucun doute aujourd'hui que les opérations de banque sont commerciales. Leur exercice habituel entraîne l'application du droit commercial.</p> <p>Jurisprudence</p> <p>Cela ressort clairement d'un arrêt de la Chambre commerciale du 17 juillet 2001 rendu à propos des activités d'une caisse régionale de Crédit agricole (Cass. Com., 17 juillet 2001, n° 98-18435).</p> <p>Déf. Par opération de banque, il faut entendre la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement.</p> <p>Exercées à titre habituel ces opérations sont réservées aux établissements de crédit, mais elles peuvent de manière occasionnelle être effectuées par d'autres personnes sans perdre leur caractère commercial. Sont commerciales encore les opérations faites par les prestataires de service d'investissement et la spéculation en bourse pour le spéculateur habituel. Le trader « en fonds propres » ou « pour propre compte » exerce ainsi une activité commerciale (Avis n° 2016-014 du CCRCS du 5 juillet 2016). Mais la simple gestion d'un portefeuille privé reste civile. Transposant la directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 relative aux services de paiement dans le marché intérieur, l'ordonnance du 15 juillet 2009 a créé une nouvelle catégorie d'actes de commerce : les services de paiement. L'activité de services de paiement est réservée à des prestataires de services de paiement qui sont des établissements de crédit ou des établissements de paiement (Art. L. 521-1 c. mon. Fin.). Les établissements de paiement sont des personnes morales qui fournissent à titre habituel des services de paiement. Elles sont agréées par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, après avis de la Banque de France.</p>
--	--

	<p>Le paysage bancaire se diversifie. D'autant que la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 a ajouté à la liste des actes de commerce, l'activité d'émission et de gestion de la monnaie électronique. Elle crée pour l'exercice de cette activité les établissements de monnaie électronique (EME) qui peuvent, en plus d'émettre et de gérer la monnaie électronique, fournir l'intégralité des services de paiement. L'activité est commerciale quand bien même serait-elle exercée en dehors du cadre légal.</p>
<p><u>Le courtage</u></p>	<p>Il consiste à mettre en rapport des contractants potentiels sans être le représentant d'aucuns.</p> <p><i>Jurisprudence</i></p> <p><i>Le caractère commercial a été reconnu au courtage matrimonial (Cass. Com., 3 avril 1984). Plus récemment, il a été jugé qu'ont la nature d'un contrat de courtage les relations entre une centrale d'achat et un fournisseur sélectionné par un contrat de référencement (Cass. Com., 17 mars 2004, n° 01-10103).</i></p>
<p><u>L'assurance</u></p>	<p>Enfin, grande absente de l'énumération légale, l'assurance. N'en sont pas moins commerciales les sociétés d'assurances à primes fixes alors que les compagnies d'assurances mutuelles ne le sont pas à moins que les statuts aient prévu la possibilité d'effectuer des actes de commerce qui ne sont pas accessoires (Com., 5 mai 2009, D 2009, AJ 1415).</p> <p>La lecture de l'article L. 110-1 du Code de commerce le laisse à penser.</p> <p><i>Jurisprudence</i></p> <p><i>Mais en général la jurisprudence, sans dénier le caractère commercial de l'acte, le trouvera insuffisant pour conférer la commercialité à son auteur (Voir Cass. Com., 20 février 1996, n° 93-20866 Comp. pour les actes par la forme Cass. Com., 11 mai 1993, n° 91-14734).</i></p> <p>L'acte est commercial, mais il ne confère pas la commercialité. Lorsque c'est la qualité de commerçant qui</p>

	<p>justifie l'application du droit commercial, la règle, la clause litigieuse sera écartée. Ainsi en est-il pour les clauses attributives de compétence territoriale qui sont réputées non écrites, à moins qu'elles n'aient été convenues entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant.</p> <p><i>Jurisprudence</i></p> <p><i>Cette qualité ne pouvant être attribuée à une personne pour avoir accompli un acte isolé ayant un caractère commercial estime la Cour de cassation, la clause est inapplicable (Cass. Com., 21 novembre 1995, n° 93-13998). De même l'acte isolé ne ressortit pas de la compétence des tribunaux de commerce (Cass. Com., 31 mars 1998, n° 95-20453).</i></p>
--	---

§3. Les entreprises

L'entreprise n'est pas une notion juridique. Néanmoins, le Code de commerce pose une présomption selon laquelle certaines entreprises sont des actes de commerce. Partant, la notion d'entreprise doit-être prise dans son sens économique², ce qui suppose une certaine organisation. Ainsi, cela suppose une répétition d'actes en vue de remplir un objectif économique et le caractère professionnel de l'activité.

A - Les entreprises de location de meubles

Sont ainsi réputés actes de commerce les entreprises de location de meubles (Art. L. 110-1,4° C com). *Exemple.* Il peut s'agir de meubles de toute nature, véhicules automobiles, matériels d'équipement téléviseurs, etc.

Peu importe que la location ait été précédée ou non de l'achat du bien loué. La location de meubles entre dans la catégorie des activités de service.

On y intègre l'hôtellerie et l'exploitation de camping. Les locations d'immeubles relèvent, quant à elles, par nature du droit civil sauf à appliquer la théorie de l'accessoire (Cf. ci-après). Dans deux avis de 2016, le CCRC a précisé que l'activité de location de chambres d'hôtes est une mise à disposition de chambres meublées, assorties de prestations de services liées à l'hébergement temporaire qui entre dans le champ des actes de commerce.

²L'entreprise est la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes. (*Définition proposée par l'Insee*).

Toutefois, si cette activité est exercée par un exploitant agricole et a pour support l'exploitation, elle a un caractère civil (avis n° 2016-018 des 15 sept. et 18 oct. 2016). De même, la location de meublés sans autres prestations n'est pas commerciale (Cons. const., 8 févr. 2018, n° 2017-689 QPC).

Actualité jurisprudentielle

Si la licence de brevet est un contrat de louage dont l'objet est une invention, la conclusion de ce type de contrat par un groupement d'intérêt économique (GIE) titulaire d'un brevet qu'il a lui-même déposé ne constitue pas une entreprise de location de meubles au sens de l'article L. 110-1, 4°, du code de commerce. (Com. 29 janv. 2020, n° 18-26.357)

B - Les entreprises de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau

Elles sont regroupées au 5° de l'article L. 110-1.

Les activités visées sont très diverses. Si la manufacture se rattache à l'industrie, les autres activités citées se rattachent davantage aux services. Les entreprises de manufacture assurent la transformation des matières premières en produits finis, il peut s'agir de matières achetées ou fournies par le client. Le terme de manufacture est aujourd'hui interprété largement, il couvre :

- Le secteur industriel (sidérurgie, métallurgie, agro-alimentaire),
- Le secteur de la construction immobilière et de la rénovation,
- Aussi bien que l'édition d'ouvrages et la teinturerie.

Les entreprises de transport, quant à elle, englobent le transport de voyageurs ou de marchandises, transport terrestre, fluvial ou aérien. On y ajoute les entreprises de déménagement et les compagnies de taxis à l'exception des activités exercées sous forme artisanale. Enfin sont visées les entreprises de commission, elles auraient sans doute pu figurer dans l'alinéa suivant avec les agences. Le commissionnaire conclut des contrats en son nom propre pour le compte d'un commettant (art. L. 132-1 CCom.). Il en existe différentes sortes tels les commissionnaires pour les transports dont l'activité est régie par les articles L. 132-3 et suivants du Code de commerce. On peut citer également les commissionnaires en douane ainsi que les prestataires de services d'investissements. Ce sont des intermédiaires.

C - Les entreprises de fourniture, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan et de spectacles publics (art. L. 110-1, 6°)

Une nouvelle fois, on peut constater que l'énumération regroupe des activités très différentes.

Ex. La fourniture, de gaz, d'eau, d'électricité... est une activité commerciale.

La fourniture vise les activités qui consistent à fournir des biens ou des services pendant un temps déterminé. Elle peut impliquer un achat et une revente, mais elle ne porte pas uniquement sur des biens meubles. On y intègre, par exemple, les contrats de distribution qui ne se limitent pas à la

revente de marchandises. La production d'énergie électrique d'origine photovoltaïque est de nature commerciale, toutefois la production issue de panneaux solaires installés chez un particulier relevant de la gestion de la vie courante ne ressortit pas du droit commercial (Avis n° 2012-014 du Comité de coordination du RCS du 13 avril 2012).

Exemple. Les entreprises d'agence, bureaux d'affaires sont encore réputés actes de commerce.

Jurisprudence

S'agissant des agences d'affaires il a été jugé, par exemple, que « *revêt le caractère d'une activité d'agent d'affaires et présente à ce titre un caractère commercial l'intermédiation commerciale (...)* », qui consiste à organiser à la demande de discothèques ou de restaurants, des manifestations en faisant en sorte qu'y participent des personnalités connues afin d'accroître la notoriété de ces établissements, cette activité d'entremise étant rémunérée par une commission fixée proportionnellement à l'augmentation du chiffre d'affaires des établissements considérés. L'activité est commerciale alors même qu'elle ne donnait pas lieu à la mise en œuvre de moyens matériels et humains particuliers (CE, 8 juin 2001, n° 220978).

Exemple. Sont commerciales les agences de recouvrement de créances, de voyage et de tourisme, les agences artistiques.

Les établissements de vente à l'encan c'est-à-dire de ventes aux enchères publiques de marchandises sont commerciaux aux termes de l'article L. 110-1. Cette activité est régie de manière plus précise par les articles L. 320-1 et suivants du code de commerce. Ce mode de vente a été libéralisé par la loi n° 2011-850 du 20 juillet 2011. Le nouvel article L. 320-2 du code de commerce définit les ventes aux enchères publiques comme étant des ventes faisant intervenir un tiers, agissant comme mandataire du propriétaire ou de son représentant, pour proposer et adjudger un bien au mieux-disant des enchérisseurs à l'issue d'un procédé de mise en concurrence ouvert au public et transparent. Le mieux-disant des enchérisseurs acquiert le bien adjudgé à son profit ; il est tenu d'en payer le prix.

Bien que libérée, cette activité demeure réglementée. Et le développement de nouvelles pratiques notamment par le biais de l'internet a soulevé des problèmes de qualification. Il convient de distinguer les véritables ventes aux enchères publiques, du courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique et de la mise à disposition d'une infrastructure permettant d'organiser et d'effectuer une opération de courtage aux enchères par voie électronique. Ces distinctions ressortent de l'article L. 321-3 du Code de Commerce modifié successivement par la loi du 17 mars 2014 et plus récemment par l'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation. Pour un exemple : Civ. 1^{ère}, 19 février 2013, Bull, n° 22.

Elles peuvent porter sur des biens neufs ou sur des biens d'occasion. Ces biens sont vendus au détail, par lot ou en gros, c'est-à-dire par lots suffisamment importants pour ne pas être considérés comme tenus à la portée du consommateur. La vente en gros ne peut porter que sur des biens neufs issus du stock d'une entreprise. Lorsque des biens neufs sont mis en vente par le commerçant

ou l'artisan qui les a produits, il en est fait mention dans les documents et publicités annonçant la vente.

Ces ventes sont organisées et réalisées par des opérateurs exerçant à titre individuel ou sous la forme juridique de leur choix. Les notaires et les huissiers de justice peuvent également, sous certaines conditions, organiser et réaliser ces ventes, à l'exception des ventes volontaires aux enchères publiques de marchandises en gros, dans les communes où il n'est pas établi d'office de commissaire-priseur judiciaire. Ils exercent cette activité à titre accessoire dans le cadre de leur office et selon les règles qui leur sont applicables. Ce caractère accessoire s'apprécie au regard des résultats de cette activité rapportés à l'ensemble des produits de l'office, de la fréquence de ces ventes, du temps qui y est consacré et, le cas échéant, du volume global des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques réalisées dans le ressort du tribunal judiciaire.

Les ventes aux enchères publiques par voie électronique sont également régies par le titre II du livre III du code du commerce.

Les opérateurs sont des mandataires du propriétaire du bien ou de son représentant. Le mandat est écrit. Ils ne sont pas habilités à acheter ou à vendre directement ou indirectement pour leur propre compte des biens proposés dans le cadre de leur activité ni acheter des biens proposés à la vente ni vendre des biens leur appartenant.

Il est institué une autorité de régulation : le Conseil de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques dont les compétences ressortent de l'article L. 321-18 et suivants du code.

Enfin sont commerciaux les établissements de spectacles publics. Les activités de loisirs n'échappent pas au droit commercial dès lors qu'elles sont exercées dans le cadre d'établissements. Les activités purement individuelles ou exercées dans le cadre d'association à but non lucratif ne relèvent pas, quant à elles, du droit commercial.

Jurisprudence

Cela étant précisé, la jurisprudence entend largement la notion de spectacles publics. Ainsi l'exploitation des salles de théâtres, cinémas, concerts est commerciale. Il faut y ajouter celle des parcs de loisirs ou d'attraction.

Section 2. Les actes de commerce par la forme

La notion. Les actes de commerce par la forme, sont les actes qui sont considérés par le Code de commerce comme étant commerciaux indépendamment de leur objet ou de la personne qui les réalise. Partant, ils sont soumis aux dispositions du droit commercial quand bien même il s'agirait d'un acte à titre isolé, réalisé par un non-commerçant.

Entrent dans cette catégorie la traite (§1) et les sociétés commerciales par la forme. (§2).

§1. La lettre de change

Définition. Il s'agit d'un écrit par lequel une personne appelée tireur, donne l'ordre à une autre personne appelée le tiré, de réaliser un paiement de somme d'argent au porteur de la lettre de change appelé bénéficiaire.

Qualification. Selon l'article L.110-1, 10° du Code de commerce, la lettre de change est un effet de commerce. Sa commercialité ressort de l'article du même Code.

Exemple de lettre de crédit

Société (Tireur) 20 Rue d'Exemple 94400 Vitry-sur-Seine		Contre cette LETTRE DE CHANGE stipulée SANS FRAIS veuillez payer à l'ordre de Nous-mêmes		
A Vitry-sur-Seine Le 26/03/2014		Code Monnaie €		
Montant pour contrôle 25 000 €	Date de création 26/03/2014	Échéance 30 jours de vue	LCR seulement	Montant 25 000 €
RIB du tiré		REF Tiré		
30076	02020	187638200200	59	Domiciliation Crédit du Nord 50 Rue d'Anjou, 75008 Paris
Code Banque		Code Guichet		N° de compte
Clé RIB		Nom et adresse du tiré		
Valeur en : Marchandises		Société (Tiré) 12 Rue de l'étoile 75001 Paris		Signature du tireur
Acceptation ou Aval		Signature (tiré)		
Signature (avaliste)		Signature (tireur)		

La lettre de change est réputée acte de commerce indépendamment de la personne qui en est l'auteur. Partant, tout signataire de lettre de change réalise un acte de commerce. Ce qui implique l'application des règles du droit commercial. (Lois et compétence des tribunaux) sans dérogation possible et cela quand bien même serait-elle tirée en raison d'obligations civiles (Pour exemple V. Cass. Com., 11 mai 1993, n° 91-14734).

NB : la souscription est interdite au consommateur dans le cadre du crédit à la consommation (Cf. art. L. 313-13 du code conso. : article abrogé. Et L. 511-5 C. com.).

Le régime de la lettre de change est particulièrement rigoureux. La lettre de change est soumise à des règles de forme précisément définies (art. L. 511-1 et s. C.com.). (Cf. Partie V pour plus de détails)

Remarque. Notons qu'un tel acte est commercial, mais il ne confère pas pour autant la qualité de commerçant à son auteur. C'est ici la nature du titre qui conditionne le régime juridique et non la nature de l'obligation à la différence de ce qui existe en matière de chèque par exemple qui sera civil ou commercial en fonction de la nature de l'obligation à laquelle il se rapporte.

§2. Les sociétés commerciales par la forme

Leur commercialité ressort de l'article L. 210-1 du code de commerce.

Définition. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions (soit les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés européennes).

Il ressort de cette définition que toute société adoptant l'une des formes juridiques listées par l'article L.210- du Code de commerce est commerciale même si son objet est civil. Dès lors, tous les actes accomplis dans le cadre de ces sociétés sont commerciaux et donc soumis aux régimes du droit commercial.

Jurisprudence.

Tous seront soumis au droit commercial et relèveront de la compétence des tribunaux de commerce (Cf. *Cass. Com., 10 mars 1998, n° 95-21580 - Comp. Cass. Com., 16 Novembre 2004, n° 01-03304*)- plus récemment *Cass. Com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-16548 ; Cass. Com., 12 Février 2008, n° 07-14912*).

Le tribunal de commerce est le juge naturel des litiges relatifs aux sociétés commerciales. Il a compétence pour toute demande dirigée contre une société commerciale (*Cass. Com., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-17205*) et pour tous faits ou actes qui se rattachent par un lien direct à la gestion des sociétés commerciales peu importe que les parties aient ou non la qualité de commerçant (*Cass. Com., 27 octobre 2009, pourvoi n°08-20384*).

Encore faut-il préciser que si les actes accomplis dans le cadre des sociétés commerciales par la forme sont commerciaux, cela n'implique pas nécessairement que les membres de ces sociétés soient eux-mêmes commerçants. (Cf. *Partie II-Distinction entre société de personnes et sociétés de capitaux*).

Section 3. Les actes de commerce par accessoire

§1. – La règle et sa portée

L'adage selon lequel « *l'accessoire suit le principal* » (*accessorium sequitur principale*), innerve tout notre droit privé. Le droit commercial n'est pas épargné et ce principe s'y applique de façon bilatérale.

Ainsi, un acte civil peut devenir commercial parce qu'il est réalisé par un commerçant pour les besoins de son activité ou car il est lié à une opération commerciale. L'emprunt de commercialité suppose que l'acte soit accompli par un commerçant. Le commerçant peut être une personne morale. Le fondement juridique de la théorie de l'accessoire est l'article L. 110- 1, 9 ° du Code de commerce, qui répute acte de commerce « toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers... » .

Exemple : l'achat d'un véhicule par un commerçant pour son usage privé est un acte civil. C'est un acte de commerce si cet achat est destiné à assurer le fonctionnement de l'entreprise. Sont des actes de commerce tous les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce, selon la formule consacrée de la Cour de cassation (par ex., Com. 15 nov. 2005).

Inversement, un acte de commerce peut être soumis aux dispositions du droit civil en raison de son lien de rattachement, c'est-à-dire lorsqu'il est accessoire d'une activité civile. (ex. la revente réalisée par un artisan)

§2. – Les applications

1°) Les contrats.

Les contrats passés par le commerçant dans l'intérêt direct de son entreprise sont considérés comme commerciaux, sauf preuve contraire (achats de consommation, contrats à titre gratuit, cautionnements). Exemple : le contrat de travail conclu pour le fonctionnement de l'entreprise (sous réserve de l'application du droit du travail).

2°) Les délits, quasi- délits et autres engagements extracontractuels.

La jurisprudence leur a étendu la théorie de l'accessoire (actes de concurrence déloyale), sauf exception (les accidents d'automobile causés par les véhicules des commerçants par exemple).

§3. De certains cas particuliers.

L'acte à caractère civil accompli par un commerçant dans l'exercice de son commerce est considéré comme un acte de commerce.

a) *Chèque ou de billet à ordre.* Tout chèque ou billet à ordre, acte civil par nature peut devenir commercial lorsqu'il a été émis en règlement d'une dette commerciale.

b) *Gage et nantissement.* L'article 2333 du Code civil définit le gage comme « une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Le gage se distingue du nantissement en ce que le second porte sur des biens mobiliers incorporels depuis la réforme des sûretés du 23 mars 2006.

Selon l'article L. 521-1 du Code de commerce, le gage ou le nantissement est commercial s'il garantit une dette commerciale, même si celui qui le constitue n'est pas lui-même commerçant.

S'agissant du gage de stock particulièrement, l'article L. 527-1 du Code de commerce dispose que le gage des stocks est une convention par laquelle une personne morale de droit privé ou une personne physique accorde à un établissement de crédit ou à une société de financement qui lui a consenti un crédit pour l'exercice de son activité professionnelle le droit de se faire payer sur ses stocks par préférence à ses autres créanciers. Le gage des stocks peut être constitué avec ou sans dépossession. Les parties demeurent libres de recourir au gage des stocks prévu au Code de commerce ou au gage de meubles corporels prévu aux articles 2333 et suivants du code civil. L'option choisie déterminera le caractère civil ou commercial du gage considéré.

c) *Cautionnement.* Pour revêtir un caractère commercial, le cautionnement doit garantir une dette commerciale, le créancier et la caution doivent être des commerçants et l'opération doit être conclue dans l'exercice ou pour l'intérêt du commerce de cette dernière (Com. 12 mai 1998, no 95-15.355).

La jurisprudence avait étendu l'hypothèse de la commercialité du cautionnement grâce au recours au critère de l'intérêt personnel et patrimonial de la caution dans l'opération principale. Une jurisprudence constante décide en effet que « *l'intérêt personnel patrimonial à apporter sa caution* » est une circonstance pouvant « *conférer un caractère commercial à son engagement* » (Com. 21 janv. 1980, no 78-16.308 ; Civ. 1re, 15 juill. 1981, no 79-16.708).

La jurisprudence actuelle tient en outre compte de la qualité de la caution, de son pouvoir direction effective éventuel dans la société, l'exercice d'un mandat social conférant une représentativité de la personne morale à l'égard des tiers, ainsi que du profit qu'elle retire de l'opération garantie.

Section 4. L'acte mixte

1. Définition.

L'acte mixte est, comme son appellation peut le laisser penser, un acte conclu entre un commerçant et un non- commerçant, qui présente le caractère commercial pour l'une des parties et non commercial pour l'autre partie.

Ce sera ainsi le cas d'une vente par un commerçant à un consommateur.

2. Régime juridique

Sous réserve de la prescription dont le régime a été désormais unifié avec la loi du 17 juin 2008 (prescription de cinq ans), dans l'absence de disposition légale, on procède à une application distributive des règles de droit civil et commercial pour assurer la protection de la partie non commerçante.

On se place habituellement du point de vue du :

- *débiteur* : pour l'application des règles de fond telle que la mise en demeure ou la solidarité. Ce sont les règles commerciales qui s'appliquent si le débiteur est commerçant ;
- *défendeur* : pour l'application des règles de compétence et de preuve (preuve selon les modes du droit commercial contre le commerçant, selon les modes du droit civil contre le non-commerçant ; compétence du tribunal de commerce si le défendeur est commerçant, du tribunal civil si le défendeur est un non- commerçant : toutefois celui- ci peut aussi assigner le commerçant devant le tribunal civil).

3. Exception.

- La clause attributive de compétence territoriale est nulle si elle figure dans un acte mixte (art. 48 C. pr. civ.) ;
- La clause compromissoire, lorsqu'elle aura été conclue entre un professionnel et un consommateur, est présumée abusive (C. consom., art. R. 212 - 2).

CHAPITRE II — LE PROFESSIONNEL COMMERÇANT.

L'accomplissement d'actes de commerce ne suffit parfois pas à qualifier leur auteur de commerçant. Le commerçant, aux termes de l'article L. 121-1 du Code de commerce, est celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. C'est ainsi que l'exercice d'actes de commerce à titre professionnel qui emporte la qualité de commerçant. Dès lors, ce sont l'habitude et le caractère professionnel de l'activité qui emportent l'application du statut de commerçant (Section 1). Par ailleurs, des critères généraux de commercialité ont été mis en exergues par la doctrine (Section 2), lesquels critères apparaissent utiles pour déterminer le statut des auxiliaires du commerçant (Section 3), enfin il s'agira d'aborder le statut du commerçant (Section 4)

Section 1. Le critère de la commercialité : l'exercice d'acte de commerce.

§1. La qualité de commerçant.

Le commerçant est communément défini comme celui qui réalise des actes de commerce de à titre de profession habituelle. Dès lors, l'expression de « profession habituelle » visée par l'article L.121-1 du C.com renvoie à l'idée d'habitude (A), mais aussi au caractère professionnel de l'activité commerciale (B).

A - L'habitude dans l'exercice d'actes de commerce.

L'habitude suppose la répétition d'actes de commerce. Il s'agit là de l'élément matériel de la qualification. Par principe, l'habitude suppose l'idée que l'activité commerciale doit s'inscrire dans la durée pour être qualifiée de commerciale. Soulignons toutefois, que cette question dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans le cadre de cette appréciation, un deuxième élément intentionnel est pris en compte, c'est celui de l'intention spéculative. Cet élément ressort aussi du caractère professionnel de l'activité commerciale.

B - Le caractère professionnel de l'activité commerciale

La notion de profession suggère l'idée que celui qui accomplit les actes de commerce en tire ses moyens de subsistance. Il tire de son activité un bénéfice, des ressources suffisantes. Et là encore l'intention spéculative permet de caractériser l'activité commerciale.

Sans être obligatoirement exclusive, la profession commerciale doit être la profession principale du commerçant. En cas de doute, certains indices peuvent venir confirmer ou infirmer le caractère professionnel de l'activité. Tel le cas par exemple de l'inscription au RCS qui pose une présomption de commercialité. Il en va ainsi également de la soumission au régime des BIC concernant le choix du régime d'imposition.

NB : Notons cependant qu'il s'agit dans tous les cas d'indices qui n'ont, à eux seuls, rien de décisif. Ils permettent simplement de confirmer ou d'infirmar la présomption de commercialité qui découle de l'accomplissement d'actes de commerce.

L'exercice de la profession doit s'effectuer de manière personnelle et indépendante. Ainsi, la personne qui accomplit des actes de commerce pour le compte d'autrui n'est pas commerçant. Seul l'est celui qui exerce de tels actes en son nom et pour son propre compte.

Exemple

Ainsi les salariés qui achètent et revendent des biens pour le compte de leurs employeurs ne sont pas commerçants en raison du lien de subordination qui les unit à leurs employeurs.

Le commerçant est celui qui agit à ses risques et périls. L'indépendance dans l'exercice de l'activité est un critère important et le juge peut relever la dépendance ou l'existence d'une subordination pour requalifier une situation.

Jurisprudence

Ainsi si le franchisé est en principe un commerçant indépendant, il arrive que la jurisprudence le considère comme un salarié du franchiseur lorsqu'il n'a aucune autonomie dans l'organisation de son activité.

Par conséquent, l'indépendance dans l'exercice d'actes de commerce est un critère non négligeable lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est commerçante. Cela étant, il existe bien d'autres professionnels qui exercent leur activité en toute indépendance sans être, pour autant, commerçants.

§2. La commercialité de fait

Est commerçant celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. C'est donc l'exercice d'actes de commerce à titre professionnel qui emporte la qualité de commerçant

Ce principe s'applique aux personnes physiques comme aux personnes morales. Un GIE ayant pour activité la revente de fruits et légumes produits par ses membres est commercial, quand bien même ses membres exercent une activité civile. La nature du groupement s'apprécie en fonction de son activité.

En l'espèce, les statuts indiquaient que l'activité consistait en l'achat et la revente de fruits et légumes et toute autre activité s'y rattachant directement ou indirectement. L'objet du GIE entre dans la catégorie des actes de commerce au sens de l'article L. 110-1 du code de commerce (Paris, 29 nov. 2016, RG n° 16/04247).

La Cour de cassation affirme aujourd'hui qu'une personne morale, même de statut civil, peut être tenue pour commerçante dans l'exercice d'une activité habituelle consistant en la pratique répétée d'actes de commerce ; tel est le cas pour les Caisses de crédit agricole, dans leur pratique des opérations de banque, même si elles sont autorisées légalement à accomplir par ailleurs des actes relevant du droit civil (*Cass. Com., 17 juillet 2001, Bull. civ. IV, n° 142*). Partant, la Cour de cassation applique dorénavant la même solution aux personnes publiques exerçant des opérations de banque (*Cass. Com., 22 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.396*).

Ce principe s'applique aux personnes immatriculées au RCS, comme à celles qui ne le sont pas. Une personne peut être reconnue comme commerçante alors même qu'elle n'est pas immatriculée au RCS. Ainsi une association peut être déclarée commerçante par les juges au motif qu'elle exerce de façon habituelle des actes de commerce. Dans cet esprit, une association de consommateurs mettant à disposition un site internet exerce une activité permanente, habituelle et lucrative et relève des tribunaux de commerce en ce qu'elle vend des espaces publicitaires (*Trib. Com. Paris, 14 sept. 2016*).

Si la commercialité est évidente pour les sociétés commerciales par la forme et les personnes physiques qui respectent les obligations attachées au statut comme l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, il est des cas plus difficiles qui amèneront les juges ou l'Administration à rechercher si telle ou telle personne exerce des actes de commerce de manière suffisante pour se voir reconnaître la qualité de commerçant.

On parle ici de commercialité de fait. Cette qualification entraîne d'importantes conséquences : *le commerçant de fait est commerçant au regard des obligations, mais il ne bénéficie pas des droits inhérents à la qualité de commerçant. (A l'instar du dirigeant de fait en droit des sociétés, cf. Partie II).*

Par exemple

Il ne bénéficie pas du statut protecteur des baux commerciaux.

La preuve sera libre contre lui et l'on pourra utiliser sa comptabilité pour faire preuve contre lui. (*Cass. Com., 17 mars 1981, n° 79-14.117*).

Il est soumis à la prescription commerciale. Ainsi il a pu être jugé qu'ayant constaté que dans l'exercice habituel de ces opérations de banque, la Caisse des Dépôts et Consignation accomplissait, nonobstant son statut particulier, des actes de commerce, la cour d'appel a donc pu considérer que la Caisse de Dépôts et consignations était commerçante et lui appliquer la prescription commerciale (*Cass. Com., 22 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.396*).

Il est soumis à la fiscalité commerciale. Régulièrement, l'Administration fiscale relève l'exercice régulier d'actes de commerce pour opérer un redressement fiscal.

La preuve de la commercialité sera parfois difficile à établir dans ce type d'hypothèses. L'établissement de la qualité de commerçant des parties sera un préalable au règlement du litige.

Elle permet de déterminer la compétence du tribunal. Si la commercialité est évidente pour les sociétés commerciales par la forme et les personnes physiques qui respectent les obligations attachées au statut comme l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, il est des cas plus difficiles qui amèneront les juges ou l'Administration à rechercher si telle ou telle personne exerce des actes de commerce de manière suffisante pour se voir reconnaître la qualité de commerçant. Ils seront guidés par les critères dégagés par la doctrine.

§3. Les activités artisanales et agricoles

Ne sont pas commerçants ceux qui exercent des activités civiles telles les activités artisanales et les activités agricoles.

A - Les activités artisanales

Il est parfois difficile de distinguer l'artisan du commerçant, difficulté d'autant plus grande que l'article 16 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 impose les mêmes conditions de qualification pour exercer toute une série d'activités qu'elles le soient sous forme artisanale ou commerciale. Il s'agit d'activités qui peuvent présenter un risque pour la sécurité ou la santé des personnes (*Sur la conformité à la constitution : Cons. const., 24 juin 2011, D 2001 AJ 1753*).

Dans sa dernière rédaction, (Cf. les lois n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 - art. 131 (V) et n° 2017-55 du 20 janvier 2017 - art. 54 et du décret n° 2019-56 du 30 janvier 2019 - art. 2), il dispose :

Texte.

« I. — Quels que soient le statut juridique et les caractéristiques de l'entreprise, ne peuvent être exercées que par une personne qualifiée professionnellement ou sous le contrôle effectif et permanent de celle-ci les activités suivantes :

— l'entretien et la réparation des véhicules terrestres à moteur et des machines agricoles, forestières et de travaux publics ;

— la construction, l'entretien et la réparation des bâtiments ;

— la mise en place, l'entretien et la réparation des réseaux et des équipements utilisant les fluides, ainsi que des matériels et équipements destinés à l'alimentation en gaz, au chauffage des immeubles et aux installations électriques ;

— le ramonage ;

— les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux et les modelages esthétiques de confort sans finalité médicale. On entend par modelage toute manœuvre superficielle externe réalisée sur la peau du visage et du corps humain dans un but exclusivement esthétique et de confort, à l'exclusion de toute finalité médicale et thérapeutique. Cette manœuvre peut être soit manuelle, éventuellement pour assurer la pénétration d'un produit cosmétique, soit facilitée par un appareil à visée esthétique ;

— la réalisation de prothèses dentaires ;

— la préparation ou la fabrication de produits frais de boulangerie, pâtisserie, boucherie, charcuterie et poissonnerie, ainsi que la préparation ou la fabrication de glaces alimentaires artisanales ;

— l'activité de maréchal-ferrant ;

— la coiffure.

II. — Un décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Autorité de la concurrence, de CCI France, de CMA France et des organisations professionnelles représentatives détermine, en fonction de la complexité de chacun des métiers relevant des activités mentionnées au I et des risques qu'ils peuvent présenter pour la sécurité ou la santé des personnes, les diplômes, les titres homologués ou la durée et les modalités de validation de l'expérience professionnelle qui justifient de la qualification requise. Ce décret fixe les conditions dans lesquelles une personne qualifiée pour exercer un métier peut être autorisée à réaliser des tâches relevant de métiers connexes faisant partie de la même activité, au sens du I.

Toutefois, toute personne qui, à la date de publication de la présente loi, exerce effectivement l'activité en cause en qualité de salarié ou pour son propre compte est réputée justifier de la qualification requise.

Lorsque les conditions d'exercice de l'activité déterminées au I sont remplies uniquement par le chef d'entreprise et que celui-ci cesse l'exploitation de l'entreprise, les dispositions relatives à la qualification professionnelle exigée pour les activités prévues au I ne sont pas applicables, pendant une période de trois ans à compter de la cessation d'exploitation, aux activités exercées par le conjoint de ce chef d'entreprise appelé à assurer la continuité de l'exploitation, sous réserve qu'il relève d'un des statuts mentionnés à l'article L. 121-4 du code de commerce depuis au moins trois années et qu'il s'engage dans une démarche de validation des acquis de son expérience conformément aux I et II de l'article L. 335-5 du code de l'éducation.

III. — Une personne qualifiée, au sens du I, pour l'exercice d'une partie d'activité mentionnée au même I peut exercer la partie d'activité qui correspond à sa qualification ou en assurer le contrôle effectif et permanent au sein de l'entreprise.

IV. — Un décret, pris après avis des organisations professionnelles représentatives, fixe les règles applicables à l'apprentissage de la profession de coiffeur et aux établissements qui en dispensent l'enseignement, ainsi que les qualifications nécessaires à cet enseignement.

V. — Le dernier alinéa de l'article 35 du code professionnel local est complété par deux phrases ainsi rédigées :

" Si l'autorité compétente estime que l'activité déclarée est susceptible d'être interdite en vertu des dispositions ci-dessus, elle transmet cette déclaration au représentant de l'Etat pour décision. L'activité déclarée ne pourra être exercée avant qu'une décision n'ait été prise ".

NOTA :

Conformément au IV de l'article 131 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard douze mois après la promulgation de la présente loi.

Conformément à l'article 17 du décret n° 2017-767 du 4 mai 2017, ces dispositions entrent en vigueur le 1er juin 2017.»

C'est la nature de l'activité qui détermine l'exigence de qualification : pour le même métier, les mêmes conditions doivent être remplies aussi bien par les personnes immatriculées au répertoire des métiers que les personnes inscrites au RCS (Réponse ministérielle du 5 décembre 1996).

Cela engendre de nombreux points d'achoppement entre les activités artisanales et commerciales notamment dans le domaine de l'alimentation, du bâtiment, des services à la personne. Et il n'est pas toujours évident pour le consommateur de distinguer l'artisan du commerçant. Par exemple, de départir le boulanger qui est artisan du marchand de pain qui est commerçant.

Les textes réglementent les professions artisanales et posent des exigences sévères en matière de qualification professionnelle.

Définition.

Ainsi, sont artisans les personnes qui n'emploient pas plus de dix salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services relevant de l'artisanat (V. article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 modifié par la loi n°2019-482 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises).

L'artisan exerce son activité de façon indépendante sans lien de subordination, mais dans des limites quantitativement réduites. Le seuil est de 11 salariés. Au-delà l'activité est commerciale. Le seuil peut toutefois sous certaines conditions être dépassé. Le statut d'artisan n'est pas forcément exclusif de celui de commerçant et une double immatriculation au répertoire des métiers et au registre du commerce et des sociétés est possible. D'autant que la jurisprudence commerciale n'hésite pas à requalifier l'activité en la considérant comme commerciale en présence de salariés lorsqu'il apparaît que l'artisan spéculé sur la main d'œuvre ou sur les marchandises (salariés, achats pour revendre, etc.). Le bénéfice de l'artisan doit provenir principalement de son activité manuelle. Les critères de la jurisprudence, à cet égard, sont inchangés depuis plus d'un siècle.

L'artisan peut faire des achats pour revendre dès lors qu'ils restent accessoires à son activité civile.

Jurisprudence.

Dans cet esprit, dans un arrêt du 11 mars 2008, les magistrats relèvent pour confirmer le caractère artisanal de l'activité que , outre le fait que M. B. travaillait seul, sans l'apport d'une main-d'œuvre interne ou externe et exerçait de manière prépondérante une activité de production, transformation et prestation de services dont il tire l'essentiel de sa rémunération, l'achat pour revendre de marchandises représentait pour lui seulement l'équivalent d'environ 5 % de son résultat d'exploitation, c'est-à-dire qu'il était accessoire et marginal. Cet argument permet de retenir sa qualité d'artisan et la compétence du TGI dans le litige en concurrence déloyale qui l'opposait à son ex-employeur (*Cass. Com., 11 mars 2008, RJDA 6/08, n° 743*).

Les activités artisanales sont de nature civile et régies par le droit civil, s'agissant par exemple des règles de capacité, de preuve, de compétence juridictionnelle. Cependant, l'artisan bénéficie d'avantages qui étaient, au départ, propres au commerçant et qui ont été peu à peu étendus à l'artisan voire aujourd'hui à tous les professionnels. Ainsi comme le commerçant, l'artisan possède un fonds artisanal qu'il peut donner en location gérance ou nantir selon des modalités identiques à celles définies pour le fonds de commerce. Il bénéficie de la propriété commerciale. Le conjoint de l'artisan travaillant dans l'entreprise est soumis au même régime que le conjoint du commerçant. L'artisan est encore soumis, en cas de difficultés, à la loi de sauvegarde des entreprises et aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Le rapprochement des statuts est certain. Et la notion d'entreprise fait parfois disparaître la distinction. Ainsi lorsqu'on lit l'article 23 de la loi du 2 août 2005, cette distinction n'apparaît pas. Notons également qu'à compter de 2022 au plus tard, les activités artisanales relèveront de la compétence de tribunaux de commerce comme les activités commerciales.

B - Les activités agricoles

Le caractère civil des activités agricoles s'explique par des considérations historiques et par le fait que les produits de l'agriculture sont des produits du sol et non des produits de l'industrie. Le caractère civil des activités agricoles a été réaffirmé en 1988 malgré l'évolution des méthodes de production et le développement de l'industrie agro-alimentaire qui rapprochent l'agriculture de l'industrie. Se sont développés par exemple les élevages industriels ainsi que les cultures hors sols. Cette évolution avait parfois conduit la jurisprudence à qualifier l'agriculteur de commerçant (*Cass. Com., 8 mai 1978, Bull IV, n° 133*). Pour couper court aux difficultés, la loi du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social a pris acte de l'évolution et a réaffirmé le caractère civil des activités agricoles en donnant une définition du domaine des activités agricoles qui se fonde sur la notion de cycle biologique.