

CRFPA 2024



FASCICULE DE COURS

Droit des affaires

Tome 1 : Droit commercial général

N. Sekfali

FASCICULE DE COURS

Partie 1

Droit commercial général

N. Sekfali

SOMMAIRE	6
PARTIE I : LE DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL	9
PARTIE I : LES ACTIVITES DU COMMERCE	10
CHAPITRE I--LES ACTES DE COMMERCE.	10
<i>Section 1. Les actes de commerce par nature ou objet et activité commerciale</i>	10
§1. L'activité d'achat pour revente	10
§2. Les opérations d'intermédiation	11
§3. Les entreprises	13
A - Les entreprises de location de meubles	13
B - Les entreprises de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau	14
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°)	14
§4. Le cautionnement des dettes commerciales.	15
<i>Section 2. Les actes de commerce par la forme</i>	16
§1. La lettre de change	16
§2. Les sociétés commerciales par la forme	17
<i>Section 3. Les actes de commerce par accessoire</i>	18
§1. – La règle et sa portée	18
§2. – Les applications	19
§3. De certains cas particuliers.	19
a) Chèque ou de billet à ordre.	19
b) Gage et nantissement.	19
c) La cession de contrôle	19
<i>Section 4. L'acte mixte</i>	20
CHAPITRE II — LE PROFESSIONNEL COMMERÇANT.	21
<i>Section 1. Le critère de la commercialité : l'exercice d'acte de commerce.</i>	21
§1. La qualité de commerçant	21
A - L'habitude dans l'exercice d'actes de commerce.	21
B - Le caractère professionnel de l'activité commerciale	21
§2. La commercialité de fait	22
§3. Les activités artisanales et agricoles	23
A - Les activités artisanales	23
B - Les activités agricoles	24
<i>Section 2. Les critères doctrinaux de commercialité</i>	26
§1. La spéculation : critère de commercialité	26
§2. La circulation des richesses	26
§3. L'entreprise critère de commercialité	27
<i>Section 3. Le statut de commerçant</i>	27
1§. Les règles d'accès à la profession	27
A. Un accès encadré	27
2§ Les droits et obligations du commerçant.	29
A. Les droits du commerçant.	29
B. Obligations du commerçant	29
1. L'obligation d'immatriculation au Registre du commerce et des Sociétés (RCS)	29
2. Les obligations comptables	30
3§. Les statuts interférant	31
A. Le conjoint du commerçant.	31
1. Le conjoint collaborateur	31
2. Le conjoint salarié.	32
3. Le conjoint associé	32
4. Le choix du statut	32

5. <i>Le patrimoine du conjoint du commerçant</i>	33
B. Le commerçant étranger	34
CHAPITRE III– LE REGIME DES ACTES DE COMMERCE.	36
Section 1. <i>Les spécificités de l'acte de commerce</i>	36
§1. La naissance de l'obligation commerciale	36
§2. Exécution et inexécution de l'engagement commercial	37
Section 2. <i>La justice commerciale</i>	38
§1. La compétence	38
1. <i>La compétence matérielle</i>	38
2. <i>La compétence territoriale (rationae loci)</i>	40
3. <i>Les clauses attributives de compétence</i>	41
§2. Les autres modes de règlement des conflits.....	42
A - L'arbitrage	42
B - Les modes alternatifs de règlement des différends commerciaux.....	45
PARTIE II : L'ENTREPRISE COMMERCIALE	46
CHAPITRE I : L'ENTREPRISE	46
Section 1. L'entreprise sans personnalité morale	46
§1. L'entreprise individuelle.....	46
1. La définition de l'entrepreneur individuel et contenu du statut.	46
2. Le régime de l'entrepreneur individuel.	46
A. <i>Le principe de la séparation du patrimoine professionnel et personnel de l'EI</i>	46
B. <i>Composition du patrimoine professionnel de l'EI</i>	47
C. <i>Les effets juridiques du nouveau statut de l'entrepreneur individuel</i>	47
D. <i>Impact sur le régime de l'EIRL</i>	48
§2. La micro-entreprise	49
§3. L'entreprise individuelle à responsabilité limitée	49
1. Une technique d'affection	49
2. La déclaration d'affection	50
3. Les conséquences de l'affection	51
§4. La déclaration d'insaisissabilité	53
1. Principe	53
2. Effets	54
Section 2. <i>L'entreprise personne morale</i>	54
CHAPITRE II– LE FONDS DE COMMERCE.	55
Titre 1 - Le fonds de commerce, élément central de l'activité commercial.	55
Section 1. <i>La notion de fonds de commerce</i>	55
§1. La clientèle et le fonds de commerce	55
A - La clientèle doit être certaine.....	56
B - La clientèle doit, en deuxième lieu, être commerciale.....	56
C - La clientèle doit être personnelle au commerçant.....	56
Section 2. <i>Les éléments du fonds de commerce</i>	58
§1. Les éléments corporels	58
§2. Les éléments incorporels autres que le bail commercial	59
A - Les signes distinctifs des établissements commerciaux.....	59
a) <i>Le nom commercial</i>	59
b) <i>L'enseigne</i>	60
c) <i>Le nom de domaine</i>	60
d) <i>Le droit au bail</i>	60
e) <i>Les droits de propriété intellectuelle</i>	61
f) <i>Les licences et autorisations administratives</i>	61
g) <i>Les autres éléments incorporels</i>	61
B - La protection du secret des affaires	61
Titre 2 - Les opérations portant sur le fonds de commerce.	63
Section 1. Les opérations emportant transfert de la propriété du fonds.....	63

§1. La cession de fonds de commerce	63
A - Les conditions.....	63
1/Les conditions de fond.....	63
2/ Les conditions de forme.....	65
3/ La publicité.....	66
B - Les effets.....	67
1. Les obligations du vendeur.....	67
2. Les obligations de l'acheteur.....	69
§2. L'apport en société.....	70
Section 2. La location du fonds de commerce.....	71
§1. Les conditions.....	71
A - Les conditions de fond.....	71
1. Les conditions relatives à l'objet du contrat.....	71
2. Les conditions tenant aux parties.....	73
B - Les conditions de forme	74
§2. Les effets du contrat.	74
A - A l'égard des parties	74
B - A l'égard des tiers	76
§3. Le crédit-bail.....	78
Section 3. Les garanties sur le fonds ou ses éléments	78
§1. Le nantissement du fonds de commerce	79
A - Le nantissement conventionnel	79
B - Le nantissement judiciaire.....	81
§2. Le gage professionnel.....	81
CHAPITRE III LE BAIL COMMERCIAL.....	83
Section 1 - Domaine d'application du statut des baux commerciaux.....	83
§1. Application du statut de plein droit	83
A. Un contrat de bail.....	83
B. Local.....	83
C. Existence d'un fonds.....	84
D. Immatriculation	85
§2. Dérogations conventionnelles.....	85
Section 2 - Formation du bail commercial	86
§1. Parties au contrat de bail commercial	86
A. Le Bailleur	86
1. Bail consenti par un époux.....	86
2. Bail consenti par un usufruitier.....	87
3. Bail consenti au nom d'un incapable.....	87
4. Bail consenti par une société.....	87
B. Le Preneur.....	87
§2. Prix du bail commercial	87
A. Clause de loyer fixe.....	87
1/ Loyer	87
2/ Accessoires du loyer.....	89
B. Clauses de loyers variables	89
1/ Clause d'indexation ou d'échelle mobile.....	90
Section 3 - Exécution du bail commercial	90
1§ Durée du bail commercial	91
A. Une durée de neuf ans	91
B. Faculté de résiliation du contrat.....	91
1/Faculté du preneur.....	91
2/ Faculté du bailleur.....	92
C. L'expiration de la durée.....	93
§2. Révision du prix du bail	93

A. Valeur locative.....	93
B. Révision légale	94
1/ Révision d'un loyer fixe	94
2/ Révision d'un loyer variable.....	96
§3. Obligations spécifiques des parties au bail commercial	97
A. Obligations du bailleur	97
B. Obligations du preneur.....	97
1/ Usage de la chose.....	97
2/ Destination de la chose	98
§4. La sous-location.....	101
A. Conditions d'une sous-location	101
B. Effets d'une sous-location	101
1/ Sous-location régulière	101
2/ Sous-location régulière	101
§5. La Cession de bail	102
A. Conditions de la cession de bail.....	102
1/ En l'absence de clause.....	102
2/ En présence de clauses.....	102
B. Modalités	102
C. Effets de la cession de bail.....	103
A/ Cession régulière	103
B/ Cession irrégulière	103
Section 4 - Extinction du bail commercial	103
§ 1. Résiliation anticipée	103
A. Résiliation volontaire.....	103
B. Résiliation de plein droit.....	104
§2. Résiliation judiciaire	105
§3. L'arrivée du terme	106

SOMMAIRE

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. Les associés et dirigeants
4. Les conflits et nullités.
5. 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 (GIE)

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

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 IV : 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’« européanisation » du droit des affaires ne fait que se renforcer d’une année sur l’autre.

PARTIE I : LE DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL

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)

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.

¹ A. Tunc note au D. 1946, 233.

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. 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, 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. (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 :

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	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>).
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	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

	<p>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 CCRC 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><u>Jurisprudence</u></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). 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 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 CCRCS 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).

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,
- 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 C.Com.). 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 adjuger 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 adjugé 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.

§4. Le cautionnement des dettes commerciales.

L'article L.110-1, 11° du Code de commerce prévoit que sont réputés actes de commerce « Entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciales ». Cette disposition a été introduite à la faveur de l'ordonnance de réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 (Ord. n° 2021- 1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés. Pour l'essentiel, cette réforme est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2022). Par cette nouvelle disposition, un nouvel acte de commerce par nature a été créé.

L'objectif d'une telle disposition était de régler une question de compétence de juridiction

En pratique, il conviendra de s'assurer que l'on est bien en **présence d'une dette** (1^o élément de qualification) et que celle-ci est bien **commerciale** (2^ond élément de caractérisation), c'est-à-dire, en elle-même, rattachée à la catégorie des actes de commerce (ce qui renvoie, soit à des actes eux-mêmes listés par l'article L. 110-1, soit à l'extension jurisprudentielle fondée sur la théorie de l'accessoire).

Comparaison avant/après la réforme :

- Avant la réforme : un cautionnement recevait la qualification d'acte de commerce à la double condition que 1^o la caution avait la qualité de commerçant et que 2^o le cautionnement était en relation avec son activité commerciale. Néanmoins, si la caution n'avait pas la qualité de commerçant, la qualification d'acte de commerce pouvait être retenue lorsque la caution avait un intérêt patrimonial personnel à garantir une dette commerciale ;
- Depuis le 1^{er} janv. 2022 : le cautionnement des dettes commerciales, « entre toutes personnes » est rattaché, de droit, à la catégorie des actes de commerce.

Conséquences pratiques : Compétence uniforme du tribunal de commerce s'agissant du contentieux lié au cautionnement et celui de la dette lorsqu'elle est commerciale.

Exemple : le gérant d'une SARL qui, pour obtenir un prêt bancaire au bénéfice de la société qu'il dirige, accepte de s'engager à titre personnel en qualité de caution pour garantir le prêt bancaire accordé par la banque à la société.

Néanmoins, il n'est pas certain qu'avec une telle consécration l'objectif sera atteint. On peut relever en faveur d'une telle position, d'une part, le fait que les cautions non commerçantes continueront d'être soumises aux règles de preuve fixées par le Code civil malgré la commercialité du cautionnement et d'autre part, la rédaction du nouvel article L.721-3 du Code de commerce disposant que « lorsque le cautionnement d'une dette commerciale n'a pas été souscrit dans le cadre de l'activité professionnelle de la caution, la clause compromissoire ne peut être opposée à celle-ci ».

Ainsi, la simplification des critères de commercialité du cautionnement ne résoudra pas toutes les difficultés. Plus particulièrement, la commercialité du cautionnement est indifférente quant au régime de la preuve. En effet, l'article L.110-3 du Code de commerce précise que « **A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi** ». Il résulte de cet article que c'est la qualité de commerçant et non la commercialité de l'engagement qui permet le recours au principe de la liberté de la preuve.

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^o 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 €	
		REF Tiré			
RIB du tiré		Domiciliation			
30076	02020	187638200200	59	Crédit du Nord 50 Rue d'Anjou, 75008 Paris	
Code Banque Code Guichet		N° de compte Clé RIB			
Valeur en : Marchandises		Nom et adresse du tiré		Signature du tireur	
Acceptation ou Aval		Société (Tiré) 12 Rue de l'étoile 75001 Paris		Signature (tireur)	
Signature (tiré) Signature (avaliste)					

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).

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.).

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).

Les contrats de vente et de crédit souscrit par des particuliers (non commerçant), ayant pour finalité la revente totale de l'électricité produite par l'installation photovoltaïque à EDF, constituent des actes de commerce dont la contestation relève de la compétence du tribunal de commerce. (Cass. 1^{re} Civ. 09 mars 2022, n°20-20.390). A l'inverse, une installation photovoltaïque n'est pas un acte de commerce si elle est destinée à un usage personnel (Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 2019, n° 17-22.372 ; Cass. 1^{re} civ., 1er juill. 2020, n° 18-22.461).

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 la seconde porte sur des biens mobiliers incorporels depuis la réforme des sûretés du 23 mars 2006.

Selon l'ancien 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.

La suppression de cette disposition par l'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, ne devrait pas affecter la nature commerciale ou civile du gage. En effet, cette nature dépend de la nature de la dette garantie. Dès lors, le gage ou le nantissement qui garantissent une dette commerciale sont eux même commerciaux selon l'article L.110-1, 11° du C.com

Néanmoins, la réforme emporte une modification notable dans la mesure où le gage commercial sera soumis, en raison de l'abrogation de l'article L.521-1 du C.com, au droit commun du gage.

c) La cession de contrôle

Par principe, la cession de parts ou d'actions d'une société commerciale est considérée comme un acte civil. Ce contrat ne figure pas à l'article L.110-1 du C.com. En outre, les associés des sociétés commerciales ne sont pas forcément commerçants (SARL, SA, SAS).

Cependant, **par exception la jurisprudence considère** que la cession de parts ou d'actions d'une société commerciale, peut être qualifiée d'acte de commerce lorsqu'elle influe sur le contrôle de la société commerciale (Cass. com., 28 nov. 1978, n° 77-12609 ; D. 1980, p. 316, note Bousquet – Cass. com., 28 nov. 2006, n° 05-14827).

Précisions néanmoins, que la Cour de cassation est venue rappeler qu'une cession de droits sociaux d'une société commerciale, consentie par un dirigeant en sa qualité de mandataire social et d'associé ne lui confère pas en aucun cas la qualité de commerçant. (Cass. com., 29 janv. 2020, n° 19-12584)

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), enfin il s'agira d'aborder le statut du commerçant (Section 3)

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 doive s'inscrire dans la durée pour être qualifiée de commerciale. Ainsi, celui qui a accompli un acte de commerce isolé n'a pas la qualité de commerçant (Com. 2 oct. 1985, n°84-10156 ; **Com. 29 janvier 2020**, n° 19-12584).

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'infirmer 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

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).*

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. Une ordonnance du 28 mars 2023 portant partie législative du Code de l'artisanat dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1er juillet 2023, vient codifier à droit constant les dispositions éparées relatives à l'artisan.

Ainsi, l'article L. 111-1 du Code de l'artisanat précise que « *Relèvent du secteur des métiers et de l'artisanat les personnes physiques et les personnes morales qui emploient moins de onze salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, après consultation de CMA France, de CCI France et des organisations professionnelles représentatives.*

Pour l'application du présent article, l'effectif salarié est déterminé selon les modalités prévues au I de l'article L. 130-1 du code de la sécurité sociale).

Dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, le décret prévu au premier alinéa du présent article fixe les conditions dérogatoires dans lesquelles les personnes physiques ou morales peuvent également relever du secteur des métiers et de l'artisanat. ».

En réalité, cette ordonnance ne fait que codifier à droit constant d'anciennes dispositions qui étaient contenues dans diverses lois. Dès lors, s'agissant de la qualification d'artisan 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).

Jusqu'au 1^{er} janvier 2023, l'immatriculation est faite au répertoire des métiers. **À partir du 1^{er} janvier 2023, le répertoire national des métiers disparaît pour laisser place au registre national des entreprises (RNE), intégralement dématérialisé et tenu par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI).** Cette exigence est aujourd'hui rappelée à l'article L.111-2 du Code de l'artisanat. En effet, le texte précise que « *Les personnes relevant de l'article L. 111-1 doivent être immatriculées au registre national des entreprises en tant que personnes relevant du secteur des métiers et de l'artisanat, selon les modalités fixées par les articles L. 123-36 à L. 123-57 du code de commerce* ».

Ainsi, ce RNE recense, pour chaque entreprise exerçant sur le territoire national, l'ensemble des informations relatives à sa situation, y compris les artisans. L'article L. 123-36 du Code de commerce – applicable à partir du 1^{er} janvier 2023 – dispose ainsi qu'il « est tenu un registre national des entreprises, auquel s'immatriculent les entreprises exerçant sur le territoire français une activité de nature commerciale, artisanale, agricole ou indépendante ».

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 physiques et les personnes morales qui emploient moins de onze salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'Etat, après consultation de CMA France, de CCI France et des organisations professionnelles représentatives.

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. 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 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, RIDA 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 avec parfois des contradictions.

En effet, depuis 2022, les activités artisanales relèvent de la compétence de tribunaux de commerce comme les activités commerciales. En revanche, l'ordonnance du 28 mars 2023 aménage **une compétence spéciale ait été prévue désignant « la juridiction civile » pour connaître « des questions relatives au nantissement du fonds artisanal »** (C. artisanat, art. L. 133-1, al. 4, nouveau). Certes, la règle est énoncée « sous réserve des dispositions du livre VI du code de commerce », mais elle cadre mal avec la compétence reconnue aux tribunaux de commerce concernant « les contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre artisans... » (C. com., art. L. 721-3, 1°).

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.

Texte.

L'actuel article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime dispose à cet égard que :

« Sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent. Il en est de même des activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacle. Il en est de même de la production et, le cas échéant, de la commercialisation, par un ou plusieurs exploitants agricoles, de biogaz, d'électricité et de chaleur par la méthanisation, lorsque cette production est issue pour au moins 50 % de matières provenant d'exploitations agricoles. Les revenus tirés de la commercialisation sont considérés comme des revenus agricoles, au prorata de la participation de l'exploitant agricole dans la structure exploitant et commercialisant l'énergie produite. Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret. Les activités agricoles ainsi définies ont un caractère civil ».

D'une manière générale, la production agricole, la vente de cette production avec ou sans transformation préalable relèvent du droit civil. De même, par extension relèvent du droit civil les activités qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Elles sont civiles par accessoire. Mais encore faut-il qu'elles demeurent accessoires. (Cass. Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-16.100).

Par application de ces règles, il a été jugé que l'achat de gibier pour le revendre après l'avoir rendu apte à la chasse était une activité agricole alors que dans cette espèce, l'administration fiscale demandait la requalification des activités d'une société d'élevage de gibier au motif que celle-ci vendait en majorité des animaux qu'elle avait achetés adultes. La société soutenait, quant à elle, qu'elle revendait les gibiers achetés après qu'ils aient séjourné dans ses parcs ou volières le temps nécessaire à ce que l'amélioration de leur condition physique les rende aptes à constituer des gibiers de tir. Le Conseil d'Etat en conclut que la revente de gibiers dans les conditions ainsi décrites, comportant réalisation de la dernière phase biologique de production desdits gibiers, se rattache à une activité agricole, et non commerciale (CE, 20 mars 1991, n° 73.199 – V. également, CE, 17 juin 2015 pour un élevage de lapins).

Plus récemment, le conseil d'état, a retenu que la SARL Ferme Marine du Trieux réalise des opérations de filetage, de salage et de fumage des truites arc-en-ciel qu'elle élève. Ces opérations ont pour objet de permettre, dans la continuité de l'activité de production piscicole de la SARL, la conservation et la commercialisation des produits qui en sont issus. La circonstance que certaines d'entre elles aient pour effet de transformer le produit de l'exploitation de telle sorte que celui-ci présente des caractéristiques physiques différentes de celles de la matière première non transformée dont il est issu ne fait pas obstacle à ce qu'elles soient regardées comme s'inscrivant dans le prolongement de l'activité agricole de la SARL Ferme Marine du Trieux, dès lors qu'elles n'impliquent pas l'adjonction, dans des proportions substantielles, de produits qui ne seraient pas issus, quant à eux, de l'activité de production piscicole de la société. Il suit de là que M. et Mme B ... sont fondés à demander la décharge des cotisations de taxe foncière auxquelles ils ont été assujettis au titre des années 2012 et 2013 à raison des locaux affectés par la SARL Ferme Marine du Trieux à la transformation des produits issus de son exploitation (CE, 30 mai 2018, n° 402919 à paraître au recueil Lebon). Le domaine des activités agricoles est largement entendu.

On notera également pour terminer comme nous l'avons fait pour l'artisan un certain rapprochement entre les statuts des différents professionnels. Ainsi l'agriculteur doit être immatriculé à un registre de l'agriculture et peut l'être au RCS, il peut subir une procédure collective qui est de la compétence des TJ (L. 621-2 C.Com. – v. également L. 631-2 et L. 640-2) et la collaboration du conjoint de l'agriculteur est prise en compte. L'essentiel du contentieux est fiscal.

Jusqu'au 1er janvier 2023, le registre de l'agriculture demeure applicable. Il comprend un fichier alphabétique des personnes immatriculées et le dossier individuel constitué par la demande d'immatriculation, complétée, le cas échéant, par les actes et pièces qui doivent être déposés en vertu de la réglementation (C. rur., art. D. 311- 8, dans sa version applicable).

À partir du 1er janvier 2023, le registre de l'agriculture disparaît cependant pour laisser place au registre national des entreprises (RNE), intégralement dématérialisé et tenu par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI).

Le nouvel article L.123-36, 4° du Code de commerce prévoit l'immatriculation au RNE des « personnes exerçant une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche ».

Ainsi qu'on l'a dit, ce RNE recense, pour chaque entreprise exerçant sur le territoire national, l'ensemble des informations relatives à sa situation, y compris les artisans.

Section 2. Les critères doctrinaux de commercialité

Au-delà de la simple énumération, il faut rechercher les critères sur lesquels ils se fondent les actes de commerce. Il faut aussi envisager leur régime qui s'est construit en réponse aux règles de droit civil lorsque celles-ci étaient jugées inadaptées par la pratique.

Ils sont au nombre de trois.

§1. La spéculation : critère de commercialité

L'activité commerciale et industrielle est pour l'essentiel une activité de profit notamment l'achat pour revendre qui peut apparaître comme l'archétype de l'acte de commerce implique un tel but.

L'acte de commerce est un acte spéculatif, il est accompli dans le but de réaliser des profits en spéculant, par exemple, sur l'échange des produits ou sur leur transformation. Cette approche est celle des commercialistes Lyon-Caen et Renault (Traité de droit commercial, Tome 1). Elle a connu un franc succès. Il est vrai que le critère tiré de l'objectif poursuivi par l'auteur de l'acte correspond à l'idéal capitaliste du 19ème siècle.

Jurisprudence

D'ailleurs, la jurisprudence en fait un critère prépondérant comme le législateur lui-même parfois. Ainsi ne distingue-t-on pas les sociétés des associations en fonction de leur but. La recherche d'un profit est l'apanage de la société (art. 1832 du Code Civil). De même, une association qui exerce, nonobstant son statut, une activité lucrative peut être considérée comme un commerçant de fait. Une décision célèbre illustre le propos (*Cass. Com., 17 mars 1981 n° 79-14117*).

Il reste que le critère spéculatif n'est pas toujours facile à mettre en œuvre et ne permet pas à lui seul à rendre compte de la réalité commerciale. Si bien que la doctrine a fait appel à un autre critère. Il repose sur l'idée de circulation des richesses.

§2. La circulation des richesses

Selon cette conception qui est celle de Thaller (Traité élémentaire de droit commercial, 1898) ; l'acte de commerce implique la circulation, la transmission des richesses.

Pour ce commercialiste du 19ème siècle, l'acte de commerce s'intercale, s'interpose entre la production et la consommation. Est donc acte de toute opération d'intermédiaire s'inscrivant entre le producteur et le consommateur final d'un produit.

Exemple

Cela explique par exemple que celui qui commercialise ses propres produits ne fait pas d'actes de commerce. Prenons pour exemple l'artiste, l'écrivain, etc. En revanche celui qui commercialise les œuvres d'autrui ; les fait donc circuler, réalise par la même des actes de circulation et donc de commerce. Les activités d'intermédiaire relèvent du droit commercial.

Le critère de la circulation des richesses explique que le domaine des activités de production au sens strict du terme, au sens de productions agricoles, productions intellectuelles échappe au droit commercial.

Cependant lorsqu'on parle aujourd'hui de production, on envisage la production industrielle et notamment celle des industries de transformation.

C'est pourquoi malgré sa simplicité le critère de la circulation des richesses semble inadapté en ce qu'il correspond à une conception un peu désuète du droit commercial. Il conserve cependant un intérêt mais combiné avec le critère précédent, l'acte de commerce pouvant être défini comme l'acte de circulation accompli dans l'intention de réaliser un profit.

§3. L'entreprise critère de commercialité

La notion même d'entreprise figure dans l'énumération légale de l'article L. 110-1 qui répute actes de commerce les entreprises de location de meubles, de fourniture, de manufacture...La notion d'entreprise dépasse largement le droit commercial et la théorie des actes de commerce, elle a investi tous les domaines du droit. Elle n'en est pas devenue pour autant une notion juridique. L'entreprise est une notion économique protéiforme. Elle correspond à des réalités différentes pour le juriste et l'économiste et les juristes eux-mêmes ne l'appréhendent pas toujours de la même manière.

Si tout le monde s'accorde pour reconnaître l'importance de la notion, l'accord est moins unanime lorsqu'il s'agit de définir le degré d'organisation nécessaire pour déterminer à partir de quand on est effectivement en présence d'une entreprise. Prise dans son sens économique l'entreprise implique une certaine organisation, la mise en œuvre de moyens matériels et humains en vue de remplir un objectif économique précis. Cette thèse a été développée par Escarra dans son manuel de droit commercial, et reprise par quelques auteurs. Cependant, il apparaît que l'entreprise comme critère de commercialité est inadaptée. D'abord parce que la notion n'est pas suffisamment définie ensuite parce qu'il existe nombre d'entreprises qui ne sont pas commerciales.

On peut lui préférer celle de fonds de commerce qui met l'accent sur la clientèle, mais il existe aussi des clientèles civiles. Certains auteurs ont aujourd'hui renoncé à rechercher les critères de l'acte de commerce estimant qu'il n'y a pas de véritable critère de commercialité. Il reste que les actes de commerce sont essentiels pour déterminer qui est commerçant et qui ne l'est pas même s'ils sont rétifs à toute systématisation.

Section 3. Le statut de commerçant

Seront successivement étudiés sous cette rubrique : les règles d'accès à la profession (1§), les droits et obligations qui découlent de cet accès (2§), pour enfin aborder les interférences avec le statut de commerçant (3§).

1§. Les règles d'accès à la profession

Les règles sont en principe de nature à inciter l'accès à la profession (A) laquelle reste encadrée (B).

A. Un accès encadré

L'article 7 de la loi des 2-17 mars 1791 – dit « décret d'Allarde » – dispose : « il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Tout au plus cette liberté est-elle subordonnée à l'obligation « de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ». Le Conseil constitutionnel, dans sa décision de Nationalisation du 16 janvier 1982, a vu dans la liberté du commerce et de l'industrie « une règle de valeur constitutionnelle » (*CE 10 janv. 1964, Rec. 1964*) à laquelle le législateur ne saurait apporter de « restrictions arbitraires ou abusives » (*Cons. const. 16 janv. 1982, n°81-132*).

Toutefois, l'accès à l'activité commerciale est par moment encadrée.

Principe. L'accès à l'activité commerciale n'exige pas en principe de conditions de diplôme ou de compétence préalable.

Tempéraments. Cependant parfois, certaines activités énumérées par un décret relatif à la qualification professionnelle ne peuvent être exercées que par « une personne qualifiée professionnellement ou sous le contrôle effectif et permanent de celle-ci ». En fait, la réglementation dépasse la sphère des commerçants et concerne plus généralement des catégories de métiers à savoir :

- les métiers de l'alimentation,
- du bâtiment,
- de fabrication
- et de services de manière générale.

De la sorte, certaines professions sont soumises au respect de normes techniques, d'autres à une obligation de formation.

D'autres fois, l'exercice de l'activité commerciale est soumis à autorisation, est limité ou interdit en raison d'incompatibilités ou à titre de sanction.

Incompatibilités. Sont concernés par les incompatibilités les fonctionnaires, les parlementaires, les officiers ministériels, les professions libérales exerçant en un ordre professionnel.

Si la personne a fait le commerce malgré l'interdiction, elle est assimilée à un commerçant de fait et ne peut se prévaloir de l'incompatibilité pour échapper aux contraintes résultant de son commerce. En outre, le manquement à ces règles peut être disciplinairement voire pénalement sanctionné.

Interdictions. Les interdictions tiennent généralement à l'ordre public et aux bonnes mœurs. D'autres interdictions se justifient par un but de police et d'hygiène. D'autres encore tiennent à l'existence d'un monopole d'État.

Autorisations. L'exercice de l'activité de commerçant est parfois soumis à des autorisations, lesquelles sont accordées par voie d'agrément ou de licences.

Déchéances. La déchéance désigne la perte d'un droit à titre de sanction ou en raison du non-respect de ses conditions d'exercice. La déchéance interdit l'exercice de toute profession commerciale, industrielle ou artisanale, l'exploitation d'un fonds de commerce ou l'exercice de fonctions de direction, de gérance ou d'administration d'une entreprise ou de commissaire aux comptes. La déchéance tend en effet ici à sanctionner les mauvais comportements des commerçants, en les rendant incapables d'exercer le commerce à titre individuel comme collectif.

Ces incapacités commerciales sont régies par les articles 131-27 à 131-29 du Code pénal. Selon ces dispositions, l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale est soit définitive, soit temporaire, et dans ce dernier cas, elle ne peut excéder une durée de quinze ans.

Cette sanction n'est pas pour autant automatique. Elle peut ainsi être retenue en tant que peine complémentaire pour la plupart des infractions pénales, ou comme peine alternative à l'emprisonnement.

2§ Les droits et obligations du commerçant.

A. Les droits du commerçant.

Au titre de ses droits, le commerçant peut, outre son nom de famille, avoir un nom commercial soumis à des règles spéciales. Il bénéficie par ailleurs du statut des baux commerciaux et peut recourir à la location- gérance afin d'exploiter son fonds de commerce.

Il est également, à certaines conditions, électeur et éligible aux chambres et tribunaux de commerce.

Ces droits feront l'objet d'une étude détaillée plus loin dans le cadre de l'étude du patrimoine du commerçant et des règles encadrant son fonds de commerce.

B. Obligations du commerçant

Au titre de ses obligations, le commerçant est notamment tenu à immatriculation (1) et des obligations comptables (2)

1. L'obligation d'immatriculation au Registre du commerce et des Sociétés (RCS)

Les personnes tenues d'être immatriculées au RCS sont celles énumérées à l'article L. 123-1, I du Code de commerce : commerçants personnes physiques, sociétés commerciales, GIE, mais aussi les EPIC (établissements publics à caractère industriel ou commercial).

La personne physique doit demander son immatriculation dans le mois qui précède le début de son activité, et au plus tard dans un délai de quinze jours à compter de celle-ci (art. R. 123-32 C. com.). Il en va de même pour les déclarations complémentaires ou modificatives (art. R. 123-43 s., C. com.). Pour les personnes morales, les sociétés et les GIE, l'immatriculation confère la personnalité juridique (art. R. 123-35, C. com. et 1842 cc). Enfin, en cas de cessation d'activité, le commerçant doit solliciter sa radiation du RCS.

Evolution récente : création du registre national des entreprises (RNE). L'ordonnance du 15 septembre 2021 a crée en application de la loi PACTE de 2019, un registre national des entreprises (RNE). Depuis le 1er janvier 2023, l'article L.123-36 du Code de commerce précise : « Il est tenu un registre national des entreprises, auquel s'immatriculent les entreprises exerçant sur le territoire français une activité de nature commerciale, artisanale, agricole ou indépendante ». Il résulte de cette disposition que les commerçants sont tenus de s'immatriculer au RNE. Toutefois, cette obligation n'a pas fait disparaître l'obligation d'immatriculation au RCS. En effet, l'article L. 123-1, I, 1° du Code de commerce précise que l'immatriculation au RCS demeure nécessaire pour « 1° Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant, même si elles sont tenues à immatriculation au registre national des entreprises »

En cas de changement dans les mentions ou les faits affectant la vie du commerçant ou de l'entreprise, il convient de procéder à des mentions modificatives. Mais il appartient aussi au greffier de vérifier la permanence de la conformité des inscriptions. Certaines modifications sont faites d'office par le greffier : il en va notamment ainsi s'agissant des décisions prises en matière de redressement ou de liquidation judiciaires.

La cessation d'activité donne lieu à radiation du répertoire, radiation qui est publiée au BODACC.

Aucune sanction n'a cependant été prévue par le législateur dans le cas d'un défaut d'enregistrement. Mais faute par un commerçant, personne physique, de requérir son immatriculation dans le délai prescrit, le juge commis, soit d'office, soit à la requête du procureur de la République ou de toute personne justifiant y avoir intérêt, rend une ordonnance lui enjoignant, le cas échéant sous astreinte, de demander son immatriculation. Le juge ordonnera la modification des mentions devant figurer au registre du commerce dans les mêmes conditions.

Toute mention portée au registre du commerce et des sociétés est opposable aux tiers dès la date de son inscription.

Effets. L'immatriculation emporte plusieurs conséquences.

D'abord, la personne qui s'immatricule se voit attribuer un **numéro INSEE et un numéro SIREN**. Ces numéros permettent de procéder aux autres formalités administratives et sont en général demandés par les tiers entrant en relation avec le commerçant.

Pour les personnes physiques, l'immatriculation emporte aussi une **présomption de commercialité** (art. L. 123-7 C. com.). La jurisprudence a tendance à se montrer rigide et à y voir une présomption difficilement réfragable

2. Les obligations comptables

L'article L. 123-12 du Code de commerce impose aux commerçants de tenir une comptabilité dont il explique les exigences.

Les documents comptables **doivent en tout état de cause être clairs et intelligibles**. Un document spécifique doit être établi si nécessaire par le commerçant, afin de décrire les procédures et l'organisation comptables. Ce document est conservé aussi longtemps qu'est exigée la présentation des documents comptables auxquels il se rapporte.

Les livres comptables doivent être établis en euros et en langue française. En cas d'erreur, seule une écriture en sens inverse pourra être effectuée à l'exclusion de tout blanc ou rature.

Les commerçants peuvent adopter une présentation simplifiée de leurs comptes annuels lorsqu'ils ne dépassent pas, à la clôture de l'exercice, des chiffres fixés par décret (D. 123-200, mod. par Décr. n° 2024-152 du 28 févr. 2024).

Le commerçant doit établir en outre des comptes annuels à la clôture de l'exercice (bilan, compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable).

Les personnes morales de droit privé employant plus de trois cents salariés, ou dont le chiffre d'affaires est supérieur à 18.000.000 euros sont en outre tenues d'une comptabilité prévisionnelle (C. com., art. L. 232-2). Quant aux groupes de sociétés, ils doivent, à certaines conditions, établir des comptes prévisionnels consolidés.

Les articles L. 123-12 et suivants du Code de commerce précisent pailleurs que les comptes doivent être gouvernés par trois principes :

- ❖ Le principe de régularité, qui impose le respect des normes législatives et réglementaires
- ❖ Le principe de sincérité, qui impose que les comptes soient conformes à la réalité
- ❖ Le principe de fidélité, qui impose que la présentation des comptes reflète le plus clairement possible la réalité.

Le non-respect des obligations comptables peut entraîner des sanctions civiles, fiscales ou pénales. Par exemple, la tenue d'une comptabilité fictive manifestement incomplète ou irrégulière ou la dissimulation des documents comptables est constitutif du délit de banqueroute (C. com., art. L. 654-2, et s : 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ; portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque l'auteur ou le complice de banqueroute est un dirigeant d'une entreprise prestataire de services d'investissement). Des peines complémentaires peuvent s'y ajouter : interdiction des droits civiques par exemple.

L'article L. 242-6 du Code de commerce sanctionne, en outre, les dirigeants qui ont sciemment publié ou présenté aux actionnaires des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société.

A contrario, la comptabilité régulièrement tenue peut-être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour tout fait de commerce (C. com. art. L. 123-23). L'article 1378 du Code civil, précise à cet effet que « les registres et documents que les professionnels doivent tenir ou établir ont, contre leur auteur, la même force probante que les écrits sous signature privée ; mais celui qui s'en prévaut ne peut en diviser les mentions pour n'en retenir que

celles qui lui sont favorables ». L'utilisation des livres ne saurait toutefois être le fait du commerçant pour l'opposer au non professionnel.

C'est celui qui invoque la fausseté d'une énonciation des livres contre le commerçant à qui revient la charge de la preuve (article 1378 du Code civil). Si les livres ne sont pas correctement tenus, ils valent commencement de preuve et sont alors soumis à l'appréciation des juges du fond, qui peuvent cette fois en diviser les écritures.

Enfin, selon l'article L. 123-23 du Code de commerce, la communication des documents comptables ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société et en cas de redressement ou de liquidation judiciaires. Les articles 138 et suivants du Code de procédure civile permettent néanmoins au juge, dans les autres matières, d'ordonner la délivrance ou la production d'un extrait de la comptabilité nécessaire à la solution du litige. Les livres de comptabilité du commerçant doivent d'ailleurs être conservés au moins dix ans (C. com., art. L. 123-22).

Il est à noter que les personnes physiques exploitant une « micro-entreprise » sont dispensées de la tenue de certains de ces documents comptables.

3§. Les statuts interférant.

Il sera question d'aborder ici la situation du conjoint du commerçant au regard des différents statuts possibles (A), puis d'aborder la question particulière du commerçant étranger (B)

A. Le conjoint du commerçant.

L'article L. 121-3 du Code de commerce dispose que « *le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité séparée de celle de son époux* ». La jurisprudence a interprété ce texte comme édictant une présomption simple de non-commercialité de l'activité de l'époux. Seul le conjoint participant effectivement à l'exploitation est donc considéré comme commerçant.

Néanmoins, suivant l'article L. 121-4, 1° du Code de commerce dans sa dernière rédaction issue de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019, le conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale (sauf agriculture) qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle **doit** opter pour l'un des statuts suivants : conjoint collaborateur (1) ; conjoint salarié (2) ; conjoint associé (3). Après avoir succinctement présenté ces différents statuts, il conviendra de préciser comment le choix du statut doit être réalisé (4) pour terminer par l'étude des effets que peut produire l'activité commerciale sur le patrimoine du conjoint (5).

1. Le conjoint collaborateur

« *Est considéré comme conjoint collaborateur le conjoint du chef d'une entreprise commerciale qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du code civil* ». (C. com., art. R. 121-1).

Le nom du conjoint collaborateur est mentionné au Registre du commerce. Il assiste le chef d'entreprise sans être rémunéré et sans exercer aucune autre activité professionnelle. Il dispose ainsi de quelques avantages sociaux (vote aux élections consulaires, déductibilité du bénéfice imposable des cotisations volontaires à la sécurité sociale). Il est obligatoirement affilié à un régime d'assurance vieillesse.

Par ailleurs, dans ses rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis par le conjoint collaborateur sont réputés accomplis pour le compte du chef d'entreprise et n'entraînent aucune obligation personnelle à la charge du collaborateur (C. com., art. L. 121-7).

« *En ce qui concerne les sociétés, le statut de conjoint collaborateur n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée*» (C. com., art. L. 121-4 ; II).

2. Le conjoint salarié.

Le conjoint est considéré comme salarié lorsqu'il participe effectivement à l'entreprise à titre professionnel et habituel et qu'il reçoit une rémunération au moins égale aux minima légaux (SMIC). Il dispose d'un contrat de travail.

Jurisprudence.

L'exigence de subordination n'a pas à être respectée mais l'on est en présence d'un véritable salarié (*Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-40.756 ; Bull. civ. 2001, V, n° 339 ; Cass. soc., 13 déc. 2007, n° 06-45.243 ; Bull. civ. 2007, V, n° 210*). Ce statut offre une couverture complète par le régime général de la sécurité sociale. Le salaire du conjoint est déductible du bénéfice (plafond lorsque l'on est en communauté approchant le SMIC et intégralement lorsque les époux sont sous un régime de séparation de biens).

3. Le conjoint associé

C'est celui qui participe à l'activité de la société. Il a effectué des apports à la société. Cette qualité lui donne des droits de contrôle et d'administration sur l'entreprise et une vocation aux bénéfices. Il est obligatoirement affilié à un régime d'assurance vieillesse.

Depuis la loi du 23 décembre 1985 (*L. n° 85-1372, 23 déc. 1985, relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs : JO 26 déc. 1985, p. 15111*) des époux peuvent être associés dans une société quelle qu'elle soit, même indéfiniment et solidairement responsables (*C. civ., art. 1832-1*).

4. Le choix du statut

En principe, le conjoint du commerçant est dans **l'obligation d'opter pour un de ces statuts** (innovation de la loi sur les PME dite loi Dutreil du 2 août 2005 : *L. n° 2005-882, 2 août 2005, en faveur des petites et moyennes entreprises : JO 3 août 2005, p. 12639*) et doit le déclarer au RCS et au répertoire des métiers mais la loi ne prévoit aucune sanction.

Que penser si le conjoint du commerçant n'opte pour aucun de ces statuts ? En principe, l'article L. 121-3 du Code de commerce présume que le conjoint n'est pas commerçant. C'est cependant une présomption simple qui peut être renversée notamment s'il a, de manière indépendante, fait des actes de commerce à titre de profession habituelle. On parle alors de **coexploitation**.

Au demeurant, « *En vue de l'application de l'article L. 121-4, les conjoints qui exercent à l'extérieur de l'entreprise une activité salariée d'une durée au moins égale à la moitié de la durée légale du travail, ou une activité non salariée, sont présumés ne pas exercer dans l'entreprise une activité professionnelle de manière régulière.* » (*C. com., art. R. 121-2*).

Surtout, depuis la loi PACTE du 22 mai 2019, non seulement n'est plus exigée de condition de seuil en ce qui concerne les sociétés, le statut de conjoint collaborateur n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée, mais encore est-il désormais prévu, d'une part, qu'à défaut de déclaration d'activité professionnelle, le conjoint ayant exercé une activité professionnelle de manière régulière dans l'entreprise est réputé l'avoir fait sous le statut de conjoint salarié, et d'autre part, qu'à défaut de déclaration du statut choisi, le chef d'entreprise est réputé avoir déclaré que ce statut est celui de conjoint salarié.

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 (loi Pacte) a donc prévu des mesures visant à garantir que le conjoint ou le partenaire pacsé du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale y exerçant de manière régulière une activité professionnelle soit protégé et couvert par un statut (*BRDA 10/19 inf. 26*). A cette fin, le chef d'entreprise a l'obligation de déclarer, auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise (pour un commerçant, le registre du commerce et des sociétés), l'activité professionnelle régulière de son conjoint ou de son partenaire pacsé dans l'entreprise et le statut choisi par ce dernier (*C. com., art. L. 121-4, IV-al. 1 modifié*). A

défaut de déclaration d'activité professionnelle ou du statut choisi, le chef d'entreprise est réputé avoir déclaré que ce statut est celui de conjoint salarié (C. com., art. L. 121-4, IV-al. 2 et 3 nouveaux).

De même, les dispositions des articles R. 121-1 à R. 121-5 du Code de commerce sont applicables à la personne qui est liée au chef d'entreprise par un pacte civil de solidarité (C. com., art. R. 121-6). Peut-être le seront-elles prochainement aux personnes qui vivent en concubinage.

5. Le patrimoine du conjoint du commerçant

Le commerçant dispose par principe d'un patrimoine unique et affecté tant à sa vie personnelle qu'à celle de ses affaires. Dès lors, les risques de son activité pèsent sur l'ensemble de ses biens qui deviennent le gage de ses créanciers personnels comme professionnels. Le patrimoine de son conjoint peut de ce fait s'en trouver affecté par application du droit des régimes matrimoniaux (a) ou des dispositions applicables au PACS (b).

a. Le Commerçant marié

L'examen complet de cette question relève d'un cours de régimes matrimoniaux. On se limitera ici à rappeler **le principe de libre exercice d'une profession**.

En effet, l'article 223 du Code civil dispose que « chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ». Cette règle s'applique à tous les époux, quel que soit leur régime matrimonial (L'article 220-1 du Code civil permet toutefois au juge aux affaires familiales de prescrire toutes mesures urgentes « *si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille* »).

Cela étant, le patrimoine du conjoint du commerçant se trouve affecté de manière différente selon le régime matrimonial sous lequel il est marié.

Ainsi, **la communauté universelle** « supporte définitivement toutes les dettes des époux, présentes et futures » (C. civ., art. 1526).

Dans le cas de communauté légale des biens, (C. civ. art. 1401), laquelle se compose des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres, les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté (C. civ. art. 1422).

Le régime de la communauté a ainsi pour conséquence que chacun des époux peut en principe passer seul tous actes d'administration et de disposition sur les biens communs, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion, toutefois, l'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci. (C. civ. 1421, alinéa 1er, règle dite de la « gestion concurrente »).

Jurisprudence.

La Cour de cassation distingue ensuite les gains et salaires des gains économisés : seuls ces derniers constituent des biens communs et sont de ce fait soumis à la règle ci-dessus (Com. 29 févr. 1984). Ainsi, les bénéfices commerciaux sont assimilés à des gains et salaires et échappent à la communauté.

Pour protéger les tiers, le régime de la communauté (universelle ou légale) permet par ailleurs parfois aux créanciers de poursuivre l'époux débiteur, non seulement sur ses propres, mais également sur les biens communs. Ainsi, l'article 222 du Code civil dispose que « *si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte* ».

Pour protéger le conjoint, l'article 1424 du Code civil prévoit que « les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne

peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations ». Ce texte est relayé par le Code de commerce, dont l'article L. 121-5 prévoit qu'une « *personne immatriculée au répertoire des métiers ou un commerçant ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, lorsque celui-ci participe à son activité professionnelle en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise, aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté, qui, par leur importance ou par leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ni donner à bail ce fonds de commerce ou cette entreprise artisanale. Il ne peut, sans ce consentement exprès, percevoir les capitaux provenant de telles opérations* ».

Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation : la prescription biennale de cette action court à compter du jour où l'époux a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté (C. civ., art. 1427).

La protection du conjoint du commerçant transparaît aussi à l'article 1415 du Code civil qui dispose « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ».

Le nouvel alinéa de l'article 1422, précise en outre que les époux « ne peuvent (...), l'un sans l'autre, affecter [un bien de communauté] à la garantie d'un tiers ».

En cas de séparation de biens, « chacun [des époux] conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels [et] chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne, avant ou pendant le mariage » (C. civ., art. 1536).

b. Le Commerçant pacsé.

Le régime du PACS est assimilé à celui de **la séparation de biens**.

Ainsi, l'article 515-4, alinéa 2, du Code civil prévoit que « les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante ».

Cette règle n'a donc pas vocation à profiter aux créanciers du partenaire dans l'exercice de son activité commerciale. Elle ne présume pas du caractère commun de l'exploitation d'une activité professionnelle. Au contraire, par principe, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels et reste seul tenu des dettes personnelles.

Les partenaires peuvent toutefois choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément. Ces biens sont alors réputés indivis par moitié, le créancier qui tenterait d'être payé sur un tel bien indivis serait contraint de provoquer le partage.

B. Le commerçant étranger

L'exercice de la profession commerciale (et industrielle ou artisanale) par les étrangers est soumis à une déclaration préalable au préfet du département. Les articles D. 122-1 et suivants du Code de commerce en prévoient les modalités pratiques, mais l'article D. 122-1 du Code de commerce continue du reste de renvoyer à l'article L. 122-1 du même code, désormais disparu.

Sont toutefois dispensés d'une telle déclaration les ressortissants des États membres de la Communauté européenne et des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen ainsi que les ressortissants des États membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques, les étrangers pouvant se prévaloir d'un traité qui prévoit cette dispense ainsi que les étrangers titulaires de la carte de résident.

Le défaut de déclaration n'est toutefois pas sanctionné pénalement.

Si l'exercice de certaines activités est subordonné à l'obtention d'une autorisation administrative de telles autorisations ne doivent pas être discriminatoires à l'égard du prestataire visé sauf si elles étaient justifiées par une

raison impérieuse d'intérêt général et qu'elles poursuivaient un objectif ne pouvant être réalisé par une mesure moins contraignante.

CHAPITRE III– LE REGIME DES ACTES DE COMMERCE.

Les impératifs de souplesse, de rapidité, de sécurité qui gouvernent le droit commercial expliquent et justifient la mise en place de règles spécifiques le plus souvent dérogoratoires au droit commun. Le régime juridique des actes de commerce est tout à fait révélateur du particularisme du droit commercial qui apparaît tant lors de la conclusion de l'acte que de son exécution. En cas de conflits, le tribunal de commerce sera compétent.

Section 1. Les spécificités de l'acte de commerce

§1. La naissance de l'obligation commerciale

Classiquement, elle est soumise à des conditions de fond et de forme.

La capacité commerciale envisagée ici sous l'angle de la capacité à conclure des actes de commerce conférant la commercialité à leur auteur nécessite que l'auteur jouisse de la capacité civile. Les exigences, quant au consentement sont identiques en droit civil et en droit commercial. Il faut néanmoins préciser que l'expression du consentement peut être différente. **Ainsi en droit commercial, le silence en droit commercial vaut acceptation.**

Lorsqu'une relation d'affaires est établie, le fait de recevoir sans protester une livraison oblige à payer (*Cass. Com., 20 mai 2008, pourvoi n° 07-13556*).

Jurisprudence

De la même manière, en matière bancaire, le silence du client vaut ratification tacite des opérations portées sur le relevé (*Cass. Com., 7 janvier 2004, n° 01-03223 ; comparer Com., 8 mars 2005 n° 02-21068*). Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de la règle car le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait. En l'espèce, à la suite d'une fusion absorption, la société Casino poursuit un membre du réseau de franchise de la société absorbée sur différents chefs. La franchisé soulève l'incompétence du tribunal invoquant inopposabilité de la clause attributive de compétence, faute de transmission du contrat à la société Casino. Dans un second temps, la société Casino argue du silence de la franchisé qui n'a pas contesté sa qualité de franchisé de la société Casino et l'aurait ainsi reconnue. La Cour de cassation casse la décision d'appel au motif que « le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul, reconnaissance de ce fait » (*Cass. Com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-18007*). Dans tous les cas, le silence ou l'absence de protestation ne valent pas en eux-mêmes acceptation, l'opération doit s'inscrire dans un contexte qui fasse présumer le consentement (En ce sens, *Cass. Com., 28 juin 2005, n° 03-18499*). On en revient bien souvent à un problème de preuve.

En matière de preuve, le principe en droit commercial est celui de la liberté de la preuve. Ce qui réduit les exigences formalistes *ad probationem* sans empêcher la multiplication des exigences *ad validitatem*.

Aux termes de l'article L 110-3 du code de commerce, à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. Cette règle permet aux commerçants de s'abstraire des règles rigoureuses du droit civil qui exige par exemple un écrit pour toute opération d'une valeur supérieure à 1 500 euros (art. 1359 C Civ). La preuve par tous moyens étant admise, il n'est pas nécessaire de se préconstituer une preuve par écrit ni d'établir autant d'originaux que de parties à l'acte, ou encore d'apposer une quelconque mention manuscrite en cas d'engagement unilatéral. La liberté de la preuve sera admise tant par la juridiction commerciale que par la juridiction civile. Bien plus, les livres comptables pourront être utilisés, la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce (art. L 123-23 C. com, pour un exemple d'application, voir *Cass. Com., 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-21909*, preuve entre deux sociétés commerciales).

L'article 1378 du Code civil dispose que « *Les registres et documents que les professionnels doivent tenir ou établir ont, contre leur auteur, la même force probante que les écrits sous signature privée ; mais celui qui s'en prévaut ne peut en diviser les mentions pour n'en retenir que celles qui lui sont favorables.* »

Il en résulte que la liberté de la preuve et la force probante de la comptabilité ne valent qu'entre commerçants ou lorsqu'il s'agit de prouver contre un commerçant.

Encore faut-il aussi que l'acte soit commercial c'est-à-dire en rapport avec l'activité commerciale. L'affirmation du principe de la liberté de la preuve contraste avec la résurgence du formalisme *ad validitatem* renforçant la sécurité

juridique à défaut d'entrer dans les impératifs de rapidité et souplesse du droit commercial. Le formalisme est particulièrement important en matière de lettre de change (art. L. 511-1 C. Com.), de droit des sociétés (statuts écrits, publicités), en matière de propriété industrielle. Il a même tendance à s'étendre.

Jurisprudence.

La jurisprudence va également dans ce sens. Elle étend en matière de prêt aux relations commerciales la règle selon laquelle le taux d'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit (*Cass. Com., 9 février 1988, n° 86-11557*).

§2. Exécution et inexécution de l'engagement commercial

Des exigences rigoureuses entourent l'exécution et l'inexécution des obligations commerciales, justifiées le plus souvent par le besoin de sécurité qui domine les relations d'affaires.

La rigueur se traduit tant au niveau des sanctions de l'inexécution que des règles relatives à l'extinction des obligations, le tout étant soumis au principe de solidarité.

En droit civil, la solidarité ne se présume pas, elle doit être expressément stipulée pour jouer.

Le droit commercial a pris le contre-pied de la règle civiliste. En effet, un usage ancien et constat veut que la solidarité se présume en droit commercial. Elle jouera donc à défaut d'avoir été expressément écartée. Cet usage s'applique largement. Il dépasse le champ purement contractuel pour s'étendre aux obligations quasi-contractuelles et légales. La jurisprudence applique la présomption de solidarité avec beaucoup de rigueur, indépendamment de la qualité des parties.

Ce principe est même consacré par la loi et la distinction entre le droit civil et le droit commercial ressort nettement d'un certain nombre de textes tel par exemple l'article 1843 du Code civil aux termes duquel les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La solidarité est la règle en matière d'effets de commerce (art. L. 511-4 C. Com.). La solidarité est favorable au créancier qui peut choisir de se faire payer par l'un quelconque des débiteurs solidaires. Il optera pour le plus solvable et ne supportera pas ainsi le risque de l'insolvabilité de l'un d'eux. C'est au débiteur qui a payé de se faire rembourser par les autres. Mais encore faut-il, pour que la solidarité joue, que les débiteurs soient tenus au paiement de la même dette, il ne suffit pas qu'ils soient commerçants *Cass. Com., 30 octobre 2007, n° 06-18239*. La mise en demeure peut résulter de tout acte par lequel le créancier manifeste sans équivoque sa volonté d'obtenir l'exécution de l'obligation dans un délai raisonnable. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive dès lors qu'il en ressort une interpellation suffisante. Cette règle qui est celle du droit commercial a cependant été étendue au droit civil en 1991.

L'intervention d'un commissaire de justice n'est donc plus systématiquement nécessaire en matière commerciale. Par souci de simplification, le législateur tend à donner efficacité à la lettre recommandée avec accusé de réception. Les exemples sont nombreux en matière de bail commercial.

En matière commerciale, la mauvaise exécution, peut entraîner la réfaction du contrat c'est-à-dire la réduction du prix pour tenir de l'exécution partielle. En droit civil seule l'exécution intégrale est libératoire, l'inexécution partielle ou la mauvaise exécution entraîneront la résolution du contrat et, le cas échéant, l'attribution de dommages et intérêts (art. 1224 C. Civ.). Dans le même esprit le droit commercial admet la faculté de remplacement. Elle consiste pour l'acheteur qui n'a pas reçu livraison à se procurer les biens commandés auprès d'un autre fournisseur et de faire supporter la différence de prix au fournisseur défaillant. Toutefois l'exercice de cette faculté est entouré de conditions notamment une mise en demeure préalable de livrer est nécessaire.

Exemple.

Illustration du particularisme du droit commercial toujours, l'anatocisme des comptes bancaires autrement dit la capitalisation des intérêts.

Par dérogation aux dispositions de l'article 1343-2 du Code civil, l'anatocisme est pratiqué en droit commercial notamment pour les comptes courants des commerçants. La capitalisation des intérêts est possible bien avant le délai d'un an prévu par le Code civil, elle est même parfois présumée.

Par exemple, les intérêts dus peuvent être portés en compte chaque trimestre et produire à leur tour des intérêts.

Jurisprudence

La validité de cette pratique est reconnue par la jurisprudence pour les comptes commerciaux, mais refusée pour les autres comptes.

Enfin, il faut évoquer la prescription qui permet l'extinction des obligations. Alors que le droit civil jusqu'à la loi du 17 juin 2008 prévoyait une prescription trentenaire, le droit commercial lui préférait une prescription décennale qui valait pour toutes les obligations commerciales, quelle que soit leur cause, à moins qu'une prescription plus courte ait été prévue par une disposition spéciale, la nature commerciale conditionnant la durée de prescription, peu importe la forme de l'acte constant la créance. Ainsi la circonstance que la créance commerciale soit constatée par un acte authentique revêtu de la formule exécutoire ne modifie pas la durée de prescription (Ch. mixte, 26 mai 2006, JCP(G) 2006, II 10129, note H. Croze). Cette règle apportait de la souplesse notamment elle permettait au commerçant de ne pas avoir à conserver les preuves au-delà de dix ans, durée également prévue en matière de conservation des archives et livres comptables (L. 123-22 C. com.). Les deux règles se combinaient (Cass. Com., 27 avril 2007, D 2007, AJ 1344). La loi du 17 juin 2008 a ramené à cinq ans le délai de prescription de droit commun et a, dans un souci de cohérence, modifié l'article L. 110-4 du Code de commerce. Dorénavant **la prescription commerciale est de cinq ans**. Le même délai s'applique dans les actes mixtes.

Section 2. La justice commerciale

Les structures visant à pacifier les conflits répondent au besoin de sécurité et de rapidité indispensable à la bonne marche de l'économie. Pour régler les différends commerciaux, plusieurs possibilités existent. Le tribunal de commerce est la juridiction naturelle pour connaître des litiges en matière commerciale (§1). Mais les parties peuvent préférer la discrétion de l'arbitrage voire opter pour les modes alternatifs de règlement des litiges que sont la conciliation ou la médiation ou la récente procédure participative (§2).

§1. La compétence

S'agissant de la compétence, il s'agit classiquement de distinguer les règles relatives à :

- La compétence matérielle (*ratione materiae*),
- De celles relatives à la compétence territoriale (*ratione loci*),
- D'envisager le sort des éventuelles clauses attributives de compétence.

Après une période de flou consécutive à l'ordonnance du 18 septembre 2000, et une insertion temporaire des textes dans le Code de l'organisation judiciaire, ce sont aujourd'hui les articles L. 721-3 et suivants du Code de commerce qui définissent la compétence des tribunaux de commerce étant entendu qu'il s'agit de **juridictions d'exception dont le champ de compétence est strictement délimité par les textes**.

1. La compétence matérielle

Elle se répartit entre compétence commune à tous les tribunaux de commerce et compétence particulière à certains tribunaux de commerce.

S'agissant de la compétence commune à tous les tribunaux de commerce, il faut notamment se reporter à l'article L. 721-3 du Code de commerce. Ainsi les tribunaux de commerce connaissent :

« 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre artisans, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ;

2° De celles relatives aux sociétés commerciales ;

3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. ».

Globalement, le tribunal est d'abord compétent en raison de la personne dans la mesure où elle agit dans son cadre professionnelle, c'est-à-dire qu'il est compétent pour tous les litiges relatifs aux engagements entre des commerçants, personnes physiques ou morales (sociétés commerciales). Ainsi en est-il de la contestation relative au paiement des frais de rédaction d'actes qui oppose deux commerçants quand bien même l'acte serait un bail commercial (*Cass. Com.*, 27 octobre 2009, n° 08-18004).

Lorsque les parties ne sont pas toutes commerçantes, on recherchera la qualité du défendeur pour déterminer la juridiction compétente.

Notons que conformément au VIII de l'article 114 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, la compétence du tribunal de commerce a été étendue aux artisans à une date fixée par décret et au plus tard le 1er janvier 2022.

Remarque.

On peut noter que c'est assez fréquemment à propos de la compétence du tribunal que se pose la question de savoir si telle ou telle personne est commerçante ou non. La personne atraite devant le tribunal de commerce qui ne s'estime pas commerçante soulève l'incompétence du tribunal. Le juge doit alors se prononcer sur la qualité des parties avant de juger le litige au fond ou de renvoyer les parties devant une autre juridiction s'il se déclare incompétent.

Le tribunal de commerce est ensuite compétent pour les contestations relatives aux sociétés commerciales.

Elle donne compétence au tribunal de commerce pour les demandes dirigées 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 08-20384).

Se fondant sur cette nouvelle rédaction, la Cour de cassation développe une jurisprudence particulièrement extensive qui s'inscrit dans le mouvement de spécialisation des juridictions et évite ainsi la dispersion du contentieux et hétérogénéité des jurisprudences.

C'est ainsi que la Cour de cassation, par arrêt du 10 juillet 2007 a estimé que les cessions de titres de sociétés commerciales relèvent de la compétence des tribunaux de commerce sans qu'il ait lieu de distinguer entre la simple cession et la cession de contrôle qui a un caractère commercial (*Cass. Com.*, 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-16548). Elle a aujourd'hui une approche extensive de la compétence des juridictions commerciales.

Ainsi relèvent de la compétence commerciale le litige relatif à une mission préparatoire à la cession du contrôle d'une société revêtant un caractère commercial, confiée à un conseil financier et qui est exclusivement affectée à la réalisation de cette convention principale qui en constitue sa cause (*Cass. Com.*, 15 janvier 2008, pourvoi n° 07-12102) ; il en va également ainsi du litige relatif à une cession de créance né à l'occasion de la cession de titres d'une société commerciale (*Cass. Com.*, 12 février 2008, n° 07-14912).

Le tribunal est enfin compétent en raison de l'objet du litige, il porte sur un acte de commerce entre toutes personnes. On pense notamment aux actes de commerce par la forme telle les lettres de change et aux sociétés commerciales (pour une application V. *Cass. Com.*, 14 décembre 2004, pourvoi n° 01-10780 ou Bull IV n° 227 plus spécialement le second moyen). S'agissant des sociétés commerciales, la redondance est certaine, mais peut-être permet-elle d'asseoir plus encore la jurisprudence extensive ci-dessus évoquée.

En dehors des engagements entre commerçants, des actes de commerce et des sociétés commerciales, l'article L. 721-4 du Code de commerce donne encore compétence aux tribunaux de commerce pour les billets à ordre portant en même temps des signatures de commerçants et de non-commerçants.

En revanche les articles L. 721-5 et L. 721-6 du Code de commerce excluent cette compétence dans le cadre des sociétés d'exercice libérale sous forme commerciale et dans le domaine agricole. La compétence des tribunaux de commerce s'étend, on l'a dit, aux artisans depuis 2022.