

Le commerçant et la notion d'acte de commerce

1. La définition de commerçant et son environnement juridique

La définition du commerçant n'a pas varié. Le commerçant est la personne qui accomplit des actes de commerce à titre habituel et pour son propre compte. Cette définition n'est pas satisfaisante car elle renvoie à la définition des actes de commerce, il s'agit-là d'un cercle vicieux qui a toujours soulevé des difficultés. A la question posée à savoir qui est commerçant, on obtient la réponse selon laquelle le commerçant est celui qui accomplit des actes de commerce, ce qui nous amène à nous demander : à quoi reconnaît-on un acte un de commerce, d'autant plus que l'acte de commerce peut être réalisé par un commerçant ou un non commerçant ? La définition qui nous est donnée de l'acte de commerce donnée par l'article L110 du Code de commerce nous semble peu satisfaisante. Il convient de définir cette notion d'acte de commerce car cet acte va échapper partiellement au droit commun, il sera soumis à un régime juridique extrêmement original. Il convient également de définir la notion de commerçant, le commerçant bénéficiant de droits mais aussi étant soumis à des obligations. Après avoir précisé la notion d'acte de commerce et la notion de commerçant, nous soulignerons les biens appartenant au commerçant, c'est-à-dire le fonds de commerce et le bail commercial.

A. La détermination des actes de commerce

Cette question n'est pas simple car le droit commercial contient une énumération des actes de commerce qui appartiennent à plusieurs catégories. C'est l'article L110-1 du Code de commerce qui donne une liste des actes de commerce par nature c'est-à-dire en raison de leur objets indépendamment de la qualité de la personne qui vient les passer. Il existe

également une autre catégorie d'actes, il s'agit des actes de commerce par la forme. Pour déterminer la nature commerciale ou non de l'acte, la jurisprudence va retenir la profession de la personne qui réalise cet acte. La doctrine (c'est-à-dire les universitaires), elle aussi est venue enrichir cette définition de l'acte de commerce. Aussi, l'architecture de l'acte de commerce est lourde. Il convient de distinguer les actes de commerce par nature, les actes de commerce par accessoire, les actes de commerce par la forme et enfin les actes de commerce mixtes.

a. Les actes de commerce par nature

L'article L110-1 nous donne une liste de ces actes. Cette liste est désuète. Toutes les activités qui sont commerciales aujourd'hui ne l'étaient pas au moment de l'écriture du Code de commerce. D'autre part, cet article ne donne pas une définition de l'acte de commerce mais une énumération d'une somme d'actes. Aussi la doctrine et la jurisprudence ont enrichi cette énumération de l'article L110-1. L'article L110-1 regroupe les actes de commerce par nature en quatre catégories : achat-vente, les opérations d'intermédiaires, les activités industrielles et les prestations de services et enfin les activités financières.

I. Les achats de biens pour la revente

Il s'agit là du fondement même de l'activité commerciale. Cette notion d'achat de biens pour la revente s'applique aux biens meubles mais également aux biens immeubles. Cette notion d'achat de biens pour la revente a été enrichie par la doctrine et la jurisprudence. En effet, est considéré comme acte de commerce par nature l'acte d'achat réalisé avec une **intention spéculative**. Ces achats doivent toujours être effectués en vue de la revente. En d'autres termes, en ce qui concerne la notion d'achat de biens pour la revente, il s'agit là d'une opération liée qui comprend trois ingrédients : **acheter** pour **vendre** avec une **intention spéculative**. En d'autres termes, la donation ne peut pas faire partie de l'acte de commerce. On peut donner l'exemple d'un marchand au détail qui achète des marchandises pour les revendre en vue de dégager un bénéfice. Ce marchand réalise un acte de commerce par nature même s'il ne revend pas la marchandise. En effet l'acte reste commercial car son intention première était la revente. Peu importe que ce commerçant vende

la marchandise à perte ou ne la vend pas. Il y a tout de même un acte de commerce par nature qui est réalisé par ce commerçant. Cette exigence d'achat conduit à exclure de la commercialité plusieurs activités importantes. C'est ainsi que sont exclus de la commercialité c'est-à-dire des actes de commerce par nature les activités de production, d'extraction à l'exception des mines. Ainsi, traditionnellement l'activité agricole est une activité civile donc pas commerciale car l'agriculteur qui vend ses produits ne les a pas achetés, il les a cultivés. Sont également exclus de la commercialité les artistes qui vendent leurs œuvres. En revanche, l'éditeur qui achète des œuvres pour les vendre au public (achat-revente avec intention de gain) réalise des actes de commerce par nature. Sont encore exclus de la commercialité les professions libérales c'est-à-dire les avocats, les médecins, les notaires, il s'agit là d'activités civiles car ce sont des produits de l'esprit et non d'achat. L'achat pour revente de biens meubles n'a donné lieu à aucun problème. Cependant, la notion de biens immeubles a soulevé des difficultés. Le droit français a longtemps considéré que les transactions portant sur les immeubles étaient étrangères à la commercialité. La loi du 13 juillet 1967 a pour la première fois réputé acte de commerce l'achat de biens immeubles en vue de la revente. Il s'agit là d'une rupture avec la tradition. Portalis, un grand juriste ayant rédigé le Code civil de Napoléon, disait que « les immeubles sont des choses naturellement civiles alors que les meubles sont des choses naturellement commerciales ». Depuis cette loi de 1967, le Code de commerce ne distingue plus selon qu'il s'agisse d'un meuble (article L110-1) ou d'un immeuble (article L110-2). Toutefois, l'acte n'est pas commercial si l'achat pour la revente porte sur un terrain nu en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les revendre en bloc. L'activité de promotion immobilière est donc une notion d'acte civil contrairement à l'activité du marchand de meubles qui elle est une activité commerciale.

II. Les opérations d'intermédiaires

Sont ainsi visés par l'article L110-1 du Code de commerce les actes pour lesquels une personne s'interpose entre d'autres personnes. Il s'agit des commissionnaires, des courtiers mais aussi des agents d'affaires. Le **commissionnaire** est celui agit pour le compte d'autrui mais en son nom propre, il dispose d'un pouvoir d'initiative. Il peut s'agir d'un commissionnaire à l'achat, d'un commissionnaire à la vente ou encore d'un commissionnaire de transport qui se charge dans cette hypothèse du transport de marchandises. Les **courtiers** sont des intermédiaires indépendants. Contrairement aux commissionnaires, ils ont pour rôle de

mettre en rapport des partenaires potentiels sans représenter juridiquement aucun d'entre eux. On peut citer les courtiers d'assurances, les courtiers immobiliers, le courtage maritime ou encore le courtage matrimonial. La Cour de cassation en 1984 a considéré que l'acte de courtage matrimonial était un acte de commerce par nature. Les **agents d'affaires** sont toutes les personnes qui se chargent des affaires d'autrui. On peut citer à titre d'exemple le fait qu'un agent d'affaires peut être chargé de recouvrer des créances. Un agent d'affaires peut aussi être chargé de gérer des immeubles ou encore de gérer un artiste ou un sportif. **L'agent d'affaires doit cependant être distingué de l'agent commercial.** L'agent commercial, en principe, agit pour le compte et au nom d'une ou plusieurs entreprise(s) dont il assure la représentation auprès d'une clientèle qu'il prospecte, il négocie et conclut des contrats. La jurisprudence refuse la qualité de commerçant à l'agent commercial (voir décision de la Cour de cassation du 22 octobre 1979). Dans cette décision rendue par la Cour de cassation, est déclaré que l'agent commercial exerce une activité civile en toute indépendance de son mandat qu'il est chargé de représenter.

III. Les activités financières

L'article L110-1 du Code de commerce vise expressément les opérations de banque et les opérations de change. D'une façon générale, les opérations de banque comprennent avec des clients particuliers des dépôts de fonds, des ordres de bourse et aussi des locations de coffres. Il faut préciser que le monopole des opérations de banque appartient aux établissements de crédit. Il s'agit notamment des banques, des sociétés financières et les organismes de crédit à la consommation. Quant aux opérations de change, elles consistent en un échange de monnaies entre pays différents. Les opérations bancaires et boursières présentent un caractère commercial. Il en va de même pour les assurances lorsque les prix ne sont fixes. Cependant, les sociétés d'assurances mutuelles ont un objet non commercial (donc pas d'acte commercial par nature) car elles n'ont pas pour objectif la réalisation du profit. On peut citer la décision de la Cour de cassation du 22 octobre 1997 la mutuelle d'une banque contre Bréard. Cette jurisprudence a été réitérée par une décision de la Cour d'appel de Versailles de février 2002.

IV. Les activités industrielles

L'exploitation de mines c'est-à-dire l'extraction de charbon, de métaux sont des activités commerciales par opposition à l'extraction de carrières c'est-à-dire de pierres qui restent des activités civiles. D'autre part, est commerciale l'entreprise de manufacture, de transport de personnes ou de marchandises ou encore les établissements de spectacles publics. Le travail de manufacture et le travail de transformation sont donc visés. Ce travail peut être réalisé sur des matières premières achetées ou sur des produits extraits par l'entreprise. Il peut aussi s'exercer sur des objets qui appartiennent à un client qui les a confiés à l'entreprise (blanchisserie, réparateur...). Cette notion de manufacture, de travail de transformation doit être exercée dans le cadre d'une entreprise. Cette exigence conduit à exclure du droit commercial les entreprises artisanales. Dans le langage courant, on considère que l'artisan qui travaille seul ou avec un apprenti a une entreprise. En droit et notamment les juges commerciaux, il en va différemment. Ne sont considérés comme commerçants que les artisans qui spéculent sur le travail d'autrui, ce qui signifie que l'artisan qui a plusieurs salariés et qui tire son revenu principalement de l'activité de ses salariés devient un commerçant. En réalité, il est difficile de déterminer exactement un chiffre précis au-delà duquel le nombre de salariés fait basculer l'artisan dans le monde du commerce. Par exemple, les juges ont pu considérer qu'un artisan qui travaillait avec cinq ouvrières n'était pas un commerçant alors qu'un entrepreneur en maçonnerie employant quatre à cinq salariés était un commerçant. C'est pourquoi les juges commerciaux en plus de ce critère du nombre de salariés ont eu recours à d'autres éléments tels que le fait pour l'artisan d'utiliser de nombreuses machines (le travail réalisé n'est pas le résultat de son savoir-faire), la possibilité pour l'artisan de s'adresser à des sous-traitants (la jurisprudence peut considérer que l'acte passé est un acte commercial) ou encore l'hypothèse où l'artisan coordonne l'activité d'autres entreprises.

a. Les actes de commerce par la forme

Il s'agit d'actes qui sont commerciaux quel que soit la personne qui les accomplit. Il s'agit de la lettre de change et des sociétés commerciales. La **lettre de change** est un ordre donné par un créancier à son débiteur de payer une certaine somme à une certaine date à un tiers. On dit encore que la lettre de change est commerciale par la forme car elle reste commerciale quel que soit la personne qui l'utilise. La lettre de change est

un effet de commerce, il suffit d'écrire sur un papier « lettre de change » et d'en respecter les caractéristiques (montant, date...) pour qu'il y ait acte de commerce par la forme. Peu importe la personne qui l'écrit, la commercialité de cet acte ne dépend ni de la qualité de commerçant ni de l'activité exercée. La loi du 24 juillet 1966 a déclaré commerciales en raison de leur forme et quel que soit leur objet les activités exercées par les sociétés anonymes, par les sociétés à responsabilité limitée et aussi les sociétés en nom collectif c'est-à-dire les sociétés de personnes. Cette loi de 1966 se trouve aujourd'hui codifiée à l'article L110-1 du Code de commerce.

b. L'influence de la profession de l'auteur de l'acte

La distinction entre actes de commerce et actes civils est susceptible d'être modifiée par l'influence de la profession exercée par celui qui réalise l'acte. Si l'acte est passé dans le cadre d'une profession commerciale, il devra être considéré comme commercial. Si l'acte s'inscrit dans le cadre d'une profession civile, il devra être considéré comme un acte civil.

I. L'influence de la profession commerciale

Les actes de commerce cités précédemment tiraient leur commercialité soit de leur nature soit de leur forme. Les actes suivants tirent leur commercialité car ils sont passés par un commerçant, on parle alors d'actes de commerce par accessoire. La théorie de **l'acte de commerce par accessoire** a été créée par la doctrine et surtout par la jurisprudence. Le principe est que tous les actes passés par un commerçant en réalité ne sont pas des actes de commerce. Il en est ainsi des actes que le commerçant réalise pour un usage particulier. On peut citer l'achat par un commerçant d'une maison pour y loger sa famille. En revanche, l'acquisition par ce même commerçant d'un local professionnel est un acte de commerce. On peut encore citer l'achat d'un ordinateur par le commerçant pour gérer sa comptabilité mais aussi pour permettre à ses enfants de l'utiliser à titre personnel. On peut aussi citer l'achat d'une camionnette de livraison par le commerçant, cet achat n'a pas été fait dans le but d'une revente, c'est donc un acte civil. La jurisprudence n'a pas accepté qu'une grande partie des actes passés par le commerçant échappe à la commercialité c'est la raison pour laquelle elle a dégagé une **présomption de commercialité**. L'acte de commerce par accessoire est

toujours à l'origine un acte de commerce civil, mais car il a été réalisé par un commerçant, il devient un acte de commerce. On peut donner à titre d'exemple, l'achat d'un ordinateur par un commerçant qui est un acte qualifié d'acte de commerce par accessoire. Cette présomption de commercialité est une présomption simple, le commerçant pourra prouver qu'il a passé un acte civil et non pas un acte de commerce. La jurisprudence applique ce principe de commercialité par accessoire à toutes les obligations c'est-à-dire à tous les contrats passés par un commerçant dans l'intérêt direct de son entreprise sont commerciaux. Il en va ainsi de tous les contrats relatifs à son activité professionnelle (achat matériel de bureau, location de machine...). D'autre part, ce principe dégagé par la jurisprudence s'applique non seulement aux obligations contractuelles mais aussi aux **obligations extracontractuelles**. Ainsi, ce principe joue par exemple pour les obligations délictuelles. On peut citer par exemple, les manœuvres déloyales auxquelles se livre un commerçant pour attirer la clientèle de son concurrent. De telles manœuvres sont considérées comme commerciales. Il en va également de même si le commerçant cause un dommage à autrui à l'occasion de l'exercice de son commerce. La réparation de ce dommage se fera en application du régime juridique de la commercialité.

II. L'influence de la profession civile

Il s'agit des actes mixtes qui ne sont en réalité une catégorie des actes de commerce. La théorie de l'accessoire peut s'appliquer en sens inverse. En effet, certains actes en apparence commerciaux demeureront des actes civils en raison de la profession principalement civile exercée par leur auteur. La jurisprudence considère que si cet acte de commerce est fait strictement pour les besoins de la profession civile, il perd son caractère commercial et doit être considéré comme un acte civil. Il en est ainsi d'un artisan qui achète du cuir et qui va revendre des chaussures qu'il aura fabriquées. Il en est ainsi qu'un agriculteur qui achète des graines et qui revend des navets, des carottes... il est en encore ainsi d'un médecin dans les localités où il n'y a pas de pharmacie qui a été autorisé par le préfet à vendre à ses patients les médicaments qu'il a prescrits. Cet acte réalisé par le médecin est normalement un acte de commerce car le médecin a acheté les médicaments dans le but de les revendre. Cependant, les tribunaux considèrent que ces actes sont des actes civils car ils sont faits pour les besoins de la profession civile. Il a encore été jugé qu'une couturière ne fait pas un acte de commerce lorsqu'elle achète du tissu

pour l'exercice de sa profession même si ce tissu est ensuite revendu. Dans tous les cas, pour que cette civilité par accessoire puisse jouer, les actes de commerce doivent demeurer occasionnels. S'ils devenaient répétitifs, on reviendrait à la commercialité.

L'acte de commerce mixte est un acte passé entre un commerçant et un non commerçant. On peut citer à titre d'exemple la vente au détail. L'acte en question est commercial à l'égard du commerçant, en revanche, il est qualifié d'acte civil pour le non commerçant. L'acte mixte est soumis à un acte juridique spécifique. Nous verrons que le commerçant est soumis aux juridictions commerciales.

A. Le régime juridique des actes de commerce

On doit faire une distinction entre deux situations, l'acte de commerce passé entre deux personnes qui ont la qualité de commerçant et l'acte de commerce passé entre un commerçant et un non commerçant qui est un acte mixte. Il convient d'analyser les règles de procédure, de preuve et notamment de clause dérogatoire.

a. Les actes de commerce entre deux commerçants

I. Les règles de procédure

En principe les contestations entre commerçants sont du ressort des tribunaux de commerce. Par exception, il est possible de déroger à cette règle par un contrat. D'après l'article L721-3 du Code de commerce, **les contestations** concernant les actes de commerce **échappent aux juridictions de droit commun** c'est-à-dire au tribunal d'instance ou au tribunal de grande instance. De telles contestations relèvent d'une juridiction d'exception appelée le tribunal de commerce. Mais il convient également de souligner que lorsqu'il n'existe pas de tribunal de commerce, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent et qui juge commercialement.

II. Les règles de preuve

Le droit commercial pose **le principe de la liberté de la preuve**. En droit civil (qui règle les litiges entre les particuliers), les règles de droit civil obligent à établir un écrit. Le droit civil exclut en principe la preuve par témoin. Ces règles en matière commerciale sont écartées. En effet, l'article L110-3 du Code de commerce prévoit qu'à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous les moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. En d'autres termes, dans les relations commerciales entre commerçants, tous les moyens de preuve sont admis avec toutefois des exceptions pour les actes importants où l'écrit reste obligatoire. Il en est ainsi pour la vente du fonds de commerce, pour le contrat de société...

III. Les règles de clause dérogatoire

Les assouplissements des règles de compétences : il existe trois types de clause dérogatoire, les clauses de compétence territoriale, les clauses attributives de compétence matérielle et les clauses compromissoires.

Les clauses de compétence territoriale : en principe, le tribunal compétent est toujours le tribunal du domicile du défendeur. Cependant, la loi codifiée à l'article 4 du Code de procédure civile valide les clauses attributives de juridictions qui dérogent à ce principe de compétence territoriale. La validité de cette clause est soumise à deux conditions : la qualité de commerçant des parties en cause et le caractère très apparent de cette clause dérogatoire dans le contrat. Cependant, il y a des exceptions à cette règle, les parties peuvent décider dans le contrat que si un litige venait à surgir alors les parties peuvent choisir le lieu pour trancher le litige.

Les clauses attributives de compétence matérielle : Ces clauses donnent compétence à un tribunal qui en principe n'est pas compétent pour trancher les litiges en cause. Dans une affaire normalement soumise à la compétence du tribunal de commerce, les commerçants peuvent s'entendre pour prévoir que le tribunal compétent sera le tribunal de grande instance. La condition est que la clause attributive de compétence matérielle soit passée entre deux commerçants et qu'elle soit écrite.

Les clauses compromissoires : Par ces clauses, les parties à un contrat peuvent décider de soustraire leur litige à la connaissance du tribunal. Les

parties au contrat vont insérer dans ce contrat la clause compromissoire. Il s'agit d'une clause par laquelle les parties au contrat conviennent que toutes les difficultés qui pourront naître à l'occasion du contrat passé seront soumises à un arbitre.

a. Les actes mixtes

C'est la doctrine qui a désigné cette situation sous le nom d'acte mixte. La question qui se pose est de savoir quel est le régime juridique qui s'applique à de tels actes. Il s'agit d'un système spécifique. Le but est de protéger le non commerçant du commerçant qui est plus aux faits des règles applicables à la vie des affaires. L'application des règles civiles et commerciales est tantôt distributive, tantôt unitaire. Il convient d'analyser dans un premier temps l'application distributive des règles civiles et commerciales et de rappeler l'application unitaire des règles civiles et commerciales. Dans un premier temps, nous préciserons le principe de la distributivité puis nous retiendrons dans ce système spécifique le domaine d'application du régime distributif.

I. Le principe de distributivité

Le problème des actes mixtes n'a pas été envisagé dans son ensemble par le Code de commerce. Par conséquent, c'est la jurisprudence qui a résolu la difficulté de ces actes. Dans la mesure du possible, les règles du droit des affaires, selon la jurisprudence, s'appliqueront au commerçant et les règles de droit civil s'appliqueront à la personne civile. Les actes mixtes sont en pratique très nombreux puisqu'ils regroupent l'ensemble des opérations de consommation. Les règles applicables varient en fonction de la qualité des parties, tant en ce qui concerne la procédure, les modes de preuves, les usages commerciaux.

II. L'application distributive des règles de procédure

Les règles de procédure : S'agissant de la compétence des tribunaux, plus particulièrement de la compétence matérielle des tribunaux, pour déterminer le tribunal matériellement compétent il faut prendre en

considération la qualité du défendeur. Si le défendeur est commerçant, le demandeur non-commerçant, soit une personne civile, bénéficie d'une option. Il peut saisir soit les tribunaux civils, soit le tribunal de commerce. Si le défendeur est non-commerçant, le demandeur commerçant a l'obligation de saisir les juridictions civiles. En cas d'une clause attributive de compétence matérielle prévoyant qu'en cas de litige, ce litige sera tranché par le tribunal de commerce, la jurisprudence a affirmé qu'une telle clause était inopposable au défendeur non-commerçant.

Les règles de preuves : Les modes de preuves ne dépendent pas de la juridiction saisie mais de la partie contre laquelle la preuve doit être faite. En d'autres termes, c'est la qualité du défendeur qui doit être prise en compte. Si le défendeur est commerçant, le demandeur civil aura toute liberté pour apporter la preuve de l'acte. Le commerçant bénéficie lui aussi de la règle de la liberté de la preuve, il pourra apporter les livres de compte, les factures, les correspondances... Cette règle de la liberté de la preuve a été rappelée par la Cour de cassation dans une décision rendue en février 2000. Le commerçant est soumis aux règles du droit civil s'il doit prouver à l'encontre du non-commerçant. L'obligation de prouver par écrit porte uniquement sur le litige qui est supérieur à 1500 euros (Article 1341 du Code civil).

Les usages commerciaux : Dans un acte mixte le non-commerçant peut invoquer les usages commerciaux à l'encontre du commerçant. Le commerçant ne peut opposer les mêmes usages à l'égard d'un non-commerçant. Pour la solidarité par exemple, le droit civil dispose que la solidarité ne se présume pas (Article 1202 du Code civil). La solidarité en droit civil est légale ou encore conventionnelle. Les deux époux sont solidaires de par la loi pour les dettes du ménage. Cela signifie que le créancier peut en demander le paiement indifféremment à l'un des deux époux. En revanche, la jurisprudence commerciale juge que la solidarité est présumée en vertu des usages. Cette solution, c'est-à-dire cette présomption de solidarité, s'explique par le fait que la solidarité des débiteurs rassure le créancier. Elle renforce le crédit ainsi que la garantie pour le créancier d'être éventuellement payé. Dans le cadre du régime distributif, c'est-à-dire des actes mixtes, il convient de savoir si la personne civile ou le commerçant doit de l'argent. Le créancier civil peut réclamer au débiteur de son choix l'intégralité du montant de la créance. En revanche, si les débiteurs sont civils, leur responsabilité est conjointe, l'Article 1202 du Code civil trouve application.

a. L'application unitaire des règles civiles et commerciales

Dans d'autres cas, les règles applicables vont être les mêmes pour l'ensemble des parties. Il en est ainsi aussi bien pour les règles de procédure que pour les règles de prescription. En ce qui concerne les règles de procédure, s'agissant de la clause attributive de compétence territoriale, cette clause est réputée non-écrite dans les actes mixtes (Article 48 du Code de procédure commerciale). La nullité d'une telle clause peut être invoquée tant par le commerçant que par le non-commerçant. Le but est notamment de protéger au maximum le non-commerçant. En ce qui concerne la prescription, dans un acte mixte la prescription dans les relations entre commerçants et non-commerçants est de 5 ans, sauf prescription spéciale plus courte (voir notamment l'Article L110-4 du Code de commerce).