

CHAPITRE 1 : LES ACTES DE COMMERCE

Le droit commercial est conçu de deux manières :

- **Conception objective** : c'est le droit applicable aux actes de commerce ;
- **Conception subjective** : c'est le droit applicable aux commerçants.

Le Code de commerce dispose : « *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* » (L121-1 C. Com.)

L'acte de commerce est donc un élément fondamental de la définition du commerçant.

Les dispositions concernant les actes de commerce apparaissent aux articles L110-1 et suivants du Code de commerce.

L'acte de commerce est un acte soumis aux règles du droit commercial en raison de critères énoncés par la loi.

La doctrine a tenté de trouver une définition générale de l'acte de commerce. On retrouve dans les débats doctrinaux deux principales conceptions :

- La **conception subjective** : l'acte de commerce se définit par son auteur ;
- La **conception objective** : les actes de commerce se définissent par eux-mêmes, du fait de leur nature ou de leur fonction.

D'autres éléments ont été mis en avant par la doctrine pour définir l'acte de commerce :

- Critère de spéculation : l'acte a une finalité lucrative ;
- Critère de répétition : l'acte est réalisé à titre habituel.

L'acte de commerce correspond cependant à plusieurs situations et renvoie à des critères différents qui prennent finalement en compte toutes ces conceptions. C'est cette logique qui apparaît dans l'énumération limitative des actes de commerce effectuée dans le Code de commerce. La jurisprudence a proposé d'étendre cette qualification par voie d'analogie.

PARTIE 1 : LA NOTION D'ACTE DE COMMERCE

I. LES ACTES DE COMMERCE PAR NATURE

Les **actes de commerce par nature** sont les actes de commerce réputés comme tels, en considération de leur objet et indépendamment de leur forme.

- Ils sont énumérés à l'article L110-1 du Code de commerce pour le commerce par voie terrestre et à l'article L110-2 du même Code pour le commerce par voie maritime.

Comme l'énonce Dimitri Houtcieff : en un demi-siècle, seulement 11 décisions ont été rendues sur la base de L110-2 du Code de commerce. « *La qualification d'acte de commerce maritime*

a des répercussions aujourd'hui essentiellement cantonnées à la compétence de juridictions, tant il est vrai que les actes énumérés répondent désormais à des règles spécifiques, voire ont tout simplement disparu de la pratique ! ».

La loi répute pareillement actes de commerce :

1° Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ;

2° Toutes expéditions maritimes ;

3° Tout achat et vente d'agrès, apparaux et avitaillements ;

4° Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse ;

5° Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer ;

6° Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ;

7° Tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce.

(L110-2 C. Com.)

On distinguera ici les actes de commerces pris individuellement ou isolés (A) et pris dans le cadre d'une entreprise (B).

A. Les actes de commerce pris de manière isolée

1. L'achat pour revendre

- 1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre (L110-1 C. Com.)

C'est l'acte de commerce principal : c'est le commerce au sens habituel et l'industrie de transformation. Il faut ici un achat préalable (pas une production notamment agricole, une activité intellectuelle) et l'achat doit être fait avec l'intention de la revente pour avoir la qualification d'acte de commerce.

- 2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux (L110-1 C. Com.).

L'activité de promoteur immobilier est écartée par le texte, elle est donc civile.

2. Les activités financières

- 7° Toute opération de change, banque, courtage, activité d'émission et de gestion de monnaie électronique et tout service de paiement (L. 110-1 C. Com.)
- 8° Toutes les opérations de banques publiques (L110-1 C. Com.)

Il faut une intention spéculative.

3. Les activités d'intermédiaire

- *3° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières (L110-1 C. Com.)*
- *5° Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau (L110-1 C. Com.)*

On vise ici le commissionnaire qui est un intermédiaire qui conclut en son nom propre des contrats pour le compte d'un commettant (dont l'identité n'est

- *7° Toute opération de change, banque, courtage, activité d'émission et de gestion de monnaie électronique et tout service de paiement (L110-1 C. Com.)*

Ici c'est l'activité de courtier qui est retenu, il est intermédiaire donc n'intervient pas dans l'activité financière visée. Il n'a qu'une mission de rapprochement des parties.

B. Les actes de commerce réalisés dans le cadre d'une entreprise.

Ici l'acte pris isolément n'est pas commercial mais doit être réalisé dans le cadre d'une entreprise, ce qui implique de mobiliser spécifiquement des moyens (humains, matériels) et de répéter des actes dans un cadre professionnel.

1. Les entreprises visées par la loi

- *4° Toute entreprise de location de meubles (L110-1 C. Com.)*

La location d'immeuble n'est donc pas commerciale mais civile (sauf si le propriétaire le fait dans le cadre d'une société commerciale, ou si la location est faite de manière accessoire à une activité commerciale comme les hôtels ou restaurants).

- *5° Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau (L110-1 C. Com.)*

Les manufactures correspondent à l'activité industrielle, après transformation de produits ou matières : métallurgie, textile, mécanique...

Pour le transport, on intègre aussi par voie aérienne et ferroviaire (L.133-5 du Code de commerce), qu'il s'agisse de personnes ou marchandises.

Le transport maritime est visé expressément par L110-2 du Code de commerce.

La jurisprudence a élargi la définition aux activités proches du transport : déménagement., mais taxi (ils sont des artisans).

- 6° Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics (L110-1 C. Com.)

L'entreprise de fournitures est une catégorie très large englobant de nombreuses activités : pompes funèbres, enlèvement d'ordures ménagères, distribution de journaux...).

L'agence (d'affaires) est une activité consistant à gérer les affaires d'autrui (agence de voyage...).

La vente à l'encan correspond aux ventes aux enchères publiques en gros, c'est-à-dire par lots.

2. Les entreprises intégrées par la jurisprudence

Par analogie, la jurisprudence a élargi et réputé actes de commerce :

- Les entreprises d'assurance : il faut qu'il y ait un objectif de spéculation (Civ. 5 février 1894). Sont exclues les assurances mutualistes qui ne sont pas spéculatives (Civ. 1^{re} 22 oct. 1996).
- Les entreprises d'exploitation d'œuvre de l'esprit d'autrui : il n'y a pas ici de production (presse, édition...) (Com. 9 nov. 1970).

II. LES ACTES DE COMMERCE PAR LA FORME

Ce sont ici **des actes qui ont une nature commerciale à raison de leur forme, peu importe leur objet ou la personne qui les accomplit.**

1. La lettre de change

« 10° Entre toutes personnes, les lettres de change » (L110-1 C. Com.)

La lettre de change (ou traite) est un acte écrit par lequel une personne, créancier d'origine, dénommée tireur, donne à un débiteur, appelé tiré, l'ordre de payer à l'échéance fixée, une certaine somme, à une troisième personne appelée bénéficiaire ou porteur (qui est souvent le tireur lui-même mais pas toujours). La lettre de change est un effet de commerce, c'est un moyen de paiement qui circule dans l'économie.

La lettre de change (LDC) est donc réputée être un acte de commerce : quelle que soit la qualité des parties, leurs engagements, la créance constatée par la LDC est de nature commerciale.

La signature d'une lettre de change ne confère toutefois pas la qualité de commerçant. Le consommateur ne peut souscrire une lettre de change (est frappée de nullité, L314-21 C. Conso.)

2. Les sociétés commerciales par la forme

« Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. 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. » (L210-1 C. Com.)

Des sociétés sont donc commerciales à raison de leur forme, peu importe si leur objet n'est pas commercial : SNC, SCS, SARL et SA. Elles ont donc les mêmes droits mais aussi obligations que les commerçants.

Des difficultés peuvent apparaître en raison d'une forme commerciale et d'un objet civil :

- Les actes liés à la création, au fonctionnement et à la dissolution de la société sont de la compétence du tribunal de commerce même si les participants ne sont pas commerçants (721-3 C. Com.)
- Les opérations conclues entre non commerçants n'ayant pas d'incidence sur le fonctionnement de la société sont civiles : cession d'actions ou de parts sociales par exemple.
- Parfois la compétence du tribunal de commerce est écartée : 721-5 C. Com pour les professions libérales réglementées exercées dans une entreprise de forme commerciale. Mais la chambre commerciale de la Cour de cassation a limité l'application de ce texte : le texte ne permet pas aux sociétés commerciales par la forme de recourir aux tribunaux civils au prétexte que leur objet est civil. Pour ce faire, Il faut une contestation pour ou contre une entreprise constituée conformément à la loi du 31 décembre 1990 ou une contestation entre les associés d'une telle société. La compétence du tribunal de commerce est donc essentiellement écartée pour les sociétés d'exercice libéral (SEL).

III. LES ACTES DE COMMERCE PAR ACCESSOIRE

Elle va permettre d'unifier le régime applicable à certaines opérations. Selon cette règle : **l'accessoire doit suivre le principal** (Accessorium sequitur principal).

Ici on posera comme principe qu'est commercial, tout acte accompli

- Par un commerçant (condition 1)
- Dans le cadre ou pour les besoins de son commerce (condition 2) (Com. 15 nov. 2005).

« La loi répute actes de commerce :

...

9° Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers » (L110-1 C. Com.).

Ainsi un acte normalement civil deviendra commercial parce qu'il est accompli par un commerçant ou se rattache à une opération commerciale (de manière plus exceptionnel, l'acte de commerce deviendra civil s'il est accompli par un non commerçant).

Cette théorie va donc permettre d'étendre le champ d'application des actes commerciaux : on dit que c'est un **emprunt de commercialité**.

La loi pose donc une présomption de commercialité des actes accomplis par un commerçant mais cette présomption est simple.

Ce principe se manifeste :

- Dans les contrats autres que commerciaux : les contrats passés par un commerçant pour les besoins de son commerce (Com. 13 mai 1997) : mandat, prêt, contrat de travail pour l'employeur (même si les dispositions du droit de travail s'appliquent toujours).
- Les délits, quasi-délits et autres obligations non contractuelles : pour des faits dont doit répondre le commerçant et qui se rattachent à l'exercice de son commerce : acte de concurrence déloyale par exemple est commercial (dans certains cas la règle est exclue par un texte spécial : accidents de la route par exemple).

Il peut aussi dans certains y avoir **emprunt de commercialité** pour des actes accomplis par des non commerçants : la jurisprudence procède ainsi lorsque l'acte est passé dans le but d'exercer un commerce et qu'il est indispensable à l'exercice de celui-ci (Com. 13 mai 1997). Le défaut de qualité de commerçant n'empêchera donc pas la commercialité de l'acte.

Les manifestations de cette situation sont toutefois peu nombreuses :

- Cession de fonds de commerce : la jurisprudence a pu admettre la commercialité de l'opération (Com. 15 nov 2005 : il faut le but d'exercer le commerce et l'acte doit être indispensable à l'exercice de celui-ci).
- Cession de contrôle : la cession de parts ou d'action est en principe civile si les associés ne sont pas commerçants mais elle devient commerciale en cas d'impact sur le contrôle de la société commerciale (Com. 26 mars 1996).
- Sûretés : Par exemple « *Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3* » (L521-1 C. Com.) ; le cautionnement en principe civil devient commercial par la forme (511-21 C.Com), par nature (cautionnement bancaires, L313-1 du Code monétaire et financier) de manière accessoire dans certains cas (intérêt personnel patrimonial à apporter la caution, Com. 21 janvier 1980).

Le principe d'emprunt de commercialité n'est toutefois pas absolu :

- La loi réduit parfois le champ de la commercialité : même si le contrat est commercial, les litiges du travail sont de la compétence des conseils de prud'hommes ; le contentieux des baux commerciaux relève du tribunal judiciaire...
- Des actes demeurent civils : contrats de mariage, contrats à titre gratuits (donation...).

PARTIE 2 : LE REGIME DES ACTES DE COMMERCE

Les actes de commerce permettent de prouver la qualité de commerçant. Ils sont cependant soumis à un régime particulier, les dérogations au droit commun sont nombreuses. Cela s'explique par les nécessités du droit commercial : rapidité, efficacité mais aussi sécurité.

I. LES RÈGLES RELATIVES AUX OBLIGATIONS COMMERCIALES

A. Les règles de preuve et de forme des actes commerciaux

L110-3 du Code de commerce : « *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* ».

Le principe est donc celui de la **liberté de la preuve**.

- Il n'y a pas ici de prise en compte des valeurs en cause (contrairement aux 1500 euros en droit civil général).
- La preuve électronique est valable.

Le texte pose toutefois deux conditions :

- Il s'agit de prouver « à l'égard » d'un commerçant ;
- Il s'agit de prouver des « actes de commerces » : c'est-à-dire un acte réalisé dans le cadre (dans l'exercice) de l'activité commerciale.

Les exceptions au principe de liberté de la preuve en droit commercial

- La lettre de change doit respecter le formalisme imposé à l'article L511-1 du Code de commerce (dénomination, noms, échéance, dates...).
- Le droit des sociétés impose un formalisme important : écrit, mentions obligatoires (1835 du Code civil), les statuts doivent être publiés...
- Lorsque le cautionnement est donné par acte sous seing privé par une personne physique à un créancier professionnel, quelle que soit la nature civile ou commerciale de l'engagement cautionné, une mention manuscrite précisant l'étendue de l'engagement et ses modalités doit, à peine de nullité, figurer dans l'acte (art. L. 331-1 et s. du Code de la consommation).

B. Les règles relatives à l'exécution des obligations commerciales

◆ Depuis la loi du 9 juillet 1991, la **mise en demeure** en matière commerciale (comme civile) peut résulter d'une lettre missive dès lors qu'il en ressort une interpellation suffisante. Elle peut donc résulter de tout acte manifestant la volonté du créancier d'obtenir l'exécution de

l'obligation dans un délai raisonnable. L'huissier de justice n'est donc plus systématique, la LRAR voire la simple lettre ou e-mail répondent à ce besoin d'efficacité.

♦ Par dérogation à l'article 1310 du Code civil, en droit commercial **la solidarité se présume entre commerçants** (L511-44 du Code commerce, c'est un ancien usage contra legem qui a été consacré : « *Tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé ou avalisé une lettre de change sont tenus solidairement envers le porteur* »). La présomption est valable pour une obligation quasi-contractuelle ou légale.

Pour rappel **la solidarité** est la faculté pour un créancier de se faire payer l'intégralité de la dette auprès de n'importe quel codébiteur solidaire. Cela permet de choisir le débiteur le plus solvable.

♦ L'acheteur qui n'obtient pas délivrance des marchandises convenues peut :

- Soit obtenir le remplacement par des marchandises similaires (en quantité et qualité) aux frais du vendeur défaillant : c'est la **faculté de remplacement**.
- Soit conserver les marchandises et obtenir une diminution du prix : c'est la **faculté de réfaction** en cas d'exécution partielle. Elle était réservée à la matière contractuelle mais elle est désormais généralisée à l'article 1223 du Code civil.

♦ L'article 1342-2 du Code civil dispose : « *Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise* ». **L'anatocisme** est le fait que, dans les obligations portant sur une dette d'argent, les intérêts échus des capitaux soient capitalisables. Les intérêts échus s'ajoutant à la dette initiale, ils sont donc eux-mêmes producteurs d'intérêts. L'article 1342-2 pose donc des conditions : intérêts échus, dus pour une année entière minimum, il faut une sommation judiciaire ou une clause contractuelle expresse pour les obtenir.

Par dérogation aux dispositions de l'article 1343-2 du Code civil, **l'anatocisme est pratiqué plus librement en droit commercial** et consacré par la jurisprudence notamment pour les comptes courants des commerçants (c'est la consécration par le juge d'une pratique contra legem). La capitalisation des intérêts est possible bien avant le délai d'un an prévu par le Code civil (et est même parfois présumée pour les comptes courants).

♦ **Prescriptions en matière commerciale :**

- La loi du 17 juin 2008 a ramené à **cinq ans** le délai de prescription de droit commun (2224 du Code civil) et a modifié l'article L. 110-4 du Code de commerce pour poser cette même durée (contre 10 ans auparavant)
- L'action des professionnels pour les biens et services qu'ils fournissent au consommateur de prescrit par **deux ans** (L.137-2 du Code de la consommation).

Il faut toutefois rappeler que « *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans.* »

Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi » (2254 du Code civil).

II. LES RÈGLES DE COMPETENCE ET DE PROCEDURE DEVANT LE TRIBUNAL DE COMMERCE

Nous avons déjà abordé cela dans la partie introductive de ce cours.

La **juridiction commerciale (tribunal de commerce)** est spécifique :

- Il y a un tribunal de commerce auprès de chaque tribunal judiciaire (lequel connaît la matière s'il n'y a pas de tribunal de commerce dans la circonscription) ;
- Ils sont composés de juges consulaires : ce ne sont pas des juges professionnels mais ils sont élus par les commerçants ou assimilés pour deux puis quatre années (durée totale de la fonction : 14 ans). Ils siègent à trois dans des instances où le ministère public est représenté.
- La présentation des parties est libre et elles peuvent se faire représenter aussi par un avocat ou un mandataire. L'administrateur, et le mandataire judiciaire sont présents.
- Règles générales de compétence :
 - **Matérielle** : (c'est la compétence du tribunal en raison de la matière du droit concernée. On regarde la nature et la valeur du litige)

Les tribunaux de commerce connaissent (art 721-3 C. Com.) :

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

2° De celles relatives aux sociétés commerciales » (ces deux premiers sont la compétence matérielle subjective)

« 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes » (c'est la compétence matérielle objective).

- Nous présenterons ultérieurement **l'acte mixte** qui apporte des exceptions à la compétence du tribunal de commerce.
- L'incompétence des tribunaux commerciaux pour les litiges civils est une nullité d'ordre public. Celle des tribunaux civils pour les affaires commerciales est une nullité relative.
- **Territoriale** : (c'est la juridiction géographiquement compétente)

C'est le lieu de domicile du défendeur (pour une personne morale, c'est son siège social ou principal établissement).
Mais la loi ouvre l'option avec le lieu de livraison effective ou d'exécution de la prestation de service (article 46 du CPC)
De même il peut y avoir une clause attributive de compétence valable uniquement entre commerçant et si elle est clairement apparente (article 48 du CPC).

- Taux de ressort : Le tribunal statue en premier et dernier ressort pour les litiges inférieurs à **5000 euros**.

La **clause attributive de compétence matérielle** :

- Est valable et opposable entre commerçants (si c'est pour accéder à la juridiction de droit commun d'après la jurisprudence ; mais l'attribution au tribunal de commerce d'un litige réservée à une autre juridiction n'est pas possible).
- Mais inopposable au non-commerçant (assignation devant une juridiction civile)

La **clause attributive de compétence territoriale** :

- Est valide entre commerçants uniquement
- Si elle a été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement
- À défaut elle est réputée non écrite (Art. 48 CPC).
- Note : la qualité de commerçant n'est pas exigée pour les contrats internationaux.

La **clause compromissoire** : (Par cette clause, les parties s'engagent à recourir à un tiers neutre, indépendant et impartial afin d'arbitrer tous les litiges pouvant naître dans le cadre du contrat) est valide (l'arbitrage est très répandu en matière commerciale).

« La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée » (art. 2061 du Code civil).

En outre « les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées » (L721-3 du Code de commerce).

Note : « La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite » (1147 du Code civil) : est donc consacrée l'autonomie de la clause par rapport au contrat.

L'arbitrage et les MARD sont très utilisés dans la procédure commerciale.

PARTIE 3 : LES ACTES MIXTES

L'acte mixte est celui qui est commercial pour une partie et civil pour l'autre.

En principe

- Le droit commercial s'applique au commerçant
- Le droit civil s'applique au non commerçant

Ainsi **en matière de preuve** :

- Le principe de la liberté de la preuve ne s'applique qu'à l'égard du commerçant
- Le cocontractant civil peut prouver contre lui par « tous moyens » (Civ. 1^{re} 2 mai 2001)
- Le cocontractant commercial devra prouver selon les règles civiles à l'égard du cocontractant civil.
- On dit que c'est la règle du défendeur

En **matière de solidarité** :

- Elle ne se présume pas contre le cocontractant civil
- Elle est présumée et joue à l'égard des débiteurs commerçants
- On dit que c'est la règle du débiteur

En **matière de compétence de juridiction** :

- Le cocontractant civil peut s'adresser aux juridictions civiles ou commerciales
- L'autre droit obligatoirement saisir la juridiction civile

Les **clauses attributives de compétences matérielles** sont inopposables au défendeur non commerçant (Com. 10 juin 1997). Mais s'il est demandeur il doit assigner le commerçant devant le Tribunal de commerce s'il a convenu cela dans le contrat (il renonce à son option).

Les **clauses attributives de compétence territoriale** sont nulles en acte mixte.

La **clause compromissoire**

- Doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.
- Toutefois, lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée (2061 du Code civil) : ce sera souvent le cas pour l'acte mixte (sauf libéral éventuellement).
- Elle est valable pour un contrat international.

La **prescription** est de 5 ans pour les deux

- Mais L'action des professionnels pour les biens et services qu'ils fournissent au consommateur de prescrit par deux ans (L.137-2 du Code de la consommation).

Attention : Interdiction de principe des aménagements conventionnels en droit de la consommation.

L. 218-1 du Code de la consommation par dérogation à l'article 2254 du Code civil : les parties au contrat entre un professionnel et un consommateur ne peuvent, même d'un commun

accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci. Il s'agit d'une règle d'ordre public.