

Introduction

I. Définition :

Définir le droit commercial n'est pas facile, contrairement à ce que l'on croit. Pour certains auteurs le droit commercial est **la branche du droit privé applicable aux commerçants et aux obligations commerciales** (appelées actes de commerce). D'autres définissent le droit commercial comme la **branche du droit privé qui régie un certain nombre d'activités économiques, et de personnes qui s'y livrent**, la détermination des unes et des autres étant faite par le Code du Commerce. Ces définitions englobent le droit des commerçants, et celui des opérations commerciales.

Les auteurs se sont longtemps demandés si le droit commercial était le droit des commerçants, ou celui des opérations commerciales ? **Selon une conception objective**, le droit commercial est le droit des actes de commerce (opérations commerciales). Cette notion a notamment été défendue par **THALLER**. Le nouveau Code de Commerce définit d'abord les actes de commerce, avant de définir le commerçant. **Selon une conception subjective**, le droit commercial est le droit des commerçants. Cette notion a été défendue par **RIPERT**. Le Code du Commerce napoléonien commençait par définir le commerçant avant de s'intéresser aux actes de commerce. Aujourd'hui, la majorité des auteurs s'accordent pour considérer que **cette controverse n'a plus de raison d'être**. En effet, ces auteurs s'accordent sur le fait qu'aucune des deux notions n'est suffisante, et que donc le **droit commercial doit être considéré comme le droit des actes de commerce et le droit des commerçants**.

Pourquoi a-t-on créé le droit commercial ? Ce dernier a été créé pour **répondre aux besoins particuliers des commerçants**, et principalement pour **faciliter les relations entre commerçants**. **Pourquoi les commerçants ont-ils besoin de règles particulières ?** Et bien ils considèrent qu'ils ont besoin de rapidité. L'un des objectifs du droit commercial est de **favoriser la rapidité des transactions** et des échanges. Pour ce faire le législateur a notamment prévu la liberté de la preuve entre commerçants (peut être faite par témoignage). De même, en droit commercial la théorie de l'apparence joue un rôle important. Aujourd'hui cet impératif de rapidité ne concerne pas uniquement les relations entre commerçants. Au fil du temps des règles de droit qui intéressaient la vie des affaires ne sont pas issues du droit commercial, soit parce que les acteurs ne sont pas commerçants, soit parce que le problème soulevé intéresse un autre droit. Par exemple aujourd'hui les procédures collectives ne sont plus réservées aux commerçants.

Le législateur fait plus référence aux professionnels qu'aux commerçants, il utilise donc une catégorie plus large. **La question s'est ainsi posée de savoir si le droit commercial existe toujours ?** Il existe un **réel recul de la commercialité**, c'est pourquoi certains auteurs estiment que le droit commercial classique (droit des commerçants et actes de commerce) ne peut plus rendre compte du développement des activités économiques. Ces auteurs délaissent la terminologie de droit commercial pour préférer celle de droit des entreprises ou de droit des affaires. Selon le dictionnaire Cornu, droit des affaires sont des termes souvent employés comme synonymes modernes de droit commercial, mais dont l'acceptation est plus large. Le dictionnaire précise qu'il s'agit d'une branche du droit englobant, au-delà de la distinction du droit public et du droit privé, la réglementation des différentes composantes de la vie économique, c'est-à-dire ses cadres juridiques, les biens et les

services qui en sont l'objet, ainsi que les activités économiques. On parle de droit pénal des affaires, de droit fiscal des affaires, ou encore de droit européen des affaires. Le droit des affaires est né de la volonté de regrouper tous les mécanismes d'organisation de la vie des affaires, qu'il concerne les affaires civiles ou les affaires commerciales. Son contenu est très vaste, sans contours bien délimités. **Le droit commercial, lui, demeure une branche du droit privé** dont le contour est plus précis, notamment parce qu'il est principalement régit par le Code du Commerce. Le droit commercial présente différentes caractéristiques, **il est pragmatique, il doit être efficace, et il est mouvant**. Ce droit commercial est le fruit d'une longue évolution, et ce dernier a des sources originales.

II. L'histoire du droit commercial :

Le droit commercial est évidemment né avec l'apparition du commerce. Son origine est très ancienne puisque les documents les plus anciens faisant références à des règles régissant le commerce sont les tablettes de Warka (2000 ans avant JC) ainsi que le Code Hammourabi (1700 avant JC). Malgré cette ancienneté du droit commercial, **c'est à partir du moyen âge que s'est réellement développé ce droit**. Le droit commercial s'est développé grâce au développement des moyens de productions qui ont permis un développement des échanges en créant des surcoûts. Au moyen âge, les échanges se font principalement en Italie du Nord comme à Venise ou Pise, et les échanges se font également dans certaines villes du Nord de l'Europe comme Envers. Ces échanges se font dans le cadre de foires et c'est dans ce cadre que va se développer le droit commercial. Par exemple, en raison de la dangerosité des routes qui conduisaient aux foires, les marchands vont inventer un instrument qui évite de transporter de l'argent. Ils créent l'ancêtre de la lettre de change (permet à un marchand de remettre de l'argent à un prêteur et ce dernier va s'engager à faire remettre cette somme par un tiers à ce marchand, mais dans une autre ville). A cette époque, apparaissent les premières formes de sociétés, ou encore des tribunaux de foire (ancêtres des tribunaux de commerce). Les marchands créent également le droit de la faillite. La caractéristique de ce droit est qu'il est international et non étatique, et il s'agit **d'un droit Jus mercatorum**.

A partir des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles le pouvoir royal va intervenir pour unifier et tenter de codifier le droit commercial. Ce mouvement est dû au renforcement du pouvoir royal, mais cette demande d'unification est également faite par les marchands. Ces derniers souhaitent que l'Etat donne une force législative aux bonnes pratiques et qu'il empêche les mauvaises. Avant la première entreprise de codification effectuée par **COLBERT**, à la fin du XVI^{ème} siècle un édit de Charles IX avait créé des juridictions consulaires. Ces dernières étaient échevinales (comprenaient un juge professionnel et 4 non professionnels du droit). Sous Louis XIV **Jacques SAVARY** qui était négociant à Paris fut désigné par COLBERT pour faire partie du conseil de la réforme pour le commerce. Le rôle de ce conseil est de codifier le droit commercial. En 1673 fut pris l'édit pour le commerce des marchands en gros et en détail. Ce dernier se trouve également sous la dénomination **de Code Savary**. Cet édit comprenait 122 articles divisés en 13 titres. Il était très incomplet, il consistait principalement à réprimer la fraude, il établissait peu de véritables règles permettant de régir les relations commerciales. Le Code Savary est rapidement devenu obsolète.

En 1778 un nouveau code est rendu public, le Code Miromesnil, mais il ne sera jamais appliqué à cause de la révolution. Deux célèbres textes sont issus de la révolution :

- **Le décret d'Allard du 17 mars 1791 qui proclame la liberté du commerce et de l'industrie** : selon l'article 7 du décret « il sera libre à toute personne de faire telle négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ».
- **La loi Le Chapelier des 14 et 15 juin 1791 qui abolie les corporations** : son article 1^{er} dispose « l'anéantissement de toute espèce de corporation des citoyens du même état ou profession est une des bases fondamentale de la constitution française. Il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit ».

Napoléon, par la suite, appuya la codification du droit commercial. L'appui résulta de scandales financiers et de faillites retentissantes. Le Code de Commerce fut rédigé par une commission qui été composée de négociants et de magistrats et cette dernière s'inspira fortement du Code Savary. **Le Code de Commerce fut promulgué le 15 septembre 1807**. Il était court car il ne comportait que 648 articles. Ce Code fut dès l'origine très critiqué. Le droit commercial est un droit en perpétuelle évolution, par conséquent s'inspirer en 1807 d'une ordonnance datant de 1673 rendait le Code du Commerce inadapté dès son origine, ce qui explique qu'il a fait l'objet de nombreuses réformes. Ces différentes réformes sont appelées la décodification.

En ce qui concerne la période moderne, elle oscille entre interventionnisme et libéralisme. La révolution industrielle va imposer des changements afin de rendre plus efficace le système économique. En 1865 par exemple l'on modernise le chèque. Une loi du 24 juillet 1867 crée les sociétés anonymes, ce qui va permettre aux grands capitalistes de se développer.

La période de libéralisme du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle a connu des abus et beaucoup de scandales. Par conséquent l'Etat est intervenu (phase interventionniste). La première guerre mondiale marque un tournant, l'Etat est devenu plus interventionniste, afin de moraliser les affaires de commerce. La crise de 1929, ainsi que l'influence de la doctrine socialiste accentua ce phénomène d'intervention. Une **loi du 18 mars 1929 créa le registre du commerce et des sociétés**. Tous les commerçants et toutes les sociétés doivent être immatriculés dans ce registre et cela moralise le commerce. En 1936 interviennent les premières nationalisations et en 1945 il y a une seconde vague. Conformément à une ordonnance du 30 juin 1945, les prix de tous les produits et de tous les services sont fixés par voie d'autorité (abolition de la liberté des prix, c'est l'Etat qui fixe les prix). La liberté des prix fut rétablie en 1986. Le législateur va également intervenir pour protéger les commerçants les plus faibles économiquement. Il le fera avec un décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux.

Avec la chute du mur de Berlin et la fin du communisme, le libéralisme est devenu la seule et unique pensée. Les commerçants aspirent à plus de liberté et cela passe, selon eux, par une déréglementation. Toutefois le libéralisme a montré ses limites à travers de nombreux scandales, et il est apparu nécessaire d'éviter les excès. C'est alors **qu'est née la notion de régulation** (il s'agit du fait de maintenir en équilibre, d'assurer un fonctionnement correcte). La régulation implique une certaine souplesse dans le cadre de l'application des règles. Dès l'origine du Code du Commerce sa refonte a été envisagée. Un projet de Code fut proposé en 1993, mais il fut rejeté par la commission des lois de l'assemblée nationale. Une loi du 16 décembre 1999 autorisa le gouvernement à procéder à la codification par voie d'ordonnance (on autorise le gouvernement à légiférer). **Une ordonnance du 18 septembre 2000 abrogea l'ancien Code du Commerce et consacre la partie législative** du nouveau Code du Commerce. La recodification du nouveau Code de Commerce a été faite à droit

presque constant (il n'y a que des modifications de forme, et non de fond). Cette recodification a provoqué de nombreuses critiques. En effet, le fait de compiler les textes existants ne peut donner une cohérence au droit commercial.

III. Les sources du droit commercial :

Il existe des sources qui émanent d'autorités publiques et d'autres qui ont des origines privées.

A. Les sources émanant des autorités publiques :

Les sources d'origine publiques sont diverses et variées, certaines sont d'origines internes, et d'autres d'origines internationale :

- **La Constitution** : selon l'article 34 de la Constitution « la loi détermine les principes fondamentaux des obligations commerciales ».
- **Les principes généraux** : en matière commerciale ils sont énoncés dans le DDHC de 1789 et dans le préambule de la Constitution de 1946. Certains de ces principes ont une valeur constitutionnelle, comme par exemple la liberté d'entreprendre.
- **Les traités internationaux** : selon l'article 55 de la Constitution « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur application, une autorité supérieure à la loi sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie ». Il existe de nombreux traités internationaux qui concernent le droit commercial. Le plus important pour le droit commercial français est le traité de Rome qui institue la communauté européenne. De nombreuses dispositions de ce traité concernent directement ou indirectement le droit commercial, son article 2 par exemple dispose « la communauté européenne a pour mission de promouvoir dans l'ensemble de la communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, une croissance durable, ... ». Le droit communautaire a une vision très large et adresse de nombreux problèmes économiques. Les autres conventions internationales concernent des domaines plus limités même si les pays concernés sont parfois plus nombreux. En ce qui concerne la vente de marchandises, la convention des nations unies, dite également convention de Vienne du 11 avril 1980 a été ratifiée par 70 pays qui représentent les ¾ des échanges. Conformément à son article 4 cette convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. De manière moins ambitieuse, certaines conventions se bornent à désigner la loi applicable en cas de conflit (c'est le cas en matière de responsabilité des produits et de la convention de La Haye de 1973).
- **La loi et les règlements** : les relations commerciales se réalisent grâce au contrat. Le droit commun des obligations contenu dans le Code Civil fait partie des sources du droit commercial. Le commerce pouvant appliquer des biens, le droit commun des biens est aussi une source du droit commercial. D'autres codes jouent un rôle en droit commercial comme le Code Monétaire et Financier, le Code de la Propriété Intellectuelle, ou encore le Code de la Consommation.
- **La jurisprudence** : elle joue un rôle non négligeable dans la formation du droit commercial. Cette dernière interprète et complète la loi. Par exemple, la jurisprudence a créé la notion de concurrence déloyale. Les tribunaux de commerce sont composés de professionnels du commerce et ces personnes sont élues par leurs pairs. Ces juges non professionnels

connaissent très bien la vie de la négoce et sont à même de faire évoluer le droit commercial. Cette évolution doit toutefois être autorisée par la loi. Les jugements des tribunaux de commerce sont portés en appels devant des magistrats professionnels de la Cour d'Appel qui veillent à la bonne application du droit.

En dehors des sources qui émanent des autorités publiques, une des spécificités du droit commercial provient du fait qu'il existe également des sources d'origine privée.

B. Les sources d'origines privées :

Le droit émane de l'autorité publique et il n'existe que lorsqu'il est sanctionné par les autorités publiques. Il peut donc sembler étrange de parler de source d'origine privée. On peut toutefois noter que **la loi du 15 septembre 1807 qui a promulguée le Code du Commerce n'a pas abrogée les anciens usages.**

1. La pratique, la coutume et les usages internes français :

La pratique sera la source de nombreuses règles du droit commercial. Cela s'explique par le fait que ce droit doit sans cesse s'adapter aux évolutions du commerce. Le législateur n'étant pas à même de suivre ces évolutions, la pratique doit s'adapter. Pour s'adapter les professionnels vont utiliser le droit des contrats et ils peuvent l'utiliser de différentes manières (peuvent être élaborées des recommandations ou des codes de bonne conduite, les juristes d'entreprise peuvent élaborer des contrats types qui vont être imposés aux cocontractants). Conformément à l'article 1134 du Code Civil, ce document ne lie que les personnes qui les ont adoptés. Les règles émanant des ordres professionnels peuvent donner lieu à des sanctions. La jurisprudence a considéré que l'application des règles peut être sanctionnée sur le fondement de la responsabilité civile pour faute.

La transformation de la pratique en droit se fait lorsque ces principes deviennent des usages. Il faut alors distinguer les usages conventionnels (usages de faits) des coutumes (usages de droit).

Les usages conventionnels résultent des pratiques habituellement suivies par les commerçants ou les professionnels pour la conclusion ou l'exécution des contrats. Il peut s'agir de clauses insérées dans les contrats qui sont devenues si usuelles qu'elles sont généralement sous entendues. On suppose alors que les contractants se sont tacitement référés à ces usages conventionnels lorsqu'aucune clause expresse du contrat ne les rejette. Les usages conventionnels sont **supplétifs de volonté**, c'est à dire qu'il est toujours possible aux parties de considérer que l'usage ne s'appliquera pas, mais il faudra y faire référence expressément. La chambre commerciale de la Cour de Cassation a considéré dans un arrêt de 2001 que selon un usage constant entre commerçants, les prix s'entendent hors taxe, sauf convention contraire. L'application des usages conventionnels est fondée sur la connaissance que doit en avoir le cocontractant. C'est pourquoi les usages conventionnels ne s'appliquent qu'entre professionnels d'une même branche. Certains usages conventionnels seront purements locaux (limités à une région ou à une profession). En évitant aux commerçants de rédiger de longs contrats, les usages conventionnels leur permettent de simplifier les échanges. La preuve des usages conventionnels **doit être établie par ceux qui les allèguent.** La preuve de ces usages va donc venir des milieux professionnels. Les chambres de commerce où les organismes professionnels pourront délivrer des parères qui attestent de l'existence de l'usage allégué. Un juge du tribunal de commerce peut également faire état de sa propre connaissance de l'usage allégué. Les Codes de

bonne conduite ou les Codes d'usages permettent aux professionnels concernés de prendre connaissance des usages de leur profession et permettent également de les trouver. L'usage conventionnel doit donc être prouvé (la partie doit le prouver). Il n'est obligatoire que dans la mesure où il n'a pas été écarté par le contrat en cause. Il est **inopposable aux personnes n'appartenant pas à la profession concernée**. En outre, un usage conventionnel peut **déroger à une loi supplétive, mais pas à une loi impérative**. Son interprétation relève du pouvoir souverain des juges du fond, c'est-à-dire que leur violation ne peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

Contrairement à l'usage conventionnel **l'usage de droit que l'on appelle la coutume** est obligatoire en lui-même. Ces usages se créent par une pratique constante, avant d'être sanctionnée (reconnue) par le juge. L'on passe de l'usage conventionnel à l'usage de droit lorsqu'il est reconnu par le juge. Il existe plusieurs types d'usages de droit :

- **L'usage Secundum legem** : cet usage est justifié par la loi elle-même. En effet, il arrive que le législateur fasse expressément référence aux usages.
- **L'usage Praeter legem** : cet usage permet de suppléer la loi, c'est donc un usage qui va s'appliquer en l'absence de dispositions légales. La notion de concurrence déloyale par exemple, peut être rattachée aux usages praeter legem. Pour développer cette notion de concurrence déloyale les juges se sont fondés sur l'article 1382 de Code Civil et sur les usages loyaux du commerce.
- **L'usage Contra legem** : ce sont des usages qui s'opposent à une loi en vigueur. En pratique, il en existe quelques uns en droit commercial. Lorsqu'un usage viole une règle de droit civil, il est possible de le justifier par le fait que le droit civil s'applique à défaut de règles propres au droit commercial. Les usages de droit, faisant partie intégrante du droit commercial, ils s'appliquent avant le droit civil. En droit commercial il existe une présomption de solidarité alors qu'en droit civil, conformément à l'article 1202, la solidarité ne se présume pas.
- **L'usage anatocisme** : ce dernier se nomme également la capitalisation des intérêts. Selon un usage du droit commercial cet anatocisme est de droit à chaque arrêté de compte. En revanche, l'article 1154 du Code Civil interdit sauf s'il est prévu par une convention et qu'il porte sur les intérêts dus au moins pour une année entières.

Certains usages vont être contraires à des règles du droit commercial. Dans ce cas il sera difficile de trouver une justification légale. Les justifications seront d'ordre pratique. Selon les articles L442-1 du Code du Commerce et L122-1 du Code de la Consommation, il est interdit de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée, sous peine de sanction pénale. En se fondant sur les usages commerciaux, les juges acceptent que le mode de conditionnement impose au consommateur l'achat d'une quantité minimale.

2. Les usages internationaux :

Il existe également des usages du commerce international. Le droit du commerce s'internationalise fortement et les relations commerciales ne sont pas perçues de manière identique dans les différents Etats. Le droit commercial d'un Etat sera différent du droit commercial d'un autre Etat. C'est pourquoi le commerce international est souvent **régit par des conventions multilatérales**. Il existe aussi **des usages du commerce international** qui sont rassemblés et codifiés par des organismes privés, c'est ce qu'on appelle des incoterms. Certains organismes vont rédiger des contrats types qui serviront pour tout le commerce international dans le domaine concerné. Certains organismes

comme Unidroit ne se contentent pas de réunir les usages, mais **ils tentent une codification transnationale**. Et il le fait notamment avec les principes relatifs aux contrats du commerce international. Ces principes ont vocation à s'appliquer à tous les contrats qui concernent les contrats du commerce international. Et selon son préambule, les principes s'appliquent lorsque les parties acceptent de soumettre leurs contrats. Ils peuvent également s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat. Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national. Les auteurs considèrent que leurs principes peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux. **La valeur des usages internationaux est controversée**. Pour certains auteurs leur régime et leur nature seraient les mêmes que les usages conventionnels en droit interne, c'est-à-dire que les parties peuvent les écarter et surtout ils ne peuvent pas être contraires à une règle impérative de droit national. Alors que pour d'autres auteurs, ces principes constituent un système juridique à part entière.

IV. Domaine du droit commercial : la commercialité :

La commercialité correspond au domaine d'application du droit commercial. Cette dernière peut être envisagée de deux façons :

- **Suivant l'objet** : c'est-à-dire les actes qui sont accomplis lors d'une activité commerciale. Il s'agit d'une conception objective de la commercialité.
- **Suivant les sujets** : il s'agit de la conception subjective de la commercialité.

A. La conception objective de la commercialité :

Suivant cette conception, **on prend en considération l'acte accompli**. La conséquence de cette conception est d'affirmer que les règles du droit commercial vont trouver application, même lorsqu'interviennent des non commerçants.

Notre droit commercial reconnaît en partie cette conception objective pour une catégorie d'acte de commerce, à savoir les lettres de change.

B. La conception subjective de la commercialité :

Elle **prend en considération la qualité de l'auteur de l'acte**, et donc l'on appliquera les règles du droit commercial dès lors que la personne aura la qualité de commerçant. Cette conception subjective a une légitimité particulière qui est historique car ce sont les marchands, qui par leurs usages et leurs pratiques, ont en premier lieu forgés les règles du droit commercial. La conséquence de cette conception subjective est que tous les actes accomplis par les commerçants devraient se voir appliquer les règles du droit commercial.

En conclusion, **aucune de ces deux conceptions ne peut s'appliquer de façon absolue** car ces deux conceptions sont insuffisantes. On peut faire une critique de chaque conception :

- **Critique de la conception objective** : la principale critique est qu'un acte pourra aussi bien être exercé dans la sphère strictement commerciale, mais d'un autre côté il pourra aussi trouver application dans la sphère civile (exemple : l'achat en vue de la revente qui est un acte de commerce si l'on remplit certaines conditions. Il n'est pas commercial en tant que tel. On trouve cet achat aussi bien dans le droit commercial que dans le droit civil).

- **Critique de la conception subjective** : la principale critique est que la commercialité n'existe pas systématiquement lorsqu'intervient un commerçant.

La conclusion est qu'il faut **absolument envisager l'acte de commercialité de façon mixte**, c'est-à-dire appliquer les règles de droit commercial tant parce que nous sommes face à un acte de commerce, que parce que cet acte de commerce est réalisé par un commerçant.

PARTIE I : L'OBJET DU DROIT COMMERCIAL : L'ACTE DE COMMERCE

Savoir ce que regroupent les actes de commerce est important car c'est un élément essentiel à côté du commerçant pour **déterminer le champ d'application du droit commercial**. Les actes de commerce se trouvent au 1^{er} article du Code du Commerce, à savoir l'article L110-1 qui concerne le commerce terrestre, mais aussi à l'article 110-2 concernant le commerce maritime. Il manque une chose essentielle, à savoir une définition des actes de commerces et le **Code de commerce ne définit pas cette notion fondamentale**. La loi a repris à son compte la pratique des commerçants (on a retranscrit la pratique dans la loi). Ainsi l'article L110-1 dispose « **la loi répute acte de commerce** ». Il n'y a aucune création en l'espèce de la loi. On a un listing des différents actes de commerce incohérent et mal rédigé au sein du Code Commercial. On peut préciser que **la jurisprudence a complété le Code du Commerce** en ce qui concerne l'énumération des actes de commerce.

On peut tout de même définir les actes de commerce comme **des actes accomplis (pour l'essentiel) par les commerçants dans l'exercice de leur activité professionnelle et pour els besoins de celle-ci**.

Chapitre 1 : Les caractères généraux des actes de commerce

On peut considérer qu'un **acte de commerce renferme trois caractères**, celui de l'interposition, de la spéculation et de l'entreprise.

I. Le critère de l'interposition :

C'est le juriste **THALLER** qui a mis en évidence le fait selon lequel un acte de commerce devait se définir comme un acte d'interposition, d'entremise, c'est-à-dire **un acte qui devait s'intercaler entre la production et la consommation**. En d'autres termes, un acte de commerce est ce qui permet la circulation des richesses. Cela renvoie au concept de distribution, ainsi **un acte de commerce serait un acte de distribution**. On peut cependant formuler deux critiques face à cette théorie de l'interposition :

- **Tous les actes de commerce ne sont pas des actes d'interposition** : par exemple la lettre de change ou encore les activités industrielles qui sont des activités industrielles et qui par conséquent sont des actes de production (ils devraient être exclus de la commercialité normalement car la production et la consommation ne sont pas considérées comme des actes de commerce).
- **Tous les actes d'interpositions ne sont pas des actes de commerce** : ce n'est pas parce qu'on se trouve au niveau de la production qu'on réalise un acte de commerce (exemple du contrat de mandat des avocats qui jouent un rôle intermédiaires, mais ils ne sont pas considérés comme tel).

Ce critère de l'interposition est malgré tout important et il a été retenu par la jurisprudence dans un arrêt récent de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 14 février 2006 : une association avait un site internet, et à travers ce dernier elle mettait en relation des acheteurs et des vendeurs de biens immobiliers. Dans cette arrêt la Cour de Cassation a considéré que l'association, qui normalement ne joue pas un acte intermédiaire, jouait un rôle intermédiaire et elle en a conclu que l'on devait appliquer les règles de droit commercial à la dite association.

II. Le critère de la spéculation :

Deux auteurs ont dégagé ce critère, **LYON-CAEN** et **RENAULD**. Ils ont ainsi mis en évidence le fait **qu'un acte de commerce était un acte spéculatif**, c'est-à-dire qu'à travers lui on recherche un profit. Ce critère se définit donc selon un critère économique, pécuniaire. C'est un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 2 mars 1912 qui a mis en évidence ce critère spéculatif au sein de la jurisprudence. La recherche du profit, cette intention spéculative passe par trois choses :

- On spéculé au regard de l'échange des marchandises.
- La transformation.
- Le travail d'autrui.

Ce critère de la spéculation constitue **le critère essentiel permettant de distinguer les associations des sociétés** (article 1832 du Code Civil qui précise que les sociétés renvoient expressément à un but lucratif). Cependant, il est lui aussi insuffisant et l'on peut formuler une critique à son encontre :

- **Tous les actes de spéculation ne sont pas des actes de commerce** : ce n'est pas parce qu'on recherche un profit qu'on se place systématiquement dans le domaine du commerce.

III. Le critère de l'entreprise :

C'est l'auteur **ESCARRA** qui a donné une définition de ce critère et il considère que **dès lors que l'on fait du commerce, on le fait au sein d'une entreprise**. L'entreprise implique, selon cet auteur, une structure, disposant d'une certaine organisation, et la mise en œuvre répétée de moyens matériels, humains et financiers, en vue de remplir un objectif professionnel et économique précis. Ce critère souffre aussi de deux critiques :

- **Il manque tout d'abord de définition précise** : **à partir de quand l'on se trouve dans une entreprise ?** Cela paraît donc difficile d'en faire un critère de la commercialité.
- **Le concept d'entreprise ne se trouve pas uniquement dans le commerce** : on a également des entreprises agricoles, artisanales, libérales.

En conclusion, **aucun de ces trois critères ne se suffit à lui-même pour caractériser la commercialité** et il est nécessaire de les combiner.

Chapitre 2 : Les différentes catégories d'actes de commerce

L'article L110-2 du Code du Commerce regroupe l'ensemble des actes de commerce au regard du commerce maritime, ce qui intègre la construction des navires, l'expédition elle-même, et l'assurance maritime. Sont exclus de la commercialité tout ce qui concerne la navigation de plaisance, ainsi que l'activité de pêche. Au final, cet article **concerne tout ce que l'on dénomme la marine marchande**.

On considère qu'il y a **trois catégories d'actes de commerces**, à savoir les actes de commerce par nature, les actes de commerce par la forme, et les actes de commerce par accessoire.

I. Les actes de commerce par nature :

Il s'agit de se concentrer sur l'article L110-1 qui énumère de manière disparate et incohérente les actes de commerce par nature.

A. L'achat en vue de la revente :

On trouve l'achat en vue de la revente à l'article L110-1 premièrement et deuxièmement. Il renvoi à ce que l'on dénomme **la négoce qui renvoi lui-même au concept de distribution** (qu'elle soit petite, moyenne ou grande). Cet achat en vue de la revente **suppose deux activités**, à savoir un achat et une revente et ces **deux activités doivent être liées**.

1. Un achat :

Le bien qui a été acquis **doit être issu d'une convention**, c'est-à-dire que l'on exclu les testaments et la prescription acquisitive. En outre, il faut que **cette convention soit à titre onéreux**, ce qui exclu les donations.

Cet achat **peut porter sur un bien meuble, ou un bien immeuble**. En ce qui concerne les biens immobiliers, traditionnellement les immeubles étaient exclus de la commercialité (en effet ces biens ne pouvaient pas circuler d'après la théorie du THALLER). Cependant aujourd'hui l'on envisage la circulation d'un point de vue juridique. La loi du 13 juillet 1967 a intégré les immeubles dans la commercialité, avec cependant **une exception qui est la promotion immobilière** (achat d'un terrain ou d'un immeuble, l'on construit ou rénove, et on revend). Les promoteurs immobiliers ne sont donc pas des commerçants et ils se voient appliquer les règles de droit civil.

Il faut que **cet achat se fasse avec une intention spéculative**. Il faut non seulement que la personne, en achetant le bien, veuille revendre, mais aussi qu'elle veuille revendre avec une intention spéculative (en recherchant des profits). On considère que sans cette intention spéculative l'acte est civil (c'est le cas notamment lorsque l'intention spéculative n'existe pas lors de l'achat, mais intervient après l'achat).

S'agissant de la chronologie des événements, dans la grande majorité des cas **l'achat va précéder la revente**. Cependant, il y a des cas dans lesquels **la revente peut précéder l'achat**. Exemple Chambre Criminelle de la Cour de Cassation du 6 décembre 2006 : il s'agissait de vente de fioul domestique et

le distributeur de fioul avait facturé (donc revendu) du fioul à ses clients en dessous du prix qu'il allait l'acheter. Il n'avait donc pas encore procédé à l'achat du fioul lorsqu'il l'a revendu. Il s'agit d'une revente à perte, et c'est pour cela que c'est la chambre criminelle qui est compétente. On a considéré que dans cet arrêt il y avait une intention spéculative.

Concernant l'achat l'on considère que **la commercialité demeure même si aucun profit ne découle de l'opération**. Ce qui compte est l'intention spéculative et non pas la spéculation effective. En outre, **la commercialité demeure même si il n'y a pas de revente**. Ce que l'on souhaite est une intention de revente.

Enfin, la preuve de l'intention spéculative lors de l'achat **doit être rapportée par la personne qui se prévaut de la commercialité de l'acte**. **Comment se prévaloir d'une intention ? La jurisprudence a donc mis en évidence des présomptions**, à savoir la présomption de la qualité de commerçant (dès lors qu'un commerçant agit l'on présume que l'opération qu'il accomplit est commerciale), et la présomption de l'importance quantitative et de la répétition des actes.

2. Une intention de revente :

Il doit s'agir **d'une revente et non d'une vente**. Cela signifie que ce second acte doit être en corrélation avec un acte initial d'achat, de sorte que les ventes directes de produits ne peuvent pas être considérées comme des actes de commerce. C'est pour cette raison que sont exclus de la commercialité les activités agricoles, les productions intellectuelles, les industries extractives, les professions artisanales (le producteur vend directement ses produits et légumes, il ne les revend pas) et les professions libérales. Il doit donc **y avoir ce double processus d'achat et de revente**. Il y a **une exception**, à savoir que l'article 23 du Code Minier estime que sont des actes de commerce les exploitations de mines de charbon, métaux et hydrocarbures. On estime ainsi que les procédés utilisés pour ces extractions sont proches des activités industrielles et donc de nature commerciale.

La revente doit porter sur le bien, que celui-ci soit revendu en l'état, ou après transformation.

B. Les opérations d'intermédiaires :

Il s'agit là des opérations d'entremise, d'interposition, **qui consistent à mettre en relation des personnes**. Ces opérations d'intermédiaires interviennent dans deux domaines :

- **L'article L110-1 troisièmement** : cela concerne l'activité d'intermédiaire pour favoriser l'achat, la souscription, ou la vente d'immeubles, fond de commerce, actions, ou parts de sociétés immobilières. Sont intégrés dans cette catégorie les agents immobiliers ou les marchands de biens qui ne sont pas des commerçants. On retrouve ici l'arrêt du 14 février 2006 de la Chambre Commercial relatif à l'association qui jouait un rôle intermédiaire alors que normalement elle est exclue de la commercialité car elle n'a pas d'intention spéculative.
- **L'article L110-1 septièmement** : il concerne l'activité de courtage que l'on trouve notamment dans le domaine de l'assurance, en matière de prêts, d'activités financières, boursières, et aussi en matière matrimoniale.

Au-delà de ces deux domaines d'activités, rennent également dans la catégorie des intermédiaires les entreprises de commission, d'agence, et bureaux d'affaires.

C. Les opérations financières :

Les opérations financières sont codifiées à l'article L110-1 septièmement et huitièmement. **Il s'agit là du commerce de l'argent**, concernant des actes d'intermédiaire et de spéculation. Ce commerce de l'argent regroupe différentes opérations, à savoir les opérations de change, les opérations de banques et de banques publiques, et toutes les opérations liées aux services de paiements :

Les opérations d'assurance : c'est la jurisprudence qui a estimé que les opérations d'assurance étaient des actes de commerces. On a fait jouer une assimilation dans la mesure où l'article L110-2 intégrait l'assurance maritime. Il allait donc de soit qu'en matière de commerce terrestre l'assurance terrestre constituait également des actes de commerces. La jurisprudence a reconnu le caractère commercial, **mais seulement aux opérations d'assurances effectuées par une entreprise d'assurance**, c'est-à-dire une société commerciale. Sont exclus du domaine de la commercialité les opérations d'assurances effectuées par les sociétés d'assurance mutuelles.

Les opérations de banques : l'article L311-1 du Code Monétaire et Financier dispose que les opérations de banques comprennent la réception de fonds du publics, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiements.

- En d'autres termes **c'est la mise à disposition et la gestion au profit de la clientèle de moyens de paiement**. Ces opérations de banques ne nécessitent pas l'existence d'une entreprise, de sorte qu'indépendamment de toute structure une opération de banque peut être réalisée. Arrêt Chambre Commerciale 2 février 1970 : il s'agissait d'un notaire qui avait effectué des opérations de banque et qui de ce fait s'était vu appliqué les règles du droit de al faillite.
- **La question de la commercialité s'est posée au regard les banques coopératives et mutualistes** dans la mesure où il s'agit d'établissements à but non lucratif. **La question s'est posée de savoir si la commercialité devait imprégner ces établissements ?** La jurisprudence a distinguée deux cas. Elle a tout d'abord statué sur le service public des chèques postaux et elle a précisée que la commercialité n'imprégnait pas ce service public. En outre, elle a statué sur les établissements mutualistes (coopératives telles que la banque populaire, la caisse d'épargne ou encore le crédit agricole) et elle a considéré que ces établissements peuvent se voir appliquer les règles de droit commercial.
- **Les opérations connexes aux opérations de banques rentrent des les opérations bancaires**, par exemple les opérations de métaux précieux. Il en est de même pour les opérations de gestion de patrimoine ou pour la bourse. De manière générale l'on intègre la bourse dans la commercialité pour deux raisons, d'une part parce que très souvent l'activité boursière intervenir des intermédiaires, et d'autre part parce qu'il s'agit d'achat en vue de la revente.

Les opérations liées aux services de paiement : une directive du 13 novembre 2007 a harmonisé les législations relatives aux services de paiement. Celle-ci a été transposée par une ordonnance de 2009 qui a complété l'article L110-1 septièmement **en y intégrant les services de paiement**. La loi a donc créé un nouvel acte de commerce. L'activité de service de paiement est réservée à deux types d'établissements, à savoir les établissements de crédits, ainsi que ces nouveaux établissements de paiement. Ces derniers doivent recevoir une homologation, habilitation par l'autorité de contrôle prudentiel (créée en janvier 2010). Ces établissements de paiement constituent, pour les établissements de crédits, les concurrents car avant l'ordonnance de 2009 seuls les établissements

de crédits pouvaient intervenir dans les opérations de paiement. En outre il s'agirait de concurrents déloyaux car les règles applicables ne sont pas les mêmes pour tous.

D. Les entreprises :

1. Les entreprises de location de meubles :

Ce domaine est régi par l'article L110-1 quatrième du Code du Commerce. Il s'agit là **des activités de services en vue de la location de meubles, mais de toute nature**. On a intégré dans cette catégorie l'hôtellerie ou le camping par exemple.

En revanche, l'on exclu les opérations de location immobilières de ce domaine, même si ces opérations constituent en elles mêmes des opérations professionnelles, et même si la location est destinées à une activité professionnelle et notamment commerciale.

2. Les entreprises de manufactures :

Ce domaine est régi par l'article L110-1 cinquième du Code du Commerce. Les manufactures sont **les activités de transformations par des moyens matériels et humains de la matière première en produit fini, que la matière soit achetée ou fournie par le client**. Aujourd'hui, intègre ce concept de manufacture, toutes les formes d'industries (la construction immobilière et la rénovation par exemple, sauf la promotion immobilière, l'activité d'édition, la teinturerie).

Cependant, **ce concept de manufacture empiète sur l'artisanat**, qui est une autre catégorie professionnelle. Ce qui distingue l'industriel de l'artisan est le recours au machinisme et notamment la fabrication en très grand nombre, alors que l'artisan fabrique de courtes séries.

3. Les entreprises de transport :

Ce domaine est régi par l'article L110-1 sixième du Code du Commerce. Il s'agit de **toutes les activités de transports de voyageurs ou de marchandises par voie terrestre (route, voie ferroviaire), fluviale ou aérienne**. La jurisprudence a intégré, dans ces entreprises de transports, les entreprises de déménagements, les entreprises de remorquage, les téléphériques et les taxis.

Sont excluent les activités de transports auxquelles sont couplée une activité d'enseignement (profession libérale). Il s'agit du cas des auto-écoles par exemple.

4. Les entreprises de fournitures :

Ce domaine est régi par l'article L110-1 septième du Code du Commerce. Il s'agit **des activités consistant à fournir des biens ou services pendant un temps déterminé et avec un caractère continu ou périodique** (eau, électricité, gaz, entreprises de nettoyage). C'est pour cette raison qu'on intègre dans ce domaine les entreprises de travail temporaire (société d'enlèvement des ordures ménagères qui sont du commerce).

5. Les entreprises de commission, d'agence et bureaux d'affaire :

Ce domaine est régi par l'article L110-1 huitième et neuvième du Code du Commerce. Cela regroupe deux activités :

- **Les commissionnaires** : d'après le Code du Commerce le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant.
- **Les agences d'affaires** : il s'agit de gérer les affaires d'autrui. Il s'agit par exemple des agences de voyages, des agences de recouvrement de créances, les agences artistiques, les agences de publicité.

Sont excluent de ces catégories les agents commerciaux qui ne sont pas des commerçants (Chambre Commerciale 29 juin 2010 : ils ne sont pas des commerçants car ils n'ont pas de clientèle propres).

6. Les établissements de vente à l'encan :

Ce domaine est régi par l'article L110-1 sixièmement du Code du Commerce. Il s'agit **des ventes aux enchères**. L'article L320-1 du Code du Commerce précise que si les établissements de vente à l'encan sont considérés comme des établissements à l'intérieur desquels l'on trouve des opérations commerciales, **la vente à l'encan en tant que telle ne peut être un procédé habituel de l'exercice du commerce** (Chambre Commerciale 30 septembre 2008). Les opérations de vente à l'encan sont donc des actes de commerce, cependant la personne qui vend par le biais d'une vente à l'enchère ne peut le faire comme un procédé habituel de commerce. On intègre dans cette catégorie l'activité de garde meuble.

7. Les établissements de spectacles publics :

Ce domaine est régi par l'article L110-1 sixièmement du Code du Commerce. Il s'agit **des activités de loisirs qui doivent être exercées au sein d'un établissement et non à titre individuel ou sous forme associative**. Tel est par exemple le cas de l'exploitation des salles de concerts, de cinéma, de théâtre, des parcs d'attractions, des cirques ainsi que les activités de nature sportives dès lors qu'elles sont réalisées à titre professionnel et à but lucratif.

II. Les actes de commerce par la forme :

A la différence des actes de commerce par nature, qui acquiert leur commercialité du fait de l'objet même de l'activité ou bien du fait de la personne qui exerce cette activité, les actes de commerce par la forme **acquiert leur commercialité indépendamment de l'objet et indépendamment des personnes**. C'est-à-dire qu'une personne, qu'elle soit ou non commerçante, que l'objet de l'obligation soit civil ou commercial, et bien face à un acte de commerce par la forme, la commercialité doit s'imposer.

Dès que l'on est dans un des deux catégories que l'on va voir ci-dessous, il y a de la commercialité, et les règles du droit commercial s'appliquent.

A. La lettre de change :

On trouve la lettre de change à l'article L110-1 dixièmement du Code de Commerce. Cet article dispose **« la loi répute acte de commerce, entre toute personne, les lettres de change »**.

Une lettre de change est autrement dénommée « traite » et est un **écrit par lequel une personne que l'on appelle le tireur donne ordre à une autre personne, le tiré, de verser une somme d'argent à un bénéficiaire appelé le porteur**. C'est donc une relation à 3.

Cette lettre de change **constitue un effet de commerce** qui est reçu couramment en matière commerciale, à titre de paiement, et ce, en substitution à la monnaie. Elle n'a pas les attributs de la monnaie. Cette lettre de change a un intérêt dans la mesure où **elle permet d'acquitter une dette sans transport d'argent**. C'est un instrument de paiement, est à double titre dans la mesure où **elle va venir éteindre deux dettes** :

- D'une part elle va éteindre la dette existant entre le tireur (débitéur) et le bénéficiaire (créancier).
- D'autre part elle va éteindre la dette entre le tiré (débitéur) et le tireur (créancier).

Mais la lettre est également **un instrument de crédit** dans la mesure où la dette est payable à terme, et non point immédiatement.

La lettre de change est réputée acte de commerce entre toute personne, c'est-à-dire que tous les signataires de la lettre de change, quelque soit le statut, réalisent un acte de commerce et se voient appliquer les règles de droit commercial. Cela conduit également à rendre compétents les tribunaux de commerce. Cette application des règles du droit commercial s'expliquent par le fait que la lettre de change est amenée à circuler, non simplement d'une personne à une autre, mais aussi d'un territoire à un autre. Les règles de droit commercial s'appliquent donc de façon absolue, que l'obligation qui est satisfaite par la lettre de change soit civile ou commerciale. On peut nuancer le fait qu'elles s'appliquent de façon absolue car **la lettre de change ne confère pas la qualité de commerçant**. Cela a une conséquence pratique énorme, car **les clauses dérogatoires de compétences territoriales ne peuvent être opposables à un non commerçant**, même s'il est intervenu dans une lettre de change. C'est la conséquence d'une application stricte de l'article 48 du Code de procédure civile qui exclue expressément de telles clauses entre des non commerçants (arrêt du la Chambre commercial du 11 mai 1993).

La lettre de change est un mécanisme propre au droit commercial, interdite au consommateur, dans le cadre d'un crédit à la consommation. Cette dernière suit un régime rigoureux du point de vue de son formalisme.

B. Les sociétés commerciales par la forme (s'agit plus d'une structure que d'un acte) :

L'article L210-1 alinéa 1^{er} du Code de Commerce précise que **le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet**. C'est-à-dire que soit c'est la loi qui reconnaît d'elle-même une nature commerciale à un certain type de société (société commerciale par la forme), soit une société acquiert sa commercialité au regard de son activité même (arrêt Chambre Commerciale du 5 mai 2009 : une société d'assurance mutuelle est par nature civile. La chambre Commerciale a décidé de reconnaître la commercialité de cette société, car les statuts eux-mêmes de la société prévoyaient un objet commercial).

L'article L210-1 alinéa 2 précise que sont commerciale à raison de leur forme et quelque soit leur objet, les sociétés en nom collectif (SNC), les sociétés en commandite simple (SCS), les sociétés à responsabilité limitée (SARL), et les sociétés par action (SPA). Conformément à ce texte, **le simple fait d'être constitué sous l'une de ces formes confère à la personne morale le commercialité**. La société sera nécessairement commerciale quelque soit son objet, qu'il soit civil ou commercial. Il y a

cependant **quelques limites** car si l'on est en dehors d'une obligation commerciale, il est impossible de constituer un fond de commerce (il ya donc des fonds agricoles, artisanales). Tous les actes qui sont accomplis dans le cadre de ces sociétés commerciales, sont commerciaux et cela va de la création de la société, de son fonctionnement, jusqu'à sa dissolution.

Il y aurait trois familles de sociétés commerciales :

- **Les sociétés de personnes** : ce sont des sociétés dans lesquelles **les associés ont décidé de constituer cette société commerciale en considération de la personnalité des autres coassociés**. C'est une société dans laquelle les associés vont s'investir personnellement. On trouve dans cette catégorie les sociétés en nom collectif (SNC) et dans ces dernières tous les associés ont la qualité de commerçant. On trouve aussi les sociétés en commandite simple (SCS) ou l'on trouve deux catégories d'associés, les commandités (qualité de commerçant) et les commanditaires (n'ont pas la qualité de commerçant).
- **Les sociétés à responsabilité limitée** : on trouve les sociétés à revenu limité (SARL) et les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL). Dans ces sociétés, les associés ne sont pas des commerçants.
- **Les sociétés de capitaux** : il s'agit des sociétés par action (SPA). Il ya trois formes dans ces dernières (les sociétés en commandite par action, les sociétés anonymes, et les sociétés par action simplifiée). La logique qui anime ces sociétés est que **la personnalité des associés est totalement indifférente**. Les actionnaires sont les associés de cette société par action et ils ne se connaissent pas. Seuls comptent les capitaux apportés. Les actionnaires et dirigeants de cette société ne sont pas des commerçants.

III. Les actes de commerce par accessoire :

Il s'agit de **la théorie de l'accessoire**, c'est-à-dire que l'accessoire suit le principal. En droit commercial, certaines actes vont revêtir une nature commerciale, soit parce que c'est le commerçant qui les accomplit dans un but précis, soit parce qu'ils vont se raccrocher à un acte qui est lui-même commercial.

A. L'approche subjective de la commercialité par accessoire :

- **Les actes de commerce par accessoire :**

Cette conception de la commercialité par accessoire date d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 29 janvier 1883. Cette jurisprudence s'est fondée sur l'article 632 du Code de Commerce qui est devenu l'article L110-1 neuvièmement qui dispose **« sont réputés actes de commerces, toutes obligations entre négociant, marchand, et banquier »**. Ainsi, les actes de commerce par accessoire, du point de vue subjectif, sont **des actes civils par nature** (contrat de prêt, contrat d'assurance, de location de matériel, de travail) **exécutés par un commerçant dans l'exercice de sa profession pour les besoins de son commerce ou à l'occasion de son commerce**. Rentrent également dans cette catégorie les obligations découlant de la mise en jeu de sa responsabilité civile. Au regard de cette définition sont donc exclues de la commercialité par accessoire les actes civils accomplis par un commerçant mais pour satisfaire ses besoins personnels liés à sa vie privée. Il y a donc deux conditions pour que soit applicable la théorie de l'accessoire :

- **L'acte doit être réalisé par le commerçant** que ce dernier soit une personne physique ou morale, indépendamment du fait que ce commerçant se trouve face à une personne professionnelle commerçante ou non commerçante.
- **L'acte doit se rattacher à l'activité commerciale**, soit pour les besoins de commerce, soit à l'occasion du commerce.

Il existe, pour que joue cette théorie de l'accessoire, **une présomption de commercialité** qui signifie que tous les actes réalisés par un commerçant sont présumés être des actes de commerces de sorte que le commerçant n'a pas à prouver le caractère commercial de ses actes. Cette présomption conduit à ce que ce soit la partie adverse qui soit contrainte de prouver la nature strictement civile de l'acte. Cette **présomption est donc simple** et l'on peut rapporter la preuve contre elle.

- **Les actes civils par accessoire :**

Il s'agit d'un **acte de commerce, tel que définit par l'article L110-1, qui devient un acte civil par accessoire** car cet acte de commerce est l'accessoire d'une activité civile, c'est-à-dire d'une activité d'un non commerçant. Exemple : une coiffeuse qui vend des produits capillaires les a achetés, mais l'achat en vue de la revente est un acte de commerce par nature. On considèrera que cet acte de commerce par nature deviendra un acte civil par accessoire.

B. L'approche objective de la commercialité par accessoire :

Il s'agit du cas où la commercialité par accessoire **prend naissance par rapport à un acte apparaissant comme le support nécessaire à un acte initialement civil, et qui devient commercial**. Il y a différents exemples au regard de cette conception objective :

- **Le gage** : le gage devient commercial lorsqu'il est réalisé à l'occasion d'une opération de commerce. Les règles de droit commercial vont s'appliquer à ce gage, qu'il ait été réalisé par un commerçant ou un non commerçant. Ce qui importe c'est qu'il se présente comme garantie d'un acte de commerce.
- **Le chèque et le billet à ordre** : le chèque ou le billet à ordre acquiert une nature commerciale, dès lors qu'ils sont émis en règlement d'une dette commerciale.
- **Les opérations sur le fond de commerce** : le fond de commerce est le support, le cadre juridique de l'activité commerciale. Toutes les opérations qui ont pour objet le fond de commerce (la vente ou la location-gérance) constitueront des actes de commerce par accessoire, que ces actes soient réalisés par un commerçant, ou qu'ils soient réalisés par un non commerçant. Cette logique se retrouve au sein d'une société au niveau des cessions de contrôle. On estime qu'une cession de part sociale est un acte civil, sauf si cette opération de cession conduit à ce que la personne détienne le contrôle de la société (arrêt Chambre Commercial 22 mars 2005).
- **Le cautionnement** : il s'agit d'un contrat civil par lequel une personne va s'engager à exécuter une obligation du débiteur à sa place, en cas de défaillance de sa part. Ce contrat de cautionnement est considéré comme un contrat accessoire car ce cautionnement se rapporte à une obligation préexistante. Ce cautionnement, de nature civile, devrait par principe échapper au droit commercial. Cela étant, la jurisprudence a décidé de faire **jouer la commercialité par accessoire dans deux cas**, à savoir lorsque le cautionnement est consenti par le commerçant pour garantir une dette commerciale dans l'exercice de son activité

(Cassation Commerciale 7 février 2006), et lorsque le cautionnement a été consenti par un non commerçant dès lors que le non commerçant, caution, possède un intérêt personnel à l'opération (exemple des dirigeants d'une société qui se portent caution pour les dettes de l'entreprise).

Chapitre 3 : Le régime juridique des actes de commerce

Au départ, l'intérêt à distinguer les actes de commerce des actes civils **résidait dans l'application des règles du droit de la faillite**, c'est-à-dire les procédures de redressement, et de liquidation judiciaire. Ces règles n'étaient applicables qu'aux commerçants.

Cet intérêt est tombé dans la mesure où l'évolution législative a fait que **ce droit de la faillite s'est propagé dans toutes les professions**. Ce principe s'est étendu en dehors du champ commercial par plusieurs étapes :

- Loi du 13 juillet 1967 : les règles du droit de la faillite sont applicables çà toutes les personnes morales de droit privé (donc les associations).
- Loi du 25 janvier 1985 : application des règles du droit de la faillite aux artisans.
- 30 décembre 1988 : c'est l'entreprise agricole qui est soumise au droit de la faillite.
- 26 juillet 2005 : application du droit de la faillite aux professions libérales.

I. La formation des actes de commerce :

A. Les règles de fond :

Il n'y a pas de différence entre l'objet civil et l'objet commercial. On va donc s'intéresser aux conditions différentes de celles de droit civil.

1. La capacité commerciale :

Il s'agit de **la capacité à conclure des actes de commerce** et ci cela se fait de façon habituelle, de reconnaître la qualité de commerçant.

1.a. Les mineurs :

- **L'état du droit avant la loi du 5 juillet 1974 :**

Avant cette loi, **seul le mineur émancipé pouvait exercer une activité commerciale et pouvait réaliser des actes de commerce** sans être obligé e s'inscrire au registre du commerce et des sociétés. Un mineur pouvait donc recueillir, par voie successorale un fond de commerce.

- **Depuis la loi du 5 juillet 1974 :**

Cette loi **fixe la majorité à 18 ans**, et par voie de conséquence **rend plus sévère l'accès à l'activité commerciale**. Ainsi elle interdit l'accès au commerce, à un mineur, qu'il soit ou pas émancipé. Donc la qualité de commerçant était exclue pou le mineur.

Néanmoins, l'on a **accepté qu'un mineur émancipé puisse réaliser des actes de commerce à titre isolé**, de façon ponctuelle (il s'agit de la vente ou de la location-gérance). Une seule chose reste interdite pour le mineur, même émancipé, à savoir la lettre de change.

Pour le mineur non émancipé, et bien l'on **va faire jouer la nullité de l'acte de commerce** (nullité relative). Cette dernière concerne uniquement les actes de disposition. En revanche, pour les actes d'administration la sanction sera la rescision pour lésion (sanction qui intervient lorsque l'on constate une lésion).

- **Depuis la loi du 15 juin 2010 :**

Rappelons que cette loi était relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limité. L'article 121-2 du Code de Commerce a été modifié en vue d'une ouverture envers les mineurs émancipés, non simplement **en vue de l'accomplissement par eux d'acte de commerce**, mais aussi **dans la reconnaissance de la qualité de commerçant** (ce qui était refusé avant). L'article dispose ainsi « **le mineur émancipé peut être commerçant par autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du TGI s'il formule cette demande après avoir été émancipé** ». Cette autorisation qui est donnée par le juge ne peut pas restreindre la capacité d'action du mineur.

1.b. Les majeurs protégés :

C'est la loi du 3 janvier 1968 qui a instauré les différents mécanismes de protection avec une hiérarchie. La loi du 5 mars 2007 est venue modifier ce dispositif :

- **La tutelle** : il s'agit de la mesure de protection utile lorsque le majeur a besoin d'être représenté de façon continue. En matière commerciale, un majeur sous tutelle **ne peut accomplir d'actes de commerce**, quels qu'ils soient et il ne **peut plus obtenir la qualité de commerçant**, de sorte que la sanction sera la nullité si ce majeur réalise malgré tout un tel acte. Au regard du droit commercial, même **le tuteur ne peut agir pour accomplir un acte de commerce** d'après l'article 509-3 du Code Civil.
- **La curatelle** : le majeur sous curatelle est un majeur qui a besoin d'être assisté, conseillé de façon continue. théoriquement, juridiquement le majeur sous curatelle peut **continuer à être commerçant** et il peut **continuer à accomplir des actes de commerces**, sauf qu'il doit être assisté et conseillé pour les actes de la vie civile les plus importants. **Mais en pratique, comment un commerçant sous curatelle peut accomplir des actes de commerces qui seront considérer comme important ?** Le système est donc bancal.
- **La sauvegarde de justice** : c'est un régime qui suppose une protection temporaire, voir même une représentation temporaire. Les personnes sous sauvegarde de justice, au regard de ce mécanisme de protection léger, **conservent l'exercice de leurs droits** (ils peuvent exercer des actes civils, et des actes de commerce). Il y aura tout de même une surveillance de la part des personnes qui ont demandés le placement sous sauvegarde de justice et en cas de contentieux, les actes de commerce pourront, soit être rescindés pour cause de lésion, soit être réduits pour excès.

2. Le consentement :

Un rapport d'obligation naît d'une offre et d'une acceptation. Il s'agit **du principe de l'autonomie de la volonté**. Donc, que l'on se place en matière civile ou en matière commerciale, la création de l'obligation est identique.

En revanche, lorsque l'on s'intéresse, soit à l'offre, soit à l'acceptation, cela devient plus spécifique en matière commerciale :

- **L'offre en matière commerciale** : elle est particulière car l'on estime que dans la majorité des cas le commerçant est **en état d'offre permanente** sous la forme de l'affichage du produit et du prix. Il y a une proposition continue envers le public. Pour que cette proposition devienne une offre au sens juridique du terme, il suffit **qu'émane de cette offre la volonté de s'engager en cas d'acceptation**.
- **L'acceptation en matière commerciale** : si l'acceptation est constituée d'un oui explicite il n'y a rien de particulier par rapport au droit civil. Cependant il faut s'intéresser au silence. Le professeur **DECOCQ** considère que « en matière commerciale le consentement au niveau de l'acceptation peut être réduit à sa plus simple expression, c'est-à-dire au simple silence, à la simple passivité ». En matière commerciale, **le silence vaut acceptation**. Il y a tout de même des conditions posées par la jurisprudence, notamment que les **parties doivent être en relation d'affaire constante**. Si cette condition est remplie, on se trouve face à une présomption d'acceptation de l'offre. Pour contrer cette dernière il faudra alors que le destinataire de l'offre la refuse expressément. En outre, si **les deux personnes sont dans le même milieu professionnel** (usage professionnel qui intervient) on considère également que le silence vaut acceptation, dans ce domaine précis. Il n'y a donc pas besoin de passer par une acceptation expresse. Exemple : en matière bancaire l'on estime que le silence gardé par le client vaut ratification des opérations portées sur le relevé. Il y a **une exception** à cette importance du silence en matière commerciale qui est la lettre de change (l'acceptation doit être non seulement expresse, mais aussi écrite).

B. Les règles de forme :

MONTESQUIEU disait, dans *l'Esprit des lois*, « les affaires du commerce sont très peu susceptibles de formalité ». En effet, en matière commerciale l'on essaye d'alléger le formalisme. Cela étant il faut tout de même passer par une certaine formalité.

1. Formalisme allégé et liberté de la preuve :

Il convient ici **d'analyser les règles ad probationem**, c'est-à-dire un formalisme qui existe pour permettre la preuve l'existence d'un acte de commerce.

Le principe est posé à l'article L110-3 du Code de Commerce qui dispose « à l'égard des commerçants, les actes de commerces peuvent se prouver par tout moyen, à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». Cet **article s'oppose au principe posé en droit commun** à l'article 1341, principe selon lequel un acte portant sur une certaine somme doit se faire par écrit. La liberté de la preuve en matière commerciale s'explique **par la rapidité des opérations commerciales**, et donc cela aboutit à un formalisme qui se trouve allégé. Exemple : alors qu'en droit civil l'on impose un double original, et bien pas en droit commercial. On n'exige pas non plus certaines mentions manuscrites (paraphe). On est moins exigeant également concernant la preuve de la date.

Ce principe de la liberté de la preuve vaut quelque soit la valeur de l'acte, et il ne vaut que pour les actes de commerce passés par un commerçant pour les besoins de son activité professionnelle. Si tel

n'est pas le cas, **on retombe dans les règles du droit civil**, de même que si l'on est face à un non commerçant.

Concernant les modes de preuve, et bien **tout est constitutif d'un moyen de preuve** en droit commercial. Il y a ainsi les preuves littérales (acte authentique, un fax, un mail, une facture, un bon de commande, ...), les témoignages, les présomptions. Ces différents modes de preuves **ne sont pas hiérarchisés**, il n'y a pas de supériorité de l'un de ces modes de preuve par rapport à un autre. Il n'empêche que **la pratique contraint le commerçant à user d'un écrit**, c'est-à-dire qu'un commerçant ne va pas prendre le risque de ne pas se prémunir d'un écrit quelconque.

2. Formalisme finalement renforcé :

Il convient ici **d'analyser les règles ad validitatem**, c'est-à-dire un formalisme qui existe pour **permettre la validité même des actes**.

En pratique, la liberté de la preuve ne peut donc pleinement jouer dans les opérations commerciales du fait de la sécurisation des transactions et de la complexité des transactions. Finalement, en de très nombreux domaines, **l'exigence d'un écrit va devenir la règle**, une règle ad validitatem, c'est-à-dire une règle de forme qui, non seulement permettra d'apporter la preuve de l'existence de l'acte, mais aussi qui garantira la validité de cet acte (exemple du contrat de société, de la vente d'un fond de commerce, la location-gérance d'un fond de commerce, les contrats de transport terrestre, ou la lettre de change).

II. L'exécution des actes de commerce :

A. La présomption de solidarité passive :

On parle de solidarité passive (ou solidarité de dette) lorsque **chacun des codébiteurs d'une même dette est tenu pour le tout**. Le débiteur qui a pris en charge, dans sa totalité, la dette aura la possibilité d'agir de façon récursoire envers ses codébiteurs, au risque de se voir opposer leur insolvabilité. Le créancier est donc le gagnant de cette procédure puisqu'il peut exiger le paiement de l'ensemble de la dette à l'un des débiteurs seulement.

En matière commerciale, et contrairement au droit commun, **il y a une présomption de la solidarité passive**. Ceci est cependant contraire à l'article 1202 du Code Civil qui précise **« la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée »**. A défaut, chacun devra sa part de la dette. Le **fondement de cette présomption est un usage ancien** et un arrêt de la Chambre des Requêtes de 1920 ROBIN CONTRE SERENON est venu confirmer cet usage consistant à révéler l'existence d'une présomption en matière de solidarité passive.

Concernant les frontières de cette présomption, elles sont relativement étendues quant aux personnes. En effet, la solidarité passive joue, que les débiteurs soient commerçants ou non commerçants, **dès lors que ces derniers ont accomplis des actes de commerce**. En outre, ce principe est également étendu quant aux obligations qui sont concernées. Cette solidarité **s'applique dès lors qu'est prouvée la nature commerciale de la dette**, et ce quelque soit l'origine de cette dette (contractuelle, quasi-contractuelle, délictuelle, ou bien légale).

Il y a eu des **consécration légales de la présomption de solidarité passive**. Exemple : l'article 1843 de Code Civil consacre cette présomption, l'article L511-44 concernant la lettre de change (« la lettre de change suppose une solidarité passive ») et l'article L221-1 concernant la solidarité passive intervenant dans les sociétés en commandite simple car les commandités ont la qualité de commerçant et donc sont solidaires en matière commerciale.

B. La mise en demeure et les délais de grâce :

La mise en demeure est un **acte enjoignant au débiteur d'exécuter son obligation dans un délai raisonnable**. Cette dernière peut se faire par tout moyen en matière commerciale. Jusqu'à la loi du 9 juillet 1991 il s'agissait d'une différence par rapport à la matière civile, la mise en demeure en droit commun devant passer par un acte d'huissier ou une citation judiciaire. Cela étant, depuis 1991, que l'on se place en matière commerciale ou dans le droit commun, **cette mise en demeure est libre**. Le droit commercial a ainsi influencé le droit commun.

Les délais de grâce sont prévus par l'article 1241-1 du Code Civil. Ces délais sont possibles en matière commerciale, **mais de façon plus restreinte qu'en droit commun** (besoin de rapidité). Ainsi ces délais de grâce sont impossibles en matière d'effet de commerce, et notamment en matière de lettre de change.

C. L'anatocisme :

L'anatocisme consiste à **capitaliser les intérêts échus d'une dette de somme d'argent**. La conséquence de ce dernier est que les intérêts, une fois capitalisés, produisent eux-mêmes des intérêts.

En matière commerciale il y a **une dérogation par rapport aux règles civiles**. En droit civil, l'anatocisme doit résulter soit d'une décision judiciaire, soit d'une stipulation expresse. En outre, cet anatocisme ne peut intervenir qu'au bout d'une année entière en matière civile.

En matière commerciale, l'anatocisme **peut faire l'objet d'une présomption**, et la capitalisation des intérêts peut **intervenir tous les trimestres**.

III. L'inexécution des actes de commerce et le traitement des contentieux commerciaux :

A. L'inexécution des actes de commerce :

La matière commerciale exige que **les transactions soient rapides, et sûres**. Il y a donc un principe juridique qui va s'instaurer en matière commerciale qui va consister à maintenir les relations contractuelles, même dans l'hypothèse d'une inexécution, ou bien d'une exécution partielle.

- En cas d'inexécution partielle ou défectueuse :

On pose comme **principe la réfection du contrat initial**. Cela consiste pour le juge à refaire le contrat, c'est-à-dire à modifier les obligations respectives des parties (cela peut passer par une réduction du prix de la chose, par une réduction du prix de la prestation de service, pour atteindre un équilibre contractuelle). C'est une différence essentielle avec le droit commun. En effet, le droit commun est

régit par l'article 1134 du Code Civil qui pose le principe selon lequel le contrat est la loi des parties. Le juge a donc peu de marge de liberté face au contrat en matière civile.

- **En cas d'inexécution totale :**

Face à cette inexécution **le contractant dispose d'une faculté de remplacement** aux frais de la partie défaillante, c'est-à-dire que le contractant, après mise en demeure, a la possibilité de se procurer les biens qui faisaient l'objet d'une commande. Cette faculté de remplacement est extrajudiciaire (il n'y a pas besoin d'autorisation du juge).

B. Le traitement des contentieux commerciaux :

Le tribunal de commerce : c'est ce dernier qui a en charge le traitement, la résolution des contentieux entre commerçants et non commerçants et des contentieux portant sur les actes de commerce. Le tribunal de commerce intervient en premier ressort, et ce sont des juges non professionnels mais commerçants qui sont élus et bénévoles. Le greffe du tribunal de commerce assure la tenue du registre du commerce et des sociétés.

L'arbitrage : il consiste à faire intervenir des personnes privées désignées par les parties d'un commun accord. Cet arbitrage peut se faire par un compromis d'arbitrage qui intervient lorsque le litige est déjà né. De plus, l'arbitrage peut être prévu par les clauses compromissoires intégrées dans le contrat initial. Cela signifie que la clause compromissoire existe alors que le litige n'est pas encore né.

Quel est l'intérêt pour les parties de choisir la voie de l'arbitrage plutôt que celle du tribunal de commerce ? La première raison est la simplification des procédures, la facilité avec laquelle l'on peut accéder au règlement d'un contentieux. L'organisation de l'arbitrage est plus souple (les parties désignent leur juge). La seconde raison concerne les délais qui sont restreints. En effet, face au tribunal de commerce l'on est intégré dans le processus judiciaire qu'on le veuille ou non, alors qu'en matière d'arbitrage l'on n'est pas soumis à ces règles. La troisième raison concerne la compétence technique des arbitres. Enfin, les frais sont considérablement réduits. Au final, les arbitres rendront une décision de justice qui aura l'autorité de la chose jugée, c'est ce que l'on appelle une sentence arbitrale. Cependant cette décision n'a pas de force exécutoire, et elle ne l'aura que dès lors qu'elle aura reçu l'exéquatur après passage devant le greffe du tribunal de commerce. Donc il faut que le juge appose de son sceaux l'exéquatur pour que la sentence arbitrale soit exécutoire. L'on ne peut se passer d'un juge.

Remarque : la sentence arbitrale a été modifiée et modernisée par un décret de 2011. Ce dernier a mis en place d'avantage de célérité, c'est-à-dire plus de rapidité, d'avantage d'indépendance des arbitres.

IV. L'extinction des actes de commerce :

Il s'agit là d'analyser la prescription, et plus précisément la prescription extinctive. Cette dernière fait obstacle à toute possibilité pour le créancier d'obtenir l'exécution d'une obligation, et ce du fait de son inertie, de sa passivité prolongée. En d'autres termes, la prescription extinctive intervient comme une sanction face à l'inaction du créancier, et elle conduit à libérer le débiteur. L'état de droit a évolué depuis une loi du 17 juin 2008.

- **Etat de droit avant la loi du 17 juin 2008 :**

Le droit civil était soumis à une prescription trentenaire et le droit commercial à **une prescription décennale**. La raison de cette différenciation de prescription s'expliquait par le fait qu'il y avait une compatibilité entre la prescription commerciale et l'obligation qui pèse toujours sur les commerçants de conserver leurs documents comptables pendant 10 ans.

- **Depuis la loi du 17 juin 2008 :**

Aujourd'hui, c'est **un délai de 5 ans** qui est prévu, que l'on se place dans le droit commun, ou bien que l'on se place dans le champ commercial. Ce principe de la prescription quinquennal est celui que l'on **applique également pour les actes mixtes.** Ce délai est plus sévère qu'antérieurement, ce qui oblige le commerçant à être plus prudent, plus diligent quant au recouvrement de ses créances. Un délai en deca de 5 ans, peut être prévu par la convention ou par la loi (exemple d'un délai de prescription de 3 ans pour les effets de commerce et d'une prescription d'un an pour les contrats de transport).

Chapitre 4 : Les actes mixtes

I. Définition des actes mixtes :

Les actes mixtes sont les actes passés entre des commerçants et des non commerçants ou bien entre des commerçants et d'autres commerçants mais agissant pour la satisfaction de leurs besoins personnels et non pas professionnels. D'après un arrêt de la Chambre Civile de 1977 ce commerçant doit donc être assimilé à un non commerçant.

La caractéristique de l'acte mixte est qu'il présente **pour l'une des parties un caractère commercial**, et **pour l'autre partie un caractère civile**. Cela va poser un souci concernant le régime juridique, **faut-il appliquer les règles de droit civil ou de droit commercial ?** Quoi qu'il en soit, les actes mixtes sont en pratiques **les actes les plus nombreux**.

Le domaine dans lequel l'on trouve ces actes mixtes **est le domaine contractuel**. Exemple du contrat de travail : pour le salarié le contrat de travail est un acte civil, mais pour le commerçant qui embauche ce contrat de travail intervient comme un acte commercial. Ces actes interviennent aussi dans **le domaine quasi-contractuel**, ainsi que **le domaine délictuel**. Sont en revanche **excluent de ce caractère mixte les lettres de change**.

II. Régime juridique des actes mixtes :

Il y a **un principe** et **une exception** concernant ce régime.

A. Le principe : l'application distributive des règles :

Ce principe de l'application distributive signifie que l'on va **appliquer les règles du droit commercial à l'encontre du commerçant**, et l'on va **appliquer les règles de droit civil à l'encontre du non commerçant**.

Nous allons ci-dessous voir dans quels domaines cette application distributive va intervenir.

1. Les règles de preuve :

Concernant ces règles de preuves il y a deux situations :

- Si c'est le non commerçant qui souhaite opposer un moyen de preuve au commerçant : dans ce cas nous allons **appliquer les règles de droit commercial** car l'on applique à l'encontre du commerçant ses règles et inversement. En matière de preuve, le non commerçant, face au commerçant, dispose donc d'une liberté de la preuve, tel que cela est énoncé à l'article L110-3.
- Si c'est le commerçant qui souhaite opposer au non commerçant un moyen de preuve : dans ce cas il doit impérativement **recourir aux règles du droit civil**, c'est-à-dire l'article 1341 du Code Civil qui exige une preuve écrite au-delà de 1500 euros.

Cette application distributive des règles en matière probatoire a **fait l'objet de critiques** dans la mesure où le commerçant est finalement contraint de se ménager une preuve écrite lorsqu'il est face à un non commerçant. La jurisprudence admet tout de même **certains assouplissements** :

- Assouplissement conventionnel : il peut y avoir **des conventions sur les modes de preuves**.
- Si le commerçant prouve une impossibilité morale de faire signer un document écrit à un client : la jurisprudence accepte que même face à un acte mixte l'on peut **se passer d'une preuve écrite** lorsque l'on est face à un non commerçant.
- Impossibilité de recours à un écrit du fait des usages : en matière de vente d'animaux sur une foire, l'arrêt de la Chambre commerciale de 2011 admet **l'impossibilité de recourir à un écrit du fait des usages**.

2. La solidarité passive :

La solidarité passive **sera présumée à l'égard des codébiteurs commerçants**. En revanche, aucune présomption ne pourra jouer face aux codébiteurs non commerçants (Chambre Commercial arrêt de 2006).

3. La compétence du tribunal :

Il faut distinguer deux situations :

- Si c'est le commerçant qui souhaite assigner le non commerçant en justice : dans ce cas il doit **le faire devant les juridictions civiles**, c'est-à-dire le TI ou le TGI suivant la valeur du litige.
- Si c'est le non commerçant qui souhaite assigner le commerçant en justice : dans ce cas il a **le choix entre le tribunal de commerce et une juridiction civile**.

Cette logique de répartition peut être remise en cause par **l'insertion dans l'acte mixte d'une clause de compétence** en faveur du tribunal de commerce. Une telle clause est valable, mais elle est inopposable aux non commerçants. Cela signifie que si finalement c'est le commerçant qui assigne le non commerçant en justice, la clause est inopposable au non commerçant, et donc le commerçant devra obligatoirement assigner le non commerçant devant les juridictions civiles. En revanche, la clause reste valable et applicable lorsque c'est le non commerçant qui assigne le commerçant en justice. Cela signifie que le non commerçant perd son droit de choisir entre les juridictions civiles et commerciales puisqu'on devra obligatoirement assigner le commerçant devant le tribunal de commerce.

B. L'exception : l'unicité de la règle applicable :

Dans certains cas il n'est **pas possible de faire jouer une application distributive** mais il faut appliquer une seule règle (soit civiles, soit commerciales). Il s'agit des cas que nous allons voir ci-dessous.

1. La prescription extinctive :

Il est impossible que la prescription puisse jouer pour l'un et ne puisse pas jouer pour l'autre. La prescription extinctives ne peut s'envisager qu'au regard de l'ensemble de l'acte mixte. On va

appliquer de façon unitaire l'article L110-4 du Code du Commerce qui dispose « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants, se prescrivent par 5 ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes ».

2. Les clauses dérogatoires à la compétence territoriale :

L'insertion dans un acte mixte de clauses dérogatoire de compétences territoriales est impossible, de **telles clauses sont nulles**. En effet, cela est contraire à l'article 48 du Code de procédure civile.

Cela va même plus loin, puisque cette nullité de la clause demeure même si le non commerçant revendique l'application de la clause. Il ne pourra donc y avoir ces clauses dérogatoires de compétence territoriale **que dans des actes de commerce purs**, c'est-à-dire passés entre des commerçants.

3. Les clauses compromissoires :

Rappelons que les clauses compromissoires consistent à inclure dans le contrat un compromis qui consiste à traiter le contentieux en faisant intervenir des personnes privées désignées par les parties. Dans un acte mixte, **de telles clauses compromissoires sont nulles** de nullité absolue, c'est-à-dire que cela s'applique à tout le monde et que le non commerçant ne peut pas y renoncer.

PARTIE II : LES SUJETS DU DROIT COMMERCIAL : LES COMMERCANTS

Analyser les sujets du droit commercial revient à s'intéresser à ceux qui font le commerce, c'est-à-dire les commerçants au sens de l'article 121-1 du Code de Commerce qui dispose « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Cela étant, on ne peut occulter l'étude d'un certains nombres de professionnels qui, bien qu'étant non commerçants, se voient appliquer un certain nombre de règles de droit commercial, au premier rang desquelles l'on trouve les règles en matière de redressement et de liquidation judiciaire. Cette application du droit commercial à d'autres professionnels que les commerçants se fait de deux façons :

- La première est légale et prévue par un texte : on applique les règles du droit commercial car les textes qui régissent ces professionnels non commerçants prévoient que telle ou telle règle s'applique à eux.
- La deuxième est illégale : on applique les règles du droit commercial parce que le professionnel non commerçant use abusivement d'une qualité de règles qu'il ne détient pas. En d'autres termes, bien que non commerçant ce professionnel va agir comme un commerçant.

Chapitre 1 : La commercialité et la para-commercialité : les professionnels non commerçants

I. L'artisan :

Statistiquement, l'artisanat représente **l'activité économique la plus variée** du point de vue des activités elles mêmes (haute couture, boucher, charcutier...). D'un point de vue économique l'on évalue les entreprises artisanales à 830 000, ce qui **représente 10% de la population active**.

A. L'évolution du statut de l'artisan :

De l'ancien droit au XIX^{ème} siècle : dans l'ancien droit il n'y avait aucune différence entre un artisan et un commerçant. Ces personnes appartenaient simplement à des corporations différentes. Le Code du commerce de 1807 ne parle ainsi pas des artisans car il n'a pas jugé utile de différencier ces différentes catégories professionnelles. Par voie de conséquence, durant tout le XIX^{ème} siècle les artisans se voient appliquer les règles de droit commercial (ils avaient tendance à les fuir).

Au XIX^{ème} siècle : à cette époque il y a eu une crainte au regard des artisans. Il s'agit de la période de la révolution industrielle et l'on a pensé qu'elle allait faire disparaître l'artisanat. Cela n'a pas été cas car l'artisanat est à l'opposé de l'industrie

Du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle : du fait de la révolution industrielle l'on voit qu'il y a une différenciation entre l'artisanat et l'industrie, donc entre un artisan et un commerçant. On s'aperçoit qu'est devenu nécessaire une différenciation juridique du commerce et de l'artisanat. C'est la jurisprudence qui a procédé en premier lieu à cette différenciation et que donc l'on ne devait plus appliquer les règles de droit commercial. Un arrêt de la Chambre des requête de 1909 dispose **« l'artisan se distingue du commerçant en ce que ses revenus professionnels proviennent essentiellement de son travail manuel et qu'il ne spéculé ni sur les matières premières, ni sur le travail d'autrui »**. Dès le début du XX^{ème} siècle **l'artisan acquiert donc un statut civil**. Les critères de définition et de différenciation entre commerçants et artisans restent cependant très vagues. La première moitié du XX^{ème} siècle va ainsi rester gouverner par cette logique de différenciation. Dès la 2nd guerre mondiale va se produire un changement de logique et progressivement un mouvement s'est amorcé **en vue de rapprocher les artisans des commerçants**.

Remarque : un décret de 1956 permet d'appliquer au commerçant la location gérance. Une loi de 1957 permet aux artisans de bénéficier du statut des baux commerciaux et notamment le droit de bénéficier au renouvellement du bail commercial. Une loi de 1985 applique les procédures de redressements et liquidations judiciaires à l'artisan. Une loi de 2001 leur donne la possibilité de recourir à l'arbitrage.

Au XXI^{ème} siècle : l'évolution du **statut de l'artisan aboutit à un statu quo ante** (on revient à la situation de l'ancien droit). Aujourd'hui il y a tout de même des différences qui perdurent entre artisan et commerçant. Ainsi, mis à part les procédures de redressement et de liquidation judiciaire, les artisans sont justiciables des juridictions civiles. De plus, l'organisation professionnelle de l'artisanat tourne autour des chambres des métiers et de l'artisanat (organisation professionnelle

propre). En outre, leur immatriculation est propre et elle se fait au répertoire des métiers. La présomption de solidarité passive ne leur est pas applicable. En outre, la liberté de la preuve ne leur est pas opposable. La prescription est celle qui est relative au droit civil et non au droit commercial. Ainsi le **statut de l'artisan est hybride**.

B. Les critères de définition de l'artisan :

Suivant une distinction classique il convient d'analyser **les critères qui résultent de la loi**, et **ceux qui résultent de la jurisprudence**.

1. Définition de l'artisan d'un point de vue légal :

C'est la **loi du 5 juin 1996 RAFFARIN** qui a conduit à l'émergence d'une définition qui repose sur les conditions nécessaires pour se voir reconnaître ce statut. Cela est paradoxal dans la mesure où **l'accès à l'artisanat est théoriquement libre** car on se réfère à la liberté du commerce et de l'industrie.

Selon l'auteur **BRUNO PETIT** l'artisan se définit comme « un professionnel indépendant, exerçant une activité à prépondérance manuelle et dirigeant une entreprise de faible dimension ». Etudions ces différents critères :

- **Le premier critère est donc l'activité de l'entreprise artisanale** : il doit s'agir d'une activité de production, de transformation, de réparation, ou de prestation de service. L'artisanat doit intégrer les domaines du bâtiment, de l'alimentation, de la fabrication ou du service. Cette activité artisanale peut être réalisée à titre principal ou à titre secondaire, ce qui signifie que le statut d'artisan n'est pas exclusif d'un autre statut, et notamment de celui de commerçant (un artisan peut être commerçant. Dans un tel cas on exige la double inscription).
- **Le second critère est l'indépendance de l'entreprise artisanale** : cela signifie que l'artisan doit être autonome dans l'exercice de son activité, ce qui exclue le salariat car ce dernier suppose un lien de subordination. Ce critère d'indépendance ne permet pas de distinguer l'artisan du commerçant (un commerçant est aussi indépendant).
- **Le troisième critère est la dimension de l'entreprise artisanale** : l'entreprise artisanale ne doit pas excéder 10 salariés, apprentis non inclus. Cela ne distingue toujours pas l'artisan du commerçant.
- **Le quatrième critère est la qualification professionnelle** : l'accès à l'artisanat est libre, cela étant pour des questions liées à la protection de l'intérêt général le législateur peut soumettre l'accès à certaines professions à une expérience, un diplôme, bref une qualification professionnelle. Derrière cette protection de l'intérêt général il peut y avoir la dangerosité de l'activité, la technicité de l'activité, les impacts sur les consommateurs en termes de santé publique. Un décret de 1998 dispose que la qualité de commerçant est reconnue de droit à une personne justifiant d'un certificat d'aptitudes professionnelles, aux personnes justifiant d'un brevet d'études professionnelles, aux personnes justifiant d'une immatriculation dans le métier d'une durée de 6 ans au moins, ou d'un titre équivalent. Il faut donc **dissocier la qualité de l'artisan de l'exercice d'une activité artisanale**. Au-delà de la qualité d'artisan on distingue la qualité d'artisan d'art et maître artisan.
- **Le cinquième critère est l'inscription au répertoire des métiers** : c'est la loi de 1996 qui prévoit cela et l'artisan doit se faire immatriculer dans ce répertoire présent dans le ressort de

chaque chambre des métiers et de l'artisanat. Au plan national il y a un répertoire centralisé à l'INPI. Cette inscription est importante puisque seules les personnes inscrites peuvent se prévaloir des titres précisés ci-dessus. La demande d'inscription doit être faite un mois avant le début de l'activité. En cas de modification de l'activité, celle-ci doit être déclarée dans le délai d'un mois et si la personne ne remplit plus les conditions pour être artisan, elle doit demander sa radiation dans le délai d'un mois. Les tiers peuvent se voir communiquer certains extraits de ce registre.

En conclusion **ces critères légaux sont insuffisants.**

2. Définition de l'artisan d'un point de vue jurisprudentiel :

Il y a différents critères qui sont présents dans cette définition de l'artisan d'un point de vue jurisprudentiel :

- **La référence eau travail manuel** : incontestablement l'artisan est un travailleur manuel. Cela pose un problème car l'article L110-1 du Code du Commerce dispose qu'est un acte de commerce toute entreprise de manufacture. L'artisan doit utiliser ses mains, l'utilisation d'une machine doit être accessoire.
- **Les travaux unitaires ou de courte série** : c'est la conséquence de l'importance accordée au travail manuel. Un artisan ne doit pas être dans une logique de production de masse. Il ya donc entre l'artisan et le client une personnalisation de la relation.
- **L'absence de spéculation et de réalisation d'acte de commerce** : la jurisprudence reconnaît que l'artisan est un professionnel qui s'investit personnellement et qui ne spéculé pas sur les marchandises ou le travail d'autrui. En d'autres termes, l'artisan n'est pas amené à réaliser de façon habituelle des actes de commerce.

II. L'agriculteur :

L'activité agricole a **une nature civile**, ce qui est énoncé par l'article L311-1 du Code Rural issu de la loi de 1988 qui dispose **« les activités agricoles sont celles qui correspondent 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 »**. La définition de l'agriculture aujourd'hui s'écarter de toute référence au sol pour deux raisons : il existe des cultures hors sol et l'article L311-1 considère comme activités agricoles les cultures marines. Cela étant les activités agricoles, outre celle que l'on vient de citer, sont également la préparation et l'entraînement des équidés domestiques, en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacles.

L'article L311-1 nous renvoie à **des activités annexes à l'exploitation agricole** auxquelles l'on applique les règles du Code Rural (vacances à la ferme).

Il n'empêche que malgré les spécifiés des activités agricoles, aujourd'hui **de nombreuses règles de droit commercial tendent à s'appliquer à l'agriculteur**. Certes un agriculteur ne réalise pas un acte de commerce lorsqu'il vend ses produits car l'on ne rentre pas véritablement dans un achat en vue de la revente. Cependant certaines règles de droit commercial ou proche de celui-ci s'appliquent

quelque fois : c'est le cas pour le devoir d'immatriculation de l'agriculteur, l'application des baux ruraux à l'agriculteur (ce statut est proche de celui des baux commerciaux), la création possible d'un fond agricole au même titre que le commerçant doit créer un fond de commerce et l'application des règles relatives au redressement et à la liquidation judiciaire.

III. Les professions libérales :

A. Le statut des professions libérales :

C'est une règle coutumière qui estime que **les membres d'une profession libérale ne sont pas soumis aux dispositions du droit commercial**, de sorte qu'initialement ils n'étaient pas justiciables des tribunaux de commerce et les règles relatives au redressement et à la liquidation judiciaire ne leur étaient pas applicables.

Ces **professions libérales possèdent une nature civile**, cela étant comme l'artisan et comme l'agriculteur ces professionnels se voient **appliquer des règles du droit commercial**. Par exemple la loi de juillet 2005 applique aux membres des professions libérales les règles relatives à la faillite de sorte qu'ils deviennent justiciables des tribunaux de commerce. En outre ces membres ont la possibilité de créer un fond libéral, ils peuvent procéder à une cession de clientèle.

B. Les critères de définition des professions libérales :

Il y a tout de même certaines **spécificités de ce statut de membre d'une profession libérale**. En ce qui concerne le domaine, il s'agit de toutes les professions juridiques (avocats, officier ministériels, commissaire aux comptes), le médical (médecins, dentistes, vétérinaires, mais non les pharmaciens), les professions libérales en matière d'expertises (expert comptable, expert automobile, architecte), l'enseignement (les autos écoles, les écoles de voile). Il y a différents critères de définition qui permettent de distinguer les professions libérales:

- **Le premier critère est le concept de prestation personnelle** : en effet le membre d'une profession libérale va rendre un service à un client, à un patient et ce en toute indépendance et dès lors qu'il y a un rapport hiérarchique l'on ne devrait pas considérer ce professionnel comme relevant d'une profession libérale.
- **La deuxième caractéristique est la prestation personnalisée** : en effet la prestation de service effectuée se fera conformément aux intérêts du client ou patient, et va s'instaurer une relation de confiance qui peut exister mais qui n'est pas exigée pour définir un commerçant.
- **La troisième caractéristique est la prestation de nature intellectuelle** : c'est-à-dire que cette prestation ne doit pas consister en la fourniture d'une chose, ou bien dans l'exécution d'une tâche matérielle, ou du moins cela ne doit pas être l'activité principale. Cour de Cassation Commerciale 2006 : la question s'est posée de savoir quelle nature revêtait l'activité d'expertise et de diagnostic en matière immobilière. Dans cet arrêt le juge a décidé que, certes l'expert apporte un avis et donc cette activité est en partie intellectuelle, mais en partie seulement. La Cour précise que ce type d'activités est relèvé d'une entreprise de fourniture au sens de l'article L110-1 sixièmement.

Chapitre 2 : La commercialité subjective : les professionnels commerçants

I. La reconnaissance de la qualité de commerçant :

C'est l'article L121-1 qui nous donne la définition du commerçant qui dispose « **sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle** ». Il y a une forte **indépendance entre le concept d'acte de commerce et le concept de commerçant**. Il ya deux conditions posées pour définir le commerçant, d'une part l'exercice des actes de commerce, d'autre part l'exercice à titre de profession habituelle. Il y en a cependant un troisième qui consiste en l'indépendance dans cet exercice.

Ce n'est pas parce que ces critères seront réunis que pour autant la qualité de commerçant sera retenue. En effet, dès lors qu'une personne use de la lettre de change de façon habituelle pour les besoins de son activité professionnelle, et bien s'il ne détient pas initialement la qualité de commerçant, la réalisation de tels actes de commerce **ne suffit pas à lui conférer la qualité de commerçant**.

En outre, la réunion des trois critères cités précédemment, hors lettre de change, **suffit pour reconnaître la qualité de commerçant**, même **si l'activité en question est prohibée pour l'intéressé** (Chambre Commerciale 1970 : il s'agissait d'un notaire qui effectuait des activités bancaires. Il n'empêche, dès lors que le notaire réunis les trois conditions posées, l'on va lui reconnaître la qualité de commerçant de fait) ou bien **si la personne n'est pas rattachée traditionnellement à la commercialité** (Chambre Commerciale 2006 concernant l'association qui s'était vue reconnaître la qualité d'activité d'intermédiaire et donc on lui avait reconnu la qualité de commerçant de fait).

A. L'exercice des actes de commerce :

Cet exercice de l'acte de commerce est **absolument nécessaire** pour que soit reconnue la qualité de commerçant. D'un point de vue matériel, **l'activité du professionnel doit relever du commerce**. C

et exercice de l'acte de commerce est donc nécessaire, mais insuffisant car un commerçant n'est pas systématiquement celui qui exerce des actes de commerce puisque des actes de commerce ne sont pas systématiquement réalisés par des commerçants (exemple de la lettre de change qui n'est pas systématiquement rattachée à un commerçant).

B. L'exercice à titre de profession habituelle :

Il faut que le commerçant **accomplisse habituellement des actes de commerce**, c'est-à-dire que l'on doit constater une certaine répétition, constance, durée dans la réalisation de ces actes. Si on ne parvient pas à prouver cette constance, l'on **doit exclure la qualité de commerçant** (exemple Chambre Commerciale de 1990 : l'organisation de certains bal payant ne suffisait pas à caractériser une certaine constance).

Le législateur **utilise le concept de profession** pour définir l'exercice à titre professionnel, alors même que juridiquement ce concept n'est pas défini. Il a donc été défini de différentes manières par la doctrine.

- Donc, selon la doctrine il s'agit de l'activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les revenus nécessaires à son existence.
- Selon une autre définition de **DECOCQ** il s'agirait de l'activité continue et régulière qui consiste en la répétition d'actes de même nature ayant pour but la recherche d'un profit régulier qui permet à celui qui l'exerce de satisfaire aux besoins de son existence.
- Selon une autre définition la profession suppose que celui qui l'exerce en retire ses moyens de subsistance et cela suppose donc un objectif lucratif.
- Définition de la jurisprudence de la Cour d'Appel de Paris 1906 : il s'agit d'une occupation sérieuse de nature à produire des bénéfices et à subvenir aux besoins de l'existence.

Au regard de ces définitions, dès lors que les actes de commerce sont exercés de façon isolée, ou bien accessoirement à une activité civile (acte civil par accessoire), **la condition de profession habituelle doit être écartée**. Pour que cette condition de profession habituelle soit remplie il n'est pas nécessaire que le commerce constitue l'activité exclusive de la personne.

Est-ce que pour autant l'activité commerciale doit être l'activité principale de l'intéressé ? On peut s'engager vers un critère temporel, ou vers un critère économique. Concernant cette question rien n'est donc figé car la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée.

C. L'exercice à titre personnel et indépendant :

Cette condition n'est pas posée précisément par l'article L121-1, **mais c'est la jurisprudence qui l'a déduite de la liberté du commerce et de l'industrie**. Cette dernière date de la période révolutionnaire (décret d'Allard et loi Chapelier). Cette liberté est une liberté individuelle, c'est-à-dire que le commerce est une activité qui se fait par soi-même à titre indépendant. Cela signifie que le commerçant décide d'agir en son nom et pour son propre compte avec une prise de risque, c'est-à-dire que l'exercice du commerce se fait aux risques et périls de la personne elle-même.

Cet exercice à titre indépendant conduit à **exclure du champ de la commercialité des relations de subordination ou de représentation**. Sont ainsi exclus de la qualité de commerçant :

- **Les salariés**.
- **Les gérants salariés** : un propriétaire d'un fond de commerce n'exploite pas lui-même ce fond, mais l'exploite par le biais d'un contrat de location gérance.
- **Les voyageurs représentants placiers (VRP)** : il s'agit d'intermédiaires et normalement selon la théorie de **THALLER** on devrait leur reconnaître le statut de commerçant, d'autant qu'ils ont la mission de démarcher la clientèle et de placer auprès d'un commerçant un produit d'un fabricant ou d'un grossiste. Ils sont autonomes dans l'exercice de leur activité, mais ils restent juridiquement liés au fabricant ou au grossiste et donc il y a l'existence d'un lien de subordination et l'application du droit du travail.
- **Les agents commerciaux** : c'est l'article L134-1 du Code de Commerce qui définit ce qu'est un agent commercial et il précise que l'agent commercial est un mandataire, donc même si l'article ne précise pas que l'agent commercial n'est pas un commerçant et bien il découle de

cette fonction de représentation l'exclusion de la qualité de commerçant envers un agent commercial. Arrêt Chambre commerciale 2010 : cet arrêt précise qu'un agent commercial n'est pas un commerçant car il n'a pas de clientèle propre.

- **Les vendeurs à domicile indépendants** : leur statut est issu de la loi de 2008. Il s'agit d'une nouvelle catégorie de professionnels proches des commissionnaires.
- **Les dirigeants et mandataires sociaux** : ce sont les organes de représentation et de direction des sociétés. En effets, ce sont les sociétés qui ont la qualité de commerçant, et non pas les dirigeants ou les commerçants.
- **Les gérants mandataires** : on retrouve le contrat de location gérance sous forme d'un contrat de mandat et donc c'est simplement le mandant qui aura la qualité de commerçant et non le mandataire.

Il y a des catégories de professionnels ou la question de la commercialité peut se poser (est ce qu'ils sont des commerçants ?) :

- **Le commissionnaire** : les entreprises de commissions effectuent des actes de commerce selon le Code du Commerce, et donc elles détiennent la qualité de commerçant. Mais il n'empêche qu'il s'agit de commerçants particuliers puisqu'ils agissent en leur nom, mais pour le compte d'autrui.
- **Les concessionnaires** : ce sont des commerçants. Le contrat de concession est un contrat qui prévoit un approvisionnement exclusif auprès d'un fabricant, mais les achats et les ventes des produits se font en leur nom. Il n'y a de dépendance que dans l'approvisionnement.
- **Les franchisés** : ils sont commerçants car ils achètent et ils revendent pour leur propre compte même s'ils utilisent une enseigne ou bien des procédés commerciaux propres à l'enseigne.

D. La situation du conjoint ou du partenaire du commerçant :

1. L'exercice séparé d'une activité commerciale :

L'article L12-3 du Code de Commerce dispose « le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux ».

Selon un article de l'ancien Code du Commerce de 1807 « la femme mariée n'est réputée commerçante que si elle ne fait que détailler les marchandises de son mari, elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé ». Tout cela a fait l'objet d'une évolution. Une loi de 1907 va maintenir la femme dans un état d'incapacité juridique, mais cette loi lui reconnait le droit de disposer librement de ses gains. Par la suite une loi de 1938 va supprimer l'incapacité de la femme, cela étant on ne lui reconnaît pas la possibilité d'exercer une profession commerciale. Une loi de 1942 va reconnaître pour la femme mariée la possibilité d'exercer une profession libérale sans l'autorisation du mari, qui dispose néanmoins d'un droit de veto s'il invoque l'intérêt de la famille. Une loi de 1965 va supprimer ce droit d'opposition du mari et une loi de 1985 pose le principe de l'égalité entre époux. Ainsi d'après l'article 223 du Code Civil « chaque époux peut exercer librement une profession, percevoir des gains et salaires, et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ».

En ce qui concerne les conséquences du mariage en matière commerciale, l'existence du mariage constitue une mention obligatoire qui doit être inscrite au registre du commerce et des sociétés. Antérieurement à l'ordonnance de 2005, il était même prévu que le contrat de mariage soit publié dans ce registre.

2. L'exercice en commun d'une activité commerciale :

Les **modes de participation d'un conjoint ou d'un partenaire** à l'exploitation d'un fond de commerce de son époux sont divers :

- **Soit le conjoint intervient de manière égale avec son époux dans cette exploitation** : c'est à dire qu'ils assurent tous les deux la direction de l'exploitation. On dit qu'ils co-exploitent.
- **Soit le conjoint ne fait qu'assister son époux dans l'exercice de sa profession commerciale** : depuis la loi du 10 juillet 1982 la situation de cet époux qui ne fait que participer à cette activité commerciale s'est clarifiée. Suivant l'article L212-4 du Code de Commerce, **cet époux opte pour l'un des trois statuts** suivant : collaborateur, salarié, associé. Jusqu'à la loi de 2005, cette option n'était qu'une faculté pour le conjoint. Depuis cette loi **il s'agit d'une obligation**. Si ce n'est pas le cas la personne pourra être poursuivie pour travail dissimulé. C'est la loi de 2008 de modernisation de l'économie qui a étendue cette obligation au partenaire d'un pacs. Cette dernière a également créé l'obligation de mentionner le statut choisi au greffe du Tribunal de Commerce. **Qu'en est-il du concubin d'un commerçant ?** Et bien pour l'instant le concubin reste extérieur à ces différents statuts.

Quelque soit le statut choisi, l'époux qui coopère à l'exploitation du fond de son conjoint **ne peut se voir lui-même reconnaître la qualité de commerçant**.

2.a. Le conjoint co-exploitant :

Il y a eu une discussion doctrinale sur le fait de savoir si le statut de co-exploitant était toujours envisageable au regard de la rédaction actuelle de l'article L121-3. En effet, tel qu'il est rédigé, cet article **écarter la qualité de commerçant pour l'époux qui co-exploite** une activité commerciale. Cet article qui exclue la qualité de commerçant lorsque les deux co-exploitent une activité commerciale a un objectif de protection de l'un des membres du couple puisque le commerce est une activité risquée. Cette ambition est louable, la doctrine a fait remarquer que cette lecture que l'on pouvait faire de l'article L121-3 est contraire à la réalité.

La jurisprudence a **dégagée une solution** dans un arrêt de la Chambre Commerciale de 1994. Elle a décidé qu'un conjoint co-exploitant **peut avoir la qualité de commerçant** dès lors qu'il accomplit de manière indépendante des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. La jurisprudence décide que la présomption inscrite à l'article L121-3 du Code de Commerce n'est qu'une présomption simple, donc elle décide de ne **pas exclure la qualité de commerçant de fait** au profit du conjoint co-exploitant. Pour reconnaître cette qualité que le conjoint co-exploitant remplisse les conditions de l'article.

La jurisprudence reconnaît donc à ce conjoint **la qualité de commerçante fait**, ce qui signifie qu'il ne sera pas inscrit au registre des commerces et des sociétés. Il ne bénéficie pas des règles du droit commercial, en revanche on peut lui opposer les règles de droit commercial.

2.b. Le conjoint ou partenaire collaborateur :

Ce statut est prévu par les textes. Le conjoint ou partenaire collaborateur est celui qui exerce une activité professionnelle au sein de l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code Civil. Cette qualité de conjoint ou partenaire collaborateur doit faire l'objet **d'une déclaration au registre du commerce et des sociétés**. Le texte précise que cette **collaboration doit être régulière** car l'article précise que les conjoints qui exercent à l'extérieure de l'entreprise une activité salariée d'une durée au moins égale à la moitié de la durée légale de travail ou une activité non salariée sont présumés ne pas exercer dans l'entreprise une activité professionnelle de manière régulière. Cela signifie donc que l'on ne peut pas caractériser de collaboration. Donc pour être un partenaire conjoint collaborateur il faut passer au moins 17h30 de temps par semaine à l'activité familiale.

Ce conjoint ou partenaire collaborateur dispose d'un mandat pour l'accomplissement des actes d'administration concernant l'activité commerciale, et donc du fait de ce mandat, de cette fonction de représentation, le conjoint partenaire collaborateur **ne peut pas se voir reconnaître la qualité de commerçant**. Il n'agit pas en son propre nom, mais au nom de son conjoint commerçant.

S'il n'est pas commerçant, le conjoint partenaire collaborateur est tout de même éligible et électeur auprès des chambres de commerce et de l'industrie, et des Tribunaux de Commerce.

2.c. Le conjoint ou partenaire salarié :

Très tôt, la jurisprudence a **admis l'existence possible d'un contrat de travail entre époux dans un cadre commercial** (arrêt du 8 novembre 1937).

Cette solution n'allait pas de soi puisqu'un contrat de travail suppose, outre le versement d'une rémunération, l'existence d'un bien de subordination entre employeur et employé. Or, un tel contrat de travail bâti sur le critère tenant au rapport hiérarchique vient contrarier un principe essentiel en droit de la famille **qu'est celui de l'égalité entre les époux**. Malgré cette contrariété, la solution envisagée par la jurisprudence était pleinement justifiée. En effet, le salarié bénéficie de toutes les protections du droit du travail, donc cette solution trouve pleine légitimité. Deux conditions sont posées pour que soit reconnu le statut de conjoint salarié d'après l'article 121-4 du Code de Commerce

- **Le conjoint doit travailler de façon habituelle et professionnelle à l'activité commerciale de l'autre** : on exclu donc et on réprime tout caractère fictif de la participation de l'époux. Cependant, il n'est pas nécessaire que cette activité effective du conjoint soit exclusive et donc, on peut très bien envisager une participation à temps partielle.
- **Le conjoint salarié doit recevoir une rémunération horaire au moins égale au SMIC**.

La chambre sociale de cassation a tenu à **mettre à l'écart le critère de subordination** envers le rapport conjugal. Il peut exister un rapport hiérarchique, mais s'il n'existe pas on n'écarte pas l'existence juridique du contrat de travail (arrêt du 6 novembre 2001). De plus, la chambre a été plus loin avec l'arrêt du 13 décembre 2007. En l'espèce une femme qui divorce demande la reconnaissance de son statut de conjoint salariée. Malgré l'absence de salaire, il lui a été reconnu, et l'ex-mari a du lui verser les indemnités de licenciement et ses salaires.

Ce statut **est protecteur pour le conjoint salarié**, mais on peut se demander si c'est le plus pertinent pour le commerçant lui-même. En effet, ce n'est pas le cas puisqu'il y a paiement des charges sociales.

2.d. Le conjoint ou partenaire associé :

La loi du 23 décembre 1985 portant réforme des régimes matrimoniaux accorde **la possibilité aux époux d'être seul ou ensemble associés à une société**, quelle que soit sa forme. Une fois ce statut d'associé accordé, les deux associés auront un pouvoir de participation à la gestion et l'administration de la dite société.

E. La situation du commerçant étranger :

Il convient d'apporter une précision tout d'abord. Il y a les étrangers de l'Union Européenne, ceux qui relèvent de l'espace économique européen, les Suisses, et les autres.

1. Les commerçants étrangers à statut simplifié :

Conformément à l'art 122-1 les commerçants étrangers à statut simplifié sont les commerçants ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne ou d'un Etat parti à l'accord sur l'espace économique Européen (Norvège, Lichtenstein, Islande), ou de la confédération Suisse.

S'agissant **des commerçants ressortissants de l'Union Européenne**, ils bénéficient de règles propres au droit communautaire comme la libre circulation des personnes et des marchandises, la libre prestation de service et liberté d'établissement. C'est-à-dire que ces étrangers ne peuvent se voir opposer une quelconque restriction en matière commerciale sous peine d'être victimes de discrimination. Exemple : la forme par d'une autorisation préalable, ou ajout d'une condition pour exercer cette activité.

S'il existe en France des restrictions quelconque pour accéder à telle ou telle autres professions commerciales, il faut **qu'elles s'appliquent à tout ressortissant français ou de l'Union Européenne**.

2. Les commerçants étrangers des pays tiers :

D'après l'article 122-1 du Code de Commerce, un étranger qui exerce sur le territoire français sans y résider une profession commerciale, industrielle ou artisanale, **doit procéder à une déclaration devant le préfet du département** où il envisage d'implanter son activité. On remarque qu'il y a de vraies libéralités.

II. Limitations à la reconnaissance de la qualité de commerçant :

Avant de voir ces limitations, il faut s'attacher à leur objet.

A. La liberté du commerce et de l'industrie :

1. Assises textuelles et jurisprudentielles de la liberté du commerce et de l'industrie :

Les principaux textes sont issus de la période révolutionnaire :

- **Le décret d'Allard des 2 et 17 mars 1791** : il pose le principe de liberté du commerce et de l'industrie, mais c'est aussi le terme des restrictions qui sont apportées à ce principe. L'article 7 dispose ainsi « il sera libre à toute personne de faire telle négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente (taxe), d'en acquitter le prix et de se conformer au règlement de police qui sont ou pourront être faits ».
- **La loi le Chapelier 14 et 17 juin 1791** : elle libère l'accès aux professions commerciales en faisant disparaître les corporations de métier.
- **La loi Royer du 27 décembre 1793** : elle réaffirme que la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales.

La jurisprudence a donné valeur juridique de ces libertés dans un arrêt du Conseil d'Etat de 1960 MARTIAL DE LABOULAV qui précise que **la liberté du commerce et de l'industrie est un principe général du droit**. C'est donc un principe supra-décrétale mais infra-législatif. C'est une liberté publique.

Le Conseil Constitutionnel, dans un arrêt de 1982 NATIONALISATION a reconnu la liberté du commerce et de l'industrie **comme une liberté fondamentale, qui ne peut souffrir de restrictions arbitraires ou abusives**. Ce n'est cependant pas une liberté fondamentale à valeur constitutionnelle. C'est une composante de la liberté individuelle, qui peut faire l'objet de restrictions, et n'est pas absolue.

Enfin la CJCE, dans une décision de 1974 a considérée que **la liberté du commerce et de l'industrie a un effet direct** qui doit prévaloir sur les dispositions de droit interne.

2. Les éléments constitutifs de la liberté de commerce et de l'industrie :

2.a. La liberté d'entreprendre :

Selon **GEORGE DECOCO**, la liberté consiste pour toute personne à **être libre de créer une entreprise dans le domaine de son choix**. C'est le soubassement du commerce et de l'industrie, et c'est de cela que traitait le décret d'Allard.

De façon absolue, ce principe de la liberté d'entreprendre suppose qu'il n'y ait **aucune restriction quant au nombre de personnes pouvant accéder au commerce**. En d'autres termes, on ne peut pas poser de numerus clausus.

Vu d'un point de vue absolu, ce principe suppose qu'il n'y ait **aucune restriction quant aux activités commerciales pouvant être exercées**. Ainsi, de nouvelles activités basées sur des nouveaux modes de productions, de distribution apparaissent.

De même, **aucune contrainte géographique ne doit être posée**, liée par exemple à l'exigence d'une implantation matérielle de l'activité. Cela a pour objet l'acceptation du commerce par internet. C'est donc un principe qui ne souffre, à première vue, d'aucune entrave sinon celles tenant à la protection de l'intérêt général et des personnes.

Le Conseil Constitutionnel, dans une décision de 1986 considère que la **liberté d'entreprendre n'est pas générale et absolue**, et le législateur ne peut donc instaurer des limites. Ces limites peuvent prendre 4 formes :

- **La déclaration préalable** : elle consiste simplement à aviser les autorités publiques de l'existence d'une activité. L'administration peut en retour, non pas délivrer une autorisation, mais simplement un récépissé constatant la réception par elle de la déclaration.
- **L'autorisation préalable** : l'existence d'une activité commerciale est soumise à l'accord des autorités publiques. C'est un pouvoir conféré à l'administration pour recevoir ou refuser une activité commerciale. Mais ce pouvoir n'est pas discrétionnaire, mais soumis à conditions précises.
- **Les réglementations** : la révolution a supprimé les corporations, bien qu'on les retrouve aujourd'hui. Celles-ci réglementaient les professions. Aujourd'hui on a différentes formes de réglementation professionnelles tenant à l'exercice de la profession, l'accès... .
- **Les interdictions** : il s'agit des impossibilités d'exercer le commerce.

2.b. La liberté d'exploiter :

Le commerçant a **toute latitude pour exercer son commerce**, le gérer, l'organiser, le développer, et ce, au mieux de ses intérêts. Cela passe donc par le libre choix de ses moyens de productions, de distributions, sa politique publicitaire, ses fournisseurs, représentants,

Cependant, il y a **des limites à cette liberté d'exploiter**, la liberté de gestion peut être atteinte, restreinte par différentes choses. Sa liberté d'action peut être entravée. Tout d'abord, il est soumis à des impératifs comptables. De plus, il doit respecter dans l'exploitation de son entreprise, les règles du droit de la consommation et de la concurrence. Enfin, la liberté d'action du commerçant se trouve affectée aujourd'hui par le processus de notation.

B. Les limitations liées à la protection de l'intérêt général :

1. Les limitations relatives aux personnes :

1.a. Les incompatibilités :

Les incompatibilités peuvent se définir comme des mesures de police qui vont permettre d'interdire à certaines personnes l'exercice d'une activité commerciale, et ce en raison de leur fonction ou de leur profession (interdiction de cumul d'activité entre une activité de commerce et une autre profession).

Les incompatibilités se justifient par **le fait que l'on veuille protéger, non pas le commerce, mais cette autre profession** qu'exerce l'individu car l'on considère que ces autres professions ont une certaine noblesse, une dimension désintéressée et donc l'on ne voudrait pas que celles-ci soient gangrénées par le commerce qui est tout sauf désintéressé.

Il y a différents cas d'incompatibilités :

- **Les fonctionnaires** : c'est l'article 25 de la loi de 1983 portant statut des fonctionnaires qui leur interdit d'exercer une activité commerciale. Ils sont guidés par l'intérêt général garant du service public et donc ils ne peuvent se voir détourner de ces objectifs par la recherche d'un profit. Une loi de 2007 concernant la modernisation de la fonction publique a **admis que les fonctionnaires puissent exercer une activité commerciale** dès lors que des conditions sont remplies, à savoir une compatibilité entre les fonctions et l'activité commerciale et une autorisation du supérieur hiérarchique.
- **Les magistrats** : il s'agit d'une incompatibilité absolue.
- **Les officiers publics et ministériels** : il en est ainsi des notaires, huissiers, greffiers, commissaires priseurs. Ce sont des incompatibilités mais les intéressés peuvent les dépasser et violer la loi pour accéder au commerce.
- **Les parlementaires** : cette incompatibilité concerne le fait qu'ils ne peuvent être dirigeants de sociétés faisant appel public à l'épargne ou exerçant une activité financière.
- **Les membres des professions libérales et organisées en ordres** : c'est le cas des avocats, médecins, experts comptables, commissaires aux comptes, Il faut cependant exclure les pharmaciens car ils sont commerçants.

Si l'on ne respecte pas ces incompatibilités il y a des sanctions :

- **Les sanctions disciplinaires ou professionnelles** : on parle de suspension, de révocation pour les fonctionnaires, de destitution pour les officiers ministériels et de radiation pour les membres d'un ordre.
- **Les sanctions pénales** : il s'agit essentiellement de s'intéresser à la prise illégale d'intérêt qui est une infraction importante.

Malgré la violation par ces différentes catégories professionnelles de l'incompatibilité, il n'en reste pas moins que s'ils **se comportent comme des commerçants, la jurisprudence n'hésite pas à leur appliquer les règles du droit commercial** (dès lors que c'est en leur défaveur). En effet, l'on veut par le biais de ces incompatibilités protéger la fonction, et non pas les personnes qui exercent ces fonctions.

1.b. Les interdictions :

Les interdictions se définissent comme étant des mesures de police visant à interdire à certaines personnes l'accès au commerce. Dans ce cas **l'on parle d'incapacité commerciale**. L'objectif assigné à ces interdictions est de protéger, de moraliser, d'assainir le commerce. Cette volonté de protéger et de moraliser le commerce a été affichée dès la Code du Commerce de 1807 qui interdisait l'accès au commerce à certaines catégories de personnes. Pour rentrer dans le commerce il faut **être digne de recevoir la confiance de ses clients**. Cela a conduit à exclure dès le départ les personnes pénalement condamnées. C'est la loi de 1947 qui a réitéré cette volonté d'assainir les professions commerciales et ainsi il faut, pour entrer dans le commerce, **justifier de ses compétences**, mais **surtout de son honorabilité** (respect à l'ordre public et aux bonnes mœurs).

Il y a différents cas d'interdictions :

- **Les personnes pénalement condamnées** : c'est l'article L128-1 du Code de Commerce qui prévoyait que « nul ne pouvait directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, entreprendre l'exercice d'une profession commerciale ou industrielle, dirigée, administrée, gérée ou contrôlée à un titre quelconque une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale s'il avait fait l'objet depuis moins de 10 ans d'une condamnation définitive pour crime, certains délits ». Cet article est sévère dans la mesure où l'interdiction était de plein droit (peine automatique), c'est-à-dire qu'elle découlait automatiquement de la condamnation pénale, même si le juge ne la prévoyait pas expressément. La sévérité tenait également au fait que cette disposition interdisait l'accès au commerce à des personnes qui avaient, certes, violé la loi pénale, mais sans nécessairement enfreindre des règles strictement liées à la vie économique et financières. C'est pour cette raison que **la loi de 2008 est venue abroger l'article L128-1**. Aujourd'hui, l'interdiction demeure, mais sous les traits d'une peine de substitution, c'est à dire que l'interdiction ne peut être prononcée que lorsqu'elle est expressément prévue par le Code pénal pour l'infraction en question et il faut que cette interdiction soit expressément prononcée par le juge pénal dans sa décision.
- **Les personnes fiscalement condamnées** : cela s'explique car l'on a violé des dispositions et il y a suspicion sur la capacité à pouvoir respecter les règles en matière fiscale et comptable.
- **Les personnes qui se sont vues infliger une faillite personnelle** : lors d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, le juge peut prononcer la faillite personnelle dès lors qu'il constate des fautes graves commises par l'intéressé avant ou pendant la procédure collective qui a donné lieu à la liquidation. La faillite personnelle est une interdiction d'exercer le commerce ou de diriger une société et cette interdiction peut aller jusqu'à 15 ans.

2. Les limitations relatives aux activités :

2.a. Les activités interdites :

Il y a deux types d'activités qui sont interdites :

- **Les activités qui relèvent d'un monopôle étatique** : dans certains domaines, seul l'Etat est amené à gérer l'activité en question et donc ces monopôles font obstacle au libre accès par des personnes privées dans ces secteurs. Il y a **trois raisons qui conduisent à ces monopôles** étatiques : pour des questions liées à la sécurité ou moralité publique (la fabrication des poudres pour l'armement et pendant longtemps les jeux), des raisons fiscales (il s'agit de la fabrication des cigarettes et des allumettes) et pour des raisons liées à l'intérêt général (la production d'énergie par exemple ou la SNCF).
- **Les activités qui contrarient l'ordre public et les bonnes mœurs** : ces activités sont hors du commerce car ils ont un caractère strictement illégal ou immoral (par exemple les maisons de jeux, les maisons de tolérances, la vente de l'absinthe, le trafic de stupéfiant).

2.b. Les activités conditionnées :

Dans certains secteurs la loi pose des conditions prend la forme d'une autorisation préalable. On parle alors d'agrément, les licences, ou même de déclaration préalable. Ces conditions posées **permettent à l'Etat d'exercer un contrôle sur les personnes** qui désirent exercer telle ou telle activité commerciale. De nombreux domaines sont concernés tels que les établissements de crédit, les entreprises d'assurance, les courtiers, les pharmaciens, les laboratoires d'analyses médicales,

Ces conditions, outre une question de traçabilité, permettent de subordonner l'activité à une compétence professionnelle particulière.

2.c. Les activités conventionnelles restreintes :

Une personne peut effectivement renoncer **par stipulation conventionnelle à exercer à l'avenir telle ou telle activité commerciale** pendant un temps déterminé et ou sur un territoire donné. Il s'agit bien évidemment là **de clauses de non concurrence**. Ces clauses de non concurrence ont pour finalité de protéger l'exploitation de la personne bénéficiaire de la clause.

On trouve ces clauses dans différents domaines tel que le droit du travail et en matière de cession de fond de commerce (la clause a pour objet de protéger l'acquéreur contre le vendeur qui déciderait de se réinstaller dans la même activité et à proximité).

Pour qu'une clause de non concurrence soit valable, encore faut-il qu'elle respecte certaines conditions et **la licéité de ces clauses est subordonnée** à une limitation quant à l'objet (elle ne peut concerner toute activité commerciale), une limitation quant à la durée et quant au territoire concerné (la clause doit avoir une durée raisonnable entre 2 et 5 ans et un lieu raisonnable).

C. Les limitations liées à la protection des personnes :

Nous avons déjà parlé des mineurs et majeurs protégés (voir précédemment).

II. Les conséquences de la reconnaissance de la qualité de commerçant :

Le commerçant jouit d'une liberté du commerce et de l'industrie, ce qui suppose qu'il gère son commerce comme il l'entend. **Est-ce à dire qu'il fait ce qu'il veut ?** Et bien il est encadré et se voit poser certaines règles dans sa profession. Il y a deux obligations fondamentales, à savoir **une obligation de loyauté envers ses concurrents** et **un devoir de loyauté envers les consommateurs**. Outre ces deux impératifs, il y a d'autres obligations.

A. Les obligations relatives à la publicité légale :

1. Le principe de la publicité légale :

Il s'agit de l'ensemble des règles qui imposent à certaines personnes (les commerçants) de communiquer au public une information selon une forme et un support déterminé. La publicité légale a donc pour objet l'information des tiers et assure par là une certaine transparence malgré le secret des affaires. S'il y a des choses qui doivent être tues, en revanche **certaines choses doivent être sues**.

Ce principe de la publicité légale a été créé tôt car dès le Code du Commerce 1807 il apparaissait évident que soit diffusé certaines informations, et notamment l'on prévoyait la publicité du contrat de mariage en 1807. Aujourd'hui cette publicité légale s'est développée et il y a **plusieurs cas dans lesquels la publicité est exigée**. Aujourd'hui le commerçant doit s'inscrire au registre du commerce et des sociétés, au répertoire national des entreprises et établissements, le registre des protêts (tenu au greffe des tribunaux des commerces et les protêts sont des actes d'huissier qui constatent un impayé).

Au-delà de ces formations strictes d'inscription dans des registres, certaines informations doivent faire l'objet **de publications dans des journaux d'annonce légale** ou bien dans le **bulletin des annonces légales obligatoires**.

2. L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés :

2.a. Le registre du commerce et des sociétés et son organisation :

Ce registre est récent puisqu'il n'est **né qu'au XX^{ème} siècle par une loi de 1919**. Au départ, ce registre avait une simple fonction administrative en vue de démembrer les commerçants et les sociétés. Ce registre est **devenu le registre du commerce et des sociétés au lendemain d'une loi de 1978** qui a imposé l'immatriculation à presque toutes les sociétés, qu'elles soient civiles ou commerciales.

Il y a **une exception** en ce qui concerne les établissements bancaires mutualistes ou coopératifs qui ne sont pas soumises à cette immatriculation (arrêts de la Chambre Commerciale de février et mai 2006).

Pour les autres sociétés, **l'immatriculation est importante pour leur existence juridique**, elles n'ont pas la personnalité morale sans cela. Aujourd'hui la réglementation du RCS se trouve dans le Code du Commerce. Il y a deux dimensions dans le RCS, une dimension locale et nationale :

- **Au niveau local :** le RCS est tenu par le greffe du tribunal de commerce, sous la surveillance du président ou d'un juge. En l'absence de tribunal de commerce, et bien le registre sera tenu par le greffe du TGI et en Alsace-Moselle le RCS est tenu par la greffe du TI. Le **RCS local contient différents éléments**, à savoir un fichier alphabétique des personnes immatriculées, des dossiers individuels contenant les demandes d'immatriculation et les modifications et des fichiers spécifiques pour les personnes morales.
- **Au niveau national :** le RCS est tenu auprès de l'INPI (institut national de la propriété industrielle) qui centralise les registres locaux.

Il existe un comité de coordination qui a pour mission de veiller à l'harmonisation de la tenue des registres. Ce comité prend de l'importance du fait du rôle croissant des registres et de leur taille. Au-delà de ce comité il existe un centre de formalité des entreprises qui a pour objectif de faciliter les formalités de création d'entreprises en créant des guichets uniques.

2.b. Les personnes assujetties à l'immatriculation :

C'est l'article L123-1 du Code de Commerce qui nous déroule **les catégories de personnes soumises à cette immatriculation :**

- Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant (même si elles sont tenues à une immatriculation au répertoire des métiers).
- Les sociétés et les groupements d'intérêt économique dotés de la personnalité morale et ayant leur siège dans un département français.
- Les sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français mais qui ont un établissement dans l'un de ces départements.
- Les établissements publics français industriels et commerciaux, les agences commerciales des Etats, collectivités ou établissements publics étrangers établis dans un département français.
- Les autres personnes morales dont l'immatriculation est prévue par la loi ou le règlement (en matière d'assurance).

Cette immatriculation a deux spécificités :

- **Elle est obligatoire** : a défaut, la personnalité juridique peut ne pas être reconnue et des sanctions peuvent être prononcées, à savoir que le caractère obligatoire comprend non seulement l'inscription initiale, mais également les modifications apportées en cours d'exercice, et la radiation.
- **Elle est personnelle** : cela signifie qu'une même personne ne peut procéder qu'à une seule immatriculation. Si l'intéressé ouvre un autre **établissement dans le même ressort que le tribunal** qui tient le RCS, et bien il devra procéder à une inscription complémentaire. En revanche, s'il **ouvre un établissement en dehors du ressort du tribunal**, il procèdera là à une immatriculation secondaire. Ces immatriculations n'interviennent que pour un fond de commerce.

2.c. La procédure d'immatriculation :

S'agissant **des personnes physiques** désireuses de se voir attribuer la qualité de commerçant, la demande d'immatriculation doit être faite dans le délai de 15 jours à compter de la date de commencement de l'activité, ou dans le mois qui précède cette date.

Concernant **les personnes morales**, aucun délai n'est prévu. C'est logique dans la mesure où c'est l'immatriculation qui va conditionner la reconnaissance de la personne morale. Le législateur joue donc sur la diligence des dirigeants de la société. En revanche, les modifications dans l'exercice de l'activité doivent être déclarées dans un délai d'un mois à partir de la modification.

Par la suite, ce processus est accompagné **de processus de contrôles** qui sont organisés afin de vérifier la régularité et la véracité des déclarations publiées. **Concernant l'inscription initiale**, le contrôle est effectué par le greffier du Tribunal de Commerce. Il doit s'assurer de la régularité de cette demande, ce qui signifie qu'il va vérifier que l'intéressé remplit bien toutes les conditions et en apporte toutes les justifications. Ainsi, deux situations vont se présenter aux greffiers :

- **Soit le dossier est en règle** : il est complet et régulier. Dans ce cas le greffier doit donc procéder à l'inscription (il ne peut refuser puisqu'il n'a pas de pouvoir discrétionnaire) **dans le délai d'un jour franc** ouvrable après la réception de la demande. En effet, on cherche à éviter de retarder l'activité d'une personne morale, donc le commencement est subordonné à cette déclaration. Ce délai peut néanmoins **être porté à 5 jours francs** dès lors que le greffier justifie de la complexité du dossier.
- **Soit le dossier est incomplet** : le greffier doit toujours procéder à l'inscription dans **le délai d'un jour franc** ouvrable mais il doit solliciter auprès de l'intéressé les pièces manquantes. Celui-ci a 15 jours pour procéder à la communication de ces pièces.
- **Une troisième situation pourrait être envisageable** : le greffier peut refuser l'immatriculation. Il doit alors motiver son refus, et informer l'éventuel futur commerçant de sa possibilité de saisir le juge commis à la surveillance du registre.

3. Les effets de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés :

Dans le système initial de 1919, l'inscription au registre des sociétés n'emportait aucun effet juridique, tandis qu'en Allemagne, cette déclaration portait reconnaissance de la qualité de commerçant.

Aujourd'hui, on s'est rapproché du modèle allemand puisque de nombreuses conséquences découlent de l'immatriculation.

3.a. Les conséquences de l'inscription :

Tout d'abord, l'inscription provoque **l'attribution d'un numéro d'identification par l'INSEE**, et il adressé au greffe qui tient le registre des inscriptions, qui par la suite le notifie au demandeur. C'est ce qu'on **appelle le numéro SIRENE, ou SIRETE**. Il comporte 9 chiffres accompagnés de la mention RCS et de la ville. Ce numéro n'est pas négligeable car c'est le seul numéro officiel, le seul qu'on puisse exiger de la part du commerçant.

La seconde conséquence de l'inscription est **l'avis au BODACC** (le Bulletin Officiel Des Annonces Civiles et Commerciales). Toutes immatriculation donne lieu à l'insertion d'un avis au BODACC. On y trouve donc les inscriptions initiales, les modifications, et les radiations.

La troisième conséquence est la **reconnaissance de la présomption de commercialité**, c'est-à-dire que l'inscription emporte présomption de la qualité de commerçant envers l'inscrit. Il ne s'agit que d'une présomption simple, qui admet donc la preuve contraire. Arrêt de la chambre Commercial du 6 janvier 1987 : dans les faits cependant, il n'est pas possible de prouver qu'une personne immatriculée n'est pas commerçante et n'a jamais réalisé d'acte de commerce.

La quatrième conséquence est **la naissance de la personnalité juridique**. Il s'agit là d'une conséquence propre aux personnes morales. Cela concerne la très grande majorité des sociétés telles que les GIE (Groupements d'Intérêt Economique). Seules sont exclues de cette conséquence les établissements bancaires, coopératifs et mutualistes. Il s'agit donc d'une règle de fond, et non seulement de forme.

La cinquième conséquence est **l'opposabilité des mentions portées au registre**. La personne assujettie à l'immatriculation ne peut, dans l'exercice de son activité, opposer aux tiers et

administrations publiques, que les faits et actes sujets à mention et effectivement publiés. Le défaut de mention et de publication effective entraîne naturellement l'inopposabilité aux tiers de la qualité de commerçant. Les tiers et administration en revanche, peuvent se prévaloir des actes, des faits, qui ne figurent pas au registre et auraient dû faire l'objet d'une mention, et ce s'ils sont de bonne foi.

Enfin, la dernière conséquence est **la publicité des informations**. Le registre est public, c'est-à-dire que toute personne peut obtenir copie des inscriptions, des extraits de cette inscription, ou un certificat négatif attestant de l'absence d'immatriculation.

3.b. Les conséquences du défaut d'inscription :

La première conséquence est **la présomption de non commercialité**. C'est le cas d'une personne qui, bien qu'assujettie à immatriculation, n'y a pas procédé, et ce, pour la personne physique, dans le délai indiqué. Cette présomption est importante dans la mesure où la personne ne peut pas invoquer son défaut d'inscription pour se soustraire à ses engagements ou aux autres obligations inhérentes à la qualité de commerçant (droit fiscal, consommation, concurrence...). Ainsi, pour maintenir ces différentes obligations, on considérera **cette personne exerçant une activité commerciale mais non immatriculée**, comme commerçant de fait. On impose à ce commerçant les règles de droit commercial, mais il ne peut pas en demander le bénéfice.

La seconde conséquence est relative aux **sanctions pénales encourues par ce commerçant de fait**. Ainsi, le Code de Commerce réprime pénalement le défaut d'immatriculation. Avant cette réprimande est tout de même prévue phase de conciliation. Le juge commis à la surveillance du registre, d'office, à la requête du ministère public, ou à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt, va par une ordonnance susceptible d'appel enjoindre à l'intéressé de procéder à son inscription. Le fait de ne pas déférer à cette injonction dans le délai de 15 jours et sans excuses valable, va permettre l'engagement de la sanction pénale (3000 euros d'amende). Ce dispositif est **applicable de la même façon pour les modifications et pour la radiation**. En outre, il y a une aggravation de la répression lorsqu'il s'agit de donner de mauvaises fois des indications inexactes ou incomplètes. L'amende est portée à 4500 euros, et 6 mois d'emprisonnement. Au-delà de ces sanctions, le juge peut prononcer une privation de 5 ans maximum du droit de vote et d'éligibilité aux élections des tribunaux de commerce, chambre de commerce et d'industrie, et conseil des prud'homme. Cela démontre **l'importance que le législateur accorde à cette immatriculation**

B. Les obligations relatives à la comptabilité :

La comptabilité est une technique qui permet d'enregistrer en unité monétaire les mouvements de valeurs qui affectent le patrimoine de l'entreprise, et de déterminer les résultats globaux de son exploitation, et ce suivant un temps déterminé. Les articles du Code de Commerce **imposent à tout commerçant de tenir une comptabilité**, c'est-à-dire de procéder à cet enregistrement de façon chronologique.

Parallèlement, les commerçants sont **soumis à une obligation bancaire**, c'est-à-dire qu'ils sont tenus d'ouvrir un compte bancaire. Ils sont aussi tenus d'utiliser certain moyens de paiement tels que le chèque ou la lettre de change.

1. Le principe de l'obligation comptable :

1.a. Les documents comptables :

Cette obligation de tenir des livres comptable ne concerne pas les personnes qui exercent leur activité commerciale sous le régime des micros entreprises.

Il y a **deux catégories de documents qui sont concernés**, qui sont établis en euro, en Français, conservés pendant 10 ans, et il ne doit y avoir aucun blanc ni altération quelconque :

- **Les livres comptables** : ils sont composés de trois documents à savoir le livre journal (document qui enregistre les mouvements, opération par opération et jour par jour), le grand livre (regroupe l'ensemble des comptes de l'entreprise en récapitulant les opérations du livre journal et en les répartissant en fonction des comptes), et le livre inventaire qui récapitule chaque année tous les éléments actifs et passifs de l'entreprise.
- **Les comptes annuels** : ils doivent être établis à la clôture de chaque exercice et contiennent trois éléments, à savoir le bilan (description des éléments passifs et actifs de l'entreprise avec pour objectif de mettre en évidence les capitaux propres), le compte de résultat (récapitule les produits et charges indépendamment de leur date d'encaissement. Il fera apparaître un bénéfice ou une perte), et les annexes qui complètent les documents précédents.

1.b. L'obligation de tenir une comptabilité :

Il faut tenir une comptabilité selon des règles bien précises et le Code dispose « Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères, et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise ». L'image comptable doit donc **être conforme à la réalité**. **Concernant la régularité**, la tenue de la comptabilité doit respecter les règles légales et réglementaires. **Concernant la sincérité**, on souhaite prohiber les fausses déclarations, le mensonge ou la dissimulation. Il y a deux autres principes à préciser :

- **La présentation détaillée des comptes** : cela signifie que les documents comptables doivent contenir autant de rubrique qu'il est nécessaire pour donner une image fidèle.
- **Le principe de permanence ou de continuité dans la tenue de la comptabilité** : c'est-à-dire que l'on veut empêcher des changements dans la présentation des comptes en exercice, mais aussi d'un exercice à l'autre. Si modification il y a, il faut impérativement la motiver : le décrire et l'indiquer dans l'annexe.

2. Les effets de l'obligation comptable :

2.1. La valeur probante des documents comptables :

C'est vers la comptabilité que vont se retourner les protagonistes **pour obtenir une preuve**. Le Code de commerce dispose « la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire **preuve entre commerçant pour fait de commerce** ». De cet article deux éléments ressortent :

- Contrairement au droit commun de la preuve selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi même, le commerçant peut utiliser sa comptabilité à son profit.

- La comptabilité n'est constitutive d'un mode de preuve qu'à partir du seul instant ou elle est régulièrement tenue. La comptabilité irrégulièrement tenue ne fera foi que contre son auteur.

Pour que la comptabilité soit un mode de preuve, encore faut-il qu'elle **soit portée à la connaissance d'un individu**, et que **le juge puisse en avoir connaissance**. Devant la réticence de certains d'apporter certains éléments de la comptabilité, le juge dispose de deux moyens :

- **La communication** : cette communication porte sur l'ensemble des documents comptables du commerçant, ce qui permet à l'adversaire d'avoir une connaissance approfondie de la situation comptable du commerçant. Cette communication est soit ordonnée en justice, soit elle peut être prévues par convention entre les parties.
- **La production forcée** : cette dernière émane d'une demande auprès du juge, ou d'une décision prise d'office par celui-ci. A la différence de la communication, la production forcée porte uniquement sur un ou plusieurs documents relatifs au litige, et non pas sur la comptabilité en général.

En cas **d'actes mixtes**, le Code dispose « les registres des marchands ne font point preuve contre les personnes non commerçantes des fournitures qui y sont portées ». Face à un acte mixte, les livres comptables **n'ont de force probante qu'à l'encontre du commerçant** lui-même et on ne peut les opposer à l'encontre d'un non commerçant.

Dans tous les cas, celui qui invoque la comptabilité **l'invoque dans son ensemble**, c'est-à-dire qu'il ne peut pas diviser les éléments comptables.

2.2. Les conséquences du manquement à l'obligation comptable :

Les manquements à l'obligation comptable **sont sanctionnés pénalement**. On peut envisager l'infraction de faux (3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende), la présentation de faux bilan ou l'omission de tenir une comptabilité régulière.

Il peut également y avoir **des sanctions commerciales** telle que la faillite personnelle.

Enfin l'on trouve **des sanctions civiles**, qui permettront de mettre en œuvre les règles classiques de la responsabilité civile.

PARTIE III : Le cadre juridique de l'activité commerciale : les biens du commerçant et le fonds de commerce

Chapitre 1 : Le principe d'unité du patrimoine du commerçant

Le patrimoine d'une personne (morale ou physique) se définit comme une universalité juridique c'est-à-dire que c'est un ensemble de biens appréciables en argent, que ces biens soient positifs (créances) ou qu'ils soient négatifs (dettes). Donc, **le patrimoine est un ensemble de droits et d'obligations**.

En matière commerciale **le patrimoine constitue l'assise essentielle de l'existence juridique**. Toute entreprise, individuelle ou collective possède un patrimoine, c'est-à-dire qu'elle doit réunir un ensemble de biens pour l'exploitation de l'activité commerciale.

En ce qui concerne l'unité du patrimoine, et bien que l'on se place au plan civil ou commercial, **la personne ne détient qu'un seul patrimoine**, même si le commerçant exploite plusieurs activités commerciales, exploite plusieurs fonds de commerce. Dans cette hypothèse d'activité multiples, le principe reste celui de l'unité, ce que garantit la Cour de Cassation par son arrêt de la Chambre commerciale de 2002. Le principe d'unité suppose donc que l'on ne peut pas isoler un ensemble de biens que l'on affecterait spécifiquement à une activité commerciale. Il ne **peut pas y avoir de patrimoine d'affectation**.

Donc, dans le patrimoine du commerçant se trouve **ses biens personnels**, ainsi que les **biens nécessaires à son activité commerciale**. Tous les biens du patrimoine répondent à l'ensemble des dettes sans distinction aucune selon l'origine privée ou professionnelles de ces biens. Donc en cas de difficulté les risques sont énormes pour le commerçant, mais également pour leur famille.

Cette vision de l'unité du patrimoine du commerçant est une émanation de la règle civile, **sauf que ne fallait-il pas envisager une réforme de ce principe du fait de la spécificité du domaine d'activité des commerçants ?** La doctrine a beaucoup critiqué le principe de l'unité du patrimoine car elle a considéré que ce principe était **contre productif** et **contre protecteur du commerçant**. La doctrine en est venue à **proposer d'autonomiser une partie des biens à l'exploitation** d'une activité commerciale et à ne l'affecter exclusivement qu'à cet objectif là. Il y a eu trois aménagements pour moderniser cette unité du patrimoine :

- **L'unité du patrimoine a été modifiée du fait de l'intégration de l'EURL (entreprise unipersonnelles à responsabilité limitée)** : cette EURL a la particularité que le commerçant est l'associé unique de cette société. Cela a été la première réponse à la critique concernant l'unité du patrimoine mais cette réponse n'est que partielle car le patrimoine de l'EURL n'est pas un patrimoine d'affectation car c'est le patrimoine de la société elle-même en tant que personne morale. En outre, pour constituer le patrimoine de l'EURL, le commerçant est obligé de faire sortir le bien de son propre patrimoine envers lequel il n'est plus propriétaire. Enfin, les garanties qui vont être demandées à l'EURL vont être liées à l'associé unique, ce

dernier sera caution de l'EURL et il va s'engager sur ses biens personnels des dettes de la société. On a adapté l'EURL par une loi **DUTREIL** de 2003 qui a permis aux commerçants de déclarer insaisissables les droits sur l'immeuble ou est fixée la résidence principale de l'intéressé. Une loi d'août 2008 LME est intervenue et l'on peut déclarer insaisissable tout bien foncier bâti ou non bâti qui n'est pas affecté à un usage professionnel.

- **L'unité du patrimoine a été modifiée par la fiducie** : c'est une loi de 2007 qui a instauré la fiducie. Il s'agit de l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transferts des biens, droits ou suretés à un ou plusieurs fiduciaires qui les tiennent séparées de leur patrimoine propre et agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. La fiducie est la première manifestation d'un patrimoine d'affectation, **le patrimoine fiduciaire**. La loi de 2008 LME a permis la généralisation du mécanisme de la fiducie en ouvrant la qualité de constituant à toute personne physique ou morale. **La qualité de fiduciaire a également été ouverte** (établissements de crédits, entreprises d'assurances, ...).
- **La création de l'EIRL (entrepreneur individuel à responsabilité limitée)** : cet EIRL est né de la loi de 2010. L'entrepreneur peut alors décidé d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine propre sans création d'une personne morale. Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits et suretés dont l'entrepreneur est titulaire, et qui sont nécessaires à l'exercice de son activité professionnelles.

Chapitre 2 : Le fonds de commerce

Le fond de commerce n'a pas de définition au sein du Code de commerce. On considère que pour garantir son objectif professionnel (attirer la clientèle, développer son activité, donc développer des profits) le commerçant doit réunir des moyens de diverse nature (matérielle, immatérielle, humaine, financière). On considère que c'est **le fonds de commerce qui va le plus largement fédérer l'ensemble de ces moyens.**

I. La nature juridique du fond de commerce :

A. Définition et historique :

C'est **la pratique qui a fait naître le fonds de commerce**, et c'est la pratique qui le développe et le maintient. **Le Code de commerce de 1807 ignore le fonds de commerce.** La loi l'ignore, mais dès 1807 l'on connaissait ce concept et il regroupait les marchandises, le matériel, et au XIX^{ème} siècle il était simplement un rassemblement de biens nécessaires à l'exploitation commerciale, et non pas ce qu'il est aujourd'hui, à savoir une institution, un cadre juridique inévitable pour exercer une activité commerciale.

Progressivement, les commerçants ont perçus que leur activité commerciale s'intégrait dans un ensemble abstrait au service de leur exploitation commerciale (la boutique qui comprenait les murs, les lieux, la renommée, la clientèle, la notation).

On pourrait donc définir le fonds de commerce comme un **ensemble d'éléments mobiliers corporels ou incorporels qu'un commerçant (personne physique ou morale) décide d'affecter à une exploitation commerciale.** Le fond de commerce est donc essentiel, mais pour autant il souffre grandement d'un manque de définition légale.

B. Le fonds de commerce et les notions voisines :

1. Fonds de commerce et pas de porte :

Le pas de porte est la somme d'argent versée par un commerçant pour franchir le pas de la porte. C'est donc la somme qui est **versée par le commerçant au propriétaire des murs qui lui consent un bail commercial,** ou bien **c'est la somme d'argent versée par le commerçant à un autre commerçant locataire qui lui cède son bail commercial.** C'est le prix que doit payer un commerçant pour bénéficier d'un bail commercial.

Ce pas de porte ne comprend pas le versement des loyers qui interviendront ultérieurement. Le montant du pas de porte est **fixé par la loi de l'offre et de la demande et les facteurs locaux de commercialité** (l'implantation commerciale).

2. Fonds de commerce et entreprise :

Le fonds de commerce est **une notion essentiellement juridique** alors que l'entreprise est une notion essentiellement économique. Le fonds de commerce ne serait **qu'une composante de l'entreprise** au côté des éléments humains, des éléments corporels, incorporels,

La raison qui pousse à ne pas confondre fonds de commerce et entreprise tient au fait **que l'entreprise n'est pas une exclusivité du droit commercial** dans la mesure où il y a des entreprises civiles (sans fonds de commerce), des entreprises agricoles, des entreprises artisanales sans fonds de commerce mais avec des fonds artisanaux.

3. Fonds de commerce et société :

Le fonds de commerce **n'a pas de personnalité juridique**. En revanche, la **société constitue une personne juridique qui détient un patrimoine** et qui **peut détenir un ou plusieurs fonds de commerce**. La société est donc le sujet de droit, alors que le fonds de commerce **n'est qu'un instrument juridique** à disposition de la société, un bien parmi d'autres dans le patrimoine du commerçant.

4. Fonds de commerce et succursale :

Une succursale est **une entreprise directement rattachée à une autre** (société mère), rattachement qui fait que la succursale **n'a pas de personnalité juridique autonome**. D'un point de vue comptable et d'un point de vue juridique **tout est commun entre la succursale et la société mère** qui est la manifestation d'une organisation décentralisée de l'entreprise.

C. Les caractéristiques du fonds de commerce :

1. Le fonds de commerce : un ensemble de biens mobiliers :

Selon la jurisprudence (arrêt de 1992), **le fonds de commerce est une universalité**. Cela signifie qu'il constitue **une entité juridique à part entière et à part des éléments qui le compose**.

Cette universalité est mobilière, c'est-à-dire que c'est **un rassemblement de biens mobiliers corporels ou incorporels**, mais de biens mobiliers seulement (on exclut du fonds de commerce les immeubles).

Pourquoi l'on exclut les immeubles ? Et bien, parce que traditionnellement les immeubles sont exclus du commerce puisque le droit commercial se caractérise par une circulation des richesses et que **traditionnellement des immeubles ne circulent pas**. Même si l'immeuble est affecté à l'exploitation commerciale, **il ne rentre pas dans le fonds de commerce**. Cela est valable pour les **immeubles par nature**, et pour **les immeubles par destination**. L'exclusion des immeubles du fonds de commerce a des conséquences lourdes :

- Si le commerçant propriétaire du fonds de commerce est également le propriétaire de l'immeuble, en cas de vente **il devra procéder à deux contrats, l'un pour le fonds de commerce, l'autre pour l'immeuble**. Ou bien, **il pourra vendre son fonds de commerce et accorder un bail commercial sur l'immeuble**. Il y aura une dissociation des opérations juridiques.
- Le fonds de commerce **aura une valeur différente suivant que le commerçant est propriétaire ou non** de l'immeuble où se trouve l'activité commerciale.

Le fonds de commerce est aujourd'hui **considéré comme une universalité mobilière de fait**. Ca n'a pas toujours été le cas puisqu'il y a eu une évolution car l'on est passé d'une universalité de droit à une universalité de fait.

Au début du XX^{ème} siècle, la doctrine a considéré que le fonds de commerce était une universalité de droit, c'est-à-dire qu'il rassemblait tout les biens, tous les droits, toutes les dettes liées à l'activité commerciale. Suivant cette conception, le fond de commerce se confondait avec le concept de patrimoine.

La jurisprudence a refusé de reconnaître le fonds de commerce comme universalité de droit dans la mesure où elle excluait de ce dernier deux catégories d'éléments du patrimoine du commerçant et pourtant liées à l'activité commerciale. Il s'agit des immeubles, et des créances et dettes.

La doctrine a émit l'idée selon laquelle le fonds de commerce n'est pas un patrimoine autonome séparé de celui du commerçant. Il n'est pas un patrimoine d'affectation, il n'a pas de personnalité juridique.

Aujourd'hui, le fonds de commerce doit être considéré comme universalité de fait, c'est-à-dire un ensemble, une masse, un regroupement de biens mobiliers affectés à une exploitation commerciale. C'est un élément du patrimoine du commerçant, qui est quelque chose d'unique, bien que renfermant une multitude d'éléments. Cette reconnaissance du fond de commerce comme universalité de fait conduit à affirmer qu'il s'agit d'un élément d'un patrimoine parmi d'autres. Il peut même **y avoir plusieurs fonds de commerce**.

2. Le fonds de commerce : un ensemble de biens disparates :

Le fonds de commerce ne rassemble **que des biens meubles en lien avec l'exploitation commerciale**, et ces biens meubles peuvent être de nature juridique différente. En effet, il peut s'agir de biens meubles corporels, comme le matériel, l'outillage, les marchandises, ou de biens meubles incorporels, comme le droit au bail, le nom commercial, la clientèle, les marques, brevets...

3. Le fonds de commerce : un bien mobilier incorporel :

Selon la conception que se fait le code civil du droit des biens, **tout ce qui n'est pas immeuble est meuble**. De plus, le fonds de commerce étant un rassemblement de biens meubles (seulement), il est clair que **sa nature est mobilière** (arrêt de la Chambre commerciale de 1993).

Au-delà de cette nature mobilière, **il s'agit d'un bien meuble incorporel**, malgré le fait qu'il soit composé de biens meubles corporels et incorporels. Le fonds de commerce reste en majorité composé de biens meubles incorporels. On s'est notamment fondé sur la clientèle, qui est incorporelle.

La conséquence de tout cela, c'est d'abord que **les règles concernant les immeubles ne sont pas applicables au fond de commerce** (arrêt de la Chambre commerciale de 1992). De plus, le fonds de commerce ne se voit **pas non plus appliquer les règles concernant les meubles corporels**. Ainsi, la règle « en fait de meuble, possession vaut titre » du Code Civil, est inapplicable au fond de commerce. **Que signifie cette règle ?** Elle signifie que la simple détention d'une chose, d'un bien

corporel immobilier, suffit à justifier le titre en tant que propriétaire de la chose. Cette règle est inapplicable en fait de choses incorporels, et **donc inapplicables au fonds de commerce**.

4. Le fonds de commerce : un bien distinct des éléments le composant :

Le fait que le fonds de commerce soit qualifié de bien meuble incorporel démontre bien que **c'est une entité juridique distincte de ses éléments**. Le fonds de commerce est certes le regroupement de biens meubles corporels et incorporels, mais il est autre chose que la simple somme de ses différents biens. En effet, **il ne peut pas exister sans la réunion de ses éléments**, mais on ne peut pas le confondre avec eux. Il y a différents indices qui indiquent que le fonds de commerce est distinct de ces éléments :

- On a décidé de lui attribuer une nature incorporelle alors qu'il renferme des éléments de nature distincte, corporelle et incorporelle.
- Certaines situations peuvent faire varier le contenu du fonds de commerce. Pour autant, il demeure et conserve sa nature juridique.

La conséquence de tout cela est que le fond de commerce **a une valeur supérieure à la somme de ses éléments**. En effet, il est un rassemblement, une organisation de ceux-ci en vue de l'exploitation commerciale. Il apparaît donc comme une plus value, il apporte quelque chose.

De plus, si on part du principe que le fonds de commerce est différent de ses éléments, cela signifie que l'on accepte de lui conférer une nature juridique différente. La doctrine propose donc de **conférer au fonds de commerce une nature immobilière**. La question se pose dans la mesure où il apparaît qu'il suit un régime juridique assez proche de celui suivi par les immeubles, notamment en terme de vente. Et surtout, l'un des éléments essentiels du fonds de commerce est le bail commercial.

Finalement, en tant que bien, **le fonds de commerce est l'objet d'un véritable droit de propriété**. On parle de propriété incorporelle. Et donc, les différents attributs du droit de propriété peuvent s'y appliquer.

III. Les éléments constitutifs du fond de commerce :

Si **tous les biens du fonds de commerce sont affectés à l'exploitation commerciale**, en revanche, tous les éléments affectés à l'exploitation commerciale **ne sont pas des éléments constitutifs du fonds de commerce**.

A. Les biens affectés à l'exploitation commerciale exclus du fonds de commerce :

1. Les immeubles :

L'exclusion des immeubles est **aujourd'hui très largement discutée**, tout d'abord car on **ne peut plus affirmer que les immeubles n'intègrent pas le droit commercial puisqu'ils peuvent circuler**. Ils sont dans cette circulation des richesses propres au droit commercial, ils ne sont plus quelque chose de stable. De plus, les immeubles **sont intégrés pleinement au droit commercial, notamment dans l'achat en vue de la revente**.

2. Les créances et dettes :

Selon la conception de l'unité du patrimoine, **le fonds de commerce est un élément de ce patrimoine**, et non un patrimoine à lui seul. C'est-à-dire qu'il **ne regroupe pas les créances, l'actif, et les dettes, le passif de l'entreprise**. Cela signifie que ces créances et ces dettes sont personnelles au commerçant. Selon la Chambre commerciale, la **vente de fonds de commerce n'opère pas transport des créances à l'acquéreur**, sauf sous l'effet de clause spéciale. En cas de transmission du fonds de commerce, **il ne peut donc y avoir de cession automatique de créance et de dette** (en cas de cession, le cessionnaire n'acquiert donc ni créance ni dette).

Il y a **des exceptions prévues par les textes**, en plus de celles prévues par les parties puisque dans quelques cas, **la cession du fonds de commerce conduira à cession des dettes et créances** :

- **Pour les contrats de travail** : il est prévu la continuité des contrats de travail lorsqu'il y a changement d'employeur. Ainsi, l'acquéreur d'un fond de commerce a **l'obligation de reprendre tous les contrats de travail en cours au jour de la vente**.
- **Pour les contrats d'assurance** : il est prévu que les contrats d'assurance relatifs au fond de commerce se transmettent avec les biens assurés. On évite ainsi les ruptures de garantie. Les indemnités d'assurance liées à une perte d'exploitation ne sont en revanche pas transmises au nouvel acquéreur.
- **En matière de contrat d'édition** : ils lient les auteurs aux éditeurs et se transmettent avec le fond de commerce.

S'agissant **des exceptions contractuelles**, il y a à **la fois des cessions de dettes et de créances** :

- **S'agissant des cessions de dettes** : les parties peuvent inclure dans l'acte de cession du fonds de commerce certains contrats dès lors **qu'il apparaît qu'ils s'avèrent indispensables à l'exploitation commerciale**. Exemple : il en est ainsi des contrats de concession, des contrats d'approvisionnement, des contrats de prêt, et de fourniture diverses telles que l'électricité, le téléphone, l'eau... On peut également **intégrer des clauses de non concurrence**, c'est à dire que l'acquéreur d'un Fonds de commerce pourra bénéficier d'une clause de non concurrence dont bénéficiait déjà le cédant à l'égard d'un propriétaire initial du fonds. En l'absence de clause expresse dans le contrat de cession, la vente d'un fonds **n'emporte pas de plein droit la cession à la charge de l'acquéreur du passif du vendeur**. Elle est néanmoins possible à condition d'être expressément acceptée par le créancier dans la mesure où celui-ci exigera le plus souvent des garanties.
- **S'agissant des cessions de créances** : des aménagements conventionnels sont possibles, et ils sont plus simples que pour les dettes. Cette cession peut être prévue, mais **l'opposabilité au débiteur est conditionnée par un formalisme particulier**.

B. Les biens affectés à l'exploitation commerciale incluent dans le fonds de commerce :

Il **n'existe pas de liste exhaustive des éléments constitutifs d'un fonds de commerce**. Cependant, le Code de Commerce énonce un certain nombre d'éléments qui intègrent traditionnellement ce fonds. On peut considérer que l'on est proche de l'exhaustivité. Une **séparation doit être effectuée entre les biens mobiliers corporels et incorporels**.

1. Les biens mobiliers corporels :

- Le matériel et l'outillage :

Cela représente tous les biens qui servent à l'exploitation commerciale tels que l'outillage industriel, les meubles meublants, les différents équipements, notamment roulants au sens large (camions, voitures...). Ce sont des biens qui servent à l'exploitation commerciale mais n'ont pas vocation à être vendus à la clientèle. Il s'agit d'éléments stables de l'entreprise. Une même chose peut être, suivant les entreprises, soit un outillage, soit une marchandise.

De l'outillage ou du matériel peuvent sortir du fonds de commerce dès lors que ceux-ci seront intégrés à l'immeuble. Ils vont donc perdre leur nature mobilière, corporelle pour être immeuble par destination.

- Les marchandises :

Contrairement au matériel et à l'outillage, ce sont des biens meubles corporels destinés à être vendus en l'Etat où, après transformation, ils seront vendus à de la clientèle. Dans cette catégorie, on trouve le concept de stock, qui peut être constitué de différentes choses telles que de matières premières, d'objets finis, ou d'objets semis finis. Quoiqu'il en soit, cette marchandise n'est pas un élément stable mais variable, précaire, fugitif.

2. Les biens mobiliers incorporels :

2.a. La clientèle :

On intègre la clientèle dans les biens incorporels parce que c'est quelque chose qu'on ne peut pas saisir et elle fait la notoriété du fonds de commerce. C'est incontestablement l'élément principal du fonds de commerce, c'est ce qui le caractérise. C'est même ce qui caractérise le commerçant.

Cependant, le code de commerce n'a pas défini la clientèle, et il faut se tourner vers la doctrine qui estime que la clientèle représente l'ensemble des personnes qui s'approvisionnent habituellement auprès d'un fonds de commerce en raison de la compétence ou du savoir faire du commerçant. Cette définition qui vient de deux auteurs **REINHARD** et **THOMASSET-PIERRE**. Pour **DIMITRI HOUTCIEFF** ce serait la valeur représentée par le maintien escompté des relations d'affaires entretenues avec l'ensemble des clients du commerçant. En d'autres termes on pourrait conclure au fait que la clientèle est l'ensemble des personnes qui contractent en raison de la personne et de la notoriété du commerçant, et qui peut faire l'objet d'une évaluation (approche pécuniaire).

La clientèle, ce sont les personnes qui contractent avec le commerçant, mais toutes les personnes qui contractent avec lui ne sont pas forcément des clients, comme par exemple les fournisseurs, les prestataires de services, les techniciens de surface, EDF, France Télécom etc. Ne rentre pas également dans la clientèle l'achalandage. La confusion entre ces deux concepts apparaît puisque l'article L141-5 du code de commerce traite à la fois de la clientèle et de l'achalandage. Il fait rentrer dans le fonds de commerce l'achalandage alors qu'en réalité cela n'est pas le cas, pour la jurisprudence elle est exclut de ce fonds même si elle est proche de la clientèle. Très tôt la Chambre commerciale dans un arrêt de 1970 a pris soin de distinguer ces deux concepts sans pour autant rejeter l'achalandage du fonds de commerce. Dans cet arrêt, la chambre nous dit que l'achalandage est constitué de clients de passage

attirés par divers éléments, tel que la proximité des lieux, la commodité, la renommée, l'agencement, design, communication. Initialement, c'est **ce concept d'achalandage qui était privilégier par rapport à celui de clientèle**, il représentait la faculté pour le commerçant et sa boutique d'attirer les chalands. L'achalandage représente d'avantage une clientèle en devenir qu'une clientèle réelle et certaine. La doctrine parle même de potentialité de clientèle. Finalement, cette distinction a peu d'intérêt juridique car la **Cour de Cassation condamne cette distinction et privilégie surtout la clientèle** par un arrêt de 1988. A l'issu de cet arrêt, seule la clientèle constitue un élément du fonds de commerce, considéré comme un élément fédérateur.

Il est traditionnellement avancé que la clientèle constitue l'élément fondamental du fonds de commerce en ce sens que **sans elle le fonds de commerce n'aurait aucune valeur ni même aucune existence juridique**. Il ne peut pas exister de fonds de commerce sans clientèle. La doctrine est d'accord avec ça et la jurisprudence, dans une logique constante considère, que **« des éléments du fonds de commerce la clientèle représente le plus essentiel, celui sans lequel le fonds ne saurait exister »**. Cette position jurisprudentielle est à **relativiser lorsque l'on est au commencement de l'activité commerciale**. Dans cette hypothèse en effet, on peut admettre que le fonds de commerce existe même si la clientèle n'est pas effectivement constituée dès lors qu'elle est certaine.

La **clientèle est spéciale** pour deux raisons:

- Tous les éléments du fonds de commerce peuvent faire l'objet d'une cession de façon séparée, isolée les uns des autres : en revanche s'agissant de la clientèle on ne peut pas la vendre sans vendre en même temps les autres éléments qui lui servent de support, tel que le local, le bail commercial, le nom commercial, ou la marque.
- La clientèle n'est pas la propriété du commerçant : elle se différencie à des autres éléments du fonds de commerce qui eux sont la propriété du commerçant. C'est la particularité et l'objectif même de la concurrence que de permettre aux autres commerçants de s'emparer de cette clientèle. On dit que **« la clientèle est fragile et non pas captive »**.

Un courant doctrinal a **souhaité modifier la perception que l'on a de la clientèle**, modification qui est justifiée par sa spécificité. Les auteurs se sont demandés si c'était toujours opportun de placer la clientèle dans le fonds de commerce. La réponse a été de dire non parce que tout ce qui a dans le fonds est propriété du commerçant, on a donc essayée de la modifier. On s'est dit que la clientèle n'était pas seulement un élément essentiel du fonds de commerce mais c'est aussi la finalité.

Tous les éléments constitutifs du fonds de **commerce doivent être mis en œuvre en vue d'attirer et de maintenir la clientèle**. Cette nouvelle perception de la clientèle comme finalité du fonds est la plus satisfaisante principalement pour trois raisons:

- La clientèle est un ensemble de personnes et si on incorpore la clientèle au sein du fonds de commerce, cela signifie que l'on place ces personnes dans la catégorie juridique des biens mobiliers, c'est-à-dire qu'on procède à une réification (on transforme une personne en chose) des personnes.
- Cette conception du rôle de la clientèle comme finalité correspond parfaitement à la définition même du fonds de commerce. En effet, il s'agit de l'ensemble des biens (mobiliers, corporels ou incorporels) affectés à une exploitation commerciale, guidée par la recherche d'un objectif économique précis, à savoir l'attraction et la fidélisation de la clientèle.
- Cette conception correspond finalement à la pratique d'évaluation des fonds de commerce.

En effet quand on recherche la valeur d'un fonds, on ne calcule pas la valeur de chacun des éléments de ce fonds mais on va partir du résultat de ce fonds, le chiffre d'affaire réalisé, c'est-à-dire la valeur de la clientèle.

Il y a 4 conditions de l'existence d'une clientèle commerciale :

- **La licéité :**

Il ne pourrait y avoir de fonds de commerce au regard d'une clientèle qui découlerait de l'exploitation d'un commerce prohibé. Tel serait le cas d'une maison de tolérance ou d'une maison de jeux. Ces établissements peuvent prétendre à une clientèle, mais il n'y a pas de fonds de commerce.

- **Le caractère réel et certain (Chambre commerciale 1973) :**

Une clientèle doit être réelle et certaine, de sorte qu'une clientèle virtuelle ne peut pas constituer une vraie clientèle, elle n'est pas suffisante. Dans certains cas la **jurisprudence reconnaît que la clientèle peut préexister au fonds de commerce**. Cela s'est rencontré en matière d'exploitation d'une station service car les compagnies pétrolières connaissent déjà une clientèle et par la suite des stations sont ouvertes par des gérants. Le problème dans ce cas est que le locataire gérant ne peut pas justifier d'une clientèle propre, donc il n'a pas de fonds de commerce et il n'est pas un commerçant, et ne bénéficie pas du statut des baux commerciaux. En **cas de disparition de la clientèle, le fonds de commerce disparaît**. Cette disparition du fonds de commerce ne peut pas être le résultat d'une simple fermeture temporaire de l'établissement ayant conduit à une évaporation de la clientèle (Chambre commerciale 26 janvier 1993). Si un commerçant a déjà vendu sa clientèle, il ne peut prétendre vendre par la suite et de façon séparée vendre son fonds de commerce dans la mesure où son fonds a été cédé en même temps que sa clientèle.

- **La clientèle doit être personnelle :**

Cette caractéristique résulte de la définition même du fonds de commerce. En effet, celui-ci a pour objectif l'exploitation d'une activité en vue de constituer au profit de l'exploitant une clientèle propre génératrice de bénéfices et donc du chiffre d'affaires. Dans deux situations cependant on **peut se poser la question de savoir si la clientèle est bien celle de l'exploitant du fond**.

La première situation est celle **des commerces matériellement dépendants**, on appelle ça les commerces inclus ou enclavés (bars, des restaurants, des cafés, des boutiques de souvenirs inclus dans des établissements plus vastes tels que des centres commerciaux). Dans la majorité des cas le problème se pose à l'expiration du bail dont bénéficie un commerçant. Le statut des baux commerciaux est dérogatoire à celui des baux de droit commerciaux. En effet, il donne lieu soit à un droit au renouvellement du bail, soit en cas de non renouvellement le commerçant locataire à droit à une indemnité d'éviction. Les locataires vont donc demander l'application du statut des baux commerciaux qui est avantageux et les propriétaires vont rétorquer l'application de ce statut du fait de l'inexistence d'une clientèle propre, donc l'inexistence d'un fonds de commerce, c'est-à-dire la non reconnaissance de la qualité de commerçant. La question s'est posée de savoir **si les exploitants de ces commerces détiennent une clientèle propre**, c'est-à-dire exploitent véritablement un fonds de commerce. La jurisprudence a évolué et il faut pas à pas retracer cette évolution :

- Dans un premier temps, pour déterminer si le commerce inclus dans un ensemble plus vaste

dispose d'une clientèle propre, autonome, personnelle, et bien la Cour de Cassation s'est attaché à savoir si le commerçant dispose d'une réelle liberté dans les modalités d'organisation de son entreprise. **En d'autres termes, détient-il d'une autonomie de gestion ?** Majoritairement, dans ce premier courant la Cour a conclu l'absence d'autonomie de gestion donc à l'absence de clientèle propre, de fonds de commerce, et à l'absence de l'application du statut des baux commerciaux (Chambre commerciale de 1970).

- Dans un deuxième temps, la jurisprudence a admis que l'inclusion d'une exploitation commerciale dans un ensemble plus vaste n'est pas en soi exclusive d'une clientèle propre dès lors que l'exploitant apporte la preuve de l'autonomie de sa clientèle qui est attachée à cet exploitant du fait de sa compétence, de sa notoriété, de la qualité de ses prestations, bref de sa puissance d'attraction.
- Dans un troisième temps, la jurisprudence a considéré que pour être propre la clientèle n'a pas besoin d'être prépondérante ou prédominante par rapport à celle de l'exploitant principal.
- Aujourd'hui, il n'appartient plus à l'exploitant du commerce enclavé de justifier de son autonomie de gestion mais il appartient au propriétaire de l'établissement principal de rapporter la preuve de contraintes incompatibles avec le libre exercice d'une activité commerciale. S'il existe des contraintes mais qu'il n'y a pas cette incompatibilité il y a donc une clientèle propre à l'exploitant qui exploite un fonds de commerce qui lui est aussi propre. Ce dernier état renverse la charge de la preuve.

La seconde situation est celle **des commerces intégrés ou juridiquement indépendants**. Ce sont des commerces présents dans un circuit de distribution intégrée, à travers un contrat de concession ou de franchise. De ces contrats née une interdépendance économique qui pose la question de la propriété de la clientèle. La jurisprudence s'est fixée, concernant le contrat de franchise, que l'on peut l'appliquer aux concessionnaires. Le franchisé exploite son fonds à ses risques et périls, de sorte qu'il est considéré comme un propriétaire du fonds, mais aussi de la clientèle qui y est attachées. La clientèle est autonome par rapport à la clientèle du franchisé.

- **La clientèle doit être commerciale :**

La clientèle est commerciale dès lors qu'elle est attachée au fonds plus qu'à la personne du commerçant et elle découle de l'exécution d'actes de commerce. Pendant longtemps la distinction entre clientèle civile et clientèle commerciale se faisait au regard de la cessibilité de la clientèle commerciale, celle civile ne pouvant pas faire l'objet de cession. Selon un arrêt de chambre civile de 2000, **la Cour de Cassation admis la cession d'une clientèle civile**. Elle peut faire l'objet d'une cession à la condition que la clientèle conserve sa liberté de choisir.

2.b. Le nom commercial de l'enseigne :

Si la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce, le nom commercial et l'enseigne représentent incontestablement **l'un des éléments les plus distinctifs de ce fonds de commerce**. En effet, ce sont eux qui vont procéder à l'identification du commerçant et de son entreprise. On retrouve ici une similitude à avec les éléments d'identification de la personne physique (la nationalité, le domicile, le nom et l'état des personnes). On s'aperçoit concernant ces personnes qu'il y a une évolution de ces éléments d'identification. Il y a les 4 éléments traditionnels mais aussi d'autres

comme par exemple le numéro de sécurité sociale. On retrouve **la même évolution avec les critères d'identification nouveaux** en matière commerciale comme par exemple le numéro de téléphone d'une entreprise commerciale.

- **Le nom commercial :**

On parle de nom commercial ou de dénomination sociale et cela correspond **à l'appellation reconnue et sous laquelle le commerçant exerce son activité**. Ça peut être un nom patronymique, un pseudonyme ou un nom fantaisiste. En revanche ça se complique lorsque c'est le nom patronymique qui est utilisé comme nom commercial. L'utilisation de ce nom comme nom commercial s'oppose à un principe fondamental en droit commun qui est l'indisponibilité. On ne peut pas le changer comme on veut car il faut passer par le ministre de la justice.

Le nom peut-il être cédé en même temps que le fonds de commerce? Le propriétaire du nom peut-il s'opposer à l'utilisation commerciale de son nom? La seule réponse est **une réponse conventionnelle**, c'est-à-dire que le principe d'indisponibilité du nom ne fait pas obstacle à la conclusion de conventions prévoyant l'utilisation du nom commercial. C'est une dérogation au droit commun. L'atteinte à l'indisponibilité est autant plus forte car la Chambre commerciale a admis l'utilisation du nom patronymique à des fins commerciales même si la convention ne prévoit que tacitement cette utilisation par un arrêt BORDA de 1985.

Dans un arrêt DUCASSE de 2003 la chambre commerciale a précisé que le **« consentement donné à l'utilisation d'un patronyme comme dénomination sociale n'implique pas par lui-même autorisation à déposer ce nom à titre de marque »**. La chambre confirme le fait **qu'un nom patronymique puisse être utilisé à des fins commerciales**, mais qu'en tant de nom ou de dénomination sociale. Il ne pourra pas, sauf accord être employé comme marque ou comme enseigne. Si le nom commercial intègre néanmoins le statut de marque, celui-ci sera protégé par le droit des marques contre la contrefaçon.

- **L'enseigne :**

Elle est attachée souvent au nom commercial et ça correspond à l'emblème ou au logo qui permet d'identifier l'entreprise commerciale. L'emblème suit le même régime juridique que le nom commercial il s'agit aussi **d'une propriété incorporelle**.

2.c. Le droit au bail commercial :

Le droit au bail commercial **confère ce qu'on appelle la propriété commerciale** c'est-à-dire que le commerçant dispose au regard de ce bail commercial, un droit au renouvellement de son bail et à défaut au versement d'une indemnité d'éviction. Ce bail commercial est un élément important pour le fonds de commerce, dans la mesure où il permet la fixation de la clientèle commerciale. Cependant ce **bail commercial est facultatif**. Si le bail commercial existe il possèdera une valeur relativement importante du fait des éléments de la commercialité.

2.d. Les droits de la propriété industrielle :

La propriété industrielle est composée essentiellement de trois choses à savoir des brevets d'inventions, des marques de fabrique et des desseins et modèles. Ces éléments **constituent des**

monopoles d'exploitation ou d'utilisation qui sont des droits subjectifs (exclusifs à la personne) et qui assurent au commerçant l'exclusivité d'un moyen, d'une méthode pour attirer et retenir la clientèle.

2.d. Les licences et autorisations d'exploitation :

Certaines activités commerciales **supposent l'octroi d'une autorisation administrative autrement dénommée licence d'exploitation, ou bien un agrément** (une pharmacie, théâtre et salle de spectacles, laboratoire d'analyses médicales). Ces licences et autorisations constituent des éléments incorporels du fonds de commerce qui comme les droits de la propriété industrielle peuvent avoir une importance considérable (une valeur supplémentaire).

Si ces licences et autorisations ont un caractère personnel, délivrées *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de la personne et de ses compétences, **elles ne pourront pas être cédées en même temps que le fonds de commerce** (les cartes des agents de voyages, les pharmacies, les salles de spectacles).

En revanche si ces licences et autorisations ne sont pas personnelles, elles **sont cessibles soit de façon isolée, soit en même temps que les autres éléments du fonds de commerce** (débits de boissons, cartes de transport, licences d'exploitation d'un moulin).

En cas de **caducité d'une licence il peut y avoir une disparition du fonds de commerce**, si cette licence est nécessaire à l'exploitation du fonds. En tant que bien incorporel la présomption selon laquelle « en fait de meubles possession vaut titre », n'est pas applicable pour les licences et les autorisations.

Chapitre 3 : Les opérations sur les fonds de commerce

I. Le bail commercial :

Le bail commercial reste l'un des éléments constitutif les plus importants du fonds de commerce.

Le droit au bail commercial est ce que l'on nomme la propriété commerciale alors même que le droit au bail ne confère aucun droit de propriété sur le local loué. On utilise ce concept de propriété commerciale car le statut des baux commerciaux est dérogatoire par rapport au statut classique des baux.

En effet, le statut des baux commerciaux confère au preneur un droit au renouvellement de son bail en vue de garantir une certaine continuité dans l'exploitation de l'activité commerciale.

En cas de refus de renouvellement de la part du bailleur, le preneur doit obtenir de la part du bailleur une indemnité d'éviction.

Ce bail commercial va se rattacher au local dans lequel est exploité un fonds de commerce. C'est un élément important du fonds de commerce, mais c'est un élément qui n'est que facultatif dans la mesure où le propriétaire du fonds de commerce qui est également propriétaire des murs ne disposera pas de droit au bail.

D'un point de vue historique, la conclusion du contrat de bail portant sur un local à usage commercial, jusqu'au début du XX^{ème} siècle, n'était pas soumise à des règles dérogatoires commerciales car l'on appliquait les règles de droit commun (strictement civile) relatives au louage de choses. Cette absence de règle dérogatoire s'expliquait par le fait que jusqu'au début du XX^{ème} siècle il était rare qu'un propriétaire d'un fonds de commerce ne soit pas également propriétaire des murs. Progressivement il ya eu une dissociation entre la propriété du fonds de commerce et la propriété des murs dans lequel est exploité le fonds de commerce. La législation civile est vite apparue inadaptée au bail portant sur un local commercial (ainsi au bout de 3 mois un commerçant pouvait être mis dehors). C'est pour cette raison que dès 1926 le législateur a accordé aux commerçants le droit au renouvellement de son bail. Un décret de 1953 est intervenu pour fixer le régime juridique de ces baux commerciaux (appelé le statut des baux commerciaux). Aujourd'hui l'on trouve le statut de ces baux aux articles L145-1 et suivants du Code de commerce.

A. Les conditions d'application du statut des baux commerciaux :

Si le statut des baux commerciaux est prévu légalement, la jurisprudence admet que les parties, c'est-à-dire le bailleur et le preneur, puissent conventionnellement soumettre à ce statut des baux commerciaux un contrat de bail qui ne pourrait y être soumis car il manque l'une des conditions. Exemple : un bailleur peut soumettre un contrat de bail qu'il signe avec une association au statut des baux commerciaux.

Cette soumission conventionnelle n'a que des avantages pour le preneur. En revanche, il y a quelques inconvénients pour le bailleur. Dès lors que le bailleur a décidé de soumettre le contrat de bail au statut des baux commerciaux, il ne peut pas, par la suite, invoquer la non réunion des

conditions légales pour se soustraire à ses obligations. Les parties qui décident de soumettre conventionnellement le contrat de bail au statut des baux commerciaux devront appliquer intégralement le statut des baux commerciaux. La soumission conventionnelle ne doit pas être l'occasion d'écarter un autre statut locatif dérogoratoire tel que le statut des baux ruraux (concernent le contrat de fermage).

1. Les conditions relatives au contrat de bail :

1.a. L'existence du contrat de bail :

Le contrat de bail commercial est un contrat entre un bailleur propriétaire d'un immeuble, et un preneur, propriétaire et exploitant d'un fonds de commerce. Ce contrat confère **au dernier la jouissance de l'immeuble**.

Pour exister, **le contrat de bail commercial n'a pas besoin d'être écrit** et donc un bail verbal suffit. Il n'empêche qu'il sera préférable de signer un acte écrit. Si malgré tout il n'y a pas d'écrit, la preuve de ce contrat de bail pourra être apportée par tout moyen.

Si **la preuve d'un contrat de bail n'est pas rapportée**, cela signifie que l'individu occupe les lieux sans droit ni titre ou que l'individu occupe les lieux sur le fondement d'un autre contrat de bail (un bail d'habitation) ou qu'il occupe les lieux en vertu d'un droit réel (copropriété ou usufruitier) ou il occupe les lieux sur le fondement d'un prêt à usage.

1.b. La durée du contrat de bail :

Le statut des baux commerciaux n'est envisageable qu'au regard d'une certaine durée qui est **traditionnellement fixée à 9 ans**. Bien évidemment, il y a des contrats plus longs et des contrats plus courts qui seront évincés du statut des baux commerciaux.

- **Les contrats de longue durée :**

Il y a trois types de conventions qui se rapportent à ces contrats de longue durée :

- **Le bail emphytéotique** : cette exclusion des baux emphytéotiques du statut des baux commerciaux est expressément prévue par l'article 145-3 du Code. Il s'agit de baux d'une durée longue pouvant aller de 18 à 99 ans prévus par le Code rural. Ils sont exclus dans la mesure où ils confèrent au preneur un droit réel immobilier et non pas un droit de créance comme le droit de jouissance traditionnel du preneur. En outre, ils ne font pas l'objet d'une tacite reconduction ni d'un droit au renouvellement.
- **La concession immobilière** : cette dernière a été créée la loi de 1967 conclue pour au moins 20 ans. On s'écarte du statut des baux commerciaux dans la mesure où dans cette concession immobilière le concessionnaire a la liberté de résilier la concession dans les 6 premières années. En outre, la redevance que doit payer le concessionnaire est librement débattue et le concessionnaire peut modifier son activité à tout moment. Enfin, ce dernier a la possibilité de transformer les lieux. La contrepartie de cette liberté est que le concessionnaire n'a pas le droit au renouvellement de la concession, ni à une indemnité d'éviction.

- **Le crédit-bail immobilier** : il s'agit d'une convention par laquelle un établissement de crédit donne en location des biens immobiliers à usage professionnel qui ont été achetés par lui et qui promet de les vendre au preneur à l'issue d'un bail et moyennant une somme fixée conventionnellement.
- **Les contrats de courte durée** :

Là encore l'on s'écarte du statut des baux commerciaux (autour de 9 ans) et il y a deux types de conventions à voir :

- **Les baux de moins de 2 ans** : l'article L145-5 du Code de commerce prévoit que les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux, déroger au statut des baux commerciaux dès lors que la durée totale du bail n'est pas supérieure à 2 ans. Cela signifie que le preneur, bien qu'exploitant un fonds de commerce, ne bénéficie ni du droit au renouvellement de son bail, ni du versement d'une indemnité d'éviction. On part du principe qu'il connaissait la précarité de sa situation. Cela étant, **le statut des baux commerciaux redevient applicable** si à l'expiration du bail initial le preneur reste dans les lieux, soit s'il s'opère un nouveau bail, soit s'il y a un renouvellement express du bail. La possibilité de bénéficier à nouveau du **statut des baux commerciaux dans les trois situations citées disparaît** dès lors qu'il s'agit d'une location à caractère saisonnier.
- **Les conventions d'occupation précaires** : ce sont les conventions par lesquelles le propriétaire confère la jouissance d'un immeuble en se réservant le droit de révoquer la convention à tout moment pour des raisons qui échappent à la volonté des parties. Ces raisons peuvent être l'expropriation ou la démolition du bâtiment.

Dans toutes ces situations l'on appliquera un régime dérogatoire, et non pas le statut des baux commerciaux.

2. Les conditions relatives aux lieux loués :

2.a. L'objet du contrat de bail : des immeubles ou des locaux :

L'article L145-1 du Code précise que le statut des baux commerciaux **s'applique aux baux d'immeubles ou de locaux**. Etrangement il faut entendre le concept d'immeuble dans son sens commun et non dans son sens juridique, c'est-à-dire que le statut des baux commerciaux **ne peut pas s'appliquer pour un terrain nu ou un emplacement qui n'est pas couvert**.

Un **immeuble doit donc être scellé au sol**. Le statut des baux commerciaux **ne peut s'appliquer pour des constructions mobiles ou démontables**.

La législation sur les baux commerciaux ne s'applique donc qu'aux **locaux qui permettent, de par leur configuration, une réelle activité commerciale**, c'est-à-dire qui permettent l'accès des personnes.

L'article L145-1 **prévoit l'extension du statut des baux commerciaux** aux **locaux et immeubles accessoires** tels que les hangars, caves ou remises par exemple.

2.b. La finalité du contrat de bail : l'exploitation d'un fond de commerce :

Le statut protecteur conféré par les baux commerciaux **n'a de raison d'être qu'au regard d'une exploitation d'un fonds de commerce**. On étend ce statut à deux autres fonds à savoir le fonds industriel et le fonds artisanal.

En ce qui concerne les locaux mixtes (qui hébergent l'exploitation d'un fonds de commerce et qui ont pour finalité l'habitation) et bien **l'ensemble de l'immeuble bénéficie du statut des baux commerciaux**.

3. Les conditions relatives aux parties :

3.a. Le preneur :

Ce sont les articles L145-1 et L145-2 du Code qui **donnent la liste des personnes susceptibles de bénéficier du statut des baux commerciaux**. Il s'agit des commerçants, industriels, artisans, les établissements d'enseignement (publics et privés, généraux), les EPICS, l'Etat et les collectivités territoriales, les sociétés coopératives de crédit, les caisses d'épargne et de prévoyance, les groupements d'intérêts économiques et les artistes.

Pour le commerçant, l'industriel et l'artisan **l'immatriculation constitue la condition sine qua none d'application du statut des baux commerciaux**. En cas de défaut d'immatriculation d'un co-preneur, la jurisprudence avait prévue la privation à l'ensemble des autres co-preneurs du bénéfice du statut des baux commerciaux (Chambre civile de 1983). La loi de 2008 a modifié et répondu à la jurisprudence en modifiant l'article, ce qui a conduit à un revirement de jurisprudence et elle dispose **« si le bail est consenti à plusieurs preneurs, l'exploitant du fonds bénéficie du statut des baux commerciaux, même en l'absence d'immatriculation des co-preneurs non exploitants du fonds »**. L'exigence d'immatriculation est nécessaire pour que les individus puissent bénéficier du statut des baux commerciaux **seulement à la date du renouvellement du bail**, c'est-à-dire à la date de délivrance du congé, et non pas au jour de la signature du contrat de bail commercial.

La condition d'immatriculation **est une condition nécessaire, obligatoire pour bénéficier du renouvellement du bail** et non pas une condition initiale pour conclure un contrat de bail commercial. C'est-à-dire que **le défaut d'immatriculation initial (au jour de la conclusion du bail) ne peut pas conduire à une résiliation ou à une nullité de ce bail**.

3.b. Le bailleur :

La **conclusion d'un bail commercial constitue un acte de disposition**. Cela signifie que le bailleur doit avoir la **capacité juridique** de pouvoir effectuer un tel acte de disposition.

La question va se poser **lorsque l'immeuble qui sera donnée à bail commercial est un bien commun à deux époux**. Dans ce cas le consentement des deux époux est nécessaire pour procéder à la conclusion du contrat de bail. Le conjoint qui n'aurait pas consenti à cela pourrait en demander l'annulation de cette conclusion.

B. Le statut des baux commerciaux :

Ddd

1. L'exécution du bail :

Ddd

1.a. La durée du bail :

Dddd

1.b. Le loyer attaché au bail :

Dddd

- Le loyer initial et le pas de porte :

Ddd

- Le loyer révisé :

Ddd

- Le loyer du bail renouvelé :

Dddd

1.c. Le droit pour le preneur de disposer du bail :

ddd

