

## Actes de commerce et critères de la commercialité

Par **Visiteur**, le **26/09/2007** à **20:35**

Article publié par Olivier.

{{Bases du droit commercial. Détermination des actes de commerce et du critère de la commercialité.}}

D'après l'ouvrage de Mme Dekeuwer-Défossez, « droit commercial », éd Montchrestien, Collection Domat droit privé

Le droit français retient une conception hybride de la notion de commerçant. En effet, le titre de commerçant peut résulter dans notre droit soit d'un critère objectif (est commerçant celui qui réalise des actes de commerce), soit d'un critère subjectif (est commerçant celui exerce une profession commerciale)

{{Section I. Les actes de commerce par nature}}

Art L 110-1 s c.com. Aucune indication générale n'est donnée qui permette de réunir l'intégralité du texte en un ensemble logique.

On est donc en présence, du fait de l'énumération, d'une catégorie fermée, exceptionnelle.

{{§1. Les différentes catégories d'acte de commerce}}

{{A. Les actes de commerce par la forme}}

{1. Les lettres de change}

La lettre de change ou traite est un acte par lequel une personne appelée tireur donne à un débiteur dénommé tiré l'ordre de payer à une date déterminée une somme d'argent à une troisième personne dite bénéficiaire ou porteur.

Ces actes sont obligatoirement soumis au droit commercial, et ce même s'ils sont passés en raison d'une dette civile. La compétence est donc obligatoirement celle du Tribunal de Commerce.

En revanche, le chèque ou le billet à ordre sont civils ou commerciaux en fonction de la nature de l'obligation principale.

Les lettres de change tirées aux fins de rembourser un crédit à la consommation sont nulles.

{2. Les sociétés commerciales par la forme}

Art L 210-1 c.com. Il s'agit : des SNC, des SCS, des SARL et des sociétés par actions (principalement SA et SAS).

Cette catégorie pose néanmoins problème. En effet, la raison principale de sa création était à l'origine de permettre de soumettre ces sociétés au droit des procédures collectives, qui n'était applicable qu'aux commerçants. On constate que les Tribunaux ont aujourd'hui parfois tendance à faire prévaloir l'objet civil de la société commerciale (une société commerciale peut avoir un objet civil, mais pas le contraire), en particulier en ce qui concerne les sociétés d'exercice libéral, et ce afin de leur refuser certains avantages bénéficiant aux commerçants (propriété commerciale par exemple).

Les sociétés qui ne relèvent pas de l'art L210-1 c.com ne peuvent être commerciales que par leur objet suivant les dispositions de l'art L110-1 c.com.

## {{B. Les actes de commerce à titre isolé}}

Ce sont : les achats pour revendre, les opérations d'intermédiaire pour l'achat d'immeubles ou de fonds de commerce, le courtage et les opérations de banque.

Le simple exercice isolé d'une de ces opérations suffit à faire tomber son auteur dans le domaine de la commercialité. Néanmoins, deux limites sont à noter :

- Un acte commercial accompli par une personne civile dans l'exercice de sa profession civile devient civil (par application de la théorie de l'accessoire).
- L'acte ne sera commercial que s'il est accompli dans un but spéculatif, critère de la commercialité. Or comment démontrer la spéculation si l'acte n'est pas accompli de manière répétitive ?

D'autres actes isolés sont également reconnus commerciaux : cautionnement donné par le gérant d'une société commerciale pour en garantir les dettes par exemple.

## {{C. Les actes de commerce en entreprise}}

Sont commerciaux les actes des entreprises de location de meuble, de manufactures, de commission, de transport, de fournitures, d'agences et bureaux d'affaire et des établissements de vente à l'encan et de spectacles publics.

L'entreprise peut se définir comme une structure réunissant un certain nombre de moyens, destinés à exercer une activité déterminée. C'est donc l'exercice répété des actes au sein d'une structure organisée qui va être le critère ici.

## {{Â§2. Les différentes catégories d'activités commerciales.}}

### {{A. La distribution}}

#### {1. L'achat pour revendre}

C'est le prototype de l'acte de commerce.

##### a. L'achat

Sont exclues les activités de production et d'extraction qui ne représentent pas un achat à

proprement parler.

- Concernant l'activité agricole, de nombreuses questions se sont posées quant à sa nature civile ou commerciale, en particulier en raison des modes récents d'exploitation qui font de plus en plus appel à l'achat pour revendre.

La loi du 30 décembre 1988 a défini dans son article 2 la notion d'activité agricole. De ce fait, si la controverse, mais a entraîné la disparition du critère qui était celui de la proportion d'aliments achetés à l'extérieur. Ne reste donc que le critère lié à la durée : si une certaine durée sépare l'achat de la revente, on est en présence d'une activité agricole.

- Concernant la production intellectuelle, elle est elle aussi par nature civile. En revanche, les personnes qui exploitent l'activité d'autrui sont en principe commerçantes.

Sont également civiles les professions libérales. Leurs membres doivent en effet déontologiquement demander une rémunération mais sans esprit de lucre. La seule exception à la règle est celle des pharmaciens qui effectuent de nombreux achats pour revendre.

Si des membres de professions libérales effectuent des actes de commerce interdits par leur statut, ils pourraient être considérés comme commerçants.

Les activités d'enseignement sont également civiles si elles s'exercent dans une institution de grande taille avec de nombreux collaborateurs (idem auto écoles).

Ces solutions disparaissent si les activités en question sont exercées dans le cadre d'une société commerciale par la forme ;

- L'extraction est également une matière qui échappe au droit commercial, mais avec des exceptions.

Ainsi l'exploitation des mines est commerciale.

#### b. Pour revendre

Ce qui compte ici c'est l'intention de revendre. Un commerçant qui ne revend pas son stock ne rend pas de ce seul fait civil l'achat du stock.

La preuve de l'intention de revendre résulte le plus souvent de la profession de l'acheteur. La revente doit être destinée à dégager un bénéfice selon la jurisprudence. Les achats pour revendre au prix coûtant sont donc exclus du domaine de la commercialité.

La transformation du bien acheté par l'acquéreur avant sa revente est normalement sans incidence. Si l'acquéreur exerce une profession civile, dans ce cas il est possible de faire application de la théorie de l'accessoire. Il faut pour cela démontrer que la valeur du travail fourni par l'acquéreur reste supérieure à celle des biens achetés pour la réaliser.

#### c. L'objet de l'achat pour revendre

Le domaine d'application de l'achat pour revendre est extrêmement vaste. En effet, en plus des meubles corporels, catégorie traditionnelle et la plus fréquente, la loi a ajouté de nombreux meubles incorporels, et même les immeubles.

Devant l'inquiétude des promoteurs de voir l'achat pour revendre d'immeubles inclus dans le domaine de la commercialité, le législateur a précisé que l'achat d'immeuble en vue de construire des immeubles puis de revendre en bloc ou par locaux demeurerait civil. En revanche il semble que la vente d'un immeuble après rénovation serait commerciale.

L'entreprise de construction est également commerciale.

## {2. Les entreprises de fournitures}

art. L 110-1 6<sup>o</sup> c.com. Il s'agit d'entreprises qui fournissent des biens ou des services pendant un certain temps pour un prix déterminé (fourniture d'eau, de gaz, livraison de journaux, hôtellerie, pompes funèbres€!)

Remarquons que de nombreux objets fournis ont «à»rement été acquis dans le but de cette fourniture et on tombe donc également dans le domaine de l'achat pour revendre. Mais on peut aussi y inclure des produits normalement exclus du champ d'application de l'achat pour revendre.

## {3. Les entreprises de location de meubles}

La location d'immeuble est civile, sauf accessoire de la profession commerciale d'une des parties.

La location de meubles est commerciale en vertu de l'art L110-1 4<sup>o</sup>. La location vente et le crédit-bail sont également commerciales. La location occasionnelle d'un meuble par un non commerçant demeure néanmoins civile.

## {4. Les entreprises de transport}

Toutes les entreprises pratiquant tous les types de transport (marchandises ou personnes) sont commerciales, y compris le transport maritime. Sont commerciales les entreprises annexes telles les téléphériques ou remonte-pentes en montagne.

Les chauffeurs de taxi sont en revanche exclus puisqu'ils n'agissent pas en entreprise.

## {5. Les établissements de vente à l'encan}

La suppression du monopole des commissaires priseurs dans le domaine des ventes aux enchères par la loi du 10 juillet 2000 et la création de sociétés commerciales de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques a bouleversé la matière.

Le code de commerce continue de réserver les ventes aux enchères aux biens d'occasion et aux biens neufs issus directement de la production du vendeur si celui-ci n'est pas commerçant ou artisan.

Les ventes aux enchères sur internet sont soumises à ce régime si elles sont le fait d'un mandataire du propriétaire vendeur. La société de vente doit donc être habilitée à cet effet.

## {{B. L'industrie}}

### {1. La notion de manufacture}

La manufacture désigne le travail de transformation et de mise en œuvre effectué aujourd'hui par des machines. Il peut être réalisé sur des matières premières, des produits extraits ou cultivés, mais aussi sur des objets appartenant au client et confiés à l'entreprise.

Les agriculteurs sont exclus de ce domaine.

### {2. L'artisanat}

L'exigence du critère d'entreprise exclut du domaine commercial de nombreux artisans.

Ne seront considérés comme commerçants que les artisans qui spéculent sur le travail d'autrui. Tout dépend donc du nombre de salariés, et la jurisprudence donne des solutions au

cas par cas.

D'autres critères que le nombre de salariés sont également retenus (signature de lettres de change, utilisation fréquente du sous traitement, nombreuses machines).

Pour être artisan, plusieurs conditions sont à remplir. Il faut tout d'abord figurer sur une liste établie par décret. De plus, il ne faut pas employer plus de 10 salariés. Néanmoins, si le dirigeant de l'entreprise artisanale peut prétendre au titre d'artisan ou de maître artisan, ce seuil peut être dépassé. Les textes admettent la double immatriculation au répertoire des métiers et au RCS.

La distinction entre artisan et commerçant n'est plus aujourd'hui très utile, dans la mesure où leur statut a été largement unifié. La question ne se posera donc a priori que pour le régime juridique de certains actes accomplis, concernant en particulier la durée de la prescription ou des modes de preuve admissibles.

## {{C. Les services}}

### {1. Les intermédiaires}

#### a. Les agents d'affaires

Ce sont les personnes qui gèrent les affaires d'autrui (gestionnaires d'immeubles, agences de recouvrement), opération d'intermédiaires pour les ventes d'immeuble.

La plupart sont des professions libérales et échappent donc au droit commercial.

#### b. Les courtiers

Ils mettent en rapport deux partenaires potentiels sans être le représentant de l'un ou de l'autre. Tous sont commerçants.

#### c. Les commissionnaires

Ils concluent en leur nom propre des opérations pour le compte de leurs clients. Il s'agit également des agents de change.

#### d. Les agents commerciaux

Ils sont mandataires d'un commerçant et ne sont donc pas personnellement commerçants.

### {2. Les services financiers}

#### a. Les opérations de banque

Il s'agit de toute opération comprenant la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiements. La pratique habituelle de ces opérations est réservée aux établissements de crédit. Les autres peuvent être effectuées occasionnellement par d'autres personnes mais relèvent du droit commercial.

## b. Les assurances

La jurisprudence a reconnu comme commerciales les sociétés d'assurance. Les assurances à prime fixe sont seules commerciales cependant.

Les mutuelles d'assurance demeurent civiles car elles n'ont pas un caractère spéculatif.

## c. La bourse

Les entreprises d'investissement sont commerçantes ainsi que les spéculateurs d'habitude. En revanche, les opérations boursières de gestion de portefeuille d'un portefeuille privé demeurent civiles.

### {3. Les services de loisirs}

Tous les spectacles (y compris sportifs) sont considérés comme relevant du droit commercial. Seuls les spectacles de bienfaisance ou organisés par des associations ne poursuivant pas un but lucratif demeurent civils.

Les agences de voyage ou l'hôtellerie sont également commerciales. L'enseignement du sport ainsi que tous les organismes permettant de pratiquer le sport mais qui n'ont pas de but spéculatif demeurent civils.

## {{Section 2 : Les commerçants}}

Art L 121-1 c.com.

C'est l'activité professionnelle et non l'inscription au RCS qui confère à son auteur la qualité de commerçant.

Dans le cas des sociétés commerciales par la forme en revanche, le caractère commercial ne résulte pas de la nature commerciale de leur activité. Ce statut s'applique donc aux personnes physiques ainsi qu'aux sociétés qui ne sont pas commerciales par la forme et autres groupements.

### {{Â§1. L'exercice d'actes de commerce}}

#### {A. Les actes accomplis}

Il doit d'agir d'actes de commerce par nature. Ainsi le fait de signer des lettres de change de manière habituelle ne confère pas la qualité de commerçant, mais constitue en revanche un indice d'un comportement de type commercial.

#### {B. L'exécution en son nom et pour son compte.}

N'est commerçant que celui qui exerce dans les faits l'activité commerciale. Les franchisés ou concessionnaires sont ainsi commerçants puisqu'ils exercent en leur nom propre.

Ainsi, les salariés qui accomplissent des actes de commerce pour leur employeur, les organes sociaux qui agissent pour le compte de la société qu'ils représentent ou encore les mandataires ne sont pas commerçants.

Concernant les époux la question est plus complexe. Normalement il est impossible à deux époux d'être tous les deux commerçants en exploitant le même fonds. Une réponse ministérielle est néanmoins intervenue en sens contraire et de ce fait rien n'empêche deux époux d'être tous deux inscrits au RCS en tant que commerçants exploitant le même fonds. L'article L121-3 c.com entraîne une présomption simple de non commercialité. C'est donc au créancier de prouver l'exercice personnel d'actes de commerce par le coexploitant prétendu. Au regard du droit des procédures collectives, il paraît contestable que le conjoint bénéficiant de la présomption tente de la combattre lui-même afin d'obtenir l'extension à son profit de la procédure collective. Il lui faut en effet être inscrit pour cela au RCS, ce qui lui fait perdre le bénéfice de la présomption.

Il est également possible de parvenir au même résultat en invoquant l'existence d'une société créée de fait entre les coexploitants du même fonds commercial.

## {{Â§2. La profession habituelle}}

### {A. L'habitude}

L'habitude signifie la répétition systématique. Néanmoins la Cour de Cassation censure les arrêts qui considèrent comme commerçant un individu n'ayant effectué qu'un seul acte de commerce. Toutefois les juges sont plutôt enclins à accorder facilement le statut de commerçant.

### {B. La profession}

Il n'est pas nécessaire que la profession commerciale soit exclusive. Dans cette hypothèse le droit commercial s'appliquera à l'activité commerciale seule.

## {{Section 3 : La théorie de l'accessoire}}

### {{Â§1. L'accessoire commercial subjectif}}

L'application de cette théorie implique que tous les actes effectués par un commerçant pour les besoins de sa profession sont traités comme des actes de commerce.

### {A. Conditions de la commercialité par accessoire}

#### 1. L'auteur de l'acte doit être commerçant

L'acte peut être un acte mixte. Une seule des deux parties peut en effet être commerçante. Ainsi, pour les personnes physiques, l'immatriculation au RCS entraîne une présomption simple de commercialité. Les tiers peuvent également faire juger qu'une personne est commerçante de fait, mais seule une personne immatriculée au RCS peut se prévaloir de la qualité de commerçant pour bénéficier de ce régime.

Pour les personnes morales, le principe est le même : tous les actes effectués par une société de forme commerciale sont des actes de commerce.

## 2. L'acte doit se rattacher à l'activité commerciale

Pour les personnes morales, il n'y a pas de problème, dans la mesure où<sup>1</sup> elles sont liées par le principe de spécialité, tous leurs actes sont nécessairement liés à leur activité.

En revanche pour les personnes physiques, il est parfois difficile de savoir quand une opération se rattache au domaine de la gestion du patrimoine privé et quand elle se rattache à l'activité professionnelle du commerçant. En cas d'incertitude, les opérations sont présumées faites pour le commerce.

### {B. Le domaine de la commercialité par accessoire}

#### 1. Le mouvement d'expansion

Sont commerciales les obligations contractées par le commerçant dans le cadre de son activité. Mais le sont aussi les obligations résultant de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits.

Les obligations légales deviennent également commerciales. La présomption de commercialité est également étendue aux engagements extracontractuels.

#### 2. Les îlots de résistance

##### a. Les obligations qui ne deviennent pas commerciales

Les dettes fiscales sont toujours civiles, ainsi que les aliénations et constitutions de droits réels accomplies sur des immeubles.

##### b. Obligations commerciales ne relevant pas des Tribunaux de Commerce

Tous les litiges relatifs aux accidents de la route, baux commerciaux pour la révision du loyer et le renouvellement du bail, litiges relatifs aux marques et brevets sont soumis à la compétence du TGI.

Les litiges individuels à l'occasion de tout contrat de travail sont de la compétence du CPH. Les litiges relatifs au droit de la consommation sont portés devant le TI.

## {{Â§2. L'accessoire commercial objectif}}

### {A. Les obligations commerciales en raison de leur objet}

#### 1. Les obligations relatives à une société commerciale

Les contestations relatives aux sociétés commerciales sont de la compétence exclusive du tribunal de commerce. La jurisprudence a donné des exemples.

Ainsi la souscription de parts ou d'actions est commerciale, tout comme les actions en responsabilité contre des dirigeants.

La Jurisprudence est exigeante quant au lien entre le litige et la société : la cession de parts sociales ou d'action n'est commerciale que si elle implique une cession de contrôle de la société ou quand elle assure le maintien du contrôle à son titulaire.

#### 2. Les opérations relatives à un fonds de commerce

Ces opérations sont considérées comme commerciales. Le champ d'application de cette



disposition est large. En effet elle s'étend à tous les actes juridiques qui peuvent être passés sur un fonds de commerce (location-gérance, nantissementâ€!).

Néanmoins la Cour de Cassation rappelle que l'acte n'est commercial qu'envers celui qui l'exerce dans le but d'exercer un commerce et qu'il est indispensable à l'exercice de celui-ci. Le conjoint qui n'exploite pas le fonds pourra donc opposer que l'acte est civil à son égard.

{B. Les obligations accessoires à une opération commerciale.}

### 1. Les billets à ordre et les chèques

A la différence des lettres de change, le billet à ordre et le chèque empruntent le caractère de la dette en raison de laquelle ils ont été émis.

### 2. Le gage

Le gage est commercial quand il garantit une dette commerciale.

### 3. Le cautionnement

Le cautionnement est commercial s'il est donné pour garantir une dette commerciale, et s'il est donné dans un but désintéressé, même si la caution n'est pas commerçante. C'est le cas par exemple des dirigeants de sociétés.

Dans le cadre des garanties autonomes, l'indépendance entre la dette garantie et l'engagement du garant exclut que la commercialité de la première entraîne celle du second.

{{Â§3. L'accessoire civil}}

C'est la réciproque de l'accessoire commercial. Ainsi certains actes de commerce par nature retrouvent un caractère civil lorsqu'ils sont effectués par un professionnel civil dans l'exercice de sa profession.

La seule condition est que ces actes demeurent occasionnels ou de peu d'importance par rapport à l'activité principale proprement civile.

{{Section 4 La recherche d'un critère général de la commercialité}}

{Â§1 Le critère de la circulation des richesses}

Selon Thaller, est acte de commerce toute opération intermédiaire s'insérant entre le producteur et le consommateur d'un produit.

Ce critère correspond néanmoins à une conception étroite du droit commercial. Il exclut en effet l'activité de production, alors qu'aujourd'hui l'activité industrielle est largement commerciale. A l'inverse, certains actes intermédiaires ne sont pas des actes de commerce.

{Â§2 Le critère de la spéculation}

C'est l'explication la plus classique, qui trouve la cause de la commercialité dans la recherche

du profit.

La spéculation est une condition nécessaire pour caractériser une activité commerciale. L'absence d'intention spéculative permet d'exclure du droit commercial les activités désintéressées car la gratuité est étrangère au droit commercial. De ce fait, l'acte gratuit s'insérant dans une activité commerciale est suspect. En effet il est le plus souvent gratuit uniquement par apparence. L'acte réellement gratuit est anormal (acte anormal de gestion, abus de biens sociaux)

Le critère de la spéculation est néanmoins trop large et insuffisant pour délimiter avec précision le domaine du droit commercial. De plus elle englobe une bonne partie des activités civiles.

{Â§3 Le critère de l'entreprise}

Dans la plupart des cas, l'émergence d'un acte de commerce repose sur une structure permettant la répétition d'opérations identiques qui caractérise une activité professionnelle. Ce critère a été mis en valeur par Escarra.

La notion d'entreprise n'a pas de sens juridique précis. Ce critère est de plus beaucoup trop large pour désigner à lui seul le droit commercial. Il peut indiquer le droit du travail. De plus il existe beaucoup d'entreprises civiles.

Il n'existe donc pas véritablement de critère de la commercialité.

Par **Ahamed Hamza**, le **09/02/2017** à **13:48**

la définition de l'acte commerce par nature suffit-elle pour le critère de commercialité?

Par **Xdrv**, le **09/02/2017** à **17:37**

Uniquement en solstice d'hiver

Par **LouisDD**, le **09/02/2017** à **17:39**

Sur que ce n'est pas celui d'été ? Vous me mettez le doute...

Par **Xdrv**, le **09/02/2017** à **18:54**

Bonsoir Louis,

Effectivement vous avez raison, je me suis mal informé à ce sujet ...

Par **Isidore Beautrelet**, le **10/02/2017** à **09:30**

Bonjour

Oui c'est le solstice d'été. Comme vous pouvez le remarquer l'auteur du message a bien fumé 21 joints avant de venir sur le forum.