

Droit Commercial

Introduction :

Certains auteurs affirment que le droit commercial est la branche du droit privé applicable aux commerçants et aux obligations commerciales, lesquelles sont qualifiées d'actes de commerce.

D'autres auteurs définissent le droit commercial comme la branche du droit privé qui régit un certain nombre d'activité économique et de personnes. La détermination des unes et des autres étant faite par le C. Com.

Ces 2 définitions englobent le droit des commerçants et le droit des opérations commerciales.

Les auteurs se sont longtemps demandé si le droit commercial était le droit des commerçants ou celui des opérations commerciales.

Une conception objective fait du droit commercial le droit des actes de commerce. Le C. Com actuel définit les actes de commerce avant de définir les commerçants.

Une conception subjective voit le droit commercial comme celui des commerçants. Cette notion a notamment été défendue par RIPERT. Le C. Com à l'origine commençait par définir le commerçant avant de s'intéresser aux actes de commerce.

Aujourd'hui, la majorité des auteurs considère que cette controverse n'a plus lieu d'être. Ces auteurs s'accordent sur le fait qu'aucune des 2 notions n'est suffisante et que le droit commercial est le droit des actes de commerce et le droit des commerçants.

Le droit commercial a été créé pour répondre aux besoins particuliers des commerçants et principalement pour faciliter leurs relations. Un de ses objectifs principaux est de faciliter la rapidité des transactions et des échanges.

Ici le législateur a notamment prévu la liberté de la preuve entre commerçants c'est à dire que l'écrit n'est pas nécessaire.

La théorie de l'apparence va également jouer un rôle important.

Aujourd'hui l'impératif de rapidité ne concerne pas uniquement les relations entre commerçants! (Artisans, professions libérales, ...) De plus en plus de règles qui intéressent 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 (Droit fiscal, droit des assurances, ...).

Exemple : Procédures collectives : Réservées aux commerçants à l'origine ; aujourd'hui : généralisation à toute profession.

Le législateur quant à lui fait de plus en plus référence aux « professionnels » plutôt qu'aux « commerçants ».

La question qui s'est posée était de savoir si le droit commercial existait encore?

Il existe un réel recul de la commercialité. Certains auteurs estiment que le droit commercial classique ne peut plus rendre compte des développements récents des activités économiques.

Ces auteurs vont délaisser la terminologie de droit commercial pour celle de droit économique, droit de l'entreprise ou encore droit des affaires.

Selon le dictionnaire CORNU, droit des affaires sont des termes souvent employés comme synonymes modernes de droit commercial mais dont l'acception est plus large. La définition 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 différents composantes de la vie économique : Ses cadres juridiques, ses agents, les biens et les services qui en sont l'objet ainsi que les activités économiques.

Le droit des affaires est né de la volonté de regrouper tous les mécanismes d'organisation de la vie des affaires, qu'ils concernent les affaires civiles ou commerciales.

Le droit des affaires a une tendance à mettre l'entreprise au centre de ses préoccupations et son contenu est très vaste et pas toujours bien délimité.

Le droit commercial quant à lui à un contour beaucoup plus précis, notamment parce qu'il est régi par le C. Com.

Le droit commercial présente des caractéristiques particulières, il est pragmatique, il doit être efficace et il est surtout mouvant.

Le droit commercial est issu d'une longue évolution et il a des sources particulièrement originales.

1) Historique

Le droit commercial s'est construit au fil des siècles, il est né avec l'apparition du commerce. Son origine est très ancienne, les documents les plus anciens faisant référence à des règles régissant le commerce sont les tablettes de WARKA (2000 avant JC) et le Code d'HAMMOURABI (1700 avant JC).

C'est à partir du Moyen-Age que le droit commercial s'est véritablement développé (Développement des moyens de production donc surplus donc échanges).

A l'époque, les échanges se font principalement en Italie du Nord (Gènes, Venise) ou dans certaines villes Nord européennes (Anvers). Ces échanges se réalisent essentiellement au cours de foires. C'est à l'occasion de ces foires que s'est élaboré le droit commercial. En raison de la dangerosité des routes conduisant aux foires, les marchands vont inventer des instruments leur évitant de transporter de l'argent. Il vont ainsi créer l'ancêtre de la lettre de change (Un marchand remet de l'argent à un prêteur qui s'engage à faire remettre cette somme par un tiers à un autre).

A cette époque, et toujours dans les foires, apparaissent les premières formes de société. Vont également se créer des tribunaux de foires, ancêtres des tribunaux de commerce. Un droit de la faillite va également se développer. Au Moyen-Age, il s'agit d'un droit international.

Le droit commercial s'est développé librement mais à partir des XVI^e et XVII^e, le pouvoir royal va tenter d'unifier et de codifier le droit commercial. Ce mouvement est dû à un renforcement du pouvoir royal mais également à la demande des marchands. Ces derniers souhaitent voir donner à leurs usages une force législative, plus exactement les marchands souhaitent que l'Etat donne une force législative aux bonnes pratiques et empêche celles qu'ils considèrent comme mauvaise.

Avant la première entreprise de codification de COLBERT au XVII^e, il y a eu un édit de Charles IX en 1563 qui avait créé des juridictions consulaires. Ces dernières étaient échevinales (Un juge et 4 non professionnels). Sous Louis XIV, Jacques SAVARY, négociant à Paris, fut désigné par COLBERT pour faire partie du conseil de la réforme du commerce.

En 1673, fut pris l'édit pour le commerce des marchands en gros et en détail, dit aussi ordonnance sur le commerce de la terre ou encore Code SAVARY. Cette ordonnance comprenait 122 articles divisés en XIII titres. Cette ordonnance était toutefois très incomplète, son objectif consistait plus à réprimer la fraude qu'à établir 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, la Révolution ayant toutefois empêché sa mise en œuvre. En 1781 fut également publié une ordonnance sur le Commerce maritime.

2 célèbres textes sont issus de la Révolution :

⑩ Le décret D'ALLARDES des 2 & 17 mars 1791 qui proclame la liberté du commerce et de l'industrie. Son article 7 disposait : « *il sera libre à toute personne de faire telle négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ».

⑩ Autre texte, la loi Le Chapelier des 14 & 15 juin 1791 qui abolit les corporations. Article 1^{er} : « *L'abolissement de toute espèce de corporation de citoyens du même état ou professions étant une des bases fondamentales de la Constitution française, il est défendu de les rétablir sous quelques prétextes ou quelques formes que se soit* ».

Après la Révolution, Napoléon appuya la codification du droit commercial et cela suite à des scandales financiers et des faillites retentissantes. Le C. Com fut rédigé par une commission composée de négociants et de magistrats. Cette commission s'est beaucoup inspirée de l'ordonnance de 1673 (Code SAVARY). Le C. Com fut promulgué le 15 septembre 1807. Il comptait 648 articles.

Ce code fut dès son origine très critiqué. Le droit commercial est un droit en perpétuelle évolution. En conséquence, s'inspirant en 1807 d'une ordonnance vieille de plus de 100 ans, il était forcément inadapté dès sa promulgation. Cela explique qu'il fut l'objet de nombreuses réformes que l'on a appelé « décodification ».

Après Napoléon arrive la période moderne, qui oscille entre interventionnisme et libéralisme. Le libéralisme sera favorisé lors de la révolution industrielle. Cette dernière, en effet, va imposer des changements afin de rendre plus efficace le système économique. Une loi de juin 1865 modernise le chèque. La loi du 24 juillet 1867 va créer les sociétés anonymes. Ce sont ces dernières qui vont permettre aux grands capitalistes de se développer.

Une loi du 17 mars 1909 organise le nantissement du fonds de commerce afin de développer le crédit.

La période du libéralisme du XIXe et du début du XXe a connu des abus et beaucoup de scandales. L'état est intervenu et l'on est passé dans un mouvement interventionniste. C'est la 1^{re} GM qui marque le mouvement. L'état est intervenu pour moraliser le commerce. La crise de 1929 ainsi que l'influence de la doctrine socialiste a fait que l'état est intervenu de plus en plus.

La loi du 18 mars 1919 crée le registre du commerce et des sociétés (RCS) [nom, adresse, activité], ce qui va permettre de protéger les tiers.

En 1936, interviennent les premières nationalisations.

En 1945, 2^{ème} phase de nationalisations.

Conformément à une ordonnance du 30 juin 1945, les prix de tous les produits et services sont fixés par voie d'autorité.

La liberté des prix ne fut rétablie qu'en 1986 par une ordonnance du 1^{er} décembre.

Le législateur va également intervenir pour protéger les commerçants les plus faibles économiquement. Un décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux protège le commerçant qui loue les locaux dans lesquels il exerce son commerce. La loi ROYER du 27 décembre 1973 avait pour objectif de protéger les petits commerçants contre les grandes surfaces (Modifiée depuis 2008).

Avec la chute du mur de Berlin et la fin du communisme, l'idée s'est faite jour que seul le libéralisme était efficace. Les commerçants aspirent à plus de liberté et cela passe selon eux par une déréglementation. Toutefois, le libéralisme ayant montré ses limites à travers de nombreux scandales, il est apparu nécessaire d'éviter ses excès. C'est alors qu'est né le concept de régulation. Selon le dictionnaire, la régulation est le fait de maintenir en équilibre pour assurer le fonctionnement correct. Cela implique une certaine souplesse dans l'application des règles.

Le code de commerce ayant été critiqué dès son origine, sa refonte fut dès le début envisagée. Il faut attendre 1993 pour qu'un nouveau projet soit proposé mais il fut rejeté par la commission des lois de l'AN. Une ordonnance du 16 décembre 1999 a autorisé le Gouvernement à procéder à une codification par voie d'ordonnance. L'ordonnance du 18 septembre 2000 a abrogé l'ancien C. Com et a consacré la partie législative du nouveau C. Com. Cette ordonnance fut ratifiée par l'article 50 de la loi du 3 janvier 2003. Un décret du 9 mai 2007 a modifié la partie réglementaire du code.

La recodification a été faite à droit, presque, constant (on ne modifie que la forme ; on ne touche pas au texte). Les textes existant ont été recompilés mais pas modifiés. Cette codification a provoqué de nombreuses critiques. Se limiter à donner un nouveau numéro à un texte déjà existant ne permet pas de donner une cohérence au droit commercial. Toutefois, certains articles ont été supprimés du C. Com pour être intégrés dans des codes plus appropriés.

2) Les sources du Droit commercial

Des sources émanent des autorités publiques et d'autres sont d'origine privée. Les sources d'origine publique sont diverses et variées. Certaines sont d'origine interne et d'autres ont une origine internationale.

⑩ La constitution et les principes généraux :

Selon l'article 34 C°, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations commerciales. Le reste étant du domaine réglementaire. Les principes généraux en matière commerciale, sont énoncés dans la DDHC et surtout dans le préambule de la constitution de 1946. Certains de ces principes ont une valeur constitutionnelle, par exemple, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 16 janvier 1982, a déclaré que la liberté d'entreprendre était un principe à valeur constitutionnel.

Selon l'article 55 C° : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

La C. cass admet depuis son arrêt JACQUES VABRE du 24 mai 1975 la prééminence des traités internationaux sur les lois nationales, même postérieures.

Le CE a adopté la même position dans un arrêt NICOLO le 20 décembre 1989.

Il existe de nombreux traités internationaux. Le plus important pour le droit commercial français, c'est le Traité de Rome instituant la CEE.

De nombreuses dispositions du Traité de Rome concernent directement voire indirectement le droit commercial. Si l'on prend l'article 2, l'UE a pour mission de promouvoir dans l'ensemble de la communauté, un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques. Une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques. Elle doit également promouvoir la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les états membres.

Selon l'article 23 du Traité de Rome, la communauté est fondée sur une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises et qui comporte l'interdiction entre les Etats membres des droits de douanes à l'importation et à l'exportation et de toute taxe d'effet équivalent.

L'article 43-1, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre état membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales, de filiales par les ressortissants d'un Etat membre, établit sur le territoire d'un autre état membre.

Le droit communautaire a une influence sur le droit commercial français. Mais le droit communautaire est très large et il prête à nombreux problèmes. Les conventions internationales concernent des domaines plus limités même si les pays concernés sont souvent plus nombreux que ceux visés par le Traité de Rome. Concernant la vente de marchandises, il faut citer la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises, dite également convention de Vienne du 11 avril 1980. Cette convention a été ratifiée par 70 des pays qui représentent les $\frac{3}{4}$ des échanges.

Conformément à son article 4, cette convention régit exclusivement la formation des contrats 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 limitent à désigner la loi applicable en cas de conflit.

En matière de responsabilité du fait des produits, cela sera par exemple le cas de la convention de La Haye du 2 octobre 1973. Son article 1^{er} dispose : « *La présente convention détermine la loi applicable à la responsabilité des fabricants pour les dommages causés par un produit y compris les dommages résultant d'une description inexacte du produit ou de l'absence d'indication adéquate concernant ses qualités, son caractère spécifique ou son mode d'emploi* ».

⑩ Lois et règlements :

Les relations commerciales se réalisant grâce aux contrats, le droit commun des obligations contenu dans le C. civ fait partie des sources du droit commercial. Le commerce pouvant impliquer des biens, le droit commun des biens régit également le droit commercial.

D'autres codes peuvent également jouer un rôle comme le code monétaire et financier qui va par exemple régir le chèque.

Encore, le CPI (brevet, marque) et le C. Conso (rapport entre pro et non pro).

La jP en droit commercial a un rôle important. Comme dans les autres branches du droit, elle va interpréter la loi, mais elle va également, parfois, la compléter. La concurrence déloyale a été sanctionnée sur le fondement de l'article 1382 C. civ.

Les tribunaux de commerce sont composés exclusivement de professionnels du commerce. Ces professionnels sont élus par des professionnels. Ces juges connaissent donc très bien la vie des négociants et sont à même de faire évoluer le droit commercial, en principe toutefois des limites imposées par la loi.

Les jugements des tribunaux de commerce sont portés en appel devant des magistrats professionnels qui veillent à la bonne application du droit, de même que la chambre commerciale de la C. cass. En dehors des sources émanant d'autorités publiques, une des spécificités du droit commercial provient du fait qu'il existe des sources d'origine privée. Le droit émane de l'autorité publique. Il n'existe que lorsqu'il est sanctionné par les autorités publiques. Il peut donc sembler étrange de parler de sources d'origine privée.

On peut noter que la loi du 15 septembre 1807, qui a promulgué le C. Com n'a pas abrogé les anciens usages. La pratique est la source de nombreuses règles du droit commercial. Cela s'explique par le fait que ce droit doit en permanence s'adapter aux évolutions du commerce. Le législateur n'étant pas toujours à même de suivre ces évolutions, la pratique doit s'adapter.

Pour s'adapter, les professionnels vont utiliser le droit des contrats, et ce, de différentes manières. Les ordres professionnels peuvent par exemple élaborer des recommandations ou des codes de bonne conduite. De même, les juristes d'entreprises peuvent élaborer des contrats types qui vont être imposés au cocontractant.

Conformément à l'article 1134 C. civ, ces documents ne lient que des personnes qui les ont acceptés. Toutefois, la C. cass considère que les règles émanant des ordres professionnels peuvent donner lieu à des sanctions disciplinaires, voire à l'application des règles de la responsabilité civile pour faute.

C. cass, Ch. Com, 22 avril 1980 : La transformation de la pratique en droit se fait lorsque ces pratiques deviennent des usages. En matière d'usages, il faut distinguer les usages conventionnels, que l'on appelle usage de faits, des coutumes, que l'on appelle usage de droit.

⑨ 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.

Découlant des pratiques commerciales courantes, on suppose que les contractants se sont tacitement référés à ces usages conventionnels à moins qu'une clause expresse du contrat n'en dispose autrement.

Les usages conventionnels sont supplétifs de volonté, c'est-à-dire qu'ils s'appliquent si les parties n'en décident pas autrement. La Ch. com de la C. cass dans un arrêt du 9 janvier 2001, selon un usage constant entre commerçants, les prix s'entendent HT sauf convention contraire.

L'application des usages est fondée sur la connaissance que doit en avoir le cocontractant. Ils ne s'appliquent qu'entre professionnels d'une même branche. Certains usages conventionnels sont purement locaux, c'est-à-dire qu'ils sont limités à une région donnée :

C. cass, Ch. Com, 13 mars 2003 : Fait référence à un usage constant en bordelais, s'appliquant aux viticulteurs.

En évitant aux commerçants de rédiger de longs contrats, les usages conventionnels leur permettent de simplifier leurs échanges.

En ce qui concerne les usages conventionnels va se poser la question de leur preuve. La loi est publiée et donc facilement accessible ce qui ne va pas être le cas des usages conventionnels. La preuve des usages conventionnels doit être établie par ceux qui les allèguent (Article 1315 C. civ).

La preuve ne peut venir que des milieux professionnels. Il s'agit d'un usage, le juge peut donc être susceptible de ne pas le connaître. Ce sont les chambres de commerce ou les organismes professionnels qui délivreront des parères qui attesteront de l'usage.

Le juge du Trib. Com peut également faire part de sa propre connaissance de l'usage allégué.

Les codes de bonne conduite ou les codes d'usage établis par certaines professions commerciales ou certains organismes professionnels permettent aux professionnels concernés de prendre connaissance des usages de leur profession et ils permettent également de les prouver.

L'usage conventionnel doit être prouvé, 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. Il peut déroger aux lois supplétives, non aux lois impératives. Son interprétation relève du pouvoir souverain des juges du fond. Leur violation ne peut pas faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

⑨ La coutume :

Aussi appelé usage de droit, est obligatoire. Ces usages se créent par une pratique constante avant d'être finalement sanctionnés par le juge.

⑩ Usage Secundum legem :

Usage justifié par la loi elle-même. Le législateur fait parfois expressément référence aux usages.

Exemple : Article L145-47 C. com (en matière de baux commerciaux) : Le juge saisi d'une demande de déspécialisation simple doit se prononcer notamment en fonction de l'évolution des usages commerciaux.

Le législateur a de plus en plus tendance à faire disparaître la notion d'usage et à être plus impératif. Ancien article L145-9 C. Com : Le bail commercial ne cessait que par l'effet d'un congé donné suivant les usages locaux et au moins 6 mois à l'avance. Depuis la loi du 4 août 2008, l'article L145-9 ne fait plus référence aux usages.

⑩ Usage Praeter legem :

C'est un usage qui supplée la loi. La notion de concurrence déloyale peut être rattachée comme un usage de ce type. Pour développer cette notion, les juges se sont fondés sur 1382 C. civ

mais surtout sur les usages loyaux du commerce.

⑩ Usage Contra legem :

Usage qui est contraire à la loi. A priori, un usage ne peut pas être contraire à la loi puisque celle-ci lui est supérieure. Ces usages existent pourtant en droit commercial.

Si un usage du droit commercial est contraire à une règle du droit civil, cela peut être justifié par le fait que le droit spécial prime sur le droit civil général ; les usages de droit faisant partie intégrante du droit commercial qui s'appliquent avant le droit civil.

C. cass, Ch. Civile, 18 juillet 1929 : Semble aller dans ce sens. En l'espèce les juges ont estimé que l'article 1202 C. civ demeure sans application en matière commerciale ou à défaut de convention contraire ou de circonstances relevées par les juges du fond, la solidarité entre débiteur est la règle. En refusant d'appliquer à une obligation commerciale le principe de la solidarité pour un motif tiré de disposition de droit civil étrangères à cette matière, l'arrêt a violé le texte visé.

En droit commercial, tout acte manifestant la volonté du créancier d'être payé vaut mise en demeure. En droit civil, avant une loi du 9 juillet 1991, la mise en demeure devait être faite par un acte extra judiciaire. Depuis 1991, une sommation ou un acte équivalent sont suffisants.

Il existe une présomption de solidarité en droit commercial alors qu'en droit civil, conformément à l'article 1202 C. civ, la solidarité ne se présume pas.

Une dette est dite solidaire lorsque 2 ou plusieurs débiteurs sont en cause. La solidarité permet au créancier d'exiger de n'importe lequel des débiteurs solidaires qu'il se libère de la totalité de la dette entre ses mains. La solidarité favorise le créancier puisqu'il peut se retourner contre n'importe lequel des débiteurs. Si un des débiteurs n'est pas solvable, il ne subira pas la dette. Le débiteur ayant payé la totalité de la dette peut se retourner contre le ou les débiteur n'ayant pas payé leur part.

Une dette est soit solidaire, soit conjointe. Dans ce dernier cas, le créancier ne peut demander à chacun des débiteurs que leur part.

En droit civil, le principe est que la dette est conjointe, pour qu'elle soit solidaire, il faut que cela soit expressément spécifié.

⑩ L'anatocisme (ou capitalisation des intérêts) :

Il est de droit à chaque arrêté de compte (article 1154 C. civ) sauf si il est prévu par une convention ou si il porte sur des intérêts dus au moins pour une année entière.

(100€ : Sur un compte avec taux à 10%, si il y a anatocisme, les 10% de la deuxième année porteront sur les 110€ obtenus à la fin de la première année. Sinon, les intérêts ne font pas d'intérêts).

Des usages commerciaux vont être contraires à des règles du droit commercial. Il est dans ces cas difficile de trouver une justification juridique, elle sera ici d'ordre pratique.

Articles L442-1 C. com et L222-1 C. Conso : Interdisent de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée, sous peine de sanctions pénales. En se fondant sur les usages commerciaux, les juges acceptent que le mode de conditionnement impose au consommateur l'achat d'une quantité minimale.

Les usages ont un rôle primordial dans un contexte international. Au niveau international, de nombreux usages se sont développés à l'ombre de la pratique du commerce international.

Le droit du commerce s'internationalise fortement, les relations commerciales, ne sont pas perçues de manière identique dans les différents pays et le droit commercial d'un Etat à un autre est très différent. Le commerce international est donc souvent régi par des conventions multilatérales. Certains usages du commerce international ont été rassemblés ou codifiés par des organismes privés (Incoterms). D'autres organismes vont rédiger des contrats types, ils seront utilisés par tous les

commerçants au niveau international.

Certains organismes comme UNIDROIT ne se contentent pas de réunir les usages mais ils tentent une codification transnationales. Il le fait notamment avec les principes relatifs aux contrats du commerce international. Ces principes ont vocation à s'appliquer à tous les contrats de commerce international.

Selon son préambule, les principes s'appliquent lorsque les parties acceptent de soumettre leur contrat. Ils peuvent également s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat. Ils peuvent être utilisés pour interpréter ou compléter le droit international. 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 et surtout ils ne peuvent pas être contraire à une loi impérative du droit national. Pour d'autres auteurs, ils constituent un système juridique à part entière.

Chapitre 1 : Les actes de commerce

Le législateur n'a pas défini les actes de commerce, ces derniers sont énumérés aux articles L110-1 et L110-2 C. Com. Il s'agit d'une liste très disparate. Le fait de ne pas avoir une définition de

l'acte de commerce mais seulement une liste exhaustive empêche la notion d'acte de commerce d'évoluer. Pourtant, une des spécificités du droit commercial est de devoir s'adapter. A partir de l'énumération de l'article L110-1 C. Com, la doctrine a tenté de dégager un critère de la commercialité plus général et plus malléable que la liste initiale.

Le critère de la spéculation est le plus classiquement utilisé. Il a été proposé dès le XIXe. Il est utilisé par la jP, elle l'utilise notamment pour définir si une personne est commerçante ou artisan. Toutefois il ne s'agit que d'un critère supplémentaire et en aucun cas d'un critère principal. Le critère de spéculation est trop large pour être retenu comme un critère de la commercialité. D'autres professionnels que les commerçants recherchent le profit!

Le critère de l'entreprise a également été proposé. Les activités commerciales sont en effet réaliser au sein d'entreprise mais il en est également ainsi de certaines activités civiles. La notion d'entreprise est floue et n'a pas de sens juridique.

Le critère de la circulation des richesses a été proposé au début du XXe. Ce critère ne correspond pas à la réalité de la commercialité. Il ne prend pas suffisamment en compte le secteur de l'industrie. Ce secteur transforme les richesses plus qu'il ne les fait circuler. De plus, certains actes de circulation échappe au droit commercial lorsqu'ils ne sont pas spéculatifs. Aucune critère dégagé par la doctrine ne permet de réellement définir les actes de commerce. Elle a néanmoins dégagé des catégories d'actes de commerce. Les actes de commerce par nature, les actes de commerce par la force et les actes de commerce par accessoire.

Section 1 : Les actes de commerce par nature

Ce sont les actes qui sont réputés tels en raison de leur objet. Ils sont énumérés à l'article L110-1 C. Com. Cet article comporte 10 alinéas. En regroupant ces alinéas, on peut considérer que les actes de commerce par nature correspondent à 3 activités distinctes :

- ⑩ La distribution
- ⑩ Les activités de transformation
- ⑩ Les services

A) La distribution

5 alinéas de l'article L110-1 concerne la distribution :

- ⑩ L'achat pour revendre
- ⑩ Les entreprises de fourniture
- ⑩ Les entreprises de location de meubles
- ⑩ Les entreprises de vente à l'encan
- ⑩ Les entreprises de transports

1) L'achat pour revendre

Selon l'article L110-1 1° C. Com, la loi répute acte de commerce tout achat de bien meuble pour les revendre soit en nature, soit après les avoir travaillé ou mis en œuvre. Selon l'article L110-2 C. com, la loi répute acte de commerce tout achat de bien immeuble aux fins de les revendre à

moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en blocs par locaux.

3 critères sont indispensables pour que l'acte soit un acte de commerce. Il faut acheter un bien, pour le revendre.

a) L'achat

Le critère d'achat exclut les activités de production et d'extraction. Dans ce cas la vente proviendrait de produits tirés du sol.

Dans le cas de l'extraction, seul est exclu l'exploitation de carrière ou de marais salant. En effet, selon l'article 23 du Code minier, l'exploitation de mine est considérée comme un acte de commerce.

La notion d'achat est comprise extensivement. La revente peut précéder l'achat.

Certaines activités, bien qu'impliquant un achat et une vente ne seront pas considérées comme des actes de commerce. Le fait de vendre sa propre production n'est pas un acte de commerce.

C. cass, civile 1ère, 21 avril 1976 : Les hospices de Beaune qui vendent leur propre vin se comporte comme des propriétaires récoltant ne faisant pas de commerce.

b) La revente

Afin de remplir le critère de la revente, cette dernière doit être le but de l'achat. Le marchand doit avoir l'intention de revendre le bien qu'il achète. Il ne doit pas pouvoir le garder pour lui-même. C'est l'intention de revente qui est importante.

Il faut que le marchand veuille revendre au moment où il achète pour que ce critère soit rempli.

A l'inverse si une personne achète un bien avec l'intention de le garder puis finalement le revend sans même l'avoir utilisé, il ne s'agit pas d'un acte de commerce.

Il faut aussi que l'intention de revendre soit une activité lucrative, la vente doit être destinée à dégager un bénéfice.

Comme pour l'intention de vendre, ce qui est pris en considération c'est la volonté du marchand, lors de son achat, de revendre le bien plus cher qu'il ne l'a acheté.

Les achats pour revendre à prix coutants sont exclus du droit commercial. C'est pourquoi les coopératives de consommateur n'ont pas une activité de nature commerciale.

c) La nature du bien

L'article L110-1 1° C. Com vise les achats pour revendre les biens meubles. Les biens meubles peuvent être corporels comme les marchandises ou incorporels comme les créances ou les droits sociaux. Le premier alinéa de L110-1 exclut les immeubles.

L'activité de marchand de biens est commerciale alors que la promotion immobilière est civile.

2) Les entreprises de fourniture

Selon l'article L110-1 6°, les entreprises de fournitures sont des actes de commerce. Elles s'engagent à livrer pendant un certain temps un bien ou un service à un prix déterminé. Il s'agit principalement de la fourniture d'eau ou de gaz ou encore de la fourniture de journaux. Les

entreprises d'entretien sont également incluses dans ces entreprises de fournitures.
L'article L110-1 C. Com visant les entreprises, les actes isolés ne sont pas des actes de commerce.
La fourniture correspond très souvent à des achats effectués en vue de reventes.
Il doit s'agir d'une entreprise qui exclut l'acte unique et qui porte non seulement sur des biens meubles mais aussi sur des services.

3) Les entreprises de location de meubles

La location de biens immeubles est par nature civile alors que conformément à l'article L110-1 4°, la location de meubles est commerciale.
Là aussi, l'article vise les entreprises! Par conséquent, une location occasionnelle demeure civile.

4) Les entreprises de vente à l'encan

C'est une vente de meubles aux enchères. Jusqu'à une loi du 10 juillet 2000 et un décret du 31 juillet 2001, la vente aux enchères publiques de marchandises neuves était interdite. La situation de l'article L110-1 avait donc une portée très limitée. Aujourd'hui et conformément à l'article L321-1 C. Com, les ventes aux enchères publiques de meubles concernent les biens d'occasion ou les biens neufs issus directement de la production du vendeur si celui-ci n'est ni commerçant, ni artisan. Cet article précise que les biens peuvent être vendus au détail ou par lots.

5) Les entreprises de transport

L'article L110-1 vise le transport par terre et par eau. L'article L110-2 vise le commerce maritime. Le fait que des entreprises transportent des marchandises ou des personnes par mer ou par terre sont des actes de commerce. Par assimilation, la jP a considéré que les entreprises de déménagement, de téléphérique ou encore de télécabine, étaient de nature commerciale.
En revanche la jP exclut les taxis exploitant un véhicule dont il sont propriétaires.

B) Les activités de transformation

Selon l'article L110-1 5° C. Com, la loi répute acte de commerce toute entreprise de manufacture. La manufacture, c'est la transformation de la matière première en produit fini. Le travail de transformation peut être réalisé sur des matières premières achetées, extraites, cultivées, données par le client, etc.

La jP entend largement l'entreprise de manufacture : inclut la réparation, l'édition de livre, la teinturerie, etc.

Conformément à l'acception large du terme entreprise, ils remplissent les critères de l'entreprise de manufacture et devrait perdre la qualité d'artisan pour devenir commerçant. La jP ne considère comme commerçant que les personnes qui spéculent sur le travail et les marchandises.

C) Les services

- Les services visés à l'article L110-1 peuvent être regroupés en 3 catégories :
- ⑩ Les intermédiaires
 - ⑩ Les services financiers
 - ⑩ Les services de loisirs

1) Les intermédiaires

Ils sont visés principalement au 3° de l'article L110-1 C. Com. Selon ce dernier, la loi répute acte de commerce toute opération d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de société immobilières. Ces opérations visent plusieurs types d'intermédiaires.

a) Le courtage

Il a été expressément prévu par le législateur au 7° de l'article L110-1 C. Com. Le courtage est l'opération par laquelle un intermédiaire, le courtier, met en relation plusieurs personnes en vue de la conclusion d'un contrat. Le courtier n'est pas partie au contrat. Tous les courtages sont des actes de commerce. Que ce soit le courtage en assurance ou le courtage réalisé par une agence matrimoniale.

b) La commission

Le commissionnaire est un intermédiaire au commerce qui agit en son nom ou sous un nom social pour le compte d'un tiers appelé commettant. Le commissionnaire réalise ses opérations commerciales en son nom propre sans que l'identité de son commettant ne soit révélée. L'activité des commissionnaires se fait principalement dans le domaine de la vente et de l'achat.

c) L'agent d'affaires

Ce sont des personnes qui gèrent les affaires d'autrui. Il peut s'agir de gestionnaire d'immeubles, d'agent de recouvrement ou encore des généalogistes. Certaines professions dont le rôle est de gérer les affaires d'autrui ont néanmoins une nature civile, ce sera par exemple le cas des notaires. La frontière entre les agents d'affaires relevant du droit commercial et les professions de nature civile gérant les affaires d'autrui est floue.

d) Les intermédiaires non commerçant

d-1) Les agents commerciaux

Il s'agit d'une activité de nature civile.

Conformément à l'article L134-1, l'agent commercial est un mandataire qui à titre de profession indépendante chargé de façon permanente de négocier et éventuellement de conclure des contrats de ventes, d'achats, de locations ou de prestations de services au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou autres.

Les agents commerciaux, contrairement à ce que leur nom pourrait laisser croire et malgré le fait que leur statut soit défini dans le C. Com ne sont pas commerçants. Ce sont des mandataires, le mandat étant un acte de nature civile. L'agent commercial a pour mission de prospecter des clients et de leur proposer des contrats élaborés par son mandant.

Lorsqu'une personne remplit les conditions fixées à l'article L134-1 C. Com, elle sera considérée comme un agent commercial et le statut s'appliquera automatiquement.

Chaque partie peut obtenir de l'autre un écrit signé précisant le contenu du contrat d'agence. Il ne s'agit toutefois que d'une possibilité et il n'est pas nécessaire d'avoir un écrit pour que le statut d'agent commercial s'applique.

Les agents commerciaux doivent être inscrits sur un registre spécial tenu au greffe du Trib. Com.

A défaut d'inscription, la personne s'expose à une amende de 5e classe.

Cette inscription n'est pas nécessaire pour que le statut d'agent commercial s'applique.

La CJCE a jugé que l'absence d'inscription ne doit pas porter atteinte à la protection accordée aux agents commerciaux dans leurs relations avec leur mandant.

Le statut d'agent commercial confère des droits et des obligations à la personne qui peut s'en prévaloir. De manière générale, les rapports entre l'agent commercial et son mandant sont régies par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information.

L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel et le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat. Le mandant doit mettre à la disposition de l'agent commercial toute documentation utile sur les produits ou les services qui font l'objet du contrat d'agence.

L'agent commercial a droit à une rémunération. Cette rémunération est librement déterminée par les parties. A défaut, si le contrat n'est pas écrit, l'agent commercial a droit à une rémunération conforme aux usages pratiqués dans le secteur d'activité couvert par son mandat et sur le lieu où il exerce son activité. En l'absence d'usage, l'agent commercial a droit à une rémunération raisonnable qui tient compte de tous les éléments qui ont trait à l'opération.

Lorsque la rémunération varie avec le nombre ou la valeur des affaires, l'agent commercial touche une commission. De manière générale, l'agent commercial a droit à une commission pour toutes opération commerciales conclues par son intermédiaire et conclues pendant la durée de son contrat d'agence.

L'agent commercial aura également droit à une commission pour les opérations commerciales conclues après la cession de son contrat d'agence, lorsqu'il a pris part activement aux activités qui ont conduit à la réalisation de l'opération et lorsque cette dernière a été conclue dans un délai raisonnable à compter de la cessation du contrat.

En cas de rupture du contrat de mandat, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice, le droit à indemnité est un droit d'ordre public. C'est-à-dire que l'agent commercial ne peut pas y renoncer par avance.

Il est interdit aux parties d'insérer dans le contrat que l'agent commercial renoncera par avance, à l'indemnité de rupture. A contrario, il pourra y renoncer une fois qu'il a le droit acquis.

Le législateur a connu plusieurs cas où l'agent commercial peut être privé de cette indemnité :

⑩ Si la cessation du contrat est provoquée par une faute grave de l'agent commercial.

⑩ Si la cessation résulte de l'initiative de l'agent commercial, à moins qu'elle ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant ou dues à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial.

⑩ Si, avec l'accord du mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence.

L'agent commercial peut accepter sans autorisation de représenter de nouveaux mandants. Toutefois, il ne peut pas accepter la représentation d'une entreprise concurrente à celle de l'un de ses mandants, sans l'accord de ces derniers.

d-2) Les VRP : Vendeurs Représentants Placiers

Ce sont les salariés permanents d'une entreprise. Ils sont chargés de prospecter la clientèle et de transmettre les commandes obtenues à leurs employeurs. Ils peuvent agir sur le compte de plusieurs employeurs, c'est ce que l'on appelle des représentants multi carte. Il est interdit aux VRP d'accepter une nouvelle représentation sans l'accord de son 1^{er} employeur. De par leur statut, les VRP ne peuvent pas travailler pour leur propre compte. Ils ne peuvent pas non plus exercer une autre activité salariale que VRP.

Le contrat de travail du VRP doit préciser le secteur d'activité et le secteur géographique concerné par la représentation. La jP estime qu'un salarié qui n'est pas titulaire d'un secteur d'activité ne peut pas se prévaloir du statut de VRP.

Exemple : C. cass, Ch. Sociale, 10 novembre 1992 : Le contrat de travail doit également préciser la rémunération du VRP. Cette dernière est le plus souvent constituée d'une partie fixe et une partie variant en fonction du nombre de commandes transmises.

Les VRP étant des salariés, ils sont en principe soumis aux dispositions du droit du travail et notamment celles concernant la sécurité sociale. Les VRP doivent être titulaires d'une carte professionnelle, délivrée par la préfecture. Lors de la rupture du contrat de travail du fait de l'employeur, sans faute grave de la part du VRP, ce dernier aura à une indemnité de clientèle.

Cette dernière, est fondée sur le fait que la clientèle démarchée par le VRP pendant son contrat de travail a augmenté la valeur du fonds de commerce de son employeur et que cette clientèle restera attachée à l'employeur, malgré le départ du VRP.

L'indemnité représente généralement 2 ans de commission. Elle n'est donc pas due si la rémunération du VRP était fixe. L'indemnité de clientèle ne peut se cumuler avec l'indemnité de licenciement. Le VRP aura droit à la plus élevée des 2. Le VRP a également droit aux commandes passées alors qu'il était salarié dans l'entreprise même livrées et payées après son départ.

d-3) Le gérant succursaliste

La succursale est un établissement commercial créé par une entreprise ou une société qui jouit d'une certaine autonomie par rapport à cette société ou entreprise mais qui ne lui est pas juridiquement distincte. Il existe plusieurs types de gérants :

⑩ Le gérant salarié entièrement soumis aux dispositions du droit du travail

⑩ Le gérant succursaliste dont la réglementation est hybride. Ils sont soumis à certaines dispositions concernant le mandat et à certaines dispositions du droit du travail.

Exemple : Articles L7322-1 et suivants CT concernent le régime particulier des gérants succursalistes de magasins d'alimentation de détails, ou des coopératives de consommation.

Selon l'article L7322-1, les gérants succursalistes bénéficient de tous les avantages accordés au salarié par la législation sociale, notamment, en matière de congés payés. Ces gérants doivent avoir une rémunération au moins égale au SMIC.

2) Les services financiers

a) La banque

Selon L110-1 7°, la loi répute acte de commerce, toute opération de change et de banque. Une loi du 15 juillet 2009 a ajouté : « *et tout service de paiement* ». Le 8° de l'article répute acte de commerce, toute opération de vente publique. Ces opérations de vente publique étaient a priori incluses dans le 7°.

Selon l'article L311-1 CMF, les opérations de vente comprennent :

- ⑩ La réception de fonds du public.
- ⑩ Les opérations de crédit.
- ⑩ La mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement.

Les opérations de banque sont parmi les activités les plus anciennes considérées comme actes commerciaux. Toutes les opérations de banque sont des actes de commerce. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient organisées par une entreprise.

La pratique habituelle des opérations de banque est réservée aux établissements de crédit.

L'article L511-5 CMF interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel.

b) Les assurances

L'article L110-1 C. Com, ne vise pas les assurances. L'article L110-2 5° vise uniquement les assurances maritimes. La jP a étendu cette qualification à toutes les activités d'assurance qui ont un but spéculatif. Les mutuelles d'assurance demeurent donc civiles.

Les sociétés d'assurance feront des actes de commerce alors que les mutuelles d'assurance ne redistribuent pas l'argent qu'elles ont gagné.

C. cass, civile 1ère, 22 octobre 1996 : « *Il résulte des dispositions de l'article L322-26-1 du Code des assurances, que les sociétés d'assurances mutuelles ont un objet non commercial ; qu'elles échappent, dès lors, à la compétence des tribunaux de commerce, même si elles accomplissent des actes qui, telles les assurances concernant le commerce de la mer visées par l'article 633 du Code de commerce, sont réputés actes de commerce* ».

3) Les services de loisirs

Selon l'article L110-1 6° C. Com, les entreprises de spectacle public sont réputées effectuer des actes de commerce. La notion de spectacle public est assez vague. Elle comprend tous les spectacles de toute nature donnés devant un public (Un théâtre, une salle de cinéma, un club de foot

professionnel). Les spectacles de bienfaisance ou ceux organisés par des associations à but non lucratif demeurent civils.

Section 2 : Les actes de commerce par la forme

Ces actes de commerce par la forme ont une nature commerciale par leur forme, quelque soit l'objet ou la personne qui les a accompli. Il s'agit de la lettre de change et des sociétés commerciales par la forme.

A) La lettre de change

Selon l'article L110-1, la loi répute acte de commerce entre toute personne, les lettres de change. La lettre de change est également appelée traite. C'est un titre par lequel une personne, le tireur, demande à une autre, le tiré, de payer une somme d'argent à un 3eme, le bénéficiaire, et ce, à une certaine date.

En fait, le tiré doit de l'argent au tireur et le tireur n'en veut pas, et veut qu'il paye la somme au bénéficiaire. Le tireur, en temps que signataire, est responsable de la création de la lettre de change. Ce qui a pour conséquence, qu'il est tenu de la payer si le tiré ne paie pas.

La lettre de change étant commerciale par la forme, elle est soumise au droit commercial qu'elle ait été émise en raison d'obligations civiles ou d'obligations commerciales, ou qu'elle ait été émise par un commerçant ou un non commerçant.

En pratique, il sera rare pour un non commerçant d'utiliser une lettre de change. Il s'agira en général, d'un professionnel, non commerçant, par exemple, un artisan qui achète du matériel.

Les crédits à la consommation : Le C. Conso punit de 30K€ celui qui fait souscrire ou accepter ou avaliser par un emprunteur ou un acheteur, des lettres de change. Une telle lettre de change serait nulle. Les consommateurs ne peuvent pas être partie à une lettre de change.

Les chèques, eux, peuvent être civils ou commerciaux, selon la nature de l'obligation principale pour laquelle ils ont été émis.

B) Les sociétés commerciales par la forme

Elles ne relèvent pas des articles L110-1 ou L110-2 du code de commerce, mais de l'article L210-1. Ce dernier dispose que le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.

Sont commerciales à raison de leur forme et à raison de leur objet, les sociétés en collectif, les sociétés en commandite simple, sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par action.

Les sociétés commerciales par la forme ont les mêmes droits et obligations que les commerçants. Elles s'expliquent par l'histoire, et plus particulièrement par les scandales financiers du XIXe siècle, et notamment le scandale du canal de panama. Lorsqu'en 1889, la compagnie universelle du canal interocéanique du panama fut dissoute, elle ne fut pas soumise à la procédure de la faillite. En effet, s'agissant du creusement d'un tunnel, l'objet de la société était civil. Du fait de l'absence de

cette procédure, des dizaines de milliers de petits porteurs furent ruinés. Les plus gros actionnaires, eux, ont eu le temps de retirer leur argent avant la faillite.

A cette époque, les règles de la faillite ne s'appliquaient qu'aux seuls commerçants. Une loi du 1^{er} août 1893 fit que les sociétés par action seraient commerciales par la forme, quelque soit leur activité. La loi du 27 mars 1925 adopta la même solution lorsqu'elle créa les sociétés à responsabilité limitée. La loi du 24 juillet 1966 généralisa solution.

Section 3 : La théorie de l'accessoire

Selon un principe général du droit, l'accessoire suit le principal. Ce principe a pour objectif de soumettre à un ensemble logique et cohérent les opérations afin qu'elle soit soumise à un seul régime juridique. La théorie de l'accessoire permet d'assurer un regroupement des différents actes ou faits juridiques nécessaires à une opération et d'appliquer à tous ces faits et actes le régime de l'opération principale.

Concrètement, un acte à caractère civil sera qualifié d'acte de commerce lorsqu'il est accompli par un commerçant pour les besoins de son commerce, et inversement.

A) L'acte accompli par un commerçant pour les besoins de son commerce

1) Le principe

a) Les critères

Ainsi que l'écrivait THALLER, la commercialité part de l'acte, frappe la personne, puis en vertu d'un choc en retour, elle retombe sur les actes afin d'en saisir un plus grand nombre. Selon la jP, tous les actes effectués par un commerçant, pour les besoins de son commerce, sont considérés comme l'accessoire des actes de commerce et sont donc traités comme des actes de commerce.

2 conditions sont nécessaires pour qu'un acte civil devienne commercial par accessoire :

- ⑩ L'auteur de l'acte doit être un commerçant.
- ⑩ L'acte doit être fait en relation avec son commerce.

Il n'est pas nécessaire que toutes les parties à l'acte soient commerçants. Il faut néanmoins qu'une partie soit commerçante pour que la théorie de l'accessoire puisse jouer à son égard. La théorie de l'accessoire joue tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.

La condition de commerçant ne posera pas de difficultés, mais ce ne sera pas toujours le cas pour les besoins de son commerce.

En ce qui concerne les personnes morales, cette 2e condition ne pose pas de difficultés puisqu'en principe elle ne peut effectuer que des actes qui se rapportent à son objet social. Pour les personnes physiques, il faut différencier la sphère privée de la sphère professionnelle.

L'achat par un commerçant pour loger sa famille sera un acte civil, alors que l'achat d'un local professionnel sera un acte de commerce.

Il sera parfois difficile de savoir si une opération a été faite pour le commerce ou à titre personnel. En cas de doute, la jP estime que les opérations faites par les commerçants sont présumées faites pour son commerce.

b) Le domaine

Tout acte civil peut devenir commercial par accessoire. Les contrats passés par un commerçant pour les besoins de son commerce sont des actes de commerce même s'ils ne correspondent pas aux cas énumérés aux articles L110-1 et L110-2 C. com.

La Chambre sociale de la C. cass a estimé que le contrat de travail est un contrat commercial pour l'employeur. Il n'en demeure pas moins soumis au droit du travail. Les obligations nées à l'occasion d'un quasi contrat, d'un délit ou d'un quasi délit, pourront être considérés comme commerciales par accessoire.

⑩ Quasi contrat :

Fait purement volontaire qui engendre des conséquences comparables à celles qui naîtraient d'un contrat.

On retrouve, la gestion d'affaires, le paiement de l'indu, l'enrichissement sans cause.

Exemple : Gestion d'affaires : une inondation, le voisin est en vacances, on va voir la maison, on prend contact avec un entrepreneur sans l'accord du voisin pour éviter que la maison ne se détériore encore plus.

Païement de l'indu : On paie la mauvaise personne

Enrichissement sans cause : Une personne s'est enrichie sans avoir de contrat qui le prévoit.

⑩ Un délit :

Fait dommageable intentionnel, avec l'intention de causer le dommage.

⑩ Quasi délit :

Fait dommageable non intentionnel, accompli par négligence ou imprudence.

2) Les exceptions

Certains actes réalisés par un commerçant dans l'exercice de son commerce ne deviennent pas commerciaux. Ainsi, les dettes fiscales sont toujours civiles. Certaines obligations commerciales ne vont pas être du ressort des tribunaux de commerce. Les conflits individuels relatifs au contrat de travail relèvent de la compétence exclusive des conseils de prud'hommes.

Les litiges relatifs au renouvellement et à la réévaluation des baux commerciaux relèvent de la compétence du TGI.

B) Les actes de commerce accomplis par un non-commerçant

La jP a admis la commercialité d'un acte civil isolé réalisé par un non commerçant. En l'espèce, le caractère commercial va être retenu en fonction de l'objet de l'acte, ou en raison du fait qu'il est l'accessoire d'une opération commerciale. Les cas retenus par la jurisprudence sont peu nombreux :

- ⑩ Il s'agit principalement de la vente d'un fonds de commerce
- ⑩ Les obligations relatives aux sociétés commerciales
- ⑩ Certaines suretés

1) La vente d'un fonds de commerce

Il peut arriver que les non-commerçants vendent un fonds de commerce. Ce sera le cas des héritiers qui vendent le fonds de commerce des commerçants décédés. De même, une personne non commerçante qui achète un fonds de commerce n'a pas la qualité de commerçant.

La jP considère toutefois que la vente d'un fonds de commerce est un acte de commerce. Peu importe la personne qui le vend ou qui l'achète. La chambre commerciale a jugé qu'un acte accompli par un non commerçant devient un acte de commerce lorsqu'il est passé dans le but d'exercer un commerce et qu'il est indispensable à l'exercice de celui-ci.

La promesse synallagmatique de vente d'un fonds de commerce ou la promesse d'achat d'un fonds de commerce souscrite en vue de son exploitation, sont également des actes de commerce.

2) Les obligations relatives à une société commerciale

En principe, l'achat de part sociale est une opération de nature civile. Il en ira différemment lorsque l'achat de part sociale entraîne une cession de contrôle. Dans ce cas, l'opération aura une nature commerciale.

C. cass, Ch. Sociale, 28 novembre 1978 : La chambre commerciale de la cour de cassation a jugé que, manque de bases légales, l'arrêt qui retient la compétence de la juridiction civile pour statuer sur une action en nullité d'une cession de part sociale, sans rechercher si cette cession ne revêtait pas un caractère commercial, en raison du nombre de parts cédées, lequel assurerait à leur acquéreur le contrôle de la société.

En 1987, la Chambre commerciale a étendu ce principe aux cessions assurant le maintien du contrôle par le titulaire. Elle a jugé que la convention qui a pour objet l'organisation de la société commerciale, en transférant son contrôle, ou en en garantissant le maintien de son titulaire, est un acte commercial et relève de la compétence des tribunaux de commerce.

C. cass, Ch. Com, 26 mars 1996.

3) Les suretés et moyens de paiement

De nombreuses suretés et moyens de paiement empruntent la commercialité de l'opération dont ils sont l'accessoire.

a) Le chèque

Contrairement à la lettre de change, qui est commerciale par la forme, le chèque est tantôt civil, tantôt commercial. Il emprunte la nature de la dette pour laquelle il a été souscrit. Si le chèque a été émis pour payer une dette commerciale, il sera commercial. En revanche, si le chèque a été émis pour payer une dette civile, il sera civil.

b) Le gage

Traditionnellement, le gage est un contrat par lequel le débiteur remettait une chose mobilière en la possession du créancier pour garantir sa dette et il donnait donc au créancier le droit de conserver la chose jusqu'au paiement ou à défaut, de la faire vendre et de se payer sur le prix, par préférence aux autres créanciers. Depuis une ordonnance du 23 mars 2006, l'article 2333 C. civ prévoit que le gage peut être sans dépossession. En effet, selon l'alinéa 1 de cet article, « *le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels présents ou futurs* ».

Le gage sera commercial s'il garantit une dette commerciale, et il sera civil dans le cas contraire.

c) Le cautionnement

Le cautionnement est un contrat civil. Il pourra devenir commercial s'il garantit une dette commerciale et s'il a été consenti dans un but intéressé. En conséquence, le cautionnement pourra avoir un caractère commercial même s'il est consenti par un non commerçant. Il en sera ainsi des dirigeants de société qui se portent caution des dettes de leur société.

C) Les actes civils par accessoire

La théorie de l'accessoire joue aussi bien pour les actes civils que pour les actes de commerce. Par conséquent, certains actes réputés de commerce par la loi seront considérés comme des actes civils s'ils sont réalisés par un professionnel civil dans l'exercice de sa profession. Pour que la théorie de l'accessoire puisse jouer, il faut que l'accomplissement des actes de commerce demeure occasionnel.

Exemple : L'organisation de bals par une association a été considérée comme des actes de nature civile.

Chapitre 2 : Le commerçant

Seuls les commerçants étant soumis au droit commercial, il est nécessaire de les définir. Toute personne ne peut pas être commerçante. L'accès à la profession étant réglementé. La qualification de commerçant va entraîner pour ces derniers certaines obligations.

Section 1 : La qualification de commerçant

Selon l'article L121-1 C. Com, sont commerçants :

- ⑩ Ceux qui exercent des actes de commerces...
- ⑩ ... et en font leur profession habituelle.

Le législateur a prévu 2 conditions, la jP a rajouté une 3ème condition :

- ⑩ L'indépendance

L'inscription au RCS n'est pas un critère déterminant pour savoir si une personne est commerçante.

A) Les conditions légales

2 conditions légales :

- ⑩ Exercer des actes de commerce
- ⑩ Il faut que cet exercice soit une profession habituelle

1) L'exercice d'actes de commerce

Les actes de commerce visés par l'article L121-1 C. com sont les actes de commerce par nature. Il n'est pas possible de prendre en considération les actes de commerce par accessoire puisque ces derniers supposent établie la qualité de commerçant.

Le fait de signer les lettres de change (acte de commerce par la forme) ne confère pas à lui seul la qualité de commerçant.

La Ch. Com (11 mai 1993) a jugé dans ce domaine que l'acceptation de lettres de change ne peut à elle seule conférer la qualité de commerçant.

La signature habituelle de lettres de change peut toutefois être un critère parmi d'autres de la commercialité de fait.

2) La profession habituelle

Le législateur n'a pas défini cette notion. Selon le dictionnaire CORNU, la profession est une activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence.

La profession impliquant l'habitude, en précisant que le commerçant est celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle, le législateur a été redondant.

L'habitude suppose la répétition et ce pendant un certain temps. L'exercice d'acte de commerce doit être répété et constant. Un individu n'ayant réalisé qu'un seul acte de commerce ne pourra pas être qualifié de commerçant.

CA Paris, 30 avril 1906 : La profession s'entend une occupation sérieuse de nature à produire des

bénéfices et à subvenir aux besoins de l'existence. L'exercice de plusieurs professions n'interdit pas la qualification de commerçant.

La pluri-activité n'est pas toujours autorisée par la loi. Par exemple, les notaires ou les fonctionnaires ne peuvent pas être commerçant.

La qualification de profession habituelle relève du contrôle de la C. cass.

B) La condition jurisprudentielle

Le commerçant doit être indépendant. Il doit exercer les actes de commerce en son nom et pour son compte.

La jP considère que n'a pas la qualité de commerçant celui qui bien qu'agissant à titre professionnel n'accomplit pas d'acte de commerce en son nom et pour son compte. Toutefois, les actes de commerce n'ont pas à être réalisés personnellement. Il suffit qu'ils aient été exercés au nom et pour le compte de la personne pour que cette dernière soit commerçante.

C. cass, Ch. Com, 26 juin 1968 : 2 personnes héritent d'un fonds de commerce. Elles donnent procuration à un tiers pour qu'il l'exploite. La Ch. Com considère que l'exploitation du fonds de commerce avait eu pour conséquence de conférer pendant la durée de cette exploitation, à dame X comme à dame Y, la qualité de commerçante ; comme ayant pendant cette période fait exécuter par procuration et de manière habituelle des actes de commerce pour leur compte et en leur nom.

D'une manière générale, les actes de commerce accomplis pour le compte d'autrui ne confèrent la qualité de commerçant qu'aux représentés et non aux représentants.

L'indépendance est ici juridique et non économique.

Ainsi les franchisés concessionnaires, bien que dépendant du franchisant et du concédant, sont des commerçants.

Les salariés ne peuvent pas être commerçants, ils sont liés par un lien de subordination à leur employeur.

En cas de collaboration ou de coexploitation, il peut être difficile de déterminer quels sont les coexploitants indépendants.

La collaboration n'est retenue par la loi que pour le conjoint ou le partenaire pacsé du commerçant car la collaboration se caractérise par un travail subordonné exercé à titre gratuit. Ce statut va conférer au conjoint du commerçant une présomption simple de non commercialité. En cas de coexploitation, la qualité de commerçant n'est attribuée qu'aux personnes effectuant personnellement les actes de commerce.

La coexploitation va poser le plus de difficultés lorsque les coexploitants sont des époux ou des partenaires pacsés.

C) Le cas particulier du conjoint du commerçant

Il est fréquent en pratique qu'un fonds de commerce soit exploité par 2 époux. Conformément à L121-3 C. Com, le conjoint du commerçant n'est réputé lui-même commerçant que si il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux.

Il devrait être impossible pour des époux d'être tous les 2 commerçants en exploitant le même fonds de commerce.

Les juges considèrent que le conjoint d'un commerçant peut lui-même être commerçant si il participe à l'exploitation du fonds de commerce de son conjoint en exerçant des actes de commerce de manière indépendante et habituelle :

C. cass, Ch. Com, 15 octobre 1991 : M. X, non seulement entretenait avec les clients du magasin de

son épouse des relations suivies et fréquentes et avait une procuration sur le compte bancaire du commerce mais surtout il avait conclu le contrat d'assurance du magasin et son nom figurait comme celui de son épouse dans la publicité du magasin. La CA a pu, en l'état de ces constatations et sans inverser la charge de la preuve, retenir que M. X était commerçant pour avoir de manière indépendante exercé des actes de commerce et en avoir fait sa profession habituelle.

Dans tous les cas, la présomption de L121-3 C. Com est une présomption simple. En pratique, cette présomption sera remise en cause par les créanciers si l'activité périclité. Ces derniers souhaiteront alors étendre la procédure collective au conjoint du commerçant. La jP estime en effet qu'une procédure de redressement judiciaire peut être ouverte à l'égard de chacun des époux dès lors que chacun d'eux a acquis la qualité de commerçant en accomplissant des actes de commerce de façon habituelle et indépendante au sein de l'activité commune.

Pour éviter l'application de L121-3, le législateur a prévu 3 statuts différents pour le conjoint du commerçant.

L'article L121-4 C. Com vise plus globalement le conjoint du chef d'entreprise travaillant dans l'entreprise familiale. Cet article a vocation à s'appliquer au conjoint du chef de l'entreprise artisanale, commerciale ou libérale.

Depuis la loi du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie, le statut du conjoint du commerçant s'applique également à toutes les personnes qui sont liées au chef d'entreprise par un PACS.

Le conjoint du commerçant qui intervient dans le fonds de commerce doit choisir l'un des 3 statuts : collaborateur, salarié, associé.

1) Le conjoint collaborateur

Selon R121-1 C. Com, est considéré comme conjoint collaborateur le conjoint du chef de l'entreprise commerciale qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé. Il convient de rappeler que le fait de travailler sans rémunération n'est autorisé que dans le cadre des relations familiales.

R121-2 C. com : Précise la notion d'activité régulière. Les conjoints qui exercent à l'extérieur de l'entreprise une activité salarié d'une durée au moins égale à la moitié de la durée légale du travail ou qui exerce une activité non salarié sont présumées ne pas exercer dans l'entreprise une activité professionnelle de manière régulière. Dans ces cas, le conjoint n'a pas besoin de choisir un statut. Si l'entreprise commerciale est une société, le statut du conjoint collaborateur n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou associé majoritaire d'une SARL dont l'effectif n'excède pas 20 salariés.

Le conjoint collaborateur ne peut pas s'inscrire lui-même au RCS. Seul son conjoint peut le faire.

Selon R123-37 C. Com, le commerçant doit déclarer son conjoint si il collabore effectivement à son activité commerciale. Le conjoint collaborateur inscrit au RCS est réputé avoir reçu du commerçant le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise. Ce mandat cesse de plein droit en cas de séparation de corps, de séparation de biens judiciaire ou en cas d'absence présumée.

Les époux peuvent également mettre fin à ce mandat par un acte notarié.

Le conjoint collaborateur déclaré au RCS et qui n'a pas d'autre activité professionnelle est électeur aux CCI et aux Trib. Com.

Le conjoint collaborateur, toujours si il est inscrit au RCS, bénéficie d'une protection sociale. En matière d'assurance maladie, il est couvert en tant qu'ayant droit du chef d'entreprise et il est couvert sans cotisation complémentaire.

En cas de maternité de l'épouse collaboratrice, elle a droit à une indemnité forfaitaire.

Depuis une loi du 2 août 2005, l'affiliation du conjoint collaborateur au régime d'assurance vieillesse est obligatoire. Le montant de l'indemnité qui sera versée varie en fonction des cotisations versées par le commerçant. En pratique, ce sera très faible.

Le conjoint collaborateur n'étant pas rémunéré, cela va poser des problèmes lorsque la collaboration va prendre fin par divorce ou par décès.

La jP indemnisait le conjoint collaborateur en se fondant sur la société créée de fait ou sur l'enrichissement sans cause. Les solutions n'étaient cependant pas souvent satisfaisantes.

Le législateur est donc intervenu par une loi du 31 décembre 1989 : Selon l'article 14 de cette loi, le conjoint survivant du chef de l'entreprise commerciale qui justifie par tout moyen avoir participé directement et effectivement à l'activité de l'entreprise pendant au moins 10 ans sans recevoir de salaire ni être associé aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise, bénéficie d'un droit de créance égal à 3 fois le SMIC annuel dans la limite de 25% de l'actif successoral.

2) Le conjoint salarié

Le CT autorise expressément les contrats de travail entre époux, il faut toutefois que par son activité il participe effectivement à l'entreprise. Cette activité doit être habituelle. Il faut que l'époux perçoive une rémunération horaire au moins égale au SMIC.

Le conjoint salarié bénéficie de tous les avantages sociaux d'un salarié normal (SS, retraite, indemnités chômage, CP, etc). Le conjoint salarié peut être licencié comme n'importe quel autre salarié. Le statut du conjoint salarié est très avantageux mais est aussi très onéreux. En pratique, il est peu utilisé.

3) Le conjoint associé

Depuis une loi du 23 décembre 1985 sur les régimes matrimoniaux, les époux peuvent être associés au sein d'une même société.

1832-1 C. civ : 2 époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale.

Pour être associé, il faut soit souscrire des parts sociales, soit faire un apport à une société. Ici le conjoint associé dispose de tous les droits d'un associé. Il participe aux bénéfices.

D) Les professionnels non commerçant

Il est parfois difficile de faire la différence entre un commerçant et un artisan. La distinction entre un commerçant et un agriculteur pose moins de difficultés de même que celle entre commerçant et professionnel libéral.

1) Les artisans

Ces derniers ne sont pas soumis au droit commercial. Le C. com ne les définit pas. En

Moselle, l'artisanat est régi par le code local des professions. Une activité sera artisanale parce que le travail est réalisé selon des méthodes non industrielle et en ayant recours de façon prépondérante à des salariés professionnellement formé

Ailleurs en France, le législateur, dans une loi du 5 juillet 1996, a précisé que doit être immatriculé au répertoire des métiers toute personne physique ou morale qui n'emploie pas plus de 10 salariés et qui exerce à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation, de prestation de services relevant de l'artisanat.

Selon cette loi, l'artisan emploie moins de 10 salariés et a une activité artisanale.

La personne ayant une activité artisanale mais employant plus de 10 salariés ne serait plus artisan mais commerçant sauf pour les personnes pouvant prétendre à un titre d'artisan ou de maître artisan pour lesquelles le nombre de salariés peut être plus élevé.

Les activités relevant de l'artisanat sont énumérées dans l'annexe d'un décret du 2 avril 1998. elles sont divisées en 4 catégories : les métiers de l'alimentation, de fabrication, de services et du bâtiment.

Dans les métiers de l'alimentation on trouve la boulangerie-pâtisserie, la fabrication de glaces et de sorbets, la chocolaterie, la confiserie, etc.

Dans les métiers de fabrication, on va trouver la fabrication d'instruments de musique, le travail du verre, de la céramique, etc.

Dans les métiers de services, on va avoir la réparation automobile, la coiffure, le toilettage d'animaux de compagnie, etc.

Dans les métiers du bâtiment, on va avoir le génie civil, l'incinération des déchets dangereux, etc.

La qualification d'artisan donnée par la loi de 1996 n'est pas celle retenue par la jP judiciaire. Cela s'explique par le fait que cette loi relève du droit administratif, elle concerne simplement l'immatriculation au répertoire des métiers. On peut également noter que les principaux problèmes concernant la qualification d'artisans ou de commerçants sont antérieurs à 1996. Toutefois, si la C. cass avait à se prononcer aujourd'hui, elle ne serait pas tenue d'appliquer les critères de la loi de 1996.

Les artisans réalisent des actes de commerce, ils en font leur profession habituelle et ils sont indépendants.

Certaines activités ne peuvent pas être artisanale, ce sont celles qui ne sont pas visées par le décret du 2 avril 1998. cependant, ce n'est pas parce qu'une personne réalise une activité visée dans ce décret qu'elle sera nécessairement artisan.

C. cass, Ch. Civile, 22 avril 1909 : L'artisan se distingue du commerçant en ce que ses revenus professionnels proviennent essentiellement de son travail manuel et qu'il ne spéculer ni sur les matières premières ni sur le travail d'autrui.

La notion de travail manuel est entendue assez extensivement puisque le fait de conduire un taxi a été considéré comme un travail manuel.

Le critère le plus important pour distinguer commerçant/artisan est celui de la spéculation. La spéculation est une opération qui a pour objectif un gain d'argent en pariant sur les fluctuations du marché. Spéculer, c'est prendre délibérément un risque de prix, c'est à dire acheter aujourd'hui un acquis financier ou tout autre bien en espérant que son prix va monter.

En ce qui concerne la spéculation sur le travail d'autrui, la jP n'a pas fixé de ce seuil au delà duquel le chef d'entreprise est considéré comme spéculant sur le travail d'autrui.

C. cass : Une modiste travaillant avec 5 ouvrières a été considérée comme artisan alors qu'un entrepreneur de maçonnerie employant de 4 à 7 ouvriers a été considéré comme un commerçant.

Ch. Com, 2 mai 1972 : Une personne n'ayant pas de salarié mais possédant de nombreuses

machines a été déclarée comme commerçant.

L'intérêt de distinguer artisans/commerçant s'est affaibli au fil du temps parce que leur régime s'est rapproché. Le législateur a créé un fond artisanal, les artisans bénéficient du statut des baux commerciaux, le conjoint de l'artisan a le même statut que le conjoint du commerçant. Jusqu'en 1985, il existait de nombreux litiges sur la qualification d'artisan parce que ces derniers ne pouvaient pas être mis en redressement ou en liquidation judiciaire. Si les créanciers voulaient voir appliquer les règles des procédures collectives, ils devaient démontrer que leur débiteur était commerçant et non artisan.

Depuis une loi du 25 janvier 1985, les artisans sont soumis aux procédures collectives.

Les créanciers n'ont plus aucun intérêt à contester la qualité d'artisan.

Il existe toujours des différences, notamment en ce qui concerne la preuve des actes et surtout en ce qui concerne la solidarité de plein droit.

2) Les agriculteurs

Ils exercent une activité civile.

Conformément à l'article L311-1 du C. rural et de la pêche maritime, sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation.

La difficulté s'est posée de l'agriculteur vendant sa production. La jP avait dit non, le législateur a confirmé. Pour qu'il soit commerçant, l'agriculteur doit avoir une autre activité totalement différente de son activité agricole.

Les activités de cultures marines sont également des activités agricoles. Il en est de même des activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, à l'exclusion des activités de spectacle.

Toute personne physique ou morale qui exerce à titre habituel des activités réputées agricoles, à l'exception des cultures marines et des activités forestières, doit être immatriculée à un registre de l'agriculture tenu par les chambres d'agriculture. De même qu'il existe un fonds de commerce et un fonds artisanal, il existe un fonds agricole.

L'agriculteur comme le commerçant peut faire l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

3) Les professions libérales

Les personnes exerçant des professions libérales réalisent essentiellement des prestations intellectuelles (médecin, avocat, etc). Ce qui est important, c'est la relation client/professionnel qui est en principe fondée sur la confiance. L'activité libérale est une activité civile. Certaines professions libérales peuvent être librement exercées, d'autres sont réglementées. D'autres enfin sont exercées par des officiers publics comme les notaires.

Depuis une loi du 26 juillet 2005, les professionnels libéraux peuvent faire l'objet d'une procédure collective.

Un professionnel libéral doit notamment demander son immatriculation à l'URSSAF et doit également s'appuyer à la caisse mutuelle des professions libérales et à la caisse d'assurance

vieillesse correspondant à son activité.

Section 2 : Un accès à la profession de commerçant réglementé

La liberté du commerce et de l'industrie est un principe constitutionnel qui connaît néanmoins des exceptions notamment quant à l'accès à profession de commerçant.

A) La liberté du commerce et de l'industrie

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été affirmé par la Révolution française. L'article 7 du décret d'ALLARDES des 2 et 17 mars 1791 disposait en effet :

« Il sera libre à toute personne de faire telle négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ».

Cet article limite toutefois un peu cette liberté puisqu'il ajoute :

« Elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ».

Cette liberté a été réaffirmée dans l'article 1er de la loi ROYER du 27 décembre 1973. Ce dernier dispose en effet : *« La liberté et la volonté d'entreprendre sont le fondement des activités commerciales et artisanales »*. Cet article précise : *« Celle-ci s'exerce dans le cadre d'une concurrence claire et loyale »*.

CC, 16 janvier 1982 : Le CC a donné à cette liberté une valeur constitutionnelle. Il a considéré que la liberté d'entreprendre était une liberté garantie par la DDHC.

En conséquence, le législateur ne peut pas y porter atteinte, sauf à démontrer un intérêt général.

De plus, seul le législateur peut porter atteinte à ce principe. C'est pourquoi le CE a par exemple annulé un article d'un décret qui limitait à 2 fois par an les soldes périodiques ou saisonniers (22 mars 1991).

Le législateur a repris ces dispositions dans une loi. Toutefois, le pouvoir réglementaire peut seulement prendre des mesures d'intérêt général qui portent atteinte à une liberté du commerce et de l'industrie à la condition que cette dernière ne soit pas excessive.

CE : Le CE a considéré qu'un Maire peut interdire la vente ambulante sur les plages pour des raisons de tranquillité et d'hygiène publique.

C'est en raison de ce principe qu'à priori aucun diplôme n'est exigé d'une personne voulant devenir commerçante, sauf pour quelques professions qui présentent des risques pour la sécurité et/ou la santé des personnes. En effet, selon une loi du 5 juillet 1996, certaines activités ne peuvent être exercées que par une personne qualifiée professionnellement ou sous le contrôle effectif et permanent de celle-ci.

Les activités sont l'entretien et la réparation des véhicules et des machines, l'entretien et la réparation des bâtiments, la mise en place, l'entretien et la réparation des réseaux et des équipements utilisant des fluides ainsi que des matériels et équipements destinés à l'alimentation en gaz et aux installations électriques. Le ramonage est également visé de même que les soins esthétiques à la personne, la réalisation de prothèses dentaires, la préparation ou la fabrication de produits frais de boulangerie, pâtisserie, boucherie, charcuterie et poissonnerie ainsi que la préparation ou la fabrication de glaces alimentaires artisanales.

Enfin la dernière activité visée est celle de maréchal ferrant.

En pratique, ces activités concernent plus les artisans que les commerçants. Toutefois, si un commerçant exerce ces activités, il doit disposer des diplômes requis. Afin de favoriser la liberté

d'entreprendre, l'Etat a mis en place des dispositifs d'aide à la création ou à la reprise d'entreprise. Le ministre du travail, par exemple, gère l'aide aux chômeurs créateurs ou repreneurs d'entreprise. Il s'agit d'une aide attribuée aux demandeurs d'emplois pour les inciter à créer ou à reprendre une entreprise ou à exercer une activité professionnelle ou salarié. Il existe également des incitations fiscales, les entreprises nouvellement créées ou situées dans des zones particulières peuvent bénéficier d'une exonération totale de l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés durant les 2 premières années.

B) Les conditions d'accès à la profession de commerçant

Il existe des limites tenant à la personne souhaitant devenir commerçant et des limites tenant à l'activité envisagée.

1) Les limites tenant à la personne

a) La capacité

Jusqu'à une loi du 15 juin 2010, le mineur même émancipé ne pouvait pas être commerçant. Il ne pouvait donc pas être soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Il ne pouvait pas non plus être associé dans les sociétés où les associés ont la qualité de commerçant. Si un mineur même émancipé héritait d'un fonds de commerce, il ne pouvait pas l'exploiter lui-même, il ne pouvait pas non plus donner mandat à un tiers pour que ce dernier l'exploite jusqu'à sa majorité. Si le mineur souhaitait garder le fonds de commerce pour l'exploiter une fois majeur, il devait soit le donner en location gérance, soit l'apporter à une société.

La loi du 15 juin 2010 a modifié L121-2 C. com : Aujourd'hui, cet article dispose :
« *Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du Président du TGI si il formule cette demande après avoir été émancipé* ».

Dorénavant, le mineur émancipé peut devenir commerçant. Seul le mineur émancipé peut devenir commerçant. Cette procédure a également été prévue à l'article 413-8 C. civ exactement dans les mêmes termes que L121-2 C. com. Les solutions qui relevaient de l'ancien article L121-2 C. com s'appliquent toujours au mineur non émancipé puisque ces derniers ne peuvent pas avoir la qualité de commerçant.

Le C. com ne contient aucune disposition sur les incapables majeurs. Le majeur sous tutelle doit être représenté par son tuteur dans tous les actes de la vie juridique. L'article 495 C. civ précise que le régime sur les mineurs s'applique aux majeurs sous tutelle. Par conséquent, le majeur sous tutelle ne peut pas être commerçant.

Le majeur sous curatelle peut effectuer certains actes seuls. La doctrine est divisée sur le point de savoir si il peut être commerçant.

Le majeur sous curatelle ayant par définition besoin d'être conseillé ou contrôlé, pour la bonne marche de son commerce et pour la protection des tiers, il semble préférable qu'il ne puisse pas être commerçant.

Le majeur sous sauvegarde de justice conserve tout l'exercice de ses droits. Par conséquent, en principe, rien ne s'oppose à ce qu'il soit commerçant. Toutefois, les actes qu'il a passé ou les engagements qu'il a contracté peuvent être annulés si il n'est pas sain d'esprit ou remis en cause si ils sont lésionnaires ou excessifs.

Pour la bonne marche du commerce et la protection des tiers, il semble là aussi préférable que le majeur sous sauvegarde de justice ne puisse pas être commerçant.

b) Les incompatibilités

Certaines professions ont été déclarées incompatibles avec l'exercice d'une activité commerciale dans la mesure où l'esprit qui préside à l'exercice de cette activité semble inconciliable avec l'impartialité ou le désintéressement nécessaire pour l'exercice de leur profession.

Ce sera le cas des fonctionnaires, des officiers ministériels ou encore les membres de professions libérales.

Certaines professions commerciales vont également être interdites aux parlementaires.

En cas de non respect des incompatibilités, les sanctions sont principalement disciplinaires. L'avocat peut être radié, l'officier ministériel destitué et le fonctionnaire révoqué.

Le législateur a toutefois prévu, pour certains cas, des sanctions plus lourdes :

2 ans d'emprisonnement et 30K€ d'amende le fait pour un fonctionnaire ou un agent d'une administration publique de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans une entreprise avec laquelle il a été en contact dans le cadre de son travail.

L'incompatibilité n'empêche pas le droit commercial de s'appliquer :

La Ch. Com de la C. cass a par exemple jugé qu'une incompatibilité n'empêche pas le droit des procédures collectives de s'appliquer (2 février 1970, JCP 1970, 2e partie, 16373).

La C. cass a également jugé qu'une incompatibilité ne peut pas être invoquée pour se soustraire à ses obligations contractuelles (Ch. Com, 30 janvier 1996).

c) Les interdictions

Les interdictions ont pour objectif de protéger le monde commercial de la présence de personne jugée indésirable.

Une loi du 4 aout 2008 a modifié le régime des interdictions d'exercer une profession commerciale.

Avant cette loi, les incapacités d'exercer étaient issues d'une loi du 30 aout 1947. cette dernière avait un titre évocateur : « *Loi relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles* ».

Cette loi avait été modifiée par une ordonnance du 6 mai 2005, codifiée à l'ancien article L128-1 C. com.

Selon cet article, la pratique commerciale était notamment interdite :

⑩ Aux condamnés pour crime.

⑩ Aux condamnés à au moins 3 mois d'emprisonnement sans sursis pour certains délits comme le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance.

⑩ Aux condamnés à plus de 3 mois d'emprisonnement sans sursis pour exercice illégale d'une profession commerciale ou industrielle.

L'interdiction résultait automatiquement de la condamnation c'est à dire même si le jugement ne le précisait pas.

La durée d'interdiction pouvait être définitive ou temporaire. Elle pouvait faire l'objet d'un

relèvement, soit au moment où le juge prononçait la condamnation principale, soit par la suite.

Avec la loi du 4 août 2008, la déchéance du droit d'exercer une profession commerciale est devenue une peine complémentaire visée à l'article 131-27 CP. Aujourd'hui, les quantums ont disparu.

En dehors de la loi du 4 août 2008, il existe une multitude d'autres interdictions. Par exemple, l'exercice de la profession commerciale est interdit en cas de faillite personnelle. En effet, selon L653-2 C. com, la faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale.

Avant la loi de 2008, le fait d'exercer une profession commerciale par une personne qui en était interdite constituait un délit pénal.

L'article 6 de la loi du 30 août 1947 prévoyait un emprisonnement de 6 mois à 2 ans et une amende de 375K€.

d) Le commerçant étranger

Les étrangers ne sont pas toujours autorisés à exercer leur commerce en France. Ils sont soumis à un régime d'autorisation et les droits des commerçants étrangers ne sont pas les mêmes que ceux des commerçants français.

On voit ici une limite au principe de la liberté du commerce.

Jusqu'à une loi du 25 juillet 2006, un étranger qui désirait faire du commerce en France devait demander une autorisation au Préfet. Les autorisations étaient données sous condition de réciprocité. Pouvaient faire du commerce en France les personnes ressortissantes d'un pays qui permettaient aux français de faire du commerce sur leur territoire.

Aujourd'hui, conformément à L313-10 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers, l'étranger qui vient exercer une profession commerciale, industrielle ou artisanale sur le territoire national français doit simplement demander une carte de séjour temporaire autorisant l'exercice de cette activité. Selon L122-1 C. com, un étranger qui exerce sur le territoire français, sans y résider, une profession commerciale, industrielle ou artisanale dans les conditions rendant nécessaire son inscription ou sa mention au RCS ou au répertoire des métiers, doit en faire la déclaration au Préfet du département dans lequel il envisage d'exercer pour la première fois son activité.

Le législateur a prévu des exceptions à cette déclaration puisque les ressortissants des Etats membres de l'UE, des autres Etats parties à l'accord sur l'espace économique européenne ou de la CH sont dispensés de l'obligation de déclaration.

L'exception prévue pour les ressortissants de l'UE est conforme au Traité de Rome qui prévoit la liberté d'établissement dans tous les pays de l'UE. Les limitations que le législateur français imposerait aux ressortissants de l'UE leur seraient inopposables.

Les sanctions prévues par le législateur sont assez lourdes en cas de non déclaration :

Selon L122-2 C. com : Toute infraction aux prescriptions de déclaration est punie par un emprisonnement de 6 mois et d'une amende de 3,75k€. Le tribunal peut en outre demander la fermeture de l'établissement.

Les commerçants étrangers ne peuvent pas, sauf exception, bénéficier du statut des baux commerciaux. Ces commerçants ne sont pas non plus électeurs ou éligibles au CCI ou aux tribunaux de commerce.

2) Les limites tenant à l'activité envisagée

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, bien qu'ayant valeur constitutionnelle, n'interdit pas les monopoles publics (Banque de France par exemple). En raison de la législation communautaire, les monopoles publics sont de plus en plus remis en cause et de moins en moins présents.

D'autres activités ne peuvent être exercées qu'après avoir obtenu une autorisation. Ce sera par exemple le cas des débits de boissons. C'est également le cas pour les auto-écoles, les pharmacies, etc.

La loi ROYER du 27 décembre 1973 soumet à autorisation l'installation des grandes surfaces. Ces dispositions ont été modifiées plusieurs fois, notamment par la loi RAFFARIN en 1996 et dernièrement par la loi sur la modernisation de l'économie en 2008.

L'objectif de la loi de 1973 et de ses modifications en 1996 était d'éviter la disparition des petits commerçants.

Selon l'article 1er de la loi de 1973 : « *Les pouvoirs publics veillent à ce que l'essor du commerce et de l'artisanat permette l'expansion de toutes les formes d'entreprise, indépendantes, groupées ou intégrées, en évitant qu'une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux et ne soit préjudiciable à l'emploi* ».

A l'origine, la création d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente supérieure à 300m², que cette surface résulte d'une construction nouvelle ou de la transformation d'un immeuble existant, devait être soumis à une autorisation.

Ces dispositions ont été modifiées par la loi de 2008. Cette loi assouplit les conditions d'implantation des grandes surfaces en relevant le seuil de déclenchement des procédures d'autorisation des magasins de 300 à 1000m². Comme auparavant, les autorisations sont données par des commissions départementales.

Leur composition a toutefois été modifiée afin de limiter les conflits d'intérêt. En particulier, les représentants de la CCI et des chambres des métiers ont disparu.

La procédure a également été simplifiée et les délais d'examen réduits.

Section 3 : Les effets attachés à la qualité de commerçant

En principe, la qualité de commerçant n'a pas d'effet sur le patrimoine. Le statut de commerçant soumet à certaines obligations de publicité légales, à des obligations comptables et il a également divers autres obligations.

A) Le patrimoine

La qualité de commerçant n'a en principe aucun effet sur le patrimoine de la personne physique. Le principe de l'unicité du patrimoine empêche à priori le commerçant d'avoir un patrimoine d'affectation.

En effet si toutes les personnes ont un patrimoine, elles ne peuvent avoir qu'un seul patrimoine.

Une loi de 2010 remet en cause cette unicité.

Le patrimoine est l'ensemble des biens et des obligations présents et à venir d'une même personne.

Le patrimoine est une universalité de droit c'est à dire que les biens et les dettes forment un tout

dont les éléments d'actifs et de passifs sont indissociables.

Lorsque le commerçant est une personne physique, le principe de l'unicité du patrimoine a pour conséquence que les dettes de sa vie privée et les dettes de son commerce sont au sein d'un même patrimoine. L'unicité du patrimoine empêche à priori le commerçant de soustraire une partie de son patrimoine au risque lié à son activité commerciale.

Certains commerçants créent ainsi des sociétés et notamment des EURL (Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée).

Dans le cas des sociétés de petite taille, la protection du patrimoine de la personne physique sera souvent illusoire parce que les banques n'accorderont de prêts à la société que si l'associé unique se porte caution ou si il donne en garantie certains de ses biens.

Dès 2008, le législateur a limité le principe d'unicité du patrimoine en prévoyant que le commerçant personne physique puisse déclarer insaisissable ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. La déclaration doit être notariée, publiée au bureau des hypothèques, dans les départements alsaciens et mosellans au livre foncier, et n'a d'effets que postérieurement à cette déclaration.

Les biens des commerçants n'étant toujours pas suffisamment protégés, le législateur a créé en 2010 l'entrepreneur à responsabilité limitée. Le Sénat a adopté le projet de loi le 5 mai 2010. la loi a été promulguée le 15 juin 2010 et a été publiée au JO le 16 juin.

Cette loi n'entrera toutefois en vigueur que lorsque le Gouvernement publiera une ordonnance prévue à l'article 8 de la loi. Cet article précise que le Gouvernement a 6 mois pour prendre cette ordonnance. La nouvelle loi va permettre au commerçant et plus généralement à tout entrepreneur individuel de déclarer au RCS ou au répertoire des métiers la liste des biens affectés à son activité professionnelle de façon à distinguer ces derniers de ceux faisant partie de son patrimoine personnel.

En cas de faillite de l'entrepreneur individuel, les créanciers ne pourront saisir que son patrimoine professionnel. A l'inverse, les créanciers personnels de l'entrepreneur ne pourront pas toucher aux biens affectés à l'activité professionnelle.

Le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) sera régi par les articles L526-6 et suivants C. com.

Selon le futur article L526-6 C. com, tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel sans création d'une personne morale. Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens (droits, obligations ou suretés) dont l'entrepreneur individuel est titulaire et qui sont nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle.

Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou suretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire et qui sont simplement utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter.

Le législateur a précisé qu'un même bien, droit, obligation, sureté ne peut entrer que dans la composition d'un seul patrimoine affecté.

L'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien doit être reçue par un acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou au livre foncier.

Afin que les créanciers soient informés que leur débiteur a un patrimoine d'affectation, le commerçant devra utiliser une dénomination incorporant son nom précédé ou suivi immédiatement des mots « entrepreneur individuel à responsabilité limitée » ou des initiales EIRL.

B) La publicité légale

Elle a été instituée afin de limiter les effets négatifs du secret des affaires. Elle se fait

principalement au travers du RCS. Cette immatriculation va entraîner plusieurs effets.

1) La publicité du RCS

a) Le RCS

Il porte ce nom depuis une loi du 4 janvier 1978. Il est régi par un décret du 30 mai 1984 qui a en partie été codifié aux articles L123-1 et suivants C. com.

Il existe des RCS locaux et un registre national.

Les RCS locaux sont tenus par les greffes des Trib. Com ou les greffes des TGI si il n'y a pas de Trib. Com sous la surveillance du Président du Tribunal ou d'un juge commis à cet effet.

Le greffier vérifie que les déclarations figurant au RCS sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires et qu'elles correspondent aux pièces justificatives et actes déposés et que les déclarations sont compatibles avec l'état du dossier.

Le greffier refusera d'immatriculer une personne dont l'acte de naissance montre qu'elle est mineure.

De même, lorsque le greffier reçoit une demande d'immatriculation d'une personne ayant acheté un fonds de commerce, il doit s'assurer que l'ancien propriétaire s'est fait radier. Le greffier va également vérifier que la constitution et les modifications statutaires d'une société commerciale sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent.

Le RCS est un registre qui regroupe l'ensemble des dossiers des personnes immatriculées. Il est régulièrement mis à jour. Il comprend les informations comme les noms, prénoms, date et lieu de naissance de la personne immatriculée. L'activité de cette personne devra être mentionnée. Pour les personnes morales, on va trouver les statuts, les noms des dirigeants, etc.

Plus précisément, conformément à R123-82 C. com, le RCS local contient un fichier alphabétique des personnes immatriculées. Ce RCS contient également le dossier individuel de chacune des personnes. Ce dossier est constitué par la demande d'immatriculation ainsi que par les demandes éventuelles de modifications. Le RCS contient également un dossier annexe où l'on trouve les actes et les pièces devant être déposés.

Le RCS national est tenu par l'INPI. Ce RCS national est un « second original » de tous les RCS locaux.

Un comité de coordination a été créé afin de veiller à l'harmonisation des textes en matière de RCS.

Ce comité délivre des avis sur les questions qui lui sont posées par les greffiers, les centres de formalités des entreprises ou encore le directeur de l'INPI. Le comité réalise des rapports pour le ministère compétent, dans ses rapports il existe les difficultés rencontrées ou les anomalies pour la tenue du RCS.

Le RCS a pour rôle essentiel de renseigner les tiers.

Les greffiers et l'INPI sont astreints à délivrer à toute personne qui en fait la demande des certificats, copie ou extrait des inscriptions portées au RCS ou des actes déposés. La loi précise que ces derniers sont les seuls habilités à le faire. Toute personne peut demander la communication de certaines informations contenues dans le RCS.

Les demandes peuvent porter sur des dossiers individuels ou sur un ensemble de dossiers. Elles peuvent porter également sur des inscriptions ou des actes déposés. Enfin, elles peuvent porter sur l'état des dossiers.

Certaines informations ne peuvent pas être communiquées. Ce sera le cas de certains jugements

rendus en matière de sauvegarde ou en matière de redressement judiciaire. Ou encore certains jugements prononçant la faillite personnelle d'un commerçant.

b) L'immatriculation au RCS

L123-1 C. com énumère les personnes devant être immatriculées au RCS :

- Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant, même si elles sont tenus à une immatriculation au répertoire des métiers.
- Les sociétés et GIE ayant leur siège dans un département français et qui jouissent de la personnalité morale.
- 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 à caractère industriel et commercial.

Certaines personnes morales particulières doivent s'immatriculer :

- ⑩ Certaines associations : Celles autorisées à émettre des valeurs immobilières.
- ⑩ Représentations commerciales ou agences commerciales des Etats, collectivités ou établissements publics étrangers établis dans un département français.

La liste de L123-1 C. com est exhaustive. Les personnes qui ne sont pas mentionnées ne peuvent pas être immatriculées au RCS.

Depuis le 1er janvier 2009, les commerçants qui optent pour le régime d'auto-entrepreneur ne sont pas tenus de s'immatriculer au RCS.

Un commerçant déjà en activité et qui souhaiterait devenir auto-entrepreneur ne peut pas bénéficier de la dispense d'immatriculation.

Pour pouvoir opter pour le statut d'auto-entrepreneur, il faut un CA en 2010 inférieur à 80,3K€ HT pour une activité d'achat et de revente. Et il devra être inférieur à 32,1K€ pour une activité de prestation de services.

L'immatriculation des personnes physiques doit être demandée dans les 15 jours suivant le commencement d'activité.

Si une personne physique qui exerce des activités commerciales n'a pas demandé son immatriculation dans les 15 jours, le juge chargé de la surveillance du RCS peut lui enjoindre de le faire.

L'immatriculation des personnes morales conditionnent le début de leur personnalité juridique. La demande d'immatriculation doit être faite par le commerçant, personne physique ou par le représentant légal de la personne morale. Les demandes doivent être faites auprès du greffe du tribunal dans le ressort duquel est situé le siège social de l'entreprise ou son principal établissement. La demande doit être faite en double exemplaire et doit être accompagnée de toutes les pièces justificatives. La dispense d'une pièce peut être accordée par le juge, soit définitivement, soit provisoirement. Dans ce dernier cas, il est procédé à la radiation d'office si la pièce n'est pas produite dans le délai imparti.

Pour simplifier la création d'entreprise, un décret du 18 mars 1981 a créé les centres de formalités des entreprises (CFE). Ces centres centralisent les pièces des dossiers et ils transmettent ces pièces, après avoir effectué un contrôle formel aux différents organismes et administrations intéressées par la création de l'entreprise :

⑩ Il s'agit de l'INSEE, l'INSEE va inscrire l'entreprise au répertoire national des entreprises et elle lui attribue un numéro SIREN qui se décompose en 3 groupes de 3 chiffres. C'est ce qui va permettre de reconnaître une entreprise. Un numéro SIRET est également attribué qui identifie l'établissement.

Le SIRET est composé de 14 chiffres, c'est le numéro SIREN plus 5 chiffres complémentaires.

Enfin l'INSEE attribue un code APE qui identifie le secteur d'activité de l'entreprise.

⑩ Les documents sont également envoyés aux services fiscaux.

⑩ Aux organismes sociaux (URSAFF, etc).

⑩ Si l'activité est commerciale ou si il s'agit d'une société, au greffe du Trib. Com.

⑩ Au répertoire des métiers si l'activité est artisanale.

⑩ Si l'activité démarre avec des salariés, les documents devront être envoyés aux caisses sociale ainsi qu'à l'inspection du travail.

Pour faciliter les choses, certains CFE proposent la démarche via courrier électronique.

Le CFE saisi remet ou transmet lors du dépôt un récépissé au déclarant ou à son mandataire.

Si le dépôt a été effectué par voie postale, le récépissé est envoyé le jour même ou le 1er jour ouvrable suivant.

Lorsque le CFE constate que le dossier est incomplet, il en informe le déclarant et ce dernier dispose alors de 15 jours ouvrables pour compléter son dossier. A l'expiration de ce délai, le dossier est transmis en l'état.

Le CFE doit transmettre le jour même aux organismes destinataires les informations et les pièces les concernant. A défaut, le déclarant peut obtenir la restitution immédiate de son dossier afin de saisir directement les organismes destinataires.

Le greffier du Trib. Com qui reçoit une demande d'immatriculation doit procéder à l'inscription dans le délai d'un jour ouvrable après réception de la demande. Toutefois, lorsque le dossier est incomplet, le greffier réclame, toujours dans le délai d'un jour ouvrable, les renseignements et pièces manquantes.

Le déclarant doit fournir les déclarations ou pièces manquantes dans les 15 jours suivants la demande. A la réception des renseignements ou pièces manquantes, le greffier procède à l'immatriculation dans le délai d'un jour ouvrable. Si le déclarant ne régularise pas, la demande d'immatriculation sera rejetée. Le greffier doit motiver toute décision de refus.

Lorsque la complexité du dossier exige un examen particulier, le greffier avise le déclarant par lettre motivée que l'inscription sera faite ou que la décision de refus sera remise ou notifiée au demandeur dans un délai de 5 jours ouvrables après réception de la demande.

Si le greffier ne respecte pas les délais, le demandeur peut saisir le juges commis à la surveillance du RCS.

L'immatriculation au RCS entraîne l'attribution d'un numéro au commerçant :

« RCS », suivi du nom de la ville où se trouve le greffe où est immatriculée la personne, suivi d'une lettre, A pour les personnes physiques, B pour les sociétés commerciales et les autres personnes morales commerçantes, C pour les GIE, D pour les personnes morales non commerçantes, suivi du numéro d'identité de l'entreprise.

Lorsqu'une entreprise a plusieurs établissements, elle doit demander une inscription complémentaire pour chacun d'entre eux si ces derniers sont situés dans le même ressort que l'établissement principal.

L'entreprise devra demander une immatriculation secondaire si les établissements sont situés dans un ressort différent. L'immatriculation secondaire doit être effectuée auprès du greffe du Trib. Com compétent pour l'établissement secondaire.

L'immatriculation au RCS ne libère pas les personnes de leurs obligations. En effet ces dernières

doivent tenir à jour les informations s'y trouvant.

Les modifications concernant les renseignements fournis lors de l'inscription ou postérieurement doivent être publiées dans un délai de 1 mois. Les sociétés commerciales sont tenues de déposer en double exemplaire dans un délai de 1 mois à compter de leur approbation par l'assemblée ordinaire les documents comptables.

Les commerçants personne physique doivent se faire radier lorsqu'ils cessent leur activité commerciale.

Lorsque le greffier est informé qu'une personne immatriculée aurait cessé son activité à l'adresse déclarée, il lui envoie une lettre recommandée avec AR par laquelle il lui rappelle ses obligations déclaratives. Si la lettre est retournée avec la mention « n'habite plus à l'adresse indiquée », le greffier porte la mention de la cessation d'activité sur le registre.

En cas de décès du commerçant, ses héritiers doivent demander sa radiation. La radiation peut également être effectuée d'office par le greffier.

c) Les sanctions du défaut de publication ou de publication erronée

Une personne qui n'est pas immatriculée au RCS alors qu'elle le devrait commet une faute. Si une personne subit un préjudice du fait de cette absence d'immatriculation, elle devra être indemnisée. Ici, la sanction est civile, elle est fondée sur la responsabilité délictuelle.

Le commerçant personne physique, requis par une ordonnance du juge de procéder à son immatriculation/radiation ou encore à effectuer une mention complémentaire ou rectificative et qui ne le fait pas dans les 15 jours de l'ordonnance est puni d'une amende de 3,75k€.

Le tribunal peut priver l'intéressé du droit de vote et d'éligibilité aux élections des Trib. Com, des CCI et des conseils de prud'hommes. Cette privation ne pourra pas excéder 5 ans.

Le fait de donner de mauvaise foi des indications inexacts ou incomplètes en vue d'une immatriculation, d'une radiation, d'une mention complémentaire ou rectificative est puni d'une amende de 4,5k€ et d'un emprisonnement de 6 mois.

Les sanctions quant au droit de vote et d'inéligibilité peuvent s'appliquer.

d) Les autres publicités

On trouve également au RCS un registre des protêts qui sont des actes d'huissier constatant le refus de paiement d'un effet de commerce (chèque, lettre de change, etc). L'objectif est d'informer les tiers des problèmes de solvabilité de certains débiteurs. On a également un registre de certificats de non paiement des chèques.

Il y a également un registre de publicité des opérations de crédit-bail (taux d'endettement du débiteur).

Un registre des nantissements des fonds de commerce, des nantissements de matériels.

Il y a également des publicités par voie de presse à travers les journaux d'annonces légales. La plupart des informations inscrites au RCS sont publiées au BODACC.

2) Les effets de l'immatriculation au RCS

L'immatriculation au RCS des personnes physiques va entraîner une présomption simple de commercialité.

Il s'agit d'une présomption simple puisque selon L123-7 C. com : « Cette présomption n'est pas opposable aux tiers ou administrations qui apportent la preuve contraire ».

Cet article ajoute : « Les tiers et administrations ne sont pas admis à se prévaloir de la présomption si ils savaient que la personne immatriculée n'était pas commerçante ».

Une personne peut donc valablement rapporter la preuve que bien qu'inscrite au RCS, elle n'est pas commerçante. Pour que cette preuve soit admissible, elle devra en plus prouver que les personnes concernées savaient qu'elle n'était pas commerçante.

Les tiers peuvent toujours prouver que la personne inscrite au RCS n'est pas commerçante.

Le défaut d'immatriculation des personnes physiques entraîne une présomption de non commercialité. Ces personnes ne peuvent donc pas se prévaloir de la qualité de commerçant. En revanche les tiers peuvent montrer qu'elles sont commerçantes de fait. Elles seront alors soumises aux responsabilités et obligations inhérentes à cette qualité.

La présomption de commercialité de joue pas pour les personnes morales puisque certaines personnes morales, bien qu'inscrites au RCS ne sont pas commerçantes. Pour les personnes morales, l'inscription marque simplement le début de la personnalité juridique.

C) Les obligations comptables

Conformément à L123-12 C. com, toute personnes physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement.

L'entreprise doit également contrôler par inventaire, au moins une fois tous les 12 mois, l'existence et la valeur des éléments d'actifs et de passifs de son patrimoine.

L'entreprise doit également établir des comptes annuels. Ils comprennent le bilan, le compte de résultats et une annexe.

Concrètement, tout commerçant doit tenir un livre journal qui enregistre chronologiquement, jour par jour, toutes les opérations commerciales.

Il faut également avoir un grand livre regroupant l'ensemble des comptes.

Enfin, le commerçant doit avoir un livre d'inventaire regroupant toutes les données de l'inventaire.

Les livres comptable doivent être tenus en € et en langue française. Ils doivent être tenus sans blanc ni altération. Toutes les pièces comptables doivent être conservées durant 10ans.

La comptabilité doit répondre à 3 principes :

⑩ Régularité : Cela implique que les comptes sont tenus conformément aux lois et règlements en vigueur.

⑩ Sincérité : Cela signifie que les comptes doivent être conformes à la réalité telle que la connaît le commerçant.

⑩ Fidélité : Elle suppose que les comptes doivent donner une image réelle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise.

Les personnes physiques qui exploitent des micro entreprises ne sont pas obligées d'établir des comptes annuels. Elles doivent néanmoins enregistrer au jour le jour les recettes encaissées et les dépenses payées.

Une comptabilité régulièrement tenues peut être admise en justice pour faire preuve entre

commerçants et à raison de leur activité commerciale.

En revanche, si elle n'a pas été correctement tenue, elle ne peut pas être invoquée par son auteur à son profit mais peut servir de preuve contre lui.

Sont coupables de banqueroute les personnes qui ont tenu une comptabilité fictive ou qui ont fait disparaître des documents comptables ou qui se sont abstenus de tenir une comptabilité alors que des textes leur en faisaient obligation.

La banqueroute est punie de 5 ans d'emprisonnement et de 75k€ d'amende.

D) Les autres obligations

Le législateur oblige tout commerçant à ouvrir un compte dans un établissement de crédit ou dans un bureau de chèque postaux.

Le commerçant doit payer par chèque, virement ou carte de paiement tous les règlements qui dépassent 1,1K€.

Comme tout professionnel, le commerçant doit refuser le paiement en espèce pour un bien ou un service vendu à un particulier non commerçant dont la somme est supérieure à 3k€.

Chapitre 3 : Le régime des actes de commerce

Il sera différent selon que ces derniers ont été conclus entre des commerçants pour leur activité commerciale ou entre des commerçants et des non commerçants.

Section 1 : Les actes de commerce passés entre commerçant

A) La solidarité

On a vu qu'en droit commercial, la solidarité était présumée entre commerçant. En droit civil, la solidarité ne se présume pas!

Il s'agit d'une coutume qui a néanmoins été reprise dans certaines lois, notamment sur les sociétés.

Exemple : 1872-1 C. civ : Prévoit la solidarité entre les associés d'une société en participation si cette dernière a un objet commercial et sans solidarité si son objet est civil.

La solidarité étant une coutume, les commerçants peuvent préciser dans leur contrat qu'ils écartent la solidarité.

B) L'anatocisme

C'est la capitalisation des intérêts. Il est prohibé par 1154 C. civ sauf si il est expressément prévu dans une convention et pour des intérêts dûs depuis plus d'un an.

En droit commercial, l'anatocisme est possible, même en de ça d'une année et il est présumé pour les intérêts des comptes courants.

C) La prescription

Avant une loi du 17 mars 2008 portant réforme des prescriptions, entrée en vigueur le 19 juin 2008, en droit civil la prescription extinctive était de 30ans. En effet, l'ancien article 2262 C. civ : « *Toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par 30 ans* ».

Depuis cette loi, et conformément à 2224 C. civ, les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par 5ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

Avant la loi du 17 juin 2008, en droit commercial, la prescription était en principe de 10 ans. La prescription s'appliquait tant aux actes de commerce passés entre commerçants qu'aux actes mixtes. La prescription était plus courte en droit commercial qu'en droit civil afin d'éviter aux commerçants de garder trop longtemps leur livre comptable et autres moyens de preuve.

Aujourd'hui L110-4 C. com dispose : « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce, entre commerçants ou entre commerçants et non commerçants, se prescrivent par 5ans* ».

La prescription du droit commercial s'applique toujours aux non-commerçants, toutefois la durée est à priori la même en droit civil et en droit commercial.

La prescription du droit commercial vise toutes les obligations nées à l'occasion du commerce, qu'elles soient contractuelles, quasi-contractuelles ou délictuelles.

En droit commercial, la prescription est de 5 ans, à défaut de prescription plus courte.

Par exemple, les actions en paiement sont prescrites par 1 an après la réception des ouvrages. Ou encore 1 an après la livraison pour la nourriture fournie aux matelots sur l'ordre du capitaine.

D) La preuve

En droit civil, la preuve de toute obligation dépassant 1,5K€ doit être faite par écrit. En droit commercial, conformément à L110-3 C. com, la preuve est libre entre commerçants.

Ce n'est pas la preuve des actes de commerce qui est libre mais la preuve des actes conclus entre 2 parties commerçantes.

Avant une loi du 12 juillet 1980, la preuve était libre pour tous les actes de commerce, ce qui défavorisait les non-commerçants. C'est pourquoi le législateur est intervenu pour modifier ces dispositions.

Le preuve ne sera libre qu'entre des commerçants ayant agi dans l'intérêt de leur commerce :

⑨ C. cass, Ch. Com, 19 janvier 1993 : Si à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tout moyen, il n'en est ainsi que lorsque le commerçant a agi dans l'exercice ou dans l'intérêt de son propre commerce.

Les règles de droit civil s'appliquent pour les actes passés par un commerçant pour ses besoins privés.

La liberté de la preuve s'explique par le fait que les commerçants sont obligés de tenir une comptabilité rigoureuse ce qui permet de connaître avec précision leurs dettes et créances.

La liberté de la preuve entraîne 2 conséquences principales :

⑩ Le commerçant peut toujours rapporter la preuve par tout moyen.

⑩ Si il existe un écrit, celui-ci n'a pas une valeur supérieure aux autres preuves.

Par exemple, en présence d'un bon de commande écrit mentionnant un certain prix, l'acheteur peut prouver par tout moyen que le vendeur lui a accordé verbalement une remise sur ce prix.

La preuve est libre entre commerçants à moins que la loi en est disposée autrement. Il existe de nombreux actes soumis à un formalisme particulier. La lettre de change, par exemple, doit être faite par écrit, elle doit de plus comporter les nombreuses mentions énumérées à L511-1 C. com.

La jP considérait que le principe de la liberté de la preuve s'appliquait au cautionnement commercial. A partir de 1980, la preuve n'étant plus libre qu'entre commerçants, la jP avait alors estimé que la preuve était libre si le cautionnement était fait par un commerçant agissant dans l'intérêt ou pour l'exerce de son commerce. Aujourd'hui, la preuve n'est plus libre pour les cautionnements faits par une caution personne physique, même si cette personne est commerçante et agissant dans l'exercice ou l'intérêt de son commerce.

Il est nécessaire également que le créancier soit un professionnel.

En effet, L341-1 C. conso dispose : « *Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante [...]* ».

E) La compétence juridictionnelle

Les conflits entre commerçants sont normalement soumis au T. Com. Le législateur a autorisé les commerçants a inséré des clauses attributives de compétences dans leurs contrats ou à avoir recours à l'arbitrage.

1) La compétence des tribunaux de commerce

Les Trib. Com, également appelés tribunaux consulaires, datent de l'Ancien régime. Celui de Toulouse a été créé en 1549.

Les Trib. Com sont des juridictions du 1er degré. Ils sont composés de juges élus parmi les commerçants et d'un greffier. Dans les circonscriptions où il n'y a pas de Trib. Com, c'est le TGI qui connaît des matières normalement attribuées aux Trib. Com.

Ces TGI comptent alors des Chambres commerciales. Elles sont composées d'un président magistrat et d'assesseurs élus.

Avant d'entrer en fonction, les juges des Trib. Com prêtent serment. Le serment est le suivant :

« Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un juge digne et loyal ».

Le législateur a prévu la tenue vestimentaire des juges consulaires puisque selon R721-4 C. com, les costumes des membres des T. Com doivent notamment comprendre une robe noire à grande manche, une toque et une cravate.

Les Trib. Com sont des tribunaux d'exception. Pour les juridictions d'exception, la compétence matérielle doit être prévue dans un texte. Les juges des Trib. Com saisis d'un litige n'entrant pas dans leurs compétences doivent soulever d'office leur incompétence.

Les articles concernant la compétence des T. Com étaient à l'origine dans le C. com. Ces articles ont connu quelques péripéties. En effet, lors de la recodification du C. com, la commission en charge de cette recodification s'est aperçue que les articles sur la compétence des Trib. Com avaient disparu. Ces articles avaient été abrogés par une loi du 17 décembre 1991 sans que personne n'y fasse attention. La commission a découvert la disparition des articles, pourtant l'ordonnance du 14 septembre 2000 ne remédiait pas à cette absence.

La compétence des T. Com n'étant plus prévue par aucun texte, certains plaideurs refusaient d'y être attirés.

Certains litiges commerciaux étaient donc plaidés devant les TGI. Une loi du 15 mai 2001 a redéfini la compétence des Trib. Com et ces articles ont été insérés dans le Code de l'organisation judiciaire. Le législateur a également prévu que les nouveaux articles s'appliqueraient rétroactivement à compter du 17 décembre 1991 afin de valider les procédures diligentes entre cette loi et la nouvelle loi.

Une ordonnance du 8 juin 2006 réintroduit dans le C. com les compétences des Trib. Com aux articles L721-1 et suivants.

L'article L261-1 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que les dispositions particulières relatives à l'institution, la compétence, l'organisation et au fonctionnement des autres juridictions d'attribution sont énoncées au C. com en ce qui concerne le T. Com.

Conformément à L721-3 C. com, les T. Com connaissent :

1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçant, entre établissements de crédit ou entre eux.

2° Des contestations relatives aux sociétés commerciales.

3° Des contestations relatives aux actes de commerce entre toute personne.

L721-6 C. com précise : Ne sont pas de la compétence des Trib. Com, les actions intentées contre un commerçant pour paiement de denrées ou de marchandises achetées pour son usage particulier.

En matière de sauvegarde, de RJ ou de LJ des entreprises, le tribunal compétent est le Trib. Com si le débiteur est commerçant ou si il est immatriculé au répertoire des métiers.

La compétence territoriale des T. Com est la même que celle des tribunaux civils.

La jP des gardes principales permet d'assigner une personne morale ayant plusieurs établissements, non de le ressort de son siège social mais dans le ressort de l'un de ses établissements. Il faut néanmoins que ces établissements disposent d'une certaine autonomie.

Les T. Com ont été beaucoup critiqués, certains reprochent le manque de formation juridique des juges consulaires.

Le manque d'impartialité de certains juges a également été dénoncé. Des réformes ont été proposées mais elles ont toutes échoué.

Pour améliorer le fonctionnement des T. Com, un conseil national des T. Com a été institué auprès du Garde des sceaux. Le Garde des sceaux peut consulter le conseil dans des domaines particuliers : la formation et la déontologie des juges des T. Com, l'organisation, le fonctionnement et l'activité des T. Com, la compétence et l'implantation des T. Com.

Le conseil peut émettre des propositions dans ces mêmes domaines et pour discuter de ces sujets, le conseil doit se réunir au moins 3 fois/an.

2) Les clauses attributives de compétence

Les commerçants peuvent déroger aux règles de compétence des T. Com en insérant des clauses attributives de compétence dans leurs contrats. Il existe 2 types de clause attributive de compétence. Les clauses attributives de compétence territoriale et les clauses attributives de compétence matérielle.

a) Les clauses attributives de compétence territoriale

Les clauses attributives de compétence territoriale sont des clauses contractuelles par lesquelles les parties à un contrat confie le règlement des litiges à venir à un tribunal d'un lieu déterminé. Ces clauses peuvent être défavorables à une partie qui devra par exemple se présenter devant un tribunal loin de son domicile, c'est pourquoi le législateur les a encadré.

Article 48 CPC : Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles des compétences territoriales, est réputée non écrite, à moins qu'elle n'ait été convenues entre des personnes ayant tout contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon de très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.

2 conditions sont nécessaires pour que ces clauses soient valides :

- ⑩ Qu'elles aient été conclues entre des commerçants.
- ⑩ Qu'elles soient écrites de manière suffisamment visible pour que le contractant puisse facilement en avoir connaissance lorsqu'il lit le contrat.

Quant à la 2^{de} condition, la C. cass a jugé que ne répond aux exigences de 48 CPC, une clause attributive de compétence territoriale figurant au verso d'un bon de commande et imprimée en caractère grisâtre et peu lisible (Ch. Com, 30 novembre 1981).

Si la clause ne remplit pas les 2 conditions, elle sera réputée non écrite et la compétence territoriale prévue par le CPC s'appliquera.

Ces règles ne s'appliquent que pour les litiges entre commerçants français. En effet, la qualité de commerçant n'est pas exigée pour la validité des clauses attributives de compétence territoriale dans les contrats internationaux.

b) Les clauses attributives de compétence matérielle

Les clauses attributives de compétence matérielle sont des clauses contractuelles par lesquelles les parties à un contrat confient le règlement des litiges à venir à un tribunal particulier. Le législateur n'a pas envisagé ces clauses attributives de compétence matérielle. C'est donc la jP qui a dû trancher la question.

Les clauses donnant compétence au TGI alors que la compétence est en principe au T. Com sont valides. Ces clauses sont en pratique très rares.

Les difficultés concernent ces clauses lorsqu'elles sont insérées dans un contrat entre un commerçant et un non commerçant.

c) L'arbitrage

c-1) La clause compromissoire

Les parties peuvent insérer dans leur contrat des clauses compromissoires par lesquelles elles s'engagent à recourir à l'arbitrage pour résoudre les différends qui surgiraient entre elles.

Les clauses compromissoires se différencient du compromis d'arbitrage par lequel les parties soumettent à l'arbitre un litige déjà né.

L'arbitrage est une justice privée, c'est pourquoi en France son développement a longtemps été limité par le législateur et les juges. Dans le CPC de 1806, l'arbitrage avait un rôle très modeste. La validité des clauses compromissoires de sera reconnue qu'en 1925 et uniquement entre commerçants et pour les actes de commerce.

Aujourd'hui L721-3 C. com IN FINE relatif à la compétence des T. Com prévoit que les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations relevant du T. Com.

Plus généralement et depuis une loi du 15 mai 2001, les clauses compromissoires sont valides entre professionnels.

En effet, 2061 C. civ dispose :

Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.

Le recours à l'arbitrage s'explique par les nombreuses critiques faites à l'encontre de la justice étatique. La justice française serait lente, coûterait cher et heurterait parfois le bon sens de l'homme commun par son insistance à faire prévaloir les règles techniques.

Certaines parties pensent qu'en recourant à l'arbitrage, ces défauts seront éliminés. Plus particulièrement, l'arbitrage serait recommandé lorsque la difficulté présente un caractère technique. C'est à dire lorsque le juge sera obligé, pour la trancher, d'avoir recours au service d'un expert.

Certains professionnels ne souhaitent avoir recours ni aux cours de justice, ni à l'arbitrage. Ils créent leur propre droit et leur propre institution. Par exemple, les personnes impliquées dans l'industrie du diamant. Les professionnels de cette industrie n'appliquent pas non plus les règles du droit des contrats. Des institutions et des sanctions ont été créées pour résoudre les conflits entre les membres.

La clause compromissoire doit remplir plusieurs conditions pour être valide. Elle doit être conclue entre des professionnels (C. civ), c'est à dire que les consommateurs ne peuvent pas en conclure. Une clause compromissoire insérée dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel serait réputée non écrite. La clause compromissoire doit également être stipulée par écrit, soit dans la convention principale, soit dans un document auquel celle-ci se réfère et ce à peine de nullité. La clause doit désigner le ou les arbitres pour prévoir les modalités de leur désignation. La jP a considéré que la clause compromissoire était autonome par rapport au contrat dans lequel elle était insérée. La nullité du contrat est sans incidence sur la clause compromissoire qui doit donc jouer. La C. cass a par exemple jugé dans un arrêt du 20 mars 2003 que la clause compromissoire présente par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte. Pour les clauses compromissoires insérées dans les contrats conclus entre des professionnels avant la loi du 15 mai 2001, la jP a considéré qu'il convenait d'appliquer immédiatement la nouvelle loi.

c-2 La procédure d'arbitrage

La mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique. La procédure d'arbitrage n'est possible que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée. Le tribunal d'arbitrage est composé d'un arbitre ou de plusieurs en nombre impair pour qu'on puisse départager. Lorsque les parties désignent les arbitres en nombre pair, le tribunal arbitral est complété par un arbitre choisi soit conformément aux prévisions des parties, soit en l'absence de telles prévisions par les arbitres désignés, soit à défaut d'accord entre ces derniers, par le président du TGI. Ces règles sont d'ordre public, les parties ne peuvent pas y déroger. Une fois rendue, la sentence arbitrale est obligatoire. L'article 1476 CPC dispose : La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. Cette sentence ne peut toutefois pas faire l'objet d'une exécution forcée sans avoir reçu l'exequatur. La décision exequatur émane du TGI dans le ressort duquel la sentence a été rendue. Le juge du TGI vérifiera la régularité de la sentence. Il vérifiera qu'elle a été motivée, et qu'elle a été signée par tous les arbitres. Les recours contre les sentences arbitrales sont limités puisqu'elles ne sont pas susceptibles d'opposition ni de pourvoi en cassation. Elles sont toutefois susceptibles d'appel sauf si les parties ont renoncé à cet appel dans la convention d'arbitrage. La possibilité d'interjeter un appel en nullité est toujours ouverte si la sentence est affectée d'un vice grave (violation d'une règle d'ordre public par exemple).

F/ L'inexécution

Des règles spécifiques s'appliquent aux commerçants lorsqu'ils ne respectent pas leurs engagements.

1) La mise en demeure

On a vu qu'en droit commercial, tout acte manifestant la volonté du créancier d'être payé vaut mise en demeure.

2) L'absence de délai de grâce

En droit civil, l'article 1244-1 C. civ autorise le juge à octroyer des délais au débiteur ayant des difficultés pour payer.

C. cass : la décision par laquelle le juge rejette une demande de délai de paiement relève de son pouvoir discrétionnaire.

Elle estime en revanche, que l'octroi d'un délai de grâce doit être motivé. Les juges du fond sont réticents à appliquer cet article aux obligations relevant du droit commercial. Cela s'explique par le fait que l'article L511-81 C. com prévoit qu'aucun jour de grâce ni légal ni judiciaire n'est admis en matière d'effet de commerce.

Le législateur a prévu 2 exceptions mais ces dernières sont assez limitées :

⑩ Article L511-50 C. com : Les délais peuvent être prorogés en matière de lettre de change lorsque la présentation de cette lettre de change est empêchée par un obstacle insurmontable.

⑩ Article L511-38 Autorise des délais dans le cadre des procédures collectives.

Si légalement ou judiciairement, les délais de paiement ne peuvent pas être reportés, il est assez fréquent en pratique que ces délais le soient conventionnellement. Le créancier préférant être payé un peu plus tard que pas du tout.

3) La réfaction

En matière commerciale, l'acheteur peut demander aux juges la réfaction du contrat en cas d'inexécution partielle de celui-ci.

Exemple : Si les marchandises livrées ne sont pas toutes conformes aux marchandises achetées. Dans ce cas, le juge va diminuer le prix dû du prix dû par l'acquéreur dans la mesure de l'inexécution contractuelle. Le calcul de la diminution du prix est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (C. cass, 23 mars 1971).