

◆ Liste légale

L'article L. 110-1 du Code de commerce donne une liste d'actes ou activités qui sont réputés être des actes de commerce, et se trouvent donc soumis au droit commercial. On peut distinguer au sein de cette liste deux types d'actes de commerce.

• *Les actes de commerce par la forme*

Il s'agit d'actes qui ne sont pas commerciaux par leur objet ou leur nature, mais seulement parce qu'ils empruntent une certaine forme :

La lettre de change. Elle peut être définie comme un titre par lequel une personne (appelée le tireur) demande à une autre (appelée le tiré) de payer une somme d'argent déterminée à une troisième (appelée le bénéficiaire). L'article L. 110-1 affirme que la lettre de change est un acte de commerce « entre toutes personnes » : c'est donc par sa forme même qu'elle est commerciale, indépendamment des personnes qui y sont partie, autrement dit que ces personnes soient ou non des commerçants.

Les sociétés commerciales par la forme. Dans le même ordre d'idées, signalons que l'article L. 210-1 du Code de commerce donne une liste de sociétés qui sont considérées, par hypothèse, comme commerciales, quelle que soit leur activité. Il s'agit des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple, des sociétés à responsabilité limitée (SARL) et des sociétés par actions (société anonyme, société anonyme européenne, société en commandite par actions, société par actions simplifiée). Ces sociétés peuvent être classées en trois catégories :

- Les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple constituent des sociétés de personnes, parce que ce sont des structures dans lesquelles *l'intuitus personae* (la considération de la personne) est important : le nombre d'associés est généralement restreint, et les associés, ayant tous la qualité de commerçants, ont une responsabilité indéfinie, ce qui signifie qu'ils sont responsables

sur leur patrimoine personnel en cas de non-paiement de ses dettes par la société. Ajoutons qu'en raison de cet *intuitus personae*, la cession des parts sociales est en principe subordonnée à l'accord unanime des associés.

- Les sociétés par actions, et en particulier la société anonyme, sont des sociétés de capitaux, parce que dans ces structures comportant souvent un grand nombre d'actionnaires, la considération de la personne est bien moins importante que la part de capital apportée par celle-ci. Dans ces personnes morales, les actionnaires n'ont pas le statut de commerçants, et ont une responsabilité limitée au montant de leur apport. Ils sont par ailleurs en principe totalement libres de céder leurs actions.
- Les SARL forment une catégorie à part. Il s'agit de sociétés intermédiaires, possédant une nature hybride : le nombre des associés étant limité par la loi (100 associés au maximum), un certain *intuitus personae* est présent. Mais les associés n'ont pas la qualité de commerçants, et, comme le nom de la société l'indique, ont une responsabilité limitée au montant de leur apport. La cession des parts sociales obéit également à un régime intermédiaire : elle est en principe libre entre associés, mais soumise à une autorisation de la collectivité des associés en cas de cession à un tiers.

• **Les actes de commerce par nature**

L'article L. 110-1 offre une liste très fournie d'actes qui sont commerciaux par nature. Il est possible de les classer schématiquement ainsi :

▮ Les activités de distribution

- L'achat pour revendre. C'est l'acte de commerce par excellence : le commerçant achète un produit, non pour le consommer ou l'utiliser personnellement, mais uniquement pour le revendre, et, ainsi, en tirer profit. Traditionnellement, l'activité agricole est considérée comme une activité civile, parce que l'agriculteur vend des produits qu'il a lui-même créés, et non des produits qu'il a achetés. Cette analyse a parfois soulevé des difficultés, notamment lorsque l'agriculteur se livre aussi à des achats pour revendre. Mais l'article L. 311-1 du Code rural affirme très clairement la nature civile de l'activité agricole : « 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. Les activités de cultures marines sont réputées agricoles, nonobstant le statut social dont relèvent ceux qui les pratiquent. 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. Les activités agricoles ainsi définies ont un caractère civil ».

- Les entreprises de fournitures. Il s'agit d'entreprises fournissant de façon régulière des biens ou services pour un prix déterminé (exemple : fourniture d'eau, de journaux).
- Les entreprises de location de meubles (voitures, téléviseurs).
- Les entreprises de transport. Cela vise tout type de transport, terrestre, aérien, maritime, et aussi bien le transport de voyageurs que le transport de marchandises.
- Les établissements de vente à l'encan (vente aux enchères).

► Les activités d'industrie

Le texte vise les entreprises de manufacture, le terme « manufacture » désignant le travail de transformation d'une chose. La manufacture vise donc en premier lieu l'activité industrielle, mais le terme a reçu en jurisprudence une acception large pour englober notamment les activités de réparation ou de rénovation des biens d'autrui (exemple : garage, teinturerie).

► Les activités de services

- Les intermédiaires. Le texte répute commerciales plusieurs activités d'intermédiaires : les agents d'affaires, c'est-à-dire les personnes qui gèrent les affaires d'autrui (gestionnaires d'immeubles, agences de voyages) ; les courtiers, qui ont pour mission de mettre en relation deux personnes en vue de la conclusion, entre elles, d'un contrat (courtiers d'assurances, cabinets de recrutement, agence matrimoniale) ; les commissionnaires, mandataires un peu parti-

culiers qui concluent en leur nom propre des opérations pour le compte d'autrui (commissionnaires de transport).

- Les services financiers. Le texte vise les opérations de banque. L'article L. 110-2 cite quant à lui les assurances maritimes : la jurisprudence a étendu ce texte et considère que sont commerciales les activités d'assurances en général.
- Les services de loisirs. Sont commerciales les entreprises de spectacles publics (théâtre, cinéma, clubs de football professionnels).

◆ Critère

La question qui se pose à l'examen de cette liste assez hétéroclite est de savoir si l'on peut déceler un dénominateur commun, un critère général de commercialité permettant d'englober tous ces actes. Plusieurs critères ont pu être proposés, aucun n'étant totalement satisfaisant :

- Le critère de la circulation des richesses. Le commerçant serait un intermédiaire entre le producteur et le consommateur. Échappent ainsi au droit commercial la simple production agricole, et la simple consommation. Mais ce critère assez ancien ne correspond plus à la réalité : toute l'activité industrielle est commerciale. Or, elle se caractérise plus par la transformation de produits ou la production que par la circulation.
- Le critère de la spéculation. C'est le critère le plus classiquement présenté pour définir l'activité commerciale, qui est par nature spéculative, l'achat pour revendre constituant l'exemple le plus marquant. Ce critère permet d'exclure du champ commercial toutes les activités désintéressées. Mais il n'est pas totalement convaincant puisque la plupart des activités civiles (comme l'activité agricole, ou celle des sociétés civiles) sont également, d'une certaine façon, spéculatives.
- Le critère de l'entreprise. L'acte de commerce isolé réalisé par un particulier est très rare. Ce qui caractérise cet acte, c'est qu'il est réalisé au sein d'une structure qui permet la répétition de ce type d'actes, la liste de l'article L. 110-1 utilisant d'ailleurs souvent le terme « entreprise », qui induit une certaine régularité. Ce critère

n'emporte pas non plus pleinement l'adhésion, dans la mesure où, d'une part, la notion même d'entreprise ne peut être clairement définie, et où, d'autre part, il existe par ailleurs des entreprises civiles.

Il apparaît donc impossible de poser avec précision un critère de commercialité. Ce critère n'est d'ailleurs pas nécessaire en pratique, puisque la loi donne une liste des actes qui doivent être considérés comme commerciaux. Reste à savoir si cette liste est ou non exhaustive.

◆ Une liste exhaustive ?

La liste de l'article L. 110-1 est-elle exhaustive ? On est *a priori* tenté de répondre positivement à cette question, puisque le texte dit « sont réputés actes de commerce : », et non « sont réputés actes de commerce notamment : ». L'absence de l'adverbe « notamment » ou d'un terme correspondant montre la volonté du législateur de poser, non une suite d'exemples, mais une liste véritablement complète des actes de commerce. La jurisprudence a pourtant quelque peu étendu celle-ci, considérant que certains actes non visés par elle revêtaient aussi une nature commerciale :

- La cession de fonds de commerce. Il ne s'agit pas d'un achat pour revendre, puisque l'acquéreur souhaite exploiter le fonds acquis. Par ailleurs, le vendeur n'est plus commerçant et l'acheteur ne l'est pas encore. Malgré cela, la cession de fonds de commerce est tellement liée à l'exercice d'une activité commerciale qu'elle constitue en soi un acte de commerce. L'objet de l'opération est en effet directement commercial.
- La cession d'un bloc de contrôle, c'est-à-dire d'un nombre suffisant de parts sociales pour que l'acquéreur prenne en effet le contrôle de la société. En principe, la cession de parts sociales ou d'actions de sociétés présente un caractère civil, même si la société concernée est commerciale. Mais la Cour de cassation a affirmé dans plusieurs arrêts que si cette cession a pour objet ou pour effet le changement de contrôle de la société, elle revêt alors une nature commerciale.
- Le cautionnement donné par les dirigeants d'une société en garantie d'une dette de cette société. Le cautionnement, acte *a priori* désintéressé, gratuit, et donc de nature civile, possède

exceptionnellement un caractère commercial dans ce cas. La jurisprudence le justifie en affirmant que la caution est personnellement intéressée à la dette garantie, cet intérêt personnel se traduisant précisément par le pouvoir que la caution exerce au sein de la société. Cette solution ne suscite pas toujours l'approbation de la doctrine.

Pour en savoir plus

- M. Asselain, *La Distinction des actes civils et du commerce: contribution à l'étude du concept de commercialité*, thèse Université Bordeaux IV, 1998.
- C. Champaud et J. Paillusseau, *L'Entreprise et le droit commercial*, A. Colin, 1970.
- B. Mercadal, « La notion d'entreprise », in *Les Actes et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à J. Derruppé*, Litec, 1991, p. 9.
- F.-X. Vincensini, *La Commercialité (recherche sur l'identification d'une activité)*, thèse Université Aix-Marseille, 1998.

Acte mixte

◆ Notion

• *La définition*

L'acte mixte est un acte qui revêt un caractère commercial pour l'une des parties et un caractère civil pour l'autre. Il ne s'agit donc ni pleinement d'un acte de commerce ni pleinement d'un acte civil, mais d'une catégorie intermédiaire, de nature hybride. En pratique, sont concernés les contrats conclus entre un commerçant et un non-commerçant (ce dernier pouvant être soit une personne n'ayant pas la qualité de commerçant, soit un commerçant agissant, non dans un cadre professionnel, mais dans le cadre de sa vie personnelle) : pour le commerçant, l'acte est commercial; pour le non-commerçant, il est civil. C'est le cas par exemple de la plupart des opérations de consommation courante : pour le marchand de journaux, la vente d'un journal est un acte de commerce (achat pour revendre) ; pour le simple particulier qui achète son journal, l'acte est purement civil. Tout acte juridique, ou presque, est donc potentiellement susceptible de constituer un acte mixte, puisque tout dépend de la qualité des parties l'ayant conclu.

• *La problématique*

La difficulté est alors de savoir quel est le régime juridique applicable à cet acte : doit-il être soumis au droit commercial ou au droit civil ? L'acte possédant une nature juridique complexe, il est naturellement impossible de lui appliquer entièrement l'un ou l'autre de ces régimes juridiques. La loi ne prévoit aucun système particulier pour ce type d'actes juridiques. La jurisprudence a donc élaboré un régime que l'on qualifie de dualiste, ou distributif, et qui consiste à appliquer tantôt le droit commercial et tantôt le droit civil, ce que l'on traduit généralement en disant que le droit commercial s'applique à la personne pour qui l'acte est commercial, et le droit civil à l'autre. La réalité est toutefois plus subtile, puisque le non-commerçant a parfois la possibilité de choisir entre la règle du droit civil et celle du droit commercial. Le régime distributif de l'acte mixte est en réalité gouverné par une idée

simple, celle qu'il faut favoriser le non-commerçant au détriment du commerçant, le non-commerçant étant considéré comme la partie faible du contrat, devant donc être protégée.

Il convient toutefois de noter que ce régime distributif connaît quelques exceptions. Dans certains cas en effet, la règle applicable à l'acte mixte redevient une règle unitaire.

◆ Le régime distributif

• *Le tribunal compétent*

En cas de litige relatif à un acte mixte, quel est le tribunal compétent ? Tout dépend de la qualité du demandeur. Si celui-ci est le non-commerçant, la jurisprudence lui accorde le droit de saisir, au choix, la juridiction civile ou la juridiction commerciale. Si, en revanche, c'est le commerçant qui assigne en justice le non-commerçant, il doit alors impérativement saisir la juridiction civile : on oblige en effet le commerçant à se rendre devant un tribunal qui lui sera *a priori* moins favorable que le tribunal de commerce, qui est composé de commerçants.

• *La preuve*

Lorsque la charge de la preuve repose sur le commerçant, celui-ci est alors soumis aux exigences du droit civil, posées par l'article 1341 du Code civil, et donc à la nécessité de fournir une preuve littérale (par écrit papier ou écrit électronique), du moins lorsque l'objet du contrat dépasse 1 500 euros. En revanche, le non-commerçant bénéficie du régime de la libre preuve, qui résulte de l'article L. 110-3 du Code de commerce : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens » : pour le commerçant en effet, l'acte est bien de nature commerciale : à son égard, le non-commerçant pourra donc utiliser tous les modes de preuve.

• *La solidarité*

Dans l'hypothèse où le créancier est un commerçant, et fait face à des débiteurs non-commerçants, ceux-ci, en application de l'article 1202 du Code civil (« *La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée* »), ne sont pas solidaires, sauf clause contraire