#### GE 28 : DROIT DES AFFAIRES

**CHAPITRE I – LES NOTIONS DE COMMERCANT ET D’ENTREPRISE INDIVIDUELLE**

**I - DEFINITION DU COMMERÇANT**

La définition du commerçant est donnée par l’article 1er du Code de commerce :

« *Est commerçant celui qui exerce professionnellement des actes de commerce par nature, en son nom et pour son compte et qui ne peut être considéré comme artisan .* »

Le Code de Commerce, rédigé au début du XIXème siècle, est quelque peu obsolète, dépassé, notamment dans cette distinction entre artisan et commerçant . A l’époque, ce qui caractérisait la profession commerciale, c’était l’idée de spéculation (compter sur les fluctuations du marché pour réaliser des bénéfices) . Parce que le commerçant était et est principalement un marchand (sa fonction est d’acheter pour revendre et d’en retirer un profit) . Cette opposition avec l’artisan a désormais perdu de son intérêt, l’artisan ayant, lui aussi, l’intention déclarée de se faire une marge par rapport au coût réel de son travail . Ce qui continue de différencier un commerçant d’un artisan, c’est que l’un se contente d’acheter pour revendre, l’autre transforme quelque chose .

2 éléments caractérisent donc le commerçant :

**Section I - La réalisation d’actes de commerce**

On distingue 2 catégories d’actes de commerce, selon une définition objective ou subjective :

1. Les actes de commerce objectifs (« par nature »)

Ceux-ci sont déclarés actes de commerce par la Loi, de façon objective, c’est-à-dire en se fondant sur une de leurs caractéristiques essentielles . Et ils comprennent, eux-mêmes, 3 types d’actes :

* 1. **Les actes de commerce isolés**

Ce sont ceux qui sont réputés (considérés) commerciaux, quel que soit le nombre de fois où ils sont réalisés (même une fois de temps en temps, sans aucune régularité ; d’où leur nom) .

Et là, 3 actes sont principalement concernés :

. les achats en vue de la revente (c’est la tâche d’un commerçant : acheter pour revendre), de meubles ou d’immeubles (produits alimentaires, biens de consommation, maisons, appartements, fonds de commerce …)

. les opérations de change et de banque

. les opérations de courtage (de représentation, d’intermédiaire)

A partir du moment où un tel acte est réalisé, même une fois dans l’année (*ex. : acheter une centaine d’éthylotest pour les revendre à la sortie d’un concert*), un acte de commerce est effectué .

Mais, cela ne veut pas dire pour autant que cela donne la qualité de commerçant  puisque l’article 1er du Code de commerce exige que ces actes soient exercés à titre professionnel .

* 1. **Les actes accomplis en entreprise**

Contrairement aux actes isolés, ceux-ci n’acquièrent la qualité d’actes de commerce que s’ils sont répétés et constituent l’activité régulière d’une entreprise ; ce sont les plus nombreux .

Ainsi, si l’acte de transport isolé (même contre paiement ; *ex. du co-voiturage où le conducteur demande une participation financière à ses passagers*) ne constitue pas, en soi, un acte de commerce ; en revanche, une entreprise de transport est nécessairement, selon la Loi, une entreprise commerciale .

* 1. **Les actes de commerce par la forme**

C’est à cause d’une caractéristique de forme (non plus d’une caractéristique de fond comme les 2 catégories précédentes) que ces actes sont objectivement présumés commerciaux . C’est le cas dans 2 situations :

**- dès utilisation d’une lettre de change**

Cela fonctionne comme un chèque ; c’est le chèque du commerçant .

Un tiré (ou débiteur) la rédige au profit d’un tireur (créancier), à qui de l’argent est dû .

Mais, l’intérêt supplémentaire de la lettre de change par rapport au chèque, c’est qu’y est précisée, en plus de la date de rédaction (qui figure aussi sur un chèque), une date d’encaissement, le plus souvent à 30, 60 ou 90 jours après la date de rédaction .

Cela accorde au débiteur une durée de crédit que ne peut pas permettre le chèque puisqu’à partir du moment où un chèque est remis entre les mains du tireur, il peut le déposer en banque et l’encaisser (même si le chèque mentionne une date ultérieure de rédaction) . Cette possibilité de crédit accordée en matière commerciale s’explique par les usages qui veulent que les fournisseurs accordent à leurs clients des délais de paiement, pour leur permettre d’encaisser un minimum de ventes et de se faire un minimum de trésorerie avant de devoir régler l’intégralité des marchandises achetées .

**- dès conclusion d’un crédit-bail**

C’est un contrat par lequel une société spécialisée (société de crédit-bail) achète des biens d’équipement, en général relativement onéreux (type photocopieur) et les met à disposition du client pour une période de location irrévocable (qui ne peut être interrompue), et qui va comporter, au terme de cette période de location irrévocable (en principe, 2 ou 3 ans), une option entre 3 possibilités :

- la fin pure et simple du contrat (le client disposant désormais des fonds nécessaires pour s’acheter un matériel)

- le renouvellement de la location sur le même matériel ou sur un matériel plus performant

- l’achat du bien (auquel cas nombre des mensualités versées pendant la durée du bail seront déduites du prix de vente final ; d’où l’appellation de crédit-bail) .

1. Les actes de commerce subjectifs ou théorie de l’accessoire

Il s’agit d’actes **accomplis par un commerçant, personne physique ou personne morale, pour les besoins de son commerce ;** ils tirent leur qualité de leur auteur, même si, par nature (en eux-mêmes), ils sont civils .

Ainsi, l’achat d’une voiture est a priori un acte civil, sauf si cette voiture est destinée à une utilisation commerciale : ces actes sont présumés (supposés) actes de commerce, de par la personne qui les réalise .

Petite nuance selon qu’ils sont accomplis par une personne physique ou par une personne morale :

- cette présomption de commercialité est simple pour les personnes physiques : elles peuvent toujours prouver le contraire, autrement dit que ces actes n’ont pas été exécutés pour les besoins de leur commerce, mais seulement pour des besoins personnels (*ex. de l’achat d’une camionnette par un épicier, qui n’a pas été fait dans le but de livrer ses marchandises, mais pour transporter sa planche à voile le w-e et qui restera donc un acte civil)*;

- elle est, en revanche, irréfragable (on ne peut pas la contredire) pour les personnes morales puisque, par définition, les personnes morales n’ont pas de besoins personnels et ne peuvent agir que dans la limite de leur objet social (= activité) . Ainsi, quand une Société achète une voiture, qu’elle soit destinée à ses dirigeants, ses cadres ou ses commerciaux, c’est nécessairement à des fins professionnelles : c’est un acte de commerce accessoire ou subjectif car lié à la qualité de l’acheteur .

1. Les actes mixtes

On les appelle ainsi car ils présentent un caractère commercial

pour l’une des parties et un caractère civil pour l’autre  *(ex. : la vente par un commerçant détaillant à un consommateur*; acte commercial pour le détaillant et acte civil pour le consommateur) *.*

Tous les actes peuvent être mixtes .

1. Les intérêts de la distinction
   1. **Quant aux actes civils**

* la compétence relève des tribunaux civils (T.I, T.G.I.)
* il y a application du droit civil, avec pour objectif la protection de la personne et de son patrimoine
* toute clause compromissoire (d’arbitrage) est nulle
* la preuve est régie par les articles 1341 et suivants du Code civil (pour tout acte d’une valeur supérieure à 1.500 €, la preuve doit se faire par écrit)
* la solidarité ne se présume pas, mais doit être expressément stipulée

**B) Quant aux actes de commerce**

* la compétence est attribuée aux tribunaux de commerce
* il y a application du droit commercial, avec pour objectif la rapidité et la sécurité des transactions
* la clause compromissoire (= arbitrage) est valable
* la preuve peut être donnée par tous moyens : elle est libre et peut s’appuyer sur des livres de commerce, des factures, des correspondances, des témoignages, des présomptions (= opinion fondée sur les apparences)
* la solidarité est toujours présumée

**C) Quant aux actes mixtes**

* le Tribunal compétent va différer selon que le défendeur est une personne civile  ou un commerçant : dans le 1er cas, ce sera le:tribunal civil et, dans le 2nd cas, ce sera ou le tribunal civil ou le tribunal de commerce selon ce qu’en aura décidé le demandeur civil (la Loi essaie d’avantager la partie faible au contrat : la personne civile face au commerçant) .
* la clause compromissoire est nulle
* la preuve doit être apportée selon les règles civiles contre celui qui a fait un acte civil (par le commerçant, selon les règles civiles : écrit obligatoire au-delà de 1.500 €) et selon les règles commerciales contre celui qui a fait un acte de commerce (par le consommateur, selon les règles commerciales : preuve libre)
* la solidarité est non présumée à l’égard des débiteurs civils et présumée à l’égard de ceux qui sont obligés commercialement

**Section II - L’exercice de ces actes à titre de profession habituelle, en son nom et pour son compte**

1) A titre de profession habituelle

Il est nécessaire de constater une répétition *habituelle* des actes de commerce, à titre :

* principal : quand c’est la profession unique ou essentielle du commerçant
* secondaire : l’intéressé peut avoir une autre profession, mais exercer certains actes de commerce à titre habituel (*ex. : un coiffeur qui vend de nombreux produits capillaires, barrettes, après-shampoing, …)*

A contrario, l’accomplissement occasionnel d’actes de commerce ne confère pas la qualité de commerçant .

2) En son nom et pour son compte

Le commerçant est indépendant et assume les *risques* de son activité (gains et pertes) ; ce qui le distingue :

- des salariés ou des fonctionnaires

- des représentants de commerce

- des gérants mandataires (pour le compte de) ou des succursalistes (commerçant qui dépend d’un autre)

qui sont tous subordonnés à leur employeur (ou à une autorité supérieure) .