

Bibliographie

- C. Brenner, « La prescription commerciale », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz 2007, p. 501.
- J. Calais-Auloy, « Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce », in *Études à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec 1968, p. 37.
- E. Dekeuwer-Défossez, « Tendances contemporaines du formalisme en droit commercial », *Mélanges C. Freyria*, Ester 1994, p. 53.
- B. Dondero, « Présomption de solidarité en matière commerciale : une rigueur à modérer », *D.* 2009, chron. p. 1097.
- T. Dubaie, « Acte de commerce », *Rép. com.* Dalloz 2000.
- A. Pirovano, « L'ambiguïté des actes de commerce par la forme », *D.* 1976, 249.
- J. Vallansan, « Actes de commerce », *J.-Cl. commercial*, Fasc. 40, 2000 ; « Compétence des tribunaux de commerce », *J.-Cl. commercial*, Fasc. 37, 2001.

Rappel de cours

Le Code de commerce ne donne pas de définition de l'acte de commerce. Il n'existe que des énumérations légales d'actes qui sont qualifiés d'actes commerciaux (art. L. 110-1 et L. 110-2). La liste fournie par le Code de commerce ne permet pas une identification aisée des actes de commerce : outre le caractère incomplet de la liste dont la rédaction est désuète, il n'existe aucune vision globale et synthétique de l'acte de commerce. Il est pourtant très important d'identifier les actes de commerce, car leur régime juridique est largement spécifique.

I. Présentation des divers actes de commerce

Une classification a été réalisée par la doctrine qui a classé les actes de commerce en trois catégories : doivent être distingués les actes de commerce par nature, les actes de commerce par la forme, et les actes de commerce par accessoire. A ces actes de commerce *stricto sensu* doit être ajoutée la catégorie des actes mixtes.

Les actes de commerce par nature sont les actes dont la commercialité est naturelle, le plus répandu étant l'achat pour revendre. Les actes de commerce par la forme sont ainsi qualifiés en raison de leur forme et quel qu'en soit l'auteur. Enfin, les actes de commerce par accessoire représentent des actes qui deviennent commerciaux en raison de la qualité commerçante de l'auteur de l'acte ou de l'objet purement commercial de l'acte.

Les actes de commerce par nature sont énumérés notamment par l'article L. 110-1 du Code de commerce, et cet article impose pour certains actes qu'ils soient réalisés en entreprise, les autres étant dépourvus de cette référence et apparaissant sous forme d'acte ou d'opération. Ainsi est-il possible d'opérer une distinction entre les actes de commerce par nature accomplis à titre isolé sans référence à l'entreprise et ceux qui doivent être réalisés en entreprise, le point commun restant la volonté spéculative de l'auteur de l'acte.

Sont par exemple des actes à titre isolé l'achat pour revendre de biens meubles ou de biens immobiliers. L'acte de commerce suppose tout d'abord un achat préalable du bien, et cette exigence permet d'exclure de la commercialité des activités qui n'impliquent pas un achat préalable à la vente telle l'activité agricole. L'acte de commerce suppose ensuite la revente du bien avec ou sans transformation de la part du commerçant, ou du moins l'intention de revendre avec une intention spéculative. Constituent également des actes de commerce par nature à titre isolé les opérations de banque, les assurances et la bourse, ou encore le courtage.

Sont par ailleurs des actes réalisés en entreprise les actes nécessitant une organisation professionnelle, telle l'entreprise de manufacture, de transport par terre ou par eau.

Les actes de commerce par la forme concernent les actes de commerce entre toutes personnes, comme les lettres de change. La seule forme de l'acte guide sa qualification et tout autre critère est indifférent. La lettre de change et les sociétés commerciales sont donc des actes de commerce par la détermination de la loi (sur les instruments de paiement et de crédit, voir *infra* Thème 9). S'agissant de la lettre de change, cette commercialité systématique, quelle que soit la nature civile ou commerciale de la créance, serait justifiée par la pratique historique de la lettre de change qui fut le fait des commerçants. Une autre justification résiderait dans la volonté d'unifier le régime juridique des divers signataires de la lettre de change. Selon l'alinéa 2 de l'article L. 210-1 du Code de commerce, « *sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions* ». Ces sociétés sont toujours commerciales y compris en cas d'activité civile.

Par ailleurs, les actes de commerce peuvent l'être par application de la théorie de l'accessoire. Parce l'accessoire suit le principal, un acte civil peut devenir commercial en raison de son objectif purement commercial. Sont visées trois hypothèses au titre de l'accessoire objectif : la cession du fonds de commerce, la cession de blocs de contrôle, et le cautionnement. Alors que ces actes peuvent revêtir une nature civile, la jurisprudence considère que le rattachement de l'opération à un acte purement commercial influe sur la qualification de l'acte. Par ailleurs, la théorie de l'accessoire peut être appliquée de manière subjective, en raison de la qualité de l'auteur de l'acte. Le commerçant peut accomplir des actes civils pour son exploitation : la théorie de l'accessoire subjectif permet alors de qualifier les actes de commerciaux et ainsi de soumettre toutes les opérations réalisées par le commerçant à un régime uniforme.

Enfin, l'acte mixte est celui qui a une nature civile pour une partie et une nature commerciale pour l'autre. Cette nature duale engendre un régime spécifique.

II. Le régime des actes de commerce et des actes mixtes

La qualification d'acte de commerce emporte un régime particulier et disparate visant à faciliter les opérations commerciales et à sécuriser les transactions commerciales.

La conclusion d'actes de commerce suppose la capacité juridique : les mineurs ne peuvent accomplir des actes de commerce sauf à titre isolé, et la situation des majeurs incapables pose également des difficultés qui sont envisagées par le Code civil selon le type d'incapacité.

En vertu de l'article L. 110-3 du Code de commerce, les actes de commerce se prouvent par tous moyens à moins qu'il n'en soit disposé autrement par la loi. La preuve rapportée loyalement peut être opposée à un commerçant quelle qu'elle soit et quel que soit le montant de l'acte.

Le régime de responsabilité des commerçants est en revanche sévère. En effet, l'exécution des actes de commerce est soumise au principe de solidarité. Cette solidarité est présumée entre commerçants en tant qu'usage de droit, et elle s'impose aux commerçants en l'absence de stipulation contraire. Contrairement au droit civil (art. 1202 C. civ.), la solidarité passive est présumée dans les contrats dans lesquels il existe plusieurs débiteurs commerçants de la dette, et le créancier peut s'adresser à l'un des codébiteurs afin de lui réclamer l'intégralité de la dette : l'insolvabilité éventuelle de l'un d'entre eux est alors garantie par les autres codébiteurs.

L'anatocisme est possible dans des conditions beaucoup plus souples qu'en droit civil (art. 1154 C. civ.) : la capitalisation des intérêts qui consiste à faire produire des intérêts aux intérêts peut notamment intervenir lorsque les intérêts sont dus pour moins d'une année.

La prescription extinctive des actes de commerce est désormais de cinq ans (art. L. 110-4 C. co.), comme en droit civil. La prescription plus courte est maintenue et élargie puisque désormais l'action des professionnels, pour les biens ou services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans (art. L.137-2 C. conso).

L'inexécution du contrat peut conduire à des mesures originales en droit commercial : la résolution judiciaire peut parfois laisser place à d'autres mesures comme la réfaction du contrat par le juge. Par cette réfaction, il s'agit de maintenir le contrat en cas d'inexécution partielle du contrat moyennant la réduction du prix prévue par les parties. Par ailleurs, l'acheteur dispose de la faculté de remplacement lorsqu'il n'a pas été livré des choses de genre par son fournisseur. Il peut alors se fournir auprès d'un autre fournisseur aux frais du fournisseur défaillant dans les conditions du contrat.

Les litiges relatifs aux actes de commerce relèvent en principe de la juridiction commerciale.

L'acte mixte est soumis à un régime distributif des règles civiles et commerciales : le droit commercial est appliqué à l'égard de la partie pour laquelle l'acte a un caractère commercial, et les règles civiles à la partie pour laquelle l'acte a un caractère civil. Par exception, le contrat se verra appliquer exclusivement une catégorie de règle civile ou commerciale. C'est par exemple le cas du droit de la consommation qui régit l'acte mixte et s'impose aux parties.

La qualification des actes de commerce est donc importante d'autant plus que de l'accomplissement d'actes de commerce à titre de profession habituelle confère la qualité de commerçant.

■ _____ **Exercice 1. Commentaire d'arrêt**

Sujet

Cour de cassation
Chambre commerciale
Audience publique du mercredi 7 avril 2004
N° de pourvoi : 02-12954
Non publié au Bulletin
Rejet

Président : M. TRICOT

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif déferé, rendu sur contredit (Nîmes, 10 janvier 2002), que la Caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Vaucluse, Bouches-du-Rhône et Hautes Alpes (la Caisse), aux droits de laquelle est venue la Caisse Alpes Provence, a consenti plusieurs crédits à la société Serrurier marnais (la société), garantis par le cautionnement de M.M. Jean-Paul et Michel X... ; que la société ayant été mise en redressement puis liquidation judiciaire, la Caisse a assigné les cautions en exécution de leurs engagements ;

Attendu que M.M. Jean-Paul et Michel X... reprochent à l'arrêt de les avoir déboutés de leur contredit et d'avoir retenu la compétence du tribunal d'instance d'Avignon pour connaître des demandes formées par la Caisse, alors, selon le moyen :

1° que le cautionnement, qui est par nature un acte civil, ne devient commercial que s'il est consenti par un commerçant pour les besoins de son commerce ; que si l'on peut admettre que le cautionnement consenti par le dirigeant d'une société commerciale est de nature commerciale, celui donné par un associé ne gérant pas la société demeure civil, sauf pour le créancier à rapporter la preuve de l'intérêt personnel, patrimonial et déterminant qu'avait cet associé à se porter caution de la personne morale ; qu'en retenant la compétence du tribunal de commerce pour le cautionnement donné par M. Jean-Paul X...,

associé ne gérant pas la société cautionnée, au motif que la compétence des juridictions commerciales régie par l'article 631 du Code de commerce s'étend à la caution qui, n'ayant pas la qualité de commerçant, a néanmoins un intérêt patrimonial personnel à la dette contractée par le débiteur commerçant et par elle cautionné, sans constater que la Caisse rapportait la preuve, lui incombant, de l'intérêt patrimonial personnel et déterminant de M. Jean-Paul X... à se porter caution de la société, la cour d'appel a violé les articles 1315 du Code civil et 631 du Code de commerce ;

2° que le jugement doit être motivé et que de simples affirmations ne peuvent satisfaire aux prescriptions de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ; qu'en énonçant pour retenir l'intérêt patrimonial personnel de M. Jean-Paul X... à la dette contractée par la société que celui-ci tirait ses revenus de l'activité de cette société sans même préciser quels étaient les éléments de preuve fournis par le créancier qui avaient fondé sa conviction sur ce point, la cour d'appel a violé les articles 455 et 458 du nouveau Code de procédure civile ;

3° que M.M. Jean-Paul et Michel X... se prévalaient dans leur contredit du 21 septembre 2000 de la jurisprudence selon laquelle un associé égalitaire ne participant pas à la gestion de la société n'a pas, de facto, un intérêt personnel au paiement de la dette de la société pour en tirer la conclusion que, dès lors que M. Jean-Paul X... n'avait jamais participé à la gestion de la société cautionnée, dont il n'était que porteur de parts, il était bien fondé à décliner la compétence de la juridiction commerciale au profit de la juridiction civile ; qu'en retenant l'intérêt patrimonial personnel de M. Jean-Paul X... à la dette contractée par la société cautionnée aux motifs qu'il possédait avec son épouse la moitié du capital social et qu'il tirait ses revenus de l'activité de la société, sans s'expliquer sur le moyen pris de sa non-implication dans la gestion de ladite société, la cour d'appel a violé les articles 455 et 458 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir relevé, par des motifs propres et adoptés non critiqués, que M. Michel X... détenait avec son épouse 50 % des parts sociales de la société et qu'il exerçait la responsabilité de gérant lors de la souscription de l'acte d'engagement, l'arrêt retient qu'il ressort des statuts de la société que M. Jean-Paul X... était associé de la société à concurrence de 70 parts sur 300 composant le capital social et que son épouse possédait de son côté 80 parts, que la société était une société familiale dont la totalité des parts était détenue par les deux frères X... et leurs épouses, et que M. Jean-Paul X... tirait ses revenus de l'activité de la société ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a déduit de la qualité d'associé, en l'absence de toute indication de la part de M. Jean-Paul X... dans le contredit sur l'origine de ses revenus, que ceux-ci provenaient de la société, et qui a, sans inverser la charge de la preuve, apprécié souverainement l'intérêt patrimonial personnel de M.M. Jean-Paul et Michel X... à se porter cautions des dettes de la société, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Conseils pour aborder le sujet

L'arrêt porte sur une question classique que le candidat doit maîtriser. La difficulté réside dans le traitement de ce cautionnement passé par un dirigeant : l'analyse devra être la plus claire possible, et la technicité du sujet impose des développements fluides.

Suggestion de correction**Introduction**

Longtemps resté un service personnel et gratuit rendu par la caution à un proche, le cautionnement est aujourd'hui devenu un instrument essentiel de la vie des affaires. Les banques exigent fréquemment un cautionnement afin de garantir le crédit qu'elles proposent à un commerçant ou une société, comme ce fut le cas de la Caisse qui a consenti plusieurs crédits à la Société garantis par le cautionnement de deux cautions. Ce sont deux frères associés de la Société qui se sont portés cautions des engagements bancaires pris par la société alors que l'un d'eux était gérant. La société a été ensuite mise en liquidation judiciaire et la Caisse a assigné les cautions en exécution de leurs engagements. Les cautions reprochent à l'arrêt de les avoir débouté de leur contredit en retenant la compétence du tribunal d'instance d'Avignon : elles ont formé un pourvoi et contestent la compétence retenue par les juges du fond.

Selon le pourvoi, le cautionnement est un acte par nature civil et le cautionnement consenti par un associé ne gérant pas la société demeure civil. C'est ainsi au créancier de prouver l'intérêt personnel patrimonial et déterminant qu'avait cet associé à se porter caution de la personne morale. Le pourvoi considère que la cour d'appel a violé les articles 1315 du Code civil et 631 du Code de commerce en retenant la compétence du tribunal de commerce pour le cautionnement donné par l'associé ne gérant pas la société cautionnée. En effet, la cour d'appel a retenu que la compétence des juridictions commerciales s'étend à la caution qui n'ayant pas la qualité de commerçant a néanmoins un intérêt patrimonial personnel à la dette contractée par le débiteur commerçant et par elle cautionnée. Mais pour cela, le pourvoi constate que la cour d'appel n'a fait que constater sans rapporter la preuve de l'intérêt patrimonial personnel et déterminant de l'associé non gérant à se porter caution de la société.

Par ailleurs, la cour d'appel a simplement énoncé que cet associé non-gérant tirait ses revenus de l'activité de cette société sans préciser les éléments de preuve fournis par le créancier. Elle a déduit de cette énonciation l'intérêt personnel patrimonial de l'associé à la dette contractée par la société et aurait ainsi violé les articles 455 et 458 du nouveau Code de procédure civile.

Enfin, les cautions se prévalaient dans leur contredit de la jurisprudence selon laquelle un associé égalitaire ne participant pas à la gestion de la société n'a pas, *de facto*, un intérêt personnel au paiement de la dette de la société. Par conséquent,

l'associé non-gérant qui n'avait jamais participé à la gestion de la société cautionnée pouvait revendiquer la compétence de la juridiction civile.

Ainsi, la cour d'appel aurait violé les articles 455 et 458 du nouveau Code de procédure civile en retenant l'intérêt personnel patrimonial de cet associé aux motifs qu'il possédait avec son épouse la moitié du capital social et qu'il tirait ses revenus de l'activité de la société, sans s'expliquer sur le moyen pris de sa non-implication dans la gestion de la société.

Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation qui devait déterminer la nature juridique du cautionnement donné par un associé non dirigeant ni majoritaire. Or, cette nature juridique dépend de l'appréciation de l'intérêt personnel patrimonial de la caution non-commerçante à l'opération cautionnée. La solution de l'arrêt est intéressante au regard de l'appréciation faite de la notion d'intérêt patrimonial personnel : l'appréciation repose sur une détermination simplifiée de cet intérêt qui n'est pas véritablement démontré.

La cour d'appel a retenu que la société était une société familiale dont la totalité des parts était détenue par les deux frères et leurs épouses, et qu'en outre, l'associé non-gérant tirait ses revenus de l'activité de la société. La Cour de cassation considère que la cour d'appel a légalement justifié sa décision car elle a déduit de la qualité d'associé que les revenus de l'associé non-gérant provenaient de la société, en l'absence de toute indication de la part de cet associé sur l'origine de ses revenus. La Cour de cassation retient que la cour d'appel a apprécié souverainement l'intérêt personnel patrimonial des deux frères à se porter cautions des dettes de la société, sans inverser la charge de la preuve.

Cette décision apporte des précisions sur les modalités de détermination de la nature juridique du cautionnement donné par un associé (I), ce qui permet d'en déduire le régime juridique de cet acte (II).

I. La détermination délicate de la nature juridique du cautionnement

Le cautionnement peut devenir commercial dans certains cas (A-), ce qui suppose en l'espèce de caractériser l'intérêt patrimonial personnel de la caution (B-).

A. Un cautionnement commercial par exception

1. La qualification du cautionnement consenti par une personne civile : entre principe et exceptions

Selon l'article 2288 du Code civil, « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». Le cautionnement est une sûreté consentie en l'espèce en garantie de dettes commerciales d'une société par une personne qui y a un intérêt. Par principe, le cautionnement reçoit une qualification civile. En effet, le cautionnement est par nature un acte civil, car il est conçu comme un acte donné à titre gratuit, comme un service rendu entre amis. Mais ce caractère civil est fréquemment exclu en pratique.

Une qualification commerciale s'impose dans des cas particuliers : en vertu des critères classiques de la commercialité, le cautionnement devient commercial

lorsqu'il est consenti par un commerçant pour les besoins de son commerce (acte de commerce par accessoire), par une banque dans le cadre de son activité de crédit (acte de commerce par nature), ou encore sous forme d'aval d'une lettre de change, ce qui constitue une forme cambiaire du cautionnement (acte de commerce par la forme).

Lorsque le cautionnement est donné par une personne qui a un intérêt patrimonial personnel dans l'opération cautionnée, la jurisprudence qualifie ce cautionnement de commercial.

2. La notion jurisprudentielle d'intérêt patrimonial personnel

La jurisprudence qualifie d'intéressé le cautionnement dès que la caution a un intérêt personnel direct et déterminant de nature patrimoniale dans l'affaire à l'occasion de laquelle elle est intervenue.

L'intérêt patrimonial personnel réside dans un avantage matériel retiré de l'opération, soit par un enrichissement lié à l'activité sociale, soit par une diminution de pertes. La société ayant été mise en liquidation judiciaire, l'intérêt patrimonial personnel pourrait consister dans le fait d'éviter une perte résultant de la procédure collective.

Le pourvoi mettait en avant le fait que la caution n'avait jamais participé à la gestion de la société. Cet argument n'emporte pas la conviction, car la qualité de simple associé non-dirigeant n'exclut pas l'existence d'un lien patrimonial de la caution à l'opération cautionnée. Toutefois, cette simple qualité d'associé ne rend pas automatiquement le cautionnement de nature commerciale. Cette qualité doit en principe être confortée par d'autres éléments. Ainsi, si cet intérêt est largement présumé lorsque la caution est un dirigeant de la société cautionnée ou un associé majoritaire, cet intérêt doit être démontré à l'égard des autres cautions non dirigeantes de la société et notamment en présence de simples associés ou actionnaires.

Ainsi, les juges du fond devaient caractériser l'intérêt patrimonial personnel de caution.

B. L'appréciation simplifiée de l'intérêt patrimonial personnel comme critère du cautionnement commercial

1. L'appréciation globale de la détention des parts dans une société familiale

La qualité d'associé de la caution est appréciée au regard de l'importance des parts sociales détenues. Traditionnellement, les parts détenues par des associés ayant des liens familiaux ne sont pas additionnées entre elles, les personnes ayant des intérêts distincts : c'est l'intérêt personnel patrimonial de la caution dans l'entreprise financée qui doit être déterminé. Ainsi, le cautionnement litigieux a été consenti par un associé qui détenait à titre personnel 70 parts sociales sur 300 que compte le capital social de la société. Par conséquent, une appréciation strictement personnelle conduit à la qualification d'associé minoritaire pour cette personne. Une analyse classique des juges du fond consiste néanmoins à prendre en considération les titres détenus par l'épouse de la caution. En retenant une telle analyse, la caution devient associé égalitaire. Cependant, la détention à égalité de parts sociales avec un frère ne suffit pas nécessairement à caractériser un tel intérêt