

Droit commercial général

Leçon 3 : Activité commerciale et commerçants

, Edith BLARY-CLEMENT

, Gonzague GRAVE

Table des matières

Section 1. L'exercice d'actes de commerce, critère de commercialité.....	p. 2
§1. La définition du commerçant.....	p. 2
A - L'habitude dans l'exercice d'actes de commerce.....	p. 2
B - Le caractère professionnel de l'activité commerciale.....	p. 2
§2. La commercialité de fait.....	p. 3
§3. Les activités artisanales et agricoles.....	p. 5
A - Les activités artisanales.....	p. 5
B - Les activités agricoles.....	p. 7
Section 2. Les critères doctrinaux de commercialité.....	p. 9
§1. La spéculation : critère de commercialité.....	p. 9
§2. La circulation des richesses.....	p. 9
§3. L'entreprise critère de commercialité.....	p. 10
Section 3. Les auxiliaires du commerçant.....	p. 11
§1. Les auxiliaires n'ayant pas la qualité de commerçant.....	p. 11
§2. Les auxiliaires au statut hybride ou incertain.....	p. 12
§3. Les auxiliaires ayant la qualité de commerçant.....	p. 15

La théorie des actes de commerce permet de cerner les actes spécifiques accomplis par les commerçants mais l'accomplissement de tels actes est parfois insuffisant à conférer la commercialité à leur auteur. Le commerçant, aux termes de l'article [L. 121-1](#) du Code de commerce, est celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. C'est donc l'exercice d'actes de commerce à titre professionnel qui emporte la qualité de commerçant. En effet, un simple particulier peut accomplir des actes de commerce à titre isolé sans devenir pour autant commerçant. Seuls l'habitude et le caractère professionnel de l'activité justifient l'application du statut de commerçant (Section 1).

La doctrine a dégagé des critères généraux de commercialité (Section 2), utiles pour déterminer le statut des auxiliaires du commerçant (Section 3).

Section 1. L'exercice d'actes de commerce, critère de commercialité

§1. La définition du commerçant

L'exercice répété d'actes de commerce est un critère essentiel de qualification.

A - L'habitude dans l'exercice d'actes de commerce

L'habitude se caractérise par des éléments matériels tout d'abord. Elle suppose une répétition en l'occurrence d'actes de commerce. L'habitude suggère aussi la durée ; l'activité commerciale pour être qualifiée d'habituelle doit s'inscrire dans la durée. Toutefois, l'importance et la cadence de ces actes est une question de fait qui, comme telle, relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Dans cette appréciation est pris en compte un second élément, un élément intentionnel qui s'apparente à l'intention spéculative. Il se manifeste aussi dans le caractère professionnel de l'activité commerciale ; l'habitude et le caractère professionnel se combinant dans l'expression « profession habituelle ».

Ainsi, dans une réponse ministérielle, il a été rappelé qu'« *Il n'est pas interdit aux particuliers de vendre des produits, notamment sur internet. Toutefois, l'article L. 121-1 du Code de commerce dispose que sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. Le juge peut donc requalifier en activité commerciale les actes de vente de particuliers lorsque la régularité et l'importance de ces actes montrent qu'ils correspondent en réalité à l'exercice d'une activité professionnelle* » (Réponse ministérielle, 13^{ème} législature, QE n° [21726](#), JO du 1^{er} juillet 2008, p. 5658).

B - Le caractère professionnel de l'activité commerciale

La notion de profession suggère l'idée que celui qui accomplit les actes de commerce en tire ses moyens de subsistance. Il tire de son activité un bénéfice, des ressources suffisantes. Et là encore l'intention spéculative permet de caractériser l'activité commerciale.

Sans être obligatoirement exclusive, la profession commerciale doit être la profession principale du commerçant. En cas de doute, certains indices peuvent venir confirmer ou infirmer le caractère professionnel de l'activité.

Il en est ainsi de l'inscription au [registre du commerce et des sociétés](#) qui crée une présomption de commercialité, Le régime d'imposition et plus spécialement la soumission au régime des BIC est également un indice.

Remarque

Notons cependant qu'il s'agit dans tous les cas d'indices qui n'ont, à eux seuls, rien de décisifs. Ils permettent simplement de confirmer ou d'infirmer la présomption de commercialité qui découle de l'accomplissement d'actes de commerce.

En savoir plus : Registre national des entreprises (RNE)

Le registre national des entreprises a été instauré par l'ordonnance n° 2021-1189 du 15 septembre 2021 et régi par les articles L. 123-36 à L. 123-57 du Code de commerce regroupés dans une nouvelle section intitulée « Du registre national des entreprises ».

À compter du 1^{er} janvier 2023, devront s'immatriculer auprès du RNE, toutes les entreprises exerçant sur le territoire français une activité de nature commerciale, artisanale, agricole ou libérale (art. [L. 123-36](#) du C. com.), à savoir notamment les commerçants, les sociétés et GIE jouissant de la personnalité morale, les artisans, les agents commerciaux, les personnes exerçant une activité agricole.

Ce registre national, tenu par l'Institut de la propriété industrielle, se substituera notamment au répertoire des métiers, au registre de l'agriculture, au registre national du commerce et des sociétés. Notons que les registres tenus par les greffiers des tribunaux de commerce demeureront.

L'exercice de la profession doit s'effectuer de manière personnelle et indépendante.

Celui qui accomplit des actes de commerce pour le compte d'autrui n'est pas commerçant. Seul l'est celui qui exerce de tels actes en son nom et pour son propre compte.

Exemple

Ainsi les salariés qui achètent et revendent des biens pour le compte de leurs employeurs ne sont pas commerçants en raison du lien de subordination qui les unit à leurs employeurs. Le VRP ou l'agent commercial ne le sont pas davantage. Il en va de même de la plupart des mandataires sociaux qui, bien qu'ils soient indépendants, ne sont pas commerçants car ils n'exercent pas le commerce à titre personnel : ils agissent pour le compte de la société qu'ils représentent.

Le commerçant est celui qui agit à ses risques et périls. L'indépendance dans l'exercice de l'activité est un critère important et le juge peut relever la dépendance ou l'existence d'une subordination pour requalifier une situation.

Exemple

Ainsi si le franchisé est en principe un commerçant indépendant, il arrive que la jurisprudence le considère comme un salarié du franchiseur lorsqu'il n'a aucune autonomie dans l'organisation de son activité.

Dans le même esprit, l'application du statut des baux commerciaux pourra être refusée lorsque le locataire n'est pas un commerçant indépendant bénéficiant d'une entière autonomie dans l'organisation de son activité.

L'indépendance dans l'exercice d'actes de commerce est un critère non négligeable lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est commerçante. Cela étant, il existe bien d'autres professionnels qui exercent leur activité en toute indépendance sans être, pour autant, commerçants.

§2. La commercialité de fait

Est commerçant celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. C'est donc l'exercice d'actes de commerce à titre professionnel qui emporte la qualité de commerçant

- Ce principe s'applique aux personnes physiques comme aux personnes morales.

Exemple

Un GIE ayant pour activité la revente de fruits et légumes produits par ses membres est commercial, quand bien même ses membres exercent une activité civile. La nature du groupement s'apprécie en fonction de son activité. En l'espèce, les statuts indiquaient que l'activité consistait en l'achat et la revente de fruits et légumes et toute autre activité s'y rattachant directement ou indirectement. L'objet du GIE entre dans la catégorie des actes de commerce au sens de l'article [L. 110-1](#) du Code de commerce (Paris, 29 nov. 2016, RG n° 16/04247). La Cour de cassation affirme aujourd'hui qu'une personne morale, même de statut civil, peut être tenue pour commerçante dans l'exercice d'une activité habituelle consistant en la pratique répétée d'actes de commerce ; tel est le cas pour les Caisses de crédit agricole, dans leur pratique des opérations de banque, même si elles sont autorisées légalement à accomplir par ailleurs des actes relevant du droit civil (Cass. com., 17 juillet 2001, *Bull. civ. IV*, n° 142). La Cour de cassation applique dorénavant la même solution aux personnes publiques exerçant des opérations de banque (Cass. com., 22 janvier 2013, n° [11-27396](#)).

- Ce principe s'applique aux personnes immatriculées au RCS, comme à celles qui ne le sont pas. Une personne peut être reconnue comme commerçante alors même qu'elle n'est pas immatriculée au RCS. Ainsi une association peut être déclarée commerçante par les juges au motif qu'elle exerce de façon habituelle des actes de commerce. Dans cet esprit, une association de consommateurs mettant à disposition un site internet exerce une activité permanente, habituelle et lucrative et relève des tribunaux de commerce en ce qu'elle vend des espaces publicitaires (TI Paris, 14 sept. 2016, Legalis actu 4/10/2016).
- Si la commercialité est évidente pour les sociétés commerciales par la forme et les personnes physiques qui respectent les obligations attachées au statut comme l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, il est des cas plus difficiles qui amèneront les juges ou l'Administration à rechercher si telle ou telle personne exerce des actes de commerce de manière suffisante pour se voir reconnaître la qualité de commerçant.

On parle ici de commercialité de fait. Cette qualification entraîne d'importantes conséquences : le commerçant de fait est commerçant au regard des obligations mais il ne bénéficie pas des droits inhérents à la qualité de commerçant.

Exemple

Par exemple,

- Il ne bénéficie pas du statut protecteur des baux commerciaux.
- La preuve sera libre contre lui. Ainsi, le commerçant de fait n'est pas fondé à invoquer les exigences de la preuve par écrit quand bien même l'acte juridique porterait sur une somme excédant 1 500 euros (Cass. com., 13 novembre 2002, n° [98-17.094](#)). De même, l'on pourra utiliser sa comptabilité pour faire preuve contre lui (Cass. com., 17 mars 1981, n° [79-14117](#)).
- Il est soumis à la prescription commerciale. Ainsi il a pu être jugé qu'ayant constaté que dans l'exercice habituel de ces opérations de banque, la Caisse des Dépôts et Consignation accomplissait, nonobstant son statut particulier, des actes de commerce, la cour d'appel a donc pu considérer que la Caisse de Dépôts et consignations était commerçante et lui appliquer la prescription commerciale (Cass. com., 22 janvier 2013, n° [11-27396](#)).
- Il est soumis à la fiscalité commerciale. Régulièrement, l'Administration fiscale relève l'exercice régulier d'actes de commerce pour opérer un redressement fiscal.

La preuve de la commercialité sera parfois difficile à établir dans ce type d'hypothèses. L'établissement de la qualité de commerçant des parties sera un préalable au règlement du litige. Elle permet de déterminer la compétence du tribunal. Si la commercialité est évidente pour les sociétés commerciales par la forme et les personnes physiques qui respectent les obligations attachées au statut comme l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, il est des cas plus difficiles qui amèneront les juges ou l'Administration à rechercher si telle ou telle personne exerce des actes de commerce de manière suffisante pour se voir reconnaître la qualité de commerçant. Ils seront guidés par les critères dégagés par la doctrine.

En savoir plus : Pour une présentation du contentieux fiscal

Voir le cours UNJF de [contentieux fiscal](#) de M-C. Steckel.

§3. Les activités artisanales et agricoles

Ne sont pas commerçants ceux qui exercent des activités civiles telles les activités artisanales et les activités agricoles.

A - Les activités artisanales

Il est parfois difficile de distinguer l'artisan du commerçant, difficulté d'autant plus grande que l'ancien article 16 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 abrogé par l'ordonnance n° [2023-208](#) du 28 mars 2023 imposait les mêmes conditions de qualification pour exercer toute une série d'activités qu'elles le soient sous forme artisanale ou commerciale. Il s'agit d'activités qui peuvent présenter un risque pour la sécurité ou la santé des personnes (Sur la conformité à la constitution : v. Cons. const., 24 juin 2011, n° [2011-139](#) QPC, D. 2001 AJ 1753).

Depuis la refonte du Code de l'artisanat, cette disposition a été codifiée, désormais depuis le 1^{er} juillet 2023 à l'article L. 121-1 du Code de l'artisanat disposant que :

« Quels que soient le statut juridique et les caractéristiques de l'entreprise, ne peuvent être exercées que par une personne qualifiée professionnellement ou sous le contrôle effectif et permanent de celle-ci les activités suivantes :

1° L'entretien et la réparation des véhicules terrestres à moteur et des machines agricoles, forestières et de travaux publics ;

2° La construction, l'entretien et la réparation des bâtiments ;

3° La mise en place, l'entretien et la réparation des réseaux et des équipements utilisant les fluides, ainsi que des matériels et équipements destinés à l'alimentation en gaz, au chauffage des immeubles et aux installations électriques ;

4° Le ramonage ;

5° Les soins esthétiques à la personne autres que médicaux et paramédicaux et les modelages esthétiques de confort sans finalité médicale. On entend par modelage toute manœuvre superficielle externe réalisée sur la peau du visage et du corps humain dans un but exclusivement esthétique et de confort, à l'exclusion de toute finalité médicale et thérapeutique. Cette manœuvre peut être soit manuelle, éventuellement pour assurer la pénétration d'un produit cosmétique, soit facilitée par un appareil à visée esthétique ;

6° La réalisation de prothèses dentaires ;

7° 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 ;

8° L'activité de maréchal-ferrant ;

9° La coiffure. »

Remarque

L'article 8 de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante habilitait le Gouvernement à modifier par voie d'ordonnance les dispositions législatives du Code de l'artisanat et cela, afin d'en clarifier la rédaction et le plan. En effet, de nombreux textes législatifs et réglementaires concernant l'artisanat n'étaient pas intégrés dans le Code de l'artisanat dont la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996. Une telle situation entraînait des difficultés quant à l'accessibilité et l'intelligibilité. Le Conseil d'État avait ainsi à plusieurs reprises appelé de ses vœux une refonte complète du Code de l'artisanat (Conseil d'État, Avis sur un projet sur un projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante, n° 403701). L'ordonnance n° 2023-208 du 28 mars 2023, prise sur le fondement de l'article 8 de la loi précitée du 14 février 2022, opère une telle refonte à droit constant.

Le nouveau Code de l'artisanat est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2023 (art. 6 de l'ordonnance n° 2023-208 du 28 mars 2023 portant partie législative du Code de l'artisanat).

C'est la nature de l'activité qui détermine l'exigence de qualification : pour le même métier, les mêmes conditions doivent être remplies aussi bien par les personnes immatriculées au répertoire des métiers que les personnes inscrites au RCS (Réponse ministérielle du 5 décembre 1996).

Cela engendre de nombreux points d'achoppement entre les activités artisanales et commerciales notamment dans le domaine de l'alimentation, du bâtiment, des services à la personne. Et il n'est pas toujours évident pour le consommateur de distinguer l'artisan du commerçant. Par exemple, de départir le boulanger qui est artisan du marchand de pain qui est commerçant.

Les textes réglementent les professions artisanales et posent des exigences sévères en matière de qualification professionnelle.

Sont artisans les personnes qui emploient moins de onze salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services relevant de l'artisanat (V. [article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996](#) modifié par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises – article L. 111-1 du Code de code de l'artisanat depuis le 1^{er} juillet 2023).

L'artisan exerce son activité de façon indépendante sans lien de subordination mais dans des limites quantitativement réduites. Le seuil est de 11 salariés. Au-delà l'activité est commerciale. Le seuil peut toutefois sous certaines conditions être dépassé. Le statut d'artisan n'est pas forcément exclusif de celui de commerçant et une double immatriculation au répertoire des métiers et au registre du commerce et des sociétés est possible. D'autant que la jurisprudence commerciale n'hésite pas à requalifier l'activité en la considérant comme commerciale en présence de salariés lorsqu'il apparaît que l'artisan spéculer sur la main d'œuvre ou sur les marchandises (salariés, achats pour revendre etc. : V. par ex. Cass. com., 2 mai 1972, n° 71-11.216 ; Cass. com., 11 juillet 1984, n° 83-10.274). Le bénéfice de l'artisan doit provenir principalement de son activité manuelle. Les critères de la jurisprudence, à cet égard, sont inchangés depuis plus d'un siècle.

L'artisan peut faire des achats pour revendre dès lors qu'ils restent accessoires à son activité civile.

Exemple

Dans cet esprit, dans un arrêt du 11 mars 2008, les magistrats relèvent pour confirmer le caractère artisanal de l'activité que, outre le fait que M. B. travaillait seul, sans l'apport d'une main-d'œuvre interne ou externe et exerçait de manière prépondérante une activité de production, transformation et prestation de services dont il tire l'essentiel de sa rémunération, l'achat pour revendre de marchandises représentait pour lui seulement l'équivalent d'environ 5 % de son résultat d'exploitation, c'est-à-dire qu'il était accessoire et marginal. Cet argument permet de retenir sa qualité d'artisan et la compétence du TGI dans le litige en concurrence déloyale qui l'opposait à son ex-employeur (Cass. com., 11 mars 2008, RJDA 6/08, n° 743).

Les activités artisanales sont de nature civile et régies par le droit civil, s'agissant par exemple des règles de capacité, de preuve, de compétence juridictionnelle. Cependant, l'artisan bénéficie d'avantages qui étaient au départ propres au commerçant et qui ont été peu à peu étendus à l'artisan voire aujourd'hui à tous les professionnels. Ainsi comme le commerçant, l'artisan possède un fonds artisanal qu'il peut donner en location gérance ou nantir selon des modalités identiques à celles définies pour le fonds de commerce. Il bénéficie de la propriété commerciale. Le conjoint de l'artisan travaillant dans l'entreprise est soumis au même régime que le conjoint du commerçant. L'artisan est encore soumis, en cas de difficultés, à la loi de sauvegarde des

entreprises et aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Le rapprochement des statuts est certain. Et la notion d'entreprise fait parfois disparaître la distinction. Ainsi lorsqu'on lit l'article 23 de la loi du 2 août 2005, cette distinction n'apparaît pas. Notons également que depuis le 1er janvier 2022, les activités artisanales relèveront de la compétence de tribunaux de commerce comme les activités commerciales.

Bibliographie : J.-L. Puygauthier, « Le statut de l'artisan », *JCP(N)* 1997, doct. 1213 ; T.-H. Revet, « Les qualifications artisanales au regard de la liberté du commerce et de l'industrie », *D. Aff.* 1998, 51).

B - Les activités agricoles

Le caractère civil des activités agricoles s'explique par des considérations historiques et par le fait que les produits de l'agriculture sont des produits du sol et non des produits de l'industrie. Le caractère civil des activités agricoles a été réaffirmé en 1988 malgré l'évolution des méthodes de production et le développement de l'industrie agro-alimentaire qui rapprochent l'agriculture de l'industrie. Se sont développés par exemple les élevages industriels ainsi que les cultures hors sols. Cette évolution avait parfois conduit la jurisprudence à qualifier l'agriculteur de commerçant (Cass. com., 8 mai 1978, *Bull.* IV, n° 133). Pour couper court aux difficultés, la loi du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social a pris acte de l'évolution et a réaffirmé le caractère civil des activités agricoles en donnant une définition du domaine des activités agricoles qui se fonde sur la notion de cycle biologique.

L'actuel article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime dispose à cet égard que :

« 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. Il en est de même de la production et, le cas échéant, de la commercialisation, par un ou plusieurs exploitants agricoles, de biogaz, d'électricité et de chaleur par la méthanisation, lorsque cette production est issue pour au moins 50 % de matières provenant d'exploitations agricoles. Les revenus tirés de la commercialisation sont considérés comme des revenus agricoles, au prorata de la participation de l'exploitant agricole dans la structure exploitant et commercialisant l'énergie produite. Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret. Les activités agricoles ainsi définies ont un caractère civil. »

D'une manière générale, la production agricole, la vente de cette production avec ou sans transformation préalable relèvent du droit civil. De même, par extension relèvent du droit civil les activités qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation. Elles sont civiles par accessoire. Mais encore faut-il qu'elles restent accessoires ! (Cass. com., 13 juillet 2010, n° [09-16100](#)).

Exemple

Par application de ces règles, il a été jugé que l'achat de gibier pour le revendre après l'avoir rendu apte à la chasse était une activité agricole alors que dans cette espèce, l'administration fiscale demandait la requalification des activités d'une société d'élevage de gibier au motif que celle-ci vendait en majorité des animaux qu'elle avait achetés adultes. La société soutenait, quant à elle, qu'elle revendait les gibiers achetés après qu'ils aient séjourné dans ses parcs ou volières le temps nécessaire à ce que l'amélioration de leur condition physique les rende aptes à constituer des gibiers de tir. Le Conseil d'Etat en conclut que la revente de gibiers dans les conditions ainsi décrites, comportant réalisation de la dernière phase biologique de production desdits gibiers, se rattache à une activité agricole, et non commerciale (CE, 20 mars 1991, n° [73.199](#) - V également CE, 17 juin 2015 pour un élevage de lapins). Plus récemment, le conseil d'état, a retenu que la SARL Ferme Marine du Trieux réalise des opérations de filetage, de salage et de fumage des truites arc-en-ciel qu'elle élève. Ces opérations ont pour objet de permettre, dans la continuité de l'activité de production piscicole de la SARL, la conservation et la commercialisation des produits qui en sont issus. La circonstance que certaines d'entre elles aient pour effet de transformer le produit de l'exploitation de telle sorte que celui-ci présente des caractéristiques physiques différentes de celles de la matière première non transformée dont il est issu ne fait pas obstacle à ce qu'elles soient regardées comme s'inscrivant dans le prolongement de l'activité agricole de la SARL Ferme Marine du Trieux, dès lors qu'elles n'impliquent pas l'adjonction, dans des proportions substantielles, de produits qui ne seraient pas issus, quant à eux, de l'activité de production piscicole de la société. Il suit de là que M. et Mme B ... sont fondés à demander la décharge des cotisations de taxe foncière auxquelles ils ont été assujettis au titre des années 2012 et 2013 à raison des locaux affectés par la SARL Ferme Marine du Trieux à la transformation des produits issus de son exploitation (CE, 30 mai 2018, n° [402919](#) à paraître au recueil Lebon).

Le domaine des activités agricoles est largement entendu.

On notera également pour terminer comme nous l'avons fait pour l'artisan un certain rapprochement entre les statuts des différents professionnels. Ainsi l'agriculteur doit être immatriculé à un registre de l'agriculture et peut l'être au RCS, il peut subir une procédure collective qui est de la compétence des tribunaux judiciaires (art. [L. 621-2](#) du C. com. - voir également art. [L. 631-2](#) et [L. 640-2](#)) et la collaboration du conjoint de l'agriculteur est prise en compte. L'essentiel du contentieux est fiscal.

Section 2. Les critères doctrinaux de commercialité

Au-delà de la simple énumération, il faut rechercher les critères sur lesquels ils se fondent les actes de commerce. Il faut aussi envisager leur régime qui s'est construit en réponse aux règles de droit civil lorsque celles-ci étaient jugées inadaptées par la pratique.

Ils sont au nombre de trois.

§1. La spéculation : critère de commercialité

L'activité commerciale et industrielle est pour l'essentiel une activité de profit notamment l'achat pour revendre qui peut apparaître comme l'archétype de l'acte de commerce implique un tel but.

L'acte de commerce est un acte spéculatif, il est accompli dans le but de réaliser des profits en spéculant, par exemple, sur l'échange des produits ou sur leur transformation. Cette approche est celle des commercialistes Lyon-Caen et Renault ([Traité de droit commercial, Tome 1](#)). Elle a connu un franc succès. Il est vrai que le critère tiré de l'objectif poursuivi par l'auteur de l'acte correspond à l'idéal capitaliste du 19^{ème} siècle.

D'ailleurs, la jurisprudence en fait un critère prépondérant comme le législateur lui-même parfois. Ainsi ne distingue-t-on pas les sociétés des associations en fonction de leur but. La recherche d'un profit est l'apanage de la société (art. 1832 du Code Civil). De même, une association qui exerce, nonobstant son statut, une activité lucrative peut être considérée comme un commerçant de fait.

Exemple

Une décision célèbre illustre le propos (Cass. com., 17 mars 1981 n° 79-14117).

Il reste que le critère spéculatif n'est pas toujours facile à mettre en œuvre et ne permet pas à lui seul à rendre compte de la réalité commerciale. Si bien que la doctrine a fait appel à un autre critère. Il repose sur l'idée de circulation des richesses.

§2. La circulation des richesses

Selon cette conception qui est celle de Thaller ([Traité élémentaire de droit commercial](#), 1898) ; l'acte de commerce implique la circulation, la transmission des richesses.

Pour ce commercialiste du 19^{ème} siècle, l'acte de commerce s'intercale, s'interpose entre la production et la consommation. Est donc acte de toute opération d'intermédiaire s'inscrivant entre le producteur et le consommateur final d'un produit.

Exemple

Cela explique par exemple que celui qui commercialise ses propres produits ne fait pas d'actes de commerce. Prenons pour exemple l'artiste, l'écrivain etc. En revanche celui qui commercialise les œuvres d'autrui ; les fait donc circuler, réalise par la même des actes de circulation et donc de commerce. Les activités d'intermédiaire relève du droit commercial.

Le critère de la circulation des richesses explique que le domaine des activités de production au sens strict du terme, au sens de productions agricoles, productions intellectuelles échappe au droit commercial.

Cependant lorsqu'on parle aujourd'hui de production, on envisage la production industrielle et notamment celle des industries de transformation.

C'est pourquoi malgré sa simplicité le critère de la circulation des richesses semble inadapté en ce qu'il correspond à une conception un peu désuète du droit commercial. Il conserve cependant un intérêt mais combiné avec le critère précédent, l'acte de commerce pouvant être défini comme l'acte de circulation accompli dans l'intention de réaliser un profit.

§3. L'entreprise critère de commercialité

La notion même d'entreprise figure dans l'énumération légale de l'article [L. 110-1](#) qui répute actes de commerce les entreprises de location de meubles, de fourniture, de manufacture...La notion d'entreprise dépasse largement le droit commercial et la théorie des actes de commerce, elle a investi tous les domaines du droit. Elle n'en est pas devenue pour autant une notion juridique. L'entreprise est une notion économique protéiforme. Elle correspond à des réalités différentes pour le juriste et l'économiste et les juristes eux-mêmes ne l'appréhendent pas toujours de la même manière.

Si tout le monde s'accorde pour reconnaître l'importance de la notion, l'accord est moins unanime lorsqu'il s'agit de définir le degré d'organisation nécessaire pour déterminer à partir de quand on est effectivement en présence d'une entreprise. Prise dans son sens économique l'entreprise implique **une certaine organisation**, la mise en œuvre de moyens matériels et humains en vue de remplir un objectif économique précis. Cette thèse a été développée par [Escarra](#) dans son manuel de droit commercial, et reprise par quelques auteurs. Cependant, il apparaît que l'entreprise comme critère de commercialité est inadaptée. D'abord parce que la notion n'est pas suffisamment définie ensuite parce qu'il existe nombre d'entreprises qui ne sont pas commerciales.

On peut lui préférer celle de fonds de commerce qui met l'accent sur la clientèle mais il existe aussi des clientèles civiles. Certains auteurs ont aujourd'hui renoncé à rechercher les critères de l'acte de commerce estimant qu'il n'y a pas de véritable critère de commercialité. Il reste que les actes de commerce sont essentiels pour déterminer qui est commerçant et qui ne l'est pas même s'ils sont rétifs à toute systématisation.

Section 3. Les auxiliaires du commerçant

La grande majorité d'entre eux est constituée de salariés pour lesquels les solutions sont relativement simples. Ils ne peuvent être commerçants, ne serait-ce qu'en raison du lien de subordination qui les unit à leurs employeurs.

Exemple

Ils entrent dans la catégorie des auxiliaires n'ayant pas la qualité de commerçant. D'autres, en revanche, sont eux-mêmes commerçants. Il existe aussi une catégorie intermédiaire au statut incertain ou hybride.

Rappelons que c'est l'exercice d'actes de commerce de manière indépendante et pour son propre compte qui caractérise le commerçant. Cette proposition peut servir de guide dans le classement des auxiliaires du commerçant.

§1. Les auxiliaires n'ayant pas la qualité de commerçant

=> Le cas des VRP :

Le VRP démarché la clientèle pour le compte d'un ou de plusieurs fabricants (Il est dit alors multiscartes).

Autonome dans l'exercice de son activité, il n'en est pas moins lié au(x) fabricant(s). C'est pourquoi la loi lui attribue la qualité de salarié. Ce qui lui fait bénéficier pendant la durée de son contrat des dispositions du droit du travail à charge pour lui de remplir ses obligations à l'égard de son employeur et de respecter une obligation de non concurrence qui lui interdit d'accepter toute nouvelle représentation sans autorisation. Néanmoins son statut est hybride.

En effet, son activité est essentielle dans le développement de la clientèle, c'est elle qui permet en partie au fonds de prospérer, c'est pourquoi en fin de contrat il a droit à une indemnité de clientèle.

Salarié bénéficiant d'une indépendance dans l'exercice de son activité, le VRP n'est donc pas commerçant.

Voir les dispositions du Code du travail : art. [L. 7311](#) et suivants.

Ne sont pas davantage commerçants les mandataires du commerçant. Ils ne font que représenter leur mandant. Mais si les mandataires ne sont pas commerçants, le Code de commerce s'intéresse quand même à un certain nombre d'entre eux. On pense plus particulièrement aux agents commerciaux.

=> Les agents commerciaux :

La définition de l'agent commercial figure aujourd'hui à l'article [L. 134-1](#) du Code de commerce.

L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux (Sur la notion de producteur, voir Cass. com., 20 mars 2012, n° [11-15287](#)). L'agent commercial peut être une personne physique ou une personne morale.

La nature civile de son activité est clairement affirmée par la jurisprudence qui interdit de prouver par tous moyens contre lui et refuse de donner effet aux clauses attributives de compétence territoriale insérées dans leurs contrats. Les mandataires du commerçant, par définition, n'ont pas la qualité de commerçant, puisqu'ils ne font que représenter leur mandant.

Exemple

En conséquence, il a été jugé qu'ils ne sont pas titulaires d'un fonds de commerce, la qualification de mandataire est exclusive de la possession d'un fonds (Cass. com., 26 février 2008, CCC 2008, n° 4, 95, note N. Mathey. Elle affirme aussi que l'application du statut ne dépend ni de la volonté des parties exprimée dans le contrat ni de la dénomination donnée à la convention mais des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée (Cass. com., 10 déc. 2003, D. 2004 AJ 210 obs., Chevrier).

Le statut actuel ressort de la loi du 25 juin 1991 transposant une directive de 1986.

Cette loi a précisé la définition de l'agent commercial posée précédemment par un décret du 23/12 /1958, elle a aussi quelque peu modifié le statut applicable aux agents commerciaux.

- S'agissant de la définition, le texte actuel reprend les traits caractéristiques de la définition antérieure et l'enrichit de nouveaux éléments tel le caractère permanent de l'activité. La négociation de contrats est un élément essentiel de la définition.

Exemple

Dès lors une société investie d'aucun pouvoir de négocier les contrats, ne peut prétendre à l'application du statut (Cass. com., 15 janv. 2008, n° [06-14.698](#), JCP (G) 2008, II 10105, note N. Dissaux - Cass. com., 27 avril 2011, D. 2011 AJ 1279).

- S'agissant du statut à proprement parler, la première originalité de la loi est de ne pas conditionner l'application du statut à l'immatriculation de l'agent à un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce bien que cette obligation soit maintenue par les textes réglementaires.

La seconde originalité de la loi est de définir un corps détaillé de dispositions encadrant les rapports entre les agents commerciaux et les mandants tant pendant l'exécution du contrat qu'à sa rupture (art. [L. 134-1 et suivants](#) du Code de commerce). Notamment elle prévoit une indemnité de rupture.

Cela explique sans doute l'abondance du contentieux actuel lié aux demandes de requalification de divers contrats en contrat d'agence.

Exemple

Pour exemple, voir Cass. com., 29 juin 2010, n° [09-66773](#), Chattawak.

=> Les vendeurs à domicile indépendants :

Créé par la loi du 4 août 2008, le statut du vendeur à domicile indépendant figure aux articles [L. 135-1 et suivants](#) du Code de commerce.

Le vendeur à domicile indépendant est défini comme « celui qui effectue la vente de produits ou de services dans les [conditions prévues par le Code de la consommation en matière de démarchage à domicile](#) dans le cadre d'une convention écrite de mandataire, de commissionnaire, de revendeur ou de courtier, le liant à l'entreprise qui lui confie la vente de ses produits ou services ».

Les textes excluent toutefois le démarchage par téléphone ou par tout moyen technique assimilable.

Outre la vente de produits ou de service, le contrat peut viser d'autres prestations telles l'animation d'un réseau. En effet, le contrat peut prévoir que le vendeur assure des prestations de service visant au développement et à l'animation du réseau de vendeurs à domicile indépendants, si celles-ci sont de nature à favoriser la vente de produits ou de services de l'entreprise. Mais les membres du réseau doivent rester indépendants. Le vendeur qui assure l'animation du réseau ne peut en aucun cas exercer une activité d'employeur, ni être en relation contractuelle avec les vendeurs à domicile indépendants qu'il anime. Il ne peut recevoir aucune rémunération, à quelque titre que ce soit, d'un autre vendeur à domicile indépendant, et aucun achat ne peut être effectué par un vendeur à domicile indépendant auprès d'un autre vendeur à domicile indépendant. Le contrat doit préciser la nature de ces prestations, en définit les conditions d'exercice et les modalités de rémunération. Les vendeurs à domicile indépendants sont tenus de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés ou au registre spécial des agents commerciaux à moins qu'ils relèvent du statut des micro-entrepreneurs tel que défini par la loi du 4 août 2008.

§2. Les auxiliaires au statut hybride ou incertain

Il s'agit principalement des gérants succursalistes et des gérants mandataires.

=> Les gérants succursalistes :

Aux termes de l'article [L. 7321-2](#) du Code du travail modifié par la loi du 4 août 2008, est notamment gérant de succursale : toute personne dont la profession consiste soit à vendre des marchandises de toute nature fournies exclusivement ou presque par une seule entreprise, soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise. Alors que le locataire-gérant est commerçant, les gérants succursalistes ont un statut un peu hybride qui leur permet de cumuler une certaine indépendance et quelques avantages du salariat (art. [L. 7321-3](#) du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 21 janvier 2008).

Exemple

Pour une application de ces textes V. Cass. soc., 25 février 2009, n° [07-40371](#).

Cette législation montre la volonté du législateur de protéger le mandataire. A l'égard des tiers, le gérant succursaliste est un mandataire de la société dont il distribue les produits et qui lui assure l'approvisionnement ; à l'égard de ladite société, il est considéré comme un salarié pur et simple soit il est assimilé à un chef d'établissement. Lui sont alors applicables les dispositions du Code du travail applicables aux chefs d'établissement, directeurs ou gérants salariés (art. [L. 7321-3](#) du C. trav.). A l'égard des salariés placés sous leur autorité ils sont responsables au lieu et place du chef d'entreprise avec lequel ils ont contracté (art. [L. 7321-4](#) du C. trav.). Ce statut a notamment vocation à s'appliquer aux termes de la loi aux gérants non-salariés des succursales de maisons d'alimentation de détail c'est-à-dire aux personnes qui exploitent, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des maisons d'alimentation de détail ou des coopératives de consommation sont qualifiées "gérants non-salariés" lorsque le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de leur travail et leur laisse toute latitude d'embaucher du personnel ou de se substituer des remplaçants à leurs frais et sous leur entière responsabilité. La clause de fourniture exclusive avec vente à prix imposé est une modalité commerciale qui ne modifie pas la nature du contrat (art. [L. 7322-2](#) du C. trav.). Le propriétaire de la succursale est responsable de l'application au profit des gérants non salariés des dispositions du Code du travail relatives par exemple au temps de travail, durée, congés, repos ainsi qu' à la santé et à la sécurité au travail. En cas de litiges, sont compétents selon l'objet le tribunal de commerce ou le conseil des prud'hommes (art. [L. 7322-5](#) du C. trav.). Toute clause attributive de juridiction est nulle. Le développement des réseaux de distribution a conduit le législateur à s'intéresser à de nouvelles situations.

C'est sans doute la finalité de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME qui crée une nouvelle catégorie de mandataires : **les gérants-mandataires**. A cet effet, un nouveau chapitre VI est inséré au titre IV du livre I du Code de commerce.

=> Le gérant-mandataire :

Aux termes du nouvel article [L. 146-1](#) le gérant-mandataire est la personne physique ou morale qui dans le cadre d'un contrat conclu avec un mandant, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, gère un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, pour le compte du mandant qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation. Le contrat conclu avec le mandant fixe la mission du gérant mandataire, en lui laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer ses conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à ses frais et sous son entière responsabilité. La mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités de contrôle susceptibles d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat. Cette précision a été apportée par la loi du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce et à l'artisanat.

Exemple

Elle se comprend si on la met en perspective avec la jurisprudence et plus spécialement avec un arrêt de la chambre sociale du 8 juin 2010 qui a requalifié les contrats des gérants-mandataires d'une chaîne d'hôtels en contrats de travail au motif notamment que les gérants devaient respecter les normes et standards de la chaîne selon le livret annexé sans pouvoir y déroger. Ainsi la cour d'appel ayant fait ressortir l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné, a pu décider que les gérants-mandataires et leurs épouses ou compagnes étaient liés à cette société par un contrat de travail (Cass. soc., 8 juin 2010, n° 08-44965).

Le gérant-mandataire est immatriculé au registre du commerce et des sociétés et, le cas échéant, au répertoire des métiers. Le contrat est mentionné à ce registre ou à ce répertoire et fait l'objet d'une publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux gérants non/S salariés des succursales des maisons d'alimentation dont l'activité est régie par les articles [L. 7322-1 et suivants](#) du Code du travail. Le mandant doit fournir au gérant mandataire avant la signature du contrat des informations pour lui permettre de contracter en connaissance de cause. L'article [D. 146-1](#) du Code de commerce précise le contenu du document précontractuel qui doit être communiqué par écrit au moins dix jours avant la signature du contrat. Ces informations portent :

- sur le mandant lui-même,
- sur le fonds mis en gérance-mandat (date de création, chiffre d'affaires, affiliation éventuelle...),
- sur les principales conditions d'exécution du contrat (durée, renouvellement, cession, modalités de calcul de la commission du au gérant-mandataire).

Le montant minimal de la commission doit être défini par le contrat-cadre. Il tient compte de l'importance de l'établissement et des modalités de son exploitation. L'accord-cadre fixe le montant de la commission minimale garantie dans tous les contrats de gérance-mandat conclus par ledit mandant.

Remarque

Notons qu'à défaut d'accord, le ministre chargé des petites et moyennes entreprises fixe cette commission minimale.

Enfin, en cas de rupture du contrat, le gérant mandataire est, sauf faute grave de sa part, protégé. En effet, le contrat liant le mandant et le gérant-mandataire peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties. Mais, en cas de résiliation du contrat par le mandant, le mandant verse au gérant-mandataire une indemnité égale, sauf conditions plus favorables fixées par les parties, au montant des commissions acquises, ou à la commission minimale garantie mentionnée à l'article [L. 146-3](#), pendant les six mois précédant la résiliation du contrat, ou pendant la durée d'exécution du contrat si celle-ci a été inférieure à six mois. Si l'on en croit l'exposé des motifs de la loi du 2 août 2005 ayant créé ce nouvel instrument juridique, le contrat de gérance-mandat vient encadrer la relation contractuelle existant entre le mandant, souvent titulaire d'une enseigne commerciale dans le secteur de la distribution ou des services, et le gérant qui assume la responsabilité de l'exploitation d'une unité économique indépendante. Cette mesure vient combler un vide juridique, confortant ainsi la situation des gérants-mandataires qui disposent d'une très grande latitude dans la conduite de leur activité sans être cependant propriétaires de leur outil de travail. Sans préjudicier de l'avenir de ce nouveau contrat, il pose néanmoins quelques difficultés.

Exemple

Par exemple, le gérant-mandataire n'est pas commerçant cependant il est immatriculé au RCS. On peut donc se demander à quel titre, il est immatriculé.

On connaît les problèmes causés par l'exigence d'immatriculation pour les agents commerciaux, on risque de se heurter aux mêmes difficultés. Son statut fait penser à celui du locataire-gérant mais il n'est pas identique. On le verra le locataire-gérant est commerçant. Il exploite le fonds à ses risques et périls. Ce n'est pas le cas du gérant mandataire qui n'est ni commerçant ni salarié. Qu'est-il alors ?

La loi du 2 août ne nous le dit pas. Une circulaire du 19 janvier 2009 indique toutefois, s'agissant de son statut social que le gérant-mandataire est affilié au régime RSI (Circ. RSI 2009/04, CDE n° 1/2009, Actu21).

On notera également la similitude des rédactions des 8 et 10 de l'article [R. 123-28](#) du Code de commerce et on regrettera que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de la loi pour clarifier davantage la situation des distributeurs. Il nous faut donc surveiller l'actualité législative, réglementaire et jurisprudentielle. Une explosion du contentieux est possible.

§3. Les auxiliaires ayant la qualité de commerçant

Un certain nombre des auxiliaires du commerçant sont eux-mêmes commerçants. Il faut donc leur appliquer les règles du droit commercial.

Exemple

Ainsi les courtiers, les commissionnaires sont des commerçants. Ainsi en est-il aussi de la plupart des acteurs intervenant dans le processus de distribution. Ils sont alors liés par des contrats tels les contrats de concession, de distribution agréée ou de franchise par exemple.

Il s'agit de contrats spéciaux qui posent des problèmes spécifiques tant au regard du droit des obligations, qu'au regard du droit de la concurrence interne et communautaire. Au regard du droit commercial général qui nous intéresse plus spécialement, la question qui a agité la jurisprudence est celle de la titularité du fonds de commerce. Les distributeurs, les franchisés sont des commerçants mais ils ne sont pas toujours pour autant titulaires d'un fonds de commerce au motif que la clientèle ne leur est pas personnelle.

Exemple

Elle peut être par exemple attachée à une marque qui appartient à un fabricant ou à un franchiseur.

Les conséquences sont importantes, nous y reviendrons avec l'étude du fonds de commerce et aussi avec celle des baux commerciaux. Parallèlement aux règles de droit commun, les contrats de distribution sont régis tantôt par des dispositions générales applicables à l'ensemble des contrats de distribution, tantôt par les règles spécifiques à chaque type de contrat. Parmi les règles communes, outre celles relatives à la nécessaire indépendance du distributeur, figurent les dispositions relatives à l'exclusivité ou à la cessation de contrat. A ce propos, la loi « Macron » d'août 2015 opère un changement radical de cap en matière de clause de non concurrence post contractuelle et clause de non ré affiliation ; **au principe de licéité sous conditions posé par la jurisprudence, elle substitue un principe de nullité** ou plus exactement le nouvel article [L. 341-2](#), I du Code de commerce répute non écrite toute clause qui a pour effet de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant à l'issue du contrat. Cependant le II du texte limite la portée de cette règle. Reprenant les conditions de l'article 5, § 3 du règlement n° 330/ 2010 du 20 avril 2010, il dispose que de telles clauses sont permises lorsqu'elles remplissent un certain nombre de conditions cumulatives. Ainsi alors même que le réseau n'a pas de dimension européenne, les clauses de non concurrence post contractuelles et autres clauses de non ré affiliation sont soumises à un même régime. Une question toutefois se pose à la lecture de l'article [L. 341-2-1](#) : toutes les clauses post contractuelles restreignant la liberté d'exercice de l'activité commerciale sont-elles concernées quel que soit le support ou doit-on limiter au cas visé à l'article [L. 341-1](#) auquel il est renvoyé ?

S'applique enfin tout un corps de règles issues de la législation communautaire et plus spécialement les dispositions applicables aux accords verticaux (Voir [Règlement UE n° 330/2010](#) du 20 avril 2010).

En savoir plus : Pour une présentation du droit de la distribution

Voir le cours UNJF de [droit de la distribution](#) d'A.-C. Martin.

En savoir plus : Bibliographie et sitographie

Voir décisions et rapports de l'Autorité de la concurrence [site de l'Autorité](#).

- « Commissionnaire-affilié ou affilié agent ? La requalification d'un contrat de commission à la vente en contrat d'agence commerciale », *CDE n° 3*, mai 2007, dossier 16 ;
- « Location gérance ou gérance - mandat, que choisir ? », *CDE n° 5*, septembre 2007, prat. 21 ;

- N Dissaux , « La gérance-mandat : une troisième voie ? », *Dalloz* 2010, Chron. 667.
- J.-M. Olivier, « Les “commerçants salariés” à propos des “gérants” », *in Le Code de commerce, 1807-2007*, Livre du Bicentenaire, Dalloz 2007, p. 298 ;