

CRFPA 2022



FASCICULE DE COURS

Droit des affaires

Tome 1 : Droit commercial général

N. Sekfali

<i>SOMMAIRE</i>	6
<i>PARTIE I : LE DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL</i>	9
PARTIE I : LES ACTIVITES DU COMMERCE	10
CHAPITRE I--LES ACTES DE COMMERCE.	10
<i>Section 1. Les actes de commerce par nature ou objet et activité commerciale</i>	10
§1. L'activité d'achat pour revente	10
§2. Les opérations d'intermédiation.....	12
§3. Les entreprises.....	15
A - Les entreprises de location de meubles.....	15
B - Les entreprises de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau.....	16
C - Les entreprises de fourniture, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan et de spectacles publics (art. L. 110-1, 6°).....	16
<i>Section 2. Les actes de commerce par la forme</i>	19
§1. La lettre de change	19
§2. Les sociétés commerciales par la forme.....	20
<i>Section 3. Les actes de commerce par accessoire</i>	21
§1. – La règle et sa portée	21
§2. – Les applications.....	21
§3. De certains cas particuliers.....	21
<i>Section 4. L'acte mixte</i>	23
CHAPITRE II — LE PROFESSIONNEL COMMERÇANT.	24
<i>Section 1. Le critère de la commercialité : l'exercice d'acte de commerce.</i>	24
§1. La qualité de commerçant.	24
A - L'habitude dans l'exercice d'actes de commerce.	24
B - Le caractère professionnel de l'activité commerciale.....	24
§2. La commercialité de fait.....	25
§3. Les activités artisanales et agricoles.....	27
A - Les activités artisanales	27
B - Les activités agricoles	30
<i>Section 2. Les critères doctrinaux de commercialité</i>	33
§1. La spéculation : critère de commercialité.....	33
§2. La circulation des richesses.....	33
§3. L'entreprise critère de commercialité	34
<i>Section 3. Les auxiliaires du commerçant</i>	36
§1. Les auxiliaires n'ayant pas la qualité de commerçant.....	36
A) Le cas des VRP.....	36
B) Les agents commerciaux.....	36
C) Les vendeurs à domicile indépendants :	37
§2. Les auxiliaires au statut hybride ou incertain	38
A) Les gérants succursalistes	38
B) Le gérant-mandataire	39
§3. Les auxiliaires ayant la qualité de commerçant.....	42
<i>Section 4. Le statut de commerçant</i>	44
1§. Les règles d'accès à la profession	44
A. Un accès incité.	44
B. Un accès encadré.....	45
2§ Les droits et obligations du commerçant.....	47
A. Les droits du commerçant.	47
B. Obligations du commerçant	47
1. La publicité légale.....	47
2. Les obligations comptables.....	50

3§. Les statuts interférant	52
A. Le conjoint du commerçant.....	52
1. Le conjoint collaborateur	52
2. Le conjoint salarié.....	53
3. Le conjoint associé	53
4. Le choix du statut.....	53
5. Le patrimoine du conjoint du commerçant	55
B. Le commerçant étranger	58
CHAPITRE III– LE REGIME DES ACTES DE COMMERCE. _____	59
<i>Section 1. Les spécificités de l'acte de commerce</i>	59
§1. La naissance de l'obligation commerciale	59
§2. Exécution et inexécution de l'engagement commercial.....	60
<i>Section 2. La justice commerciale</i>	63
§1. Les tribunaux de commerce	63
A – Composition et organisation	63
B - La procédure devant le tribunal de commerce	65
C - La compétence	67
1. La compétence matérielle.....	67
2. La compétence territoriale (rationae loci).....	70
3. Les clauses attributives de compétence	71
§2. Les autres modes de règlement des conflits	73
A - L'arbitrage.....	73
B - Les modes alternatifs de règlement des différends commerciaux	76
PARTIE II : L'ENTREPRISE COMMERCIALE.....	78
CHAPITRE I : L'ENTREPRISE _____	78
Section 1. L'entreprise sans personnalité morale	78
§1. L'entreprise individuelle	78
1. La définition de l'entrepreneur individuel et contenu du statut.	79
2. Le régime de l'entrepreneur individuel.	79
A. Le principe de la séparation du patrimoine professionnel et personnel de l'EI	79
B. Composition du patrimoine professionnel de l'EI	79
C. Les effets juridiques du nouveau statut de l'entrepreneur individuel	80
D. Impact sur le régime de l'EIRL	82
§2. La micro-entreprise	83
§3. L'entreprise individuelle à responsabilité limitée	83
1. Une technique d'affection.....	83
2. La déclaration d'affection	84
3. Les conséquences de l'affection	86
§4. La déclaration d'insaisissabilité	90
1. Principe	90
2. Effets.....	91
Section 2. L'entreprise personne morale.....	92
CHAPITRE II– LE FONDS DE COMMERCE. _____	93
Titre 1 - Le fonds de commerce, élément central de l'activité commercial. _____	93
Section 1. La notion de fonds de commerce.....	93
§1. La clientèle et le fonds de commerce	93
A - La clientèle doit être certaine.....	94
B - La clientèle doit, en deuxième lieu, être commerciale	95
C - La clientèle doit être personnelle au commerçant	95
§2. La nature juridique du fonds de commerce	97
A - Le fonds, universalité	98
1. Une universalité de droit ?	98
2. Une universalité de fait ?	100

B - Le fonds : un meuble incorporel	100
Section 2. <i>Les éléments du fonds de commerce</i>	102
§1. Les éléments corporels	102
§2. Les éléments incorporels autres que le bail commercial	102
A - Les signes distinctifs des établissements commerciaux	103
B - Les monopoles d'exploitation	104
1. <i>Le brevet</i>	105
2. <i>Le dessin et le modèle</i>	106
3. <i>Les marques</i>	109
C - La protection du secret des affaires	110
Titre 2 - Les opérations portant sur le fonds de commerce.	112
Section 1. Les opérations emportant transfert de la propriété du fonds	112
§1. La cession de fonds de commerce	112
A - Les conditions	112
1/ Les conditions de fond	112
2/ <i>Les conditions de forme</i>	114
3/ <i>La publicité</i>	115
B - Les effets	117
1. Les obligations du vendeur	117
2. Les obligations de l'acheteur	120
§2. L'apport en société	123
Section 2. <i>La location du fonds de commerce</i>	125
§1. Les conditions	125
A - Les conditions de fond	125
1. Les conditions relatives à l'objet du contrat	125
2. <i>Les conditions tenant aux parties</i>	127
B - Les conditions de forme	129
§2. Les effets du contrat	129
A - A l'égard des parties	129
B - A l'égard des tiers	133
§3. Le crédit-bail	135
Section 3. <i>Les garanties sur le fonds ou ses éléments</i>	136
§1. Le nantissement du fonds de commerce	136
A - Le nantissement conventionnel	136
B - Le nantissement judiciaire	138
§2. Le nantissement du matériel et de l'outillage	139
§3. Le gage sur les stocks	140
CHAPITRE III LE BAIL COMMERCIAL.	143
Section 1 - <i>Domaine d'application du statut des baux commerciaux.</i>	143
§1. Application du statut de plein droit	143
A. Un contrat de bail	143
B. Local	144
C. Existence d'un fonds	145
D. Immatriculation	145
§2. Dérogations conventionnelles	146
Section 2 - <i>Formation du bail commercial</i>	148
§1. Parties au contrat de bail commercial	148
A. Le Bailleur	148
1. Bail consenti par un époux.	148
2. Bail consenti par un usufruitier.	148
3. Bail consenti au nom d'un incapable.	149
4. Bail consenti par une société.	149
B. Le Preneur	149
§2. Prix du bail commercial	149

A. Clause de loyer fixe	149
1/ Loyer	149
2/ Accessoires du loyer	150
B. Clauses de loyers variables	151
1/ Clause d'indexation ou d'échelle mobile	151
2/ Clause recettes	152
<i>Section 3 - Exécution du bail commercial</i>	<i>154</i>
1§ Durée du bail commercial	154
A. Une durée de neuf ans	154
B. Faculté de résiliation du contrat	155
1/ Faculté du preneur	155
2/ Faculté du bailleur	155
C. L'expiration de la durée	156
§2. Révision du prix du bail	156
A. Valeur locative	157
B. Révision légale	158
1/ Révision d'un loyer fixe	158
2/ Révision d'un loyer variable	161
§3. Obligations spécifiques des parties au bail commercial	162
A. Obligations du bailleur	162
B. Obligations du preneur	162
1/ Usage de la chose	162
2/ Destination de la chose	163
§4. La sous-location	166
A. Conditions d'une sous-location	166
B. Effets d'une sous-location	166
1/ Sous-location régulière	166
2/ Sous-location régulière	167
§5. La Cession de bail	167
A. Conditions de la cession de bail	167
1/ En l'absence de clause	167
2/ En présence de clauses	167
B. Modalités	168
C. Effets de la cession de bail	169
A/ Cession régulière	169
B/ Cession irrégulière	169
<i>Section 4 - Extinction du bail commercial</i>	<i>170</i>
§ 1. Résiliation anticipée	170
A. Résiliation volontaire	170
B. Résiliation de plein droit	170
§2. Résiliation judiciaire	171
§3. L'arrivée du terme	172

SOMMAIRE

Partie I – Sur le droit commercial général

1. Les activités du commerce
2. L'entreprise commerciale.

Partie II – Sur le droit général des sociétés.

1. La société et le contrat de société
2. La personnalité morale et les sociétés sans personnalité morale
3. Les associés et dirigeants
4. Les conflits et nullités.
5. La dissolution de sociétés

Partie III – Sur le droit spécial des sociétés.

1. Les transformations
2. La société en nom collectif. (SNC).
3. La société à responsabilité limitée. (SARL)
4. Les valeurs mobilières (VM)
5. La société anonyme (SA)
6. La société par action simplifiée (SAS)
7. Le groupement d'intérêt économique

Partie IV – Sur le droit des entreprises en difficulté

1. La prévention des difficultés
2. L'ouverture de la procédure
3. La sauvegarde
4. Le redressement judiciaire
5. La liquidation judiciaire
6. Les responsabilités et des sanctions

Partie V – Sur les opérations bancaires et financières

1. Les instruments de crédit
2. Les instruments de paiement

PRESENTATION GENERALE

1/ De la structure du Code de commerce.

Le Code de commerce se compose de neuf livres :

- Livre I. Du commerce en général
- Livre II. Des sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique
- Livre III. De certaines formes de vente et aux clauses d'exclusivité
- Livre IV : De la liberté des prix et la concurrence
- Livre V. Des effets de commerce et les garanties
- Livre VI. Des difficultés des entreprises
- Livre VII. Des juridictions commerciales et de l'organisation du commerce
- Livre VIII. De quelques professions réglementées
- Livre IX. Dispositions relatives à l'outre-mer.

Appréhendez cette structure du Code avant de commencer l'étude de la matière est fondamental pour en comprendre la logique. Commencez par-là !

2/ Le droit des affaires : une branche du droit

Les règles régissant le droit des affaires ne sont pas toutes enserrées dans le Code de commerce. La matière est pulvérisée et certains principes fondamentaux du droit commercial qui semblent d'une évidence aujourd'hui ne sont pas même codifiés. Par exemple, la liberté du commerce demeure régie par le décret d'Allarde de 1791 et la présomption de solidarité en matière commerciale ne figure pas davantage dans ce Code.

✓ *Les sources du droit des affaires sont de ce fait variables :*

Constitution. – Certains principes à valeur constitutionnelle sont propres au droit commercial (par exemple la liberté d'entreprendre). En outre, de nombreuses « questions prioritaires de constitutionnalité » (QPC) ont déjà porté sur cette

matière.

Loi et règlement. – L'article 34 de la Constitution confie à la loi la détermination « des principes fondamentaux des obligations commerciales ». Le registre du commerce, les baux commerciaux et les agents commerciaux procèdent d'une origine réglementaire par exemple.

D'autres codes jouent un rôle important, tels que le Code monétaire et financier, qui régit notamment la cession de créances professionnelles et le chèque, le Code de la propriété intellectuelle, qui envisage les brevets et les marques, ou encore le Code de la consommation, qui saisit les rapports des professionnels avec les consommateurs ou les non professionnels.

Jurisprudence et doctrine. – La doctrine et la jurisprudence sont à l'origine de constructions désormais bien ancrées du droit commercial, telles que l'abus de minorité, ou encore la théorie du fonds de commerce.

Sources privées. – Les ordres professionnels participent à la construction de ce droit par le biais de l'élaboration des « recommandations », des « chartes » et des « codes de bonne conduite ». Ces documents ne lient en principe que les personnes soumises à l'ordre ou aux membres de l'organisme les ayant adoptés. Il arrive cependant parfois que la loi s'en inspire ou les consacre et les juges y voient parfois des fondements de responsabilité civile pour faute.

Usages. – Deux types d'usages peuvent être distingués.

Les usages conventionnels qui résultent des pratiques habituellement suivies par les commerçants pour la conclusion ou l'exécution des contrats. Purement interprétatifs et strictement fondés sur la volonté des parties, ils peuvent déroger à une loi supplétive.

Les usages de droit peuvent aussi s'entendre de la coutume au sens du droit civil.

Conventions et traités européens ou internationaux. – Un nombre important de conventions déterminent par exemple la loi applicable en cas de relations commerciales internationales (par exemple, la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux produits défectueux).

Le droit de l'Union européenne. – Ce droit prend de plus en plus d'importance. L'« européenisation » du droit des affaires ne fait que se renforcer d'une année sur l'autre.

**PARTIE I : LE DROIT COMMERCIAL
GÉNÉRAL**

PARTIE I : LES ACTIVITES DU COMMERCE

Il s'agira d'abord de présenter les actes de commerce (Chapitre 1), puis celle de professionnel commerçant (chapitre 2), pour finir par le régime des actes de commerce (chapitre 3)

CHAPITRE I--LES ACTES DE COMMERCE.

Depuis la recodification de 2000, les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce actuel traitent de la théorie générale des actes de commerce.

Le terme « acte » a un sens spécifique témoin du particularisme du droit commercial : il englobe à la fois des actes et des activités. La liste longue témoigne d'une certaine disparité qui confine à l'incohérence. Elle est néanmoins demeurée quasiment inchangée, malgré les mutations économiques.

Les actes de commerce peuvent être regroupés en quatre grandes catégories en fonction de leur nature ou leur objet, en raison de leur forme, par extension, enfin l'acte de commerce peut être « mixte » c'est-à-dire commercial, à l'égard d'une seule partie.

Section 1. Les actes de commerce par nature ou objet et activité commerciale

Appelés « actes essentiellement commerciaux » par un auteur¹, ils servent de support à la théorie générale des actes de commerce dont l'énumération légale figure aux articles L. 110-1 et 110-2 du code de commerce.

Nous écarterons les dispositions de l'article L. 110-2 en raison de leur spécificité, elles concernent en effet le commerce maritime. Un certain nombre des actes listés à l'article L. 110-1 du code de commerce sont cités à titre isolé, d'autres sont rattachés à la notion d'entreprise. Mais tous s'inscrivent dans le cadre des trois grands types activités économiques : le commerce ou le négoce appelé aujourd'hui, distribution, l'industrie et les services.

Ils sont cependant cités un peu pêle-mêle et il n'est pas toujours aisé de trouver le lien entre les éléments figurant dans un même alinéa. Il en découle une impression de confusion et de flou.

§1. L'activité d'achat pour revente

Sont visés les achats pour revendre de biens meubles et d'immeubles (art. L. 110-1 1° et 2°). Néanmoins, il en va autrement, lorsque l'acquéreur a agi en vue d'édifier un ou plusieurs

¹ A. Tunc note au D. 1946, 233.

bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux. La promotion immobilière est alors civile. (*Ex. Com.*, 24 septembre 2002 n° 99-10921)

D'une manière générale, c'est l'idée de spéculation qui sous-tend le système. C'est la volonté de réaliser un profit grâce à l'opération de revente qui confère la commercialité si bien qu'en l'absence de spéculation, la vente aura un caractère civil.

Pour être acte de commerce, la vente doit être une revente en ce sens qu'elle doit être précédée d'un achat. Dès lors échappent au droit commercial les industries extractives à l'exception toutefois de l'exploitation des mines de charbon, métaux, hydrocarbures par volonté expresse du législateur. Lui échappent encore, faute d'achat, les productions intellectuelles (brevets, œuvres littéraires et artistiques) pour les créateurs, les inventeurs. Les ventes accessoires à des opérations de production ne relèvent pas davantage du droit commercial.

Exemple

L'horticulteur qui cultive puis vend ses fleurs n'est pas commerçant, il en va de même pour l'agriculteur qui vend le fruit de ses récoltes. Les activités agricoles et celles qui sont dans leur prolongement relèvent du droit civil.

Notons que la revente peut, dans certains cas, précéder l'achat. Il n'y aura alors aucun doute sur l'intention de l'acheteur. C'est en effet l'intention de revendre qui est essentielle dans ce type d'opération. L'intention de revendre doit être concomitante à l'achat, peu importe ensuite par exemple que le bien ne puisse pas être revendu. C'est l'intention qui prime, dès lors si un bien est acheté pour un usage personnel et revendu rapidement parce qu'il ne satisfait pas, l'opération ne sera pas commerciale. Le collectionneur qui revend une partie de sa collection pour acheter de nouveaux objets n'est pas commerçant à moins que l'importance et la fréquence des transactions effectuées ne révèlent une activité occulte de négoce, c'est-à-dire des achats dictés par une intention de revendre avec profit (CAA Versailles, 22 mars 2012, n° 10VE01277).

En revanche si un bien est acheté pour être revendu peu importe qu'il le soit en l'état ou après avoir été travaillé et mis en œuvre. L'article L. 110-1 1° répute de la même manière acte de commerce l'achat pour revendre de biens meubles en nature ou après avoir été travaillé et mis en œuvre.

Sous l'expression « achat pour revendre » se niche une grande partie des activités de distribution qu'il s'agisse de commerce de gros ou de commerce de détails, qu'il s'agisse de grande distribution ou commerces de proximité, qu'il s'agisse de commerces indépendants ou organisés en réseau.

S'agissant des achats pour revendre d'immeubles, leur commercialité a été clairement édictée en 1967. Mais elle a suscité de grandes inquiétudes dans les milieux de la promotion immobilière, qui craignait que soient remis en cause les avantages fiscaux des sociétés civiles immobilières et provoqua une controverse doctrinale et jurisprudentielle. C'est pourquoi une loi interprétative du 9 juillet 1970 est venue expressément préciser que demeure civil l'achat d'immeubles par un

acquéreur ayant « agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ».

Il en résulte que l'activité des marchands de biens est commerciale, celle de promotion immobilière est civile (*Cass. Com., 10 janv. 2018, n° 16-24806*). Quant à la location d'immeubles, elle n'est pas visée par l'article L. 110-1 du code de commerce. Il ne s'agit donc pas d'un acte de commerce au sens du droit commercial et ne nécessite pas l'inscription au registre du commerce et des sociétés.

Toutefois, il existait une divergence entre le droit fiscal et le droit commercial sur cette question qui a amené le Conseil d'Etat à transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité. La question portait sur l'exigence d'inscription au RCS du loueur de meublés pour bénéficier des avantages fiscaux liés au statut fiscal de loueur professionnel.

Or l'article L. 123-1 du code de commerce prévoit que seules peuvent être inscrites au registre du commerce et des sociétés les personnes physiques « ayant la qualité de commerçant », laquelle est, en vertu de l'article L. 121-1 du même code, conférée à « ceux qui exercent des actes de commerce. Et l'activité de location de biens immeubles ne constitue pas un acte de commerce au sens de l'article L. 110-1 du même code. Il en résulte que les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité devant les charges publiques » (*Cons. const., 8 févr. 2018, n° 2017-689 QPC*).

§2. Les opérations d'intermédiation.

Sont cités à titre isolé par l'article L. 110-1, 3° les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières. Elles peuvent être rapprochées des opérations de banque, de change et courtage, service de paiement et opérations de banques publiques (Art. L. 110-1, 7° et 8°). La jurisprudence ajoute les activités d'assurances.

Sont commerciales :

<p>Les opérations d'intermédiaire pour l'achat</p> <p>La souscription ou la vente :</p> <p>D'immeubles</p> <p>De fonds de commerce</p> <p>D'actions ou parts de sociétés immobilières</p>	<p>Par application de ce texte, le marchand de biens exerce, par exemple, une activité commerciale. De même une association qui offre de manière permanente aux particuliers un site internet visant à favoriser les échanges d'immeubles, qui offre donc une prestation permettant la rencontre de l'offre et de la demande en vue de la vente et de l'achat d'immeubles, effectue des opérations d'intermédiaire pour l'achat ou la vente d'immeubles et relève de la compétence du tribunal de commerce (<i>Cass. Com., 14 février 2006, n° 05-13453</i>).</p>
<p>Les opérations de banque de change et courtage, activité d'émission et de gestion de monnaie</p>	<p>Les opérations de banque sont commerciales depuis fort longtemps. La question de la commercialité a pu néanmoins se poser à propos des opérations effectuées</p>

<p><u>électronique, tout service de paiement et toutes opérations de banques publiques</u></p>	<p>dans le cadre des établissements à but non lucratif. La question a été posée à propos du service public des chèques postaux (Com., 20 oct. 1981). Elle se pose également pour les établissements mutualistes ou les coopératives. Il ne fait aucun doute aujourd'hui que les opérations de banque sont commerciales. Leur exercice habituel entraîne l'application du droit commercial.</p> <p>Jurisprudence</p> <p>Cela ressort clairement d'un arrêt de la Chambre commerciale du 17 juillet 2001 rendu à propos des activités d'une caisse régionale de Crédit agricole (Cass. Com., 17 juillet 2001, n° 98-18435).</p> <p>Déf. Par opération de banque, il faut entendre la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement.</p> <p>Exercées à titre habituel ces opérations sont réservées aux établissements de crédit, mais elles peuvent de manière occasionnelle être effectuées par d'autres personnes sans perdre leur caractère commercial. Sont commerciales encore les opérations faites par les prestataires de service d'investissement et la spéculation en bourse pour le spéculateur habituel. Le trader « en fonds propres » ou « pour propre compte » exerce ainsi une activité commerciale (Avis n° 2016-014 du CCRCS du 5 juillet 2016). Mais la simple gestion d'un portefeuille privé reste civile. Transposant la directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 relative aux services de paiement dans le marché intérieur, l'ordonnance du 15 juillet 2009 a créé une nouvelle catégorie d'actes de commerce : les services de paiement. L'activité de services de paiement est réservée à des prestataires de services de paiement qui sont des établissements de crédit ou des établissements de paiement (Art. L. 521-1 c. mon. Fin.). Les établissements de paiement sont des personnes morales qui fournissent à titre habituel des services de paiement. Elles sont agréées par le Comité des établissements de crédit et des entreprises</p>
---	--

	<p>d'investissement, après avis de la Banque de France.</p> <p>Le paysage bancaire se diversifie. D'autant que la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 a ajouté à la liste des actes de commerce, l'activité d'émission et de gestion de la monnaie électronique. Elle crée pour l'exercice de cette activité les établissements de monnaie électronique (EME) qui peuvent, en plus d'émettre et de gérer la monnaie électronique, fournir l'intégralité des services de paiement. L'activité est commerciale quand bien même serait-elle exercée en dehors du cadre légal.</p>
<p><u>Le courtage</u></p>	<p>Il consiste à mettre en rapport des contractants potentiels sans être le représentant d'aucuns.</p> <p><i>Jurisprudence</i></p> <p><i>Le caractère commercial a été reconnu au courtage matrimonial (Cass. Com., 3 avril 1984). Plus récemment, il a été jugé qu'ont la nature d'un contrat de courtage les relations entre une centrale d'achat et un fournisseur sélectionné par un contrat de référencement (Cass. Com., 17 mars 2004, n° 01-10103).</i></p>
<p><u>L'assurance</u></p>	<p>Enfin, grande absente de l'énumération légale, l'assurance. N'en sont pas moins commerciales les sociétés d'assurances à primes fixes alors que les compagnies d'assurances mutuelles ne le sont pas à moins que les statuts aient prévu la possibilité d'effectuer des actes de commerce qui ne sont pas accessoires (Com., 5 mai 2009, D 2009, AJ 1415). La lecture de l'article L. 110-1 du Code de commerce le laisse à penser.</p> <p><i>Jurisprudence</i></p> <p><i>Mais en général la jurisprudence, sans dénier le caractère commercial de l'acte, le trouvera insuffisant pour conférer la commercialité à son auteur (Voir Cass. Com., 20 février 1996, n° 93-20866 Comp. pour les actes par la forme Cass. Com., 11 mai 1993, n° 91-</i></p>

	<p>14734).</p> <p>L'acte est commercial, mais il ne confère pas la commercialité. Lorsque c'est la qualité de commerçant qui justifie l'application du droit commercial, la règle, la clause litigieuse sera écartée. Ainsi en est-il pour les clauses attributives de compétence territoriale qui sont réputées non écrites, à moins qu'elles n'aient été convenues entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant.</p> <p><i>Jurisprudence</i></p> <p><i>Cette qualité ne pouvant être attribuée à une personne pour avoir accompli un acte isolé ayant un caractère commercial estime la Cour de cassation, la clause est inapplicable (Cass. Com., 21 novembre 1995, n° 93-13998). De même l'acte isolé ne ressortit pas de la compétence des tribunaux de commerce (Cass. Com., 31 mars 1998, n° 95-20453).</i></p>
--	--

§3. Les entreprises

L'entreprise n'est pas une notion juridique. Néanmoins, le Code de commerce pose une présomption selon laquelle certaines entreprises sont des actes de commerce. Partant, la notion d'entreprise doit être prise dans son sens économique², ce qui suppose une certaine organisation. Ainsi, cela suppose une répétition d'actes en vue de remplir un objectif économique et le caractère professionnel de l'activité.

A - Les entreprises de location de meubles

Sont ainsi réputés actes de commerce les entreprises de location de meubles (Art. L. 110-1,4° C com). *Exemple.* Il peut s'agir de meubles de toute nature, véhicules automobiles, matériels d'équipement téléviseurs, etc.

Peu importe que la location ait été précédée ou non de l'achat du bien loué. La location de meubles entre dans la catégorie des activités de service.

On y intègre l'hôtellerie et l'exploitation de camping. Les locations d'immeubles relèvent, quant à elles, par nature du droit civil sauf à appliquer la théorie de l'accessoire (Cf. ci-après). Dans

²L'entreprise est la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes. (*Définition proposée par l'Insee*).

deux avis de 2016, le CCRC a précisé que l'activité de location de chambres d'hôtes est une mise à disposition de chambres meublées, assorties de prestations de services liées à l'hébergement temporaire qui entre dans le champ des actes de commerce.

Toutefois, si cette activité est exercée par un exploitant agricole et a pour support l'exploitation, elle a un caractère civil (avis n° 2016-018 des 15 sept. et 18 oct. 2016). De même, la location de meublés sans autres prestations n'est pas commerciale (Cons. const., 8 févr. 2018, n° 2017-689 QPC).

B - Les entreprises de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau

Elles sont regroupées au 5° de l'article L. 110-1.

Les activités visées sont très diverses. Si la manufacture se rattache à l'industrie, les autres activités citées se rattachent davantage aux services. Les entreprises de manufacture assurent la transformation des matières premières en produits finis, il peut s'agir de matières achetées ou fournies par le client. Le terme de manufacture est aujourd'hui interprété largement, il couvre :

- Le secteur industriel (sidérurgie, métallurgie, agro-alimentaire),
- Le secteur de la construction immobilière et de la rénovation,
- L'édition d'ouvrages et la teinturerie.

Les entreprises de transport, quant à elle, englobent le transport de voyageurs ou de marchandises, transport terrestre, fluvial ou aérien. On y ajoute les entreprises de déménagement et les compagnies de taxis à l'exception des activités exercées sous forme artisanale. Enfin sont visées les entreprises de commission, elles auraient sans doute pu figurer dans l'alinéa suivant avec les agences. Le commissionnaire conclut des contrats en son nom propre pour le compte d'un commettant (art. L. 132-1 C.Com.). Il en existe différentes sortes tels les commissionnaires pour les transports dont l'activité est régie par les articles L. 132-3 et suivants du Code de commerce. On peut citer également les commissionnaires en douane ainsi que les prestataires de services d'investissements. Ce sont des intermédiaires.

C - Les entreprises de fourniture, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan et de spectacles publics (art. L. 110-1, 6°)

Une nouvelle fois, on peut constater que l'énumération regroupe des activités très différentes.

Ex. La fourniture, de gaz, d'eau, d'électricité... est une activité commerciale.

La fourniture vise les activités qui consistent à fournir des biens ou des services pendant un temps déterminé. Elle peut impliquer un achat et une revente, mais elle ne porte pas uniquement sur des biens meubles. On y intègre, par exemple, les contrats de distribution qui ne se limitent pas à la revente de marchandises. La production d'énergie électrique d'origine photovoltaïque est de nature commerciale, toutefois la production issue de panneaux solaires installés chez un

particulier relevant de la gestion de la vie courante ne ressortit pas du droit commercial (Avis n° 2012-014 du Comité de coordination du RCS du 13 avril 2012).

Exemple. Les entreprises d'agence, bureaux d'affaires sont encore réputés actes de commerce.

Jurisprudence

S'agissant des agences d'affaires il a été jugé, par exemple, que « *revêt le caractère d'une activité d'agent d'affaires et présente à ce titre un caractère commercial l'intermédiation commerciale (...)* », qui consiste à organiser à la demande de discothèques ou de restaurants, des manifestations en faisant en sorte qu'y participent des personnalités connues afin d'accroître la notoriété de ces établissements, cette activité d'entremise étant rémunérée par une commission fixée proportionnellement à l'augmentation du chiffre d'affaires des établissements considérés. L'activité est commerciale alors même qu'elle ne donnait pas lieu à la mise en œuvre de moyens matériels et humains particuliers (CE, 8 juin 2001, n° 220978).

Exemple. Sont commerciales les agences de recouvrement de créances, de voyage et de tourisme, les agences artistiques.

Les établissements de vente à l'encan c'est-à-dire de ventes aux enchères publiques de marchandises sont commerciaux aux termes de l'article L. 110-1. Cette activité est régie de manière plus précise par les articles L. 320-1 et suivants du code de commerce. Ce mode de vente a été libéralisé par la loi n° 2011-850 du 20 juillet 2011. Le nouvel article L. 320-2 du code de commerce définit les ventes aux enchères publiques comme étant des ventes faisant intervenir un tiers, agissant comme mandataire du propriétaire ou de son représentant, pour proposer et adjuger un bien au mieux-disant des enchérisseurs à l'issue d'un procédé de mise en concurrence ouvert au public et transparent. Le mieux-disant des enchérisseurs acquiert le bien adjugé à son profit ; il est tenu d'en payer le prix.

Bien que libérée, cette activité demeure réglementée. Et le développement de nouvelles pratiques notamment par le biais de l'internet a soulevé des problèmes de qualification. Il convient de distinguer les véritables ventes aux enchères publiques, du courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique et de la mise à disposition d'une infrastructure permettant d'organiser et d'effectuer une opération de courtage aux enchères par voie électronique. Ces distinctions ressortent de l'article L. 321-3 du Code de Commerce modifié successivement par la loi du 17 mars 2014 et plus récemment par l'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation. Pour un exemple : Civ. 1^{ère}, 19 février 2013, Bull, n° 22.

Elles peuvent porter sur des biens neufs ou sur des biens d'occasion. Ces biens sont vendus au détail, par lot ou en gros, c'est-à-dire par lots suffisamment importants pour ne pas être considérés comme tenus à la portée du consommateur. La vente en gros ne peut porter que sur des biens neufs issus du stock d'une entreprise. Lorsque des biens neufs sont mis en vente par le commerçant ou l'artisan qui les a produits, il en est fait mention dans les documents et publicités annonçant la vente.

Ces ventes sont organisées et réalisées par des opérateurs exerçant à titre individuel ou sous la forme juridique de leur choix. Les notaires et les huissiers de justice peuvent également, sous certaines conditions, organiser et réaliser ces ventes, à l'exception des ventes volontaires aux enchères publiques de marchandises en gros, dans les communes où il n'est pas établi d'office de commissaire-priseur judiciaire. Ils exercent cette activité à titre accessoire dans le cadre de leur office et selon les règles qui leur sont applicables. Ce caractère accessoire s'apprécie au regard des résultats de cette activité rapportés à l'ensemble des produits de l'office, de la fréquence de ces ventes, du temps qui y est consacré et, le cas échéant, du volume global des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques réalisées dans le ressort du tribunal judiciaire.

Les ventes aux enchères publiques par voie électronique sont également régies par le titre II du livre III du code du commerce.

Les opérateurs sont des mandataires du propriétaire du bien ou de son représentant. Le mandat est écrit. Ils ne sont pas habilités à acheter ou à vendre directement ou indirectement pour leur propre compte des biens proposés dans le cadre de leur activité ni acheter des biens proposés à la vente ni vendre des biens leur appartenant.

Il est institué une autorité de régulation : le Conseil de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques dont les compétences ressortent de l'article L. 321-18 et suivants du code.

Enfin sont commerciaux les établissements de spectacles publics. Les activités de loisirs n'échappent pas au droit commercial dès lors qu'elles sont exercées dans le cadre d'établissements. Les activités purement individuelles ou exercées dans le cadre d'association à but non lucratif ne relèvent pas, quant à elles, du droit commercial.

Jurisprudence

Cela étant précisé, la jurisprudence entend largement la notion de spectacles publics. Ainsi l'exploitation des salles de théâtres, cinémas, concerts est commerciale. Il faut y ajouter celle des parcs de loisirs ou d'attraction.

Section 2. Les actes de commerce par la forme

La notion. Les actes de commerce par la forme, sont les actes qui sont considérés par le Code de commerce comme étant commerciaux indépendamment de leur objet ou de la personne qui les réalise. Partant, ils sont soumis aux dispositions du droit commercial quand bien même il s'agirait d'un acte à titre isolé, réalisé par un non-commerçant.

Entrent dans cette catégorie la traite (§1) et les sociétés commerciales par la forme. (§2).

§1. La lettre de change

Définition. Il s'agit d'un écrit par lequel une personne appelée tireur, donne l'ordre à une autre personne appelée le tiré, de réaliser un paiement de somme d'argent au porteur de la lettre de change appelé bénéficiaire.

Qualification. Selon l'article L.110-1, 10° du Code de commerce, la lettre de change est un effet de commerce. Sa commercialité ressort de l'article du même Code.

Exemple de lettre de crédit

Société (Tireur) 20 Rue d'Exemple 94400 Vitry-sur-Seine		Contre cette LETTRE DE CHANGE stipulée SANS FRAIS veuillez payer à l'ordre de Nous-mêmes			
A Vitry-sur-Seine Le 26/03/2014				Code Monnaie €	
Montant pour contrôle 25 000 €	Date de création 26/03/2014	Échéance 30 jours de vue	LCR seulement	Montant 25 000 €	
			REF Tiré		
RIB du tiré		Domiciliation			
30076	02020	187638200200	59	Crédit du Nord 50 Rue d'Anjou, 75008 Paris	
Code Banque		Code Guichet		N° de compte	
Clé RIB		Nom et adresse du tiré		Signature du tireur	
Valeur en : Marchandises				Signature (tireur)	
Acceptation ou Aval					
Signature (tiré)	Signature (avaliste)				

La lettre de change est réputée acte de commerce indépendamment de la personne qui en est l'auteur. Partant, tout signataire de lettre de change réalise un acte de commerce. Ce qui implique l'application des règles du droit commercial. (Lois et compétence des tribunaux) sans dérogation possible et cela quand bien même serait-elle tirée en raison d'obligations civiles (Pour exemple V. Cass. Com., 11 mai 1993, n° 91-14734).

NB : la souscription est interdite au consommateur dans le cadre du crédit à la consommation (Cf. art. L. 313-13 du code conso. : article abrogé. Et L. 511-5 C. com.).

Le régime de la lettre de change est particulièrement rigoureux. La lettre de change est soumise à des règles de forme précisément définies (art. L. 511-1 et s. C.com.). (Cf. Partie V pour plus de détails)

Remarque. Notons qu'un tel acte est commercial, mais il ne confère pas pour autant la qualité de commerçant à son auteur. C'est ici la nature du titre qui conditionne le régime juridique et non la nature de l'obligation à la différence de ce qui existe en matière de chèque par exemple qui sera civil ou commercial en fonction de la nature de l'obligation à laquelle il se rapporte.

§2. Les sociétés commerciales par la forme

Leur commercialité ressort de l'article L. 210-1 du code de commerce.

Définition. 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 (soit les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés européennes).

Il ressort de cette définition que toute société adoptant l'une des formes juridiques listées par l'article L.210- du Code de commerce est commerciale même si son objet est civil. Dès lors, tous les actes accomplis dans le cadre de ces sociétés sont commerciaux et donc soumis aux régimes du droit commercial.

Jurisprudence.

Tous seront soumis au droit commercial et relèveront de la compétence des tribunaux de commerce (Cf. *Cass. Com., 10 mars 1998, n° 95-21580 - Comp. Cass. Com., 16 Novembre 2004, n° 01-03304*)- plus récemment *Cass. Com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-16548 ; Cass. Com., 12 Février 2008, n° 07-14912*).

Le tribunal de commerce est le juge naturel des litiges relatifs aux sociétés commerciales. Il a compétence pour toute demande dirigée contre une société commerciale (*Cass. Com., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-17205*) et pour tous faits ou actes qui se rattachent par un lien direct à la gestion des sociétés commerciales peu importe que les parties aient ou non la qualité de commerçant (*Cass. Com., 27 octobre 2009, pourvoi n°08-20384*).

Encore faut-il préciser que si les actes accomplis dans le cadre des sociétés commerciales par la forme sont commerciaux, cela n'implique pas nécessairement que les membres de ces sociétés soient eux-mêmes commerçants. (Cf. *Partie II-Distinction entre société de personnes et sociétés de capitaux*).

Section 3. Les actes de commerce par accessoire

§1. – La règle et sa portée

L'adage selon lequel « *l'accessoire suit le principal* » (*accessorium sequitur principale*), innerve tout notre droit privé. Le droit commercial n'est pas épargné et ce principe s'y applique de façon bilatérale.

Ainsi, un acte civil peut devenir commercial parce qu'il est réalisé par un commerçant pour les besoins de son activité ou car il est lié à une opération commerciale. L'emprunt de commercialité suppose que l'acte soit accompli par un commerçant. Le commerçant peut être une personne morale. Le fondement juridique de la théorie de l'accessoire est l'article L. 110- 1, 9 ° du Code de commerce, qui répute acte de commerce « toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers... » .

Exemple : l'achat d'un véhicule par un commerçant pour son usage privé est un acte civil. C'est un acte de commerce si cet achat est destiné à assurer le fonctionnement de l'entreprise. Sont des actes de commerce tous les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce, selon la formule consacrée de la Cour de cassation (par ex., Com. 15 nov. 2005).

Inversement, un acte de commerce peut être soumis aux dispositions du droit civil en raison de son lien de rattachement, c'est-à-dire lorsqu'il est accessoire d'une activité civile. (ex. la revente réalisée par un artisan)

§2. – Les applications

1°) Les contrats.

Les contrats passés par le commerçant dans l'intérêt direct de son entreprise sont considérés comme commerciaux, sauf preuve contraire (achats de consommation, contrats à titre gratuit, cautionnements). Exemple : le contrat de travail conclu pour le fonctionnement de l'entreprise (sous réserve de l'application du droit du travail).

2°) Les délits, quasi- délits et autres engagements extracontractuels.

La jurisprudence leur a étendu la théorie de l'accessoire (actes de concurrence déloyale), sauf exception (les accidents d'automobile causés par les véhicules des commerçants par exemple).

§3. De certains cas particuliers.

L'acte à caractère civil accompli par un commerçant dans l'exercice de son commerce est considéré comme un acte de commerce.

a) *Chèque ou de billet à ordre.* Tout chèque ou billet à ordre, acte civil par nature peut devenir commercial lorsqu'il a été émis en règlement d'une dette commerciale.

b) *Gage et nantissement.* L'article 2333 du Code civil définit le gage comme « une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Le gage se distingue du nantissement en ce que le second porte sur des biens mobiliers incorporels depuis la réforme des sûretés du 23 mars 2006.

Selon l'article L. 521-1 du Code de commerce, le gage ou le nantissement est commercial s'il garantit une dette commerciale, même si celui qui le constitue n'est pas lui-même commerçant.

S'agissant du gage de stock particulièrement, l'article L. 527-1 du Code de commerce dispose que le gage des stocks est une convention par laquelle une personne morale de droit privé ou une personne physique accorde à un établissement de crédit ou à une société de financement qui lui a consenti un crédit pour l'exercice de son activité professionnelle le droit de se faire payer sur ses stocks par préférence à ses autres créanciers. Le gage des stocks peut être constitué avec ou sans dépossession. Les parties demeurent libres de recourir au gage des stocks prévu au Code de commerce ou au gage de meubles corporels prévu aux articles 2333 et suivants du code civil. L'option choisie déterminera le caractère civil ou commercial du gage considéré.

c) *Cautionnement.* Pour revêtir un caractère commercial, le cautionnement doit garantir une dette commerciale, le créancier et la caution doivent être des commerçants et l'opération doit être conclue dans l'exercice ou pour l'intérêt du commerce de cette dernière (Com. 12 mai 1998, no 95-15.355).

La jurisprudence avait étendu l'hypothèse de la commercialité du cautionnement grâce au recours au critère de l'intérêt personnel et patrimonial de la caution dans l'opération principale. Une jurisprudence constante décide en effet que « *l'intérêt personnel patrimonial à apporter sa caution* » est une circonstance pouvant « *conférer un caractère commercial à son engagement* » (Com. 21 janv. 1980, no 78-16.308 ; Civ. 1re, 15 juill. 1981, no 79-16.708).

La jurisprudence actuelle tient en outre compte de la qualité de la caution, de son pouvoir direction effective éventuel dans la société, l'exercice d'un mandat social conférant une représentativité de la personne morale à l'égard des tiers, ainsi que du profit qu'elle retire de l'opération garantie.

Section 4. L'acte mixte

1. Définition.

L'acte mixte est, comme son appellation peut le laisser penser, un acte conclu entre un commerçant et un non- commerçant, qui présente le caractère commercial pour l'une des parties et non commercial pour l'autre partie.

Ce sera ainsi le cas d'une vente par un commerçant à un consommateur.

2. Régime juridique

Sous réserve de la prescription dont le régime a été désormais unifié avec la loi du 17 juin 2008 (prescription de cinq ans), dans l'absence de disposition légale, on procède à une application distributive des règles de droit civil et commercial pour assurer la protection de la partie non commerçante.

On se place habituellement du point de vue du :

- *débiteur* : pour l'application des règles de fond telle que la mise en demeure ou la solidarité. Ce sont les règles commerciales qui s'appliquent si le débiteur est commerçant ;

- *défendeur* : pour l'application des règles de compétence et de preuve (preuve selon les modes du droit commercial contre le commerçant, selon les modes du droit civil contre le non-commerçant ; compétence du tribunal de commerce si le défendeur est commerçant, du tribunal civil si le défendeur est un non- commerçant : toutefois celui- ci peut aussi assigner le commerçant devant le tribunal civil).

3. Exception.

- La clause attributive de compétence territoriale est nulle si elle figure dans un acte mixte (art. 48 C. pr. civ.) ;
- La clause compromissoire, lorsqu'elle aura été conclue entre un professionnel et un consommateur, est présumée abusive (C. consom., art. R. 212 - 2).

CHAPITRE II — LE PROFESSIONNEL COMMERÇANT.

L'accomplissement d'actes de commerce ne suffit parfois pas à qualifier leur auteur de commerçant. 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 ainsi que l'exercice d'actes de commerce à titre professionnel qui emporte la qualité de commerçant. Dès lors, ce sont l'habitude et le caractère professionnel de l'activité qui emportent l'application du statut de commerçant (Section 1). Par ailleurs, des critères généraux de commercialité ont été mis en exergues par la doctrine (Section 2), lesquels critères apparaissent utiles pour déterminer le statut des auxiliaires du commerçant (Section 3), enfin il s'agira d'aborder le statut du commerçant (Section 4)

Section 1. Le critère de la commercialité : l'exercice d'acte de commerce.

§1. La qualité de commerçant.

Le commerçant est communément défini comme celui qui réalise des actes de commerce de à titre de profession habituelle. Dès lors, l'expression de « profession habituelle » visée par l'article L.121-1 du C.com renvoie à l'idée d'habitude (A), mais aussi au caractère professionnel de l'activité commerciale (B).

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

L'habitude suppose la répétition d'actes de commerce. Il s'agit là de l'élément matériel de la qualification. Par principe, l'habitude suppose l'idée que l'activité commerciale doit s'inscrire dans la durée pour être qualifiée de commerciale. Soulignons toutefois, que cette question dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans le cadre de cette appréciation, un deuxième élément intentionnel est pris en compte, c'est celui de l'intention spéculative. Cet élément ressort aussi du caractère professionnel de l'activité commerciale.

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. Tel le cas par exemple de l'inscription au RCS qui pose une présomption de commercialité. Il en va ainsi également de la soumission au régime des BIC concernant le choix du régime d'imposition.

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

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

Jurisprudence

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.

Par conséquent, 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. 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*). Partant, la Cour de cassation applique dorénavant la même solution aux personnes publiques exerçant des opérations de banque (*Cass. Com., 22 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.396*).

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 (*Trib. Com. Paris, 14 sept. 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. (A l'instar du dirigeant de fait en droit des sociétés, cf. Partie II).*

Par exemple

Il ne bénéficie pas du statut protecteur des baux commerciaux.

La preuve sera libre contre lui et l'on pourra utiliser sa comptabilité pour faire preuve contre lui. (*Cass. Com., 17 mars 1981, n° 79-14.117*).

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, pourvoi n° 11-27.396*).

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.

§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'article 16 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 impose 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 : Cons. const., 24 juin 2011, D 2001 AJ 1753*).

Dans sa dernière rédaction, (Cf. les lois n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 - art. 131 (V) et n° 2017-55 du 20 janvier 2017 - art. 54 et du décret n° 2019-56 du 30 janvier 2019 - art. 2), il dispose :

Texte.

« I. — 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 :

— l'entretien et la réparation des véhicules terrestres à moteur et des machines agricoles, forestières et de travaux publics ;

— la construction, l'entretien et la réparation des bâtiments ;

— 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 ;

— le ramonage ;

— 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 ;

— la réalisation de prothèses dentaires ;

— la préparation ou la fabrication de produits frais de boulangerie, pâtisserie, boucherie, charcuterie et poissonnerie, ainsi que la préparation ou la fabrication de glaces alimentaires artisanales ;

— l'activité de maréchal-ferrant ;

— la coiffure.

II. — Un décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Autorité de la concurrence, de CCI France, de CMA France et des organisations professionnelles représentatives détermine, en fonction de la complexité de chacun des métiers relevant des activités mentionnées au I et des risques qu'ils peuvent présenter pour la sécurité ou la santé des personnes, les diplômes, les titres homologués ou la durée et les modalités de validation de l'expérience professionnelle qui justifient de la qualification requise. Ce décret fixe les conditions dans lesquelles une personne qualifiée pour exercer un métier peut être autorisée à réaliser des tâches relevant de métiers connexes faisant partie de la même activité, au sens du I.

Toutefois, toute personne qui, à la date de publication de la présente loi, exerce effectivement l'activité en cause en qualité de salarié ou pour son propre compte est réputée justifier de la qualification requise.

Lorsque les conditions d'exercice de l'activité déterminées au I sont remplies uniquement par le chef d'entreprise et que celui-ci cesse l'exploitation de l'entreprise, les dispositions relatives à la qualification professionnelle exigée pour les activités prévues au I ne sont pas applicables, pendant une période de trois ans à compter de la cessation d'exploitation, aux activités exercées par le conjoint de ce chef d'entreprise appelé à assurer la continuité de l'exploitation, sous réserve qu'il relève d'un des statuts mentionnés à l'article L. 121-4 du code de commerce depuis au moins trois années et qu'il s'engage dans une démarche de validation des acquis de son expérience conformément aux I et II de l'article L. 335-5 du code de l'éducation.

III. — Une personne qualifiée, au sens du I, pour l'exercice d'une partie d'activité mentionnée au même I peut exercer la partie d'activité qui correspond à sa qualification ou en assurer le contrôle effectif et permanent au sein de l'entreprise.

IV. — Un décret, pris après avis des organisations professionnelles représentatives, fixe les règles applicables à l'apprentissage de la profession de coiffeur et aux établissements qui en dispensent l'enseignement, ainsi que les qualifications nécessaires à cet enseignement.

V. — Le dernier alinéa de l'article 35 du code professionnel local est complété par deux phrases ainsi rédigées :

" Si l'autorité compétente estime que l'activité déclarée est susceptible d'être interdite en vertu des dispositions ci-dessus, elle transmet cette déclaration au représentant de l'Etat pour décision. L'activité déclarée ne pourra être exercée avant qu'une décision n'ait été prise ".

NOTA :

Conformément au IV de l'article 131 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard douze mois après la promulgation de la présente loi.

Conformément à l'article 17 du décret n° 2017-767 du 4 mai 2017, ces dispositions entrent en vigueur le 1er juin 2017.»

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.

Définition.

Ainsi, sont artisans les personnes qui n'emploient pas plus de dix 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°2019-482 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises).

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 spéculé sur la main d'œuvre ou sur les marchandises (salariés, achats pour revendre, etc.). 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.

Jurisprudence.

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'oeuvre 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 qu'à compter de 2022 au plus tard, les activités artisanales relèveront de la compétence de tribunaux de commerce comme les activités commerciales.

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.

Texte.

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 demeurent accessoires. (*Cass. Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-16.100*).

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 TJ (L. 621-2 C.Com. – v. également 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.

Jurisprudence

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. 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 relèvent 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

A) 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. (*cf* 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.

B) Les agents commerciaux

L'agent commercial est défini à l'article L. 134-1 du Code de commerce. *Il s'agit d'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 L'agent commercial peut être une personne physique ou une personne morale.

Jurisprudence

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. 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*). 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. 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 - 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 (*Cass. Com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-66773, Chattawak*).

C) 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 telle 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.

A) 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 L. 7321-3 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 21 janvier 2008 (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 purement et simplement 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 (L. 7321-3 CT). 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 (L. 7321-4 CT). 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 (L. 7322-2 CT). 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 (L. 7322-5 CT). 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.

B) 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 effectuées 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. 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, *pourvoi 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-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.

NB. 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.

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 (*Régime social des indépendants*).

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 postcontractuelle et clause de non-réaffiliation ; 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 réputé 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)