

La qualité de commerçant individuel et l'accès à la profession commerciale

Ce que je dois savoir

I. Le commerçant individuel

A. Définition

Aux termes de l'article L. 121-1 du Code de commerce, « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ».

De cette définition du commerçant émergent deux critères : l'exercice d'actes de commerce, à titre de profession habituelle.

La jurisprudence exige un troisième critère, l'exercice indépendant de l'activité commerciale.

1. Exercice d'actes de commerce

Le législateur ne définit pas les actes de commerce, qui participent pourtant à la définition du commerçant. L'article L. 110-1 du Code de commerce en propose tout au plus une liste incomplète. Il est cependant possible de distinguer trois catégories d'actes de commerce, dessinées tant par la doctrine que par la jurisprudence : les actes de commerce par nature, par la forme et par accessoire.

a. Classification des actes de commerce

| | |
|---|---|
| Actes de commerce par nature | <ul style="list-style-type: none">• Activités de distribution : l'achat pour revendre (de biens meubles ou immeubles). L'intention spéculative suffit. Ainsi, peu importe l'existence d'invendus.• Activités de production<ul style="list-style-type: none">– Activités industrielles (achat et transformation de matières premières, suivis d'une vente de produits finis ou semi-finis). Dès lors, la transformation de produits que l'on a extraits ou cultivés soi-même ne correspond pas à une activité par nature commerciale ; il s'agit d'une activité agricole, par nature civile (<i>infra</i>).– Réparation et rénovation des biens d'autrui (activité du teinturier, du garagiste, etc.). La main-d'œuvre salariée et le matériel doivent être suffisamment importants ; à défaut, l'activité est artisanale et présente un caractère civil.– Activités d'édition (livres, disques, films, presse, etc.).– Entreprises de travaux publics et du bâtiment.• Exploitation des mines (fer, pétrole, cuivre, etc.).• Entreprises de location de meubles (voiture, matériel de sports d'hiver, matériel de bricolage, etc.).• Entreprises de fournitures (de biens ou de services : fourniture d'eau, d'électricité, prestations d'entretien de chauffage, etc.).• Entreprises de transport (de biens ou de personnes, quel que soit le mode de transport, par air, mer, ou par voie terrestre).• Entreprises de dépôt de meubles et de garde de marchandises.• Établissements de spectacles publics (théâtre, cinéma, concerts, etc.).• Établissements de vente à l'encan (ventes aux enchères publiques).• Activités financières (opérations de change et de banque).• Activités d'intermédiaires :<ul style="list-style-type: none">– Activités de courtage (courtiers d'assurances, courtiers en publicité, etc.) : le courtier cherche à rapprocher les parties en vue de la conclusion d'un contrat.– Entreprises de commission (commissionnaires de transport, prestataires de services d'investissement, etc.) : le commissionnaire s'entremet dans la formation du contrat. Il agit pour le compte d'autrui mais en son propre nom.– Agents et bureaux d'affaires (agences de voyages, entreprises de recouvrement de créances, agences de publicité, etc.) : l'agence d'affaires se charge de mandats pour gérer les affaires d'autrui.• Opérations d'assurance. |
|---|---|

| | |
|--|--|
| <p style="text-align: center;">Actes de commerce par accessoire</p> | <p>Un acte, par nature civile, est susceptible de changer de qualification, lorsque deux conditions sont réunies : parce qu'il est accompli par un commerçant, pour les besoins de son commerce, il devient un acte de commerce par accessoire.</p> <p>C'est le cas par exemple de l'achat d'un véhicule utilitaire par un négociant en vin, pour effectuer des livraisons dans le cadre de son activité. De la même manière, le commerçant qui loue un local pour y exercer son activité professionnelle accomplit un acte de commerce par accessoire.</p> <p>L'intérêt de cette fiction est de soumettre tous les actes passés dans le cadre de l'activité commerciale au même régime.</p> <p>La commercialité par accessoire ne s'applique cependant pas à la vente d'immeuble qui demeure civile. Ainsi, un commerçant qui achète un local commercial pour y exercer son activité n'effectue pas un acte de commerce. En revanche, celui dont la profession est d'acheter des immeubles pour les revendre réalise des actes de commerce, sauf si cette activité s'accompagne d'une rénovation importante avant la revente.</p> |
| <p style="text-align: center;">Actes de commerce par la forme</p> | <p>Sont toujours commerciaux, quelle que soit la personne qui les accomplit :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les actes accomplis au nom et pour le compte d'une société commerciale (société en nom collectif, société en commandite, société anonyme, SARL, SAS). • La lettre de change. Il s'agit d'un effet de commerce par lequel un tiré – débiteur – s'engage sur ordre d'un tireur – créancier – à payer une certaine somme d'argent à un bénéficiaire ou porteur. Ceux qui participent à la lettre de change font un acte de commerce. |

Différentes activités sont donc exclues de la commercialité et sont considérées comme civiles :

- les activités agricoles, c'est-à-dire 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 (C. rur., art. 311-1). L'agriculteur qui vend les produits de son exploitation ne fait donc pas d'achats pour revendre ;
- les activités artisanales, qui se caractérisent par la prépondérance du travail personnel de l'artisan et par l'absence de spéculation (peintre, électricien, etc.) ;
- les activités libérales ;
- les professions à caractère intellectuel ou artistique.

b. Le régime des actes de commerce

Les actes de commerce sont soumis à un régime spécifique.

■ Compétence juridictionnelle

Le tribunal de commerce est compétent pour connaître des litiges relatifs aux engagements et transactions des commerçants. L'acte doit être commercial pour chaque partie au conflit (C. com., art. 721-3-3°).

■ Preuve

Le nouvel article 1359 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (entrée en vigueur des nouvelles dispositions le 1^{er} octobre 2016 ; JORF n° 0035 du 11 février 2016) exige de préconstituer une preuve par écrit pour les actes dont la valeur excède 1 500 euros. Cette règle ne s'applique pas en matière commerciale : l'article L. 110-3 du Code de commerce indique en effet que la preuve des actes de commerce se réalise par tous moyens (factures, témoignages, livres de commerce, etc.).

■ Solidarité passive

Il y a solidarité passive lorsque le créancier peut exiger le paiement de la totalité de sa créance à l'un quelconque de ses débiteurs. En matière civile, la solidarité passive ne se présume pas et doit être expressément stipulée (C. civ., art. 1310 nouveau issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations). En revanche, selon une règle coutumière consacrée par la jurisprudence, les codébiteurs d'une obligation commerciale sont en principe tenus solidairement : ainsi, le créancier peut agir en paiement pour le tout contre l'un d'entre eux.

■ Cas particulier des actes mixtes

Un contrat est dit « mixte » lorsqu'il est commercial pour une partie et civil pour l'autre. Tel est le cas par exemple du contrat de vente d'une voiture conclu entre un concessionnaire et un particulier, du contrat passé entre un transporteur aérien et un particulier, du contrat conclu entre un artisan et un commerçant pour la réalisation de travaux dans le local commercial, etc.

Le régime des actes mixtes répond en principe à des règles dualistes : le droit commercial s'applique à la partie pour laquelle l'acte est commercial, et le droit civil s'applique à la partie pour laquelle l'acte est civil.

Ainsi, s'agissant de la compétence des tribunaux, le commerçant ne peut assigner le non-commerçant que devant les juridictions civiles. En revanche, ce dernier a le choix d'assigner le commerçant devant le tribunal civil ou le tribunal de commerce.

S'agissant des règles de preuve, si la preuve est faite contre la partie pour laquelle l'acte est commercial, celle-ci peut être rapportée par tous moyens. Si la preuve est faite contre la partie pour laquelle l'acte est civil, les règles de preuve du droit civil s'appliquent et il convient de respecter l'exigence du nouvel article 1359 du Code civil.

2. Exercice du commerce à titre de profession habituelle

La notion de profession vise une activité habituelle, principale, qui se réalise à travers une répétition d'actes de commerce similaires.

L'exercice du commerce implique par ailleurs la recherche d'un profit pécuniaire. L'intention spéculative apparaît dès lors comme le corollaire du caractère professionnel de l'activité commerciale.

3. Exercice du commerce à titre indépendant

Selon une jurisprudence bien établie, le commerçant individuel accomplit des actes de commerce de manière indépendante, c'est-à-dire en son nom et pour son compte. Ne sont donc pas commerçants les salariés, les VRP, les agents commerciaux, les organes de société (dirigeants de sociétés)...

B. Commerçant de droit et commerçant de fait

Le commerçant a l'obligation de s'inscrire au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS). Cette inscription le soumet au statut de commerçant, autrement dit aux bénéfices et aux charges spécifiques qui y sont attachés.

La personne qui exerce une activité commerciale à titre de profession habituelle et de manière indépendante, mais sans être inscrite au RCS, est qualifiée de « commerçant de fait ». Ce défaut d'enregistrement a pour conséquence de la priver du droit de se prévaloir de la qualité de commerçant à l'égard des tiers et des administrations publiques : elle sera alors soumise aux charges inhérentes au statut de commerçant, sans toutefois pouvoir profiter de ses bénéfices (par exemple, une procédure collective pourra être ouverte à son encontre ; elle sera par ailleurs assujettie aux impôts commerciaux, etc.).

II. Les restrictions à l'accès à la profession de commerçant

La liberté du commerce et de l'industrie a été affirmée par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, qui trouve son prolongement dans l'abolition des corporations par la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791.

La loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 dite « loi Royer » a rappelé ce principe : « La liberté et la volonté d'entreprendre sont le fondement des activités commerciales et artisanales ».

La liberté du commerce et de l'industrie a également été érigée en principe général du droit par le Conseil d'État (CE, 28 oct. 1960, n° 48.293).

Le Conseil constitutionnel y voit une liberté à valeur constitutionnelle qui prend racine dans l'article 4 de la Déclaration des droits de 1789 (Cons. Const., 16 janv. 1982, n° 82-139).

Cette liberté n'est cependant pas absolue et connaît quelques limites.

A. Les incapacités

Dans un souci de protection, le législateur apporte des restrictions à la capacité générale d'exercice des mineurs et des majeurs protégés par la loi, en raison de leur situation de faiblesse liée tantôt à leur jeune âge et leur immaturité, tantôt à l'altération de leurs facultés.

Cette incapacité retentit sur le libre exercice de la profession de commerçant.

1. Mineurs

L'accès à la qualité de commerçant est en principe interdit au mineur non émancipé. Celui-ci ne peut pas agir seul sur la scène juridique. Les actes de la vie civile doivent être accomplis par son représentant légal : ce dernier peut être l'administrateur légal, autrement dit l'un et/ou l'autre de ses deux parents exerçant l'autorité parentale, ou le juge des tutelles lorsque les parents sont décédés ou privés de l'exercice de l'autorité parentale. Or, l'article 509 du Code civil indique que « le tuteur ne peut, même avec une autorisation, [...], exercer le commerce [...] au nom de la personne protégée ». La même interdiction doit logiquement s'appliquer à l'administrateur légal.

Le mineur émancipé peut en revanche être commerçant s'il y a été autorisé par le juge des tutelles au moment de son émancipation, ou par le président du tribunal de grande instance après l'émancipation (C. civ., art. 413-8, et C. com., art. L. 121-2).

2. Majeurs protégés par la loi

Ne peut exercer le commerce le majeur protégé par une mesure de tutelle et représenté par son tuteur. De la même manière, l'accès à la qualité de commerçant est interdit au majeur placé sous curatelle, même avec l'assistance du curateur, puisqu'il ne peut accomplir aucun acte qui, sous le régime de la tutelle, requiert une autorisation du conseil de famille. En revanche, rien n'interdit au majeur placé sous sauvegarde de justice d'exercer une profession commerciale puisqu'il conserve l'exercice de ses droits (sous réserve de demander la nullité, la rescision ou la réduction des actes conclus dans le cadre de l'activité).

B. Les incompatibilités

Les incompatibilités ont pour but d'éloigner certaines activités ou certains mandats du caractère spéculatif du commerce, ceci afin d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts. Ainsi, les officiers ministériels (notaires, huissiers de justice, greffiers, avoués...), les professions libérales réglementées (médecins, avocats, experts-comptables et commissaires aux comptes, architectes...), et les parlementaires, ne peuvent exercer d'activité commerciale. L'exercice du commerce est en outre en principe interdit aux fonctionnaires. Ces derniers ont cependant la possibilité d'exercer une telle activité de manière accessoire, en plus de leur activité principale, sur autorisation et à la condition que cette activité soit compatible avec l'exercice de leur fonction.

C. Les interdictions

Les interdictions d'exercer le commerce ont été réformées par la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie.

1. L'interdiction d'exercer le commerce, conséquence d'une condamnation pénale

L'interdiction d'exercer une activité commerciale peut être la conséquence d'une condamnation pénale.

En vertu de l'article 131-6 du Code pénal, « *Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer, à la place de l'emprisonnement, une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de liberté suivantes : [...]* »

« 15° – *L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale* ».

L'article 131-27 du Code pénal prévoit en outre que la même interdiction peut être prononcée à titre de peine complémentaire pour un crime ou un délit (vol, escroquerie, blanchiment, abus de biens sociaux, présentation de comptes infidèles...); l'interdiction est alors définitive ou temporaire, et ne peut dans ce dernier cas excéder une durée de quinze ans.

Cela signifie qu'une personne condamnée à une telle interdiction ne pourra ni être entrepreneur individuel ni dirigeant d'une entreprise commerciale. Autrement dit, elle pourra uniquement être associée d'une SARL ou actionnaire d'une Société Anonyme sans y exercer la fonction de direction telle que gérant, administrateur, directeur général, président du conseil d'administration...

Enfin, l'article 1750 du Code général des impôts indique que la personne physique coupable d'un délit en matière d'impôts directs, de taxe sur la valeur ajoutée et autres taxes sur le chiffre d'affaires, de droit d'enregistrement, de taxe de publicité foncière et de droit de timbre encourt l'interdiction, à titre de peine complémentaire, d'exercer directement ou par personne interposée, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une profession commerciale. L'interdiction ne saurait excéder trois ans, ou six ans en cas de récidive.

2. L'interdiction d'exercer le commerce, conséquence de la faillite personnelle

Lorsqu'une entreprise est mise en redressement ou en liquidation judiciaire, le tribunal peut prononcer la faillite personnelle contre le chef d'entreprise qui a commis une grave faute de gestion à l'origine du redressement ou de la liquidation de son entreprise (C. com., art. L. 653-3). Les personnes frappées de faillite personnelle se voient alors interdire l'exercice du commerce : « *La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale* » (C. com., art. L. 653-2 Code de commerce). La durée de l'interdiction ne peut être supérieure à quinze ans (C. com., art. L. 653-11).

L'article L. 653-8 du Code de commerce prévoit que le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci. Cette interdiction est donc moins étendue que la faillite personnelle : elle ne vise qu'une activité définie. La durée de l'interdiction est identique à celle de la faillite personnelle.

D. Les autorisations

Les autorisations d'exercer le commerce concernent les personnes physiques de nationalité étrangère. Elles visent également certaines activités.

1. L'activité commerciale en France par les personnes physiques étrangères

a. L'étranger résidant en France

Les ressortissants d'un État tiers à l'Union européenne, à l'Espace économique européen (Norvège, Liechtenstein et Islande) et à la Confédération suisse, doivent détenir une carte de séjour temporaire autorisant l'exercice d'une activité professionnelle délivrée par la préfecture.

La carte de séjour mentionne l'activité et n'est délivrée qu'à la condition de justifier la viabilité économique du projet.