



CHAPITRE I

LE COMMERÇANT

Si la liberté du commerce est, pour le commerçant, de principe (section I), il n'en reste pas moins que l'exercice du commerce est encadré (section II).

SECTION I : LA LIBERTÉ DU COMMERCE

Le principe de liberté du commerce (§ 1) peut parfois être assorti de conditions (§ 2).

§ I : LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DU COMMERCE

Issu du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 selon lequel « il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art, ou métier qu'il trouvera bon », le Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982 (Décision n° 82-132 DC, *JORF* du 17 janvier 1982, p. 299 sur les nationalisations) y voit une « règle de valeur constitutionnelle ». De même, le Conseil d'État a réaffirmé à de nombreuses reprises que le principe de la liberté de commerce et de l'industrie est garanti par la loi (CE 22 juin 1951, Daudignac arrêt n° 00590 02551).

Ce principe se traduit par :

- la liberté d'entreprendre. Elle est favorisée par les pouvoirs publics. Ainsi l'ANCE (Agence nationale pour la création d'entreprises) a été créée en 1979 par les pouvoirs publics pour aider les projets de création d'entreprises ; la « loi Madelin » du 11 février 1994 (loi « initiative et entreprise individuelle ») visait à aider le développement des entreprises individuelles ; la loi sur l'initiative économique du 1^{er} août 2003 tend à favoriser la création de petites et moyennes entreprises ; tel est encore le cas de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;
- la liberté d'exploiter le commerce. Le principe de la liberté du commerce engendre celui de la libre concurrence. Afin de le protéger, il existe des règles destinées à sanctionner la concurrence déloyale et à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles individuelles ou collectives.

Toute personne a la liberté de créer et ensuite d'exploiter son entreprise. Elle doit cependant, pour accéder à la profession commerciale, respecter les limites tenant tant à l'activité qu'aux personnes ; elle doit aussi respecter des règles d'ordre public du droit des affaires et du droit social.

LECTURE

Kdhir M., « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mythe ou réalité », *D.* 1994, chron. p. 30.

§ 2 : LES CONDITIONS D'EXERCICE DU COMMERCE

La loi du 2 mars 1791 a proclamé qu'« il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession qu'elle trouvera bon ». L'accès à la profession commerciale suppose toutefois le respect des conditions édictées par la loi tenant à l'activité (A) et aux personnes qui se proposent d'exercer le commerce (B).

●●● A. CONDITIONS TENANT À L'ACTIVITÉ

Il existe des commerces interdits ou réservés et des commerces réglementés :

- les commerces interdits ou réservés : les commerces interdits sont contraires à l'ordre public (commerce de la drogue, maison

de prostitution, etc.). Les commerces réservés sont ceux qui sont soumis à un monopole d'État (tabacs, timbres-poste, etc.) ;

- les commerces réglementés : ce sont ceux qui nécessitent soit la détention d'un diplôme (opticien, pharmacien, etc.), soit une autorisation administrative (débit de boissons, agence de voyage, etc.) ou un agrément / autorisation par une autorité administrative indépendante.

Ainsi, l'exercice légal d'une activité dans le secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne suppose une « licence d'exploitation », puisque l'opérateur qui dépose sa demande doit répondre expressément à toutes les conditions imposées par le cahier des charges. Seule l'ARJEL (Autorité de régulation des jeux en ligne) est en mesure d'apprécier si l'opérateur s'est conformé à toutes les demandes. Une fois la licence délivrée, l'ARJEL contrôle alors l'activité même du site et en premier lieu que celui-ci n'accepte que des joueurs originaires de France. L'Autorité vérifie également que des sites étrangers n'accordent pas aux joueurs français la possibilité de s'inscrire, afin de ne pas concurrencer illégalement les sites autorisés en France, les détenteurs de licence d'exploitation sont ainsi également protégés.

●●● B. CONDITIONS TENANT AUX PERSONNES

Ces conditions correspondent à deux préoccupations : d'une part, protéger l'individu qui n'a pas la pleine capacité car le commerce est une activité à risques (protection du commerçant) d'autre part, sauvegarder l'intérêt général en écartant des personnes dont l'activité ne paraît pas souhaitable (protection des tiers).

1. Les incapacités

Pour avoir la qualité de commerçant, il faut être capable. La capacité juridique est l'aptitude légale à avoir des droits et des obligations et le pouvoir de les exercer.

a. Les mineurs

Le mineur ne peut exercer le commerce, car il ne peut ni agir seul, ni être représenté. L'article L. 121-2 du Code de commerce prévoit en effet : « le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant ».

Cependant, il peut accomplir des actes isolés de commerce, le législateur ayant aboli l'interdiction posée anciennement par le Code

de commerce. En revanche, il ne pourrait pas signer une lettre de change ; l'article L. 511-5 du Code de commerce l'interdit.

Un mineur peut également créer une entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) ou une société unipersonnelle, avec l'autorisation de ses deux parents, ou de son administrateur légal sous contrôle judiciaire (art. 389-8 C. civ.).

b. Les majeurs incapables

Les solutions applicables à l'incapable majeur n'ont jamais fait l'objet d'une transcription dans le Code de commerce. Les solutions acquises en droit civil ont, en conséquence, été transposées en droit commercial.

Les majeurs en tutelle : ils ne peuvent ni exercer le commerce personnellement, ni par le biais de leur représentant légal. Les actes passés seraient alors nuls de plein droit. Le jugement de mise en tutelle d'un commerçant doit être inscrit au registre du commerce. Le majeur en tutelle conserve la possibilité (avec son représentant légal) de mettre son fonds de commerce en location-gérance (voir *infra*) : ainsi, il restera propriétaire du fond, puisque la seule chose qui lui est interdite, c'est d'effectuer des actes de commerce.

Lorsque la personne protégée a seulement besoin d'être assistée, l'ouverture d'une curatelle altère sa capacité à effectuer des actes de commerce. En principe, elle pourrait exercer à titre habituel des actes de commerce et avoir la qualité de commerçant. Toutefois, en pratique, la nécessité d'une assistance permanente du curateur constitue un obstacle assez difficile à surmonter.

Les majeurs sous sauvegarde de justice : ils peuvent être commerçants car ils conservent l'exercice de leurs droits. Les actes qu'ils passent seront cependant plus fragiles et pourront être rescindés pour lésion (v. Steinlé-Feuerbach M.-F., *Droit des obligations*, Ellipses, 2009, p. 48).

2. Les interdictions ou condamnations pénales

Les personnes qui ont été condamnées à certaines peines peuvent également se voir interdire l'exercice d'une profession commerciale.

Le régime d'incapacité qui interdisait de plein droit à certaines personnes condamnées définitivement pour crime ou certains délits (escroquerie, abus de confiance, recel, etc.) d'exercer une activité commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler une entreprise commerciale ou industrielle ou une société

commerciale a été abrogé par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Désormais, la peine automatique est remplacée par une peine complémentaire que les tribunaux peuvent prononcer au cas par cas, sous réserve toutefois que la personne en cause soit reconnue coupable d'une des infractions (crime ou délit) limitativement énumérées par la loi (le crime, le vol, l'extorsion, l'escroquerie, le blanchiment, le détournement, le recel, le faux et l'usage de faux, la corruption, etc.).

Les contrevenants à cette interdiction sont passibles d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30000 €; en cas de récidive, la peine d'emprisonnement peut être portée à cinq ans et la confiscation du fonds de commerce ou des marchandises peut être prononcée.

Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure collective, suite à une cessation de paiements, le tribunal peut prononcer l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale.

3. Les incompatibilités

Il est interdit d'exercer le commerce :

- aux fonctionnaires agents ou ouvriers des services publics de l'État, des départements, communes, offices, établissements publics (Ord. n° 59-244 du 4 févr. 1959, art. 8; L. n° 83-634 du 13 juil. 1983, art. 25; art. L. 324-1 C. trav.);
- aux notaires (Décr. n° 45-2590 du 19 déc. 1945, art. 13);
- aux avocats (L. n° 90-1259 du 31 déc. 1990, art. 25; Décr. n° 91-1107 du 27 nov. 1991, art. 111);
- aux huissiers de justice (Ord. n° 45-2592 du 2 nov. 1945, art. 32, mod. par Décr. n° 55604 du 20 mai 1955 et n° 56-222 du 29 févr. 1956, art. 1. 2);
- aux administrateurs judiciaires et mandataires-liquidateurs (art. L. 811-10 et L. 812-8 C. com.);
- aux architectes ou aux experts-comptables.

La règle est la même pour les pharmaciens qui ne peuvent pas exercer d'activité commerciale sous la forme d'une entreprise individuelle pour un commerce autre que leur pharmacie.

En cas de méconnaissance de ces interdictions, des sanctions professionnelles peuvent être prononcées.

4. Le statut des commerçants étrangers

La loi du 24 juillet 2006 a supprimé « la carte commerçant étranger » pour lui substituer un double dispositif dont le critère déterminant est la résidence ou la non-résidence de l'étranger sur le territoire national.

- obligation de détenir une carte de séjour temporaire pour les commerçants étrangers qui souhaitent résider en France (art. L. 313-10, 2° C. étrangers);
- obligation préalable de déclaration auprès des services préfectoraux pour les commerçants étrangers ne souhaitant pas résider en France (art. L. 122-1 et L. 122-2 du Code de commerce).

Le non-respect de ces dispositions est sanctionné pénalement d'un emprisonnement d'un an et d'une amende.

La carte de séjour n'est toutefois pas exigée pour :

- les ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen (qui doivent tout de même se faire enregistrer auprès du maire de leur commune de résidence dans les 3 mois de leur arrivée);
- les étrangers qui peuvent se prévaloir d'une convention qui les en dispense (notamment les ressortissants d'Algérie);
- les étrangers titulaires de la carte de résident.

La carte de séjour est délivrée par la préfecture du département où l'étranger souhaite exercer son activité (le titulaire de la carte d'identité de commerçant est tenu, dans le délai de trois mois à compter de la date de remise de cette carte, de déposer à la préfecture qui l'a délivrée un extrait de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers; à défaut, la décision d'attribution de cette carte devient caduque).

Pour l'obtenir, l'étranger doit notamment pouvoir justifier (Arrêté du 12 septembre 2007 relatif aux documents à produire pour la délivrance de la carte de séjour temporaire autorisant l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale) :

- d'un projet d'entreprise comportant au moins un budget prévisionnel pluriannuel;

- d'un engagement écrit de cautionnement d'un établissement de crédit couvrant les besoins financiers inhérents au démarrage de l'activité projetée; ou
- d'une attestation d'un établissement de crédit en France ou de La Poste indiquant que l'étranger est titulaire d'un compte dont le solde créditeur permet de couvrir les besoins financiers inhérents au démarrage de l'activité projetée.

Le préfet apprécie au regard de ces éléments la viabilité et la pérennité du projet d'entreprise et consulte à cet effet la chambre de commerce et d'industrie ou la chambre des métiers du lieu de l'implantation projetée.

Les ressortissants des États-Unis, de la République Centrafricaine, du Congo-Brazzaville ainsi que des républiques du Gabon, du Mali, du Togo et du Sénégal bénéficient de procédures simplifiées.

5. Les clauses contractuelles de limitation d'activité

Une personne peut, moyennant rémunération la plupart du temps, renoncer par contrat à exercer certaines activités commerciales pendant un certain temps.

Il existe deux types de clauses contractuelles qui empêchent d'exercer le commerce :

- les clauses de non-rétablissement, insérées dans un contrat de vente d'un fonds de commerce. Elle interdit au vendeur de s'établir (ou de se rétablir) à proximité du fonds de commerce qu'il vend ;
- les clauses d'exclusivité, insérées dans un contrat et qui obligent un commerçant à ne vendre exclusivement qu'un certain type de produit.

Ces contrats sont soumis aux règles du contrôle de la concurrence.

SECTION II : L'EXERCICE DU COMMERCE

L'exercice du commerce suppose la qualité de commerçant (§ 2), celle-ci engendre des droits et des obligations (§ 2). Le commerçant peut être entouré de son conjoint (§ 3) ou de collaborateurs (§ 4).

§ I : LA DÉFINITION DU COMMERÇANT

Quel point commun y a-t-il entre l'épicier de quartier et la multinationale étasunienne de la grande distribution *Wal-Mart* représentant des dizaines d'actionnaires, plusieurs milliers de salariés et au capital de plusieurs milliards de dollars ?

Peu de choses aussi bien du point de vue de la gestion que de la vie quotidienne. Néanmoins, ces deux entreprises sont considérées comme des commerçants au sens du droit commercial.

Ce statut de commerçant mène à l'application de règles particulières de droit commercial mais également à des obligations comptables et fiscales particulières.

Le commerce peut être exercé par deux catégories de personnes : des personnes physiques, que l'on appelle des commerçants individus ou simplement « commerçants » (A), et des personnes morales de droit privé telles les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économique, certaines associations et les établissements publics à caractère industriel ou commercial. Le commerçant est alors une personne morale (B).

●●● A. LE COMMERÇANT, PERSONNE PHYSIQUE

Selon l'article L. 121-1 du Code de commerce, « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Deux conditions doivent donc être remplies cumulativement, l'accomplissement d'un acte de commerce (1) et le caractère habituel de cette tâche (2).

1. L'accomplissement d'actes de commerce

La qualification de commerçant suppose l'accomplissement d'actes de commerce, qui doivent alors s'effectuer suivant des conditions matérielles déterminées, la doctrine juridique utilise le terme de « comportement commercial » pour désigner cette condition.

Les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce dressent une liste d'actes de commerce, mais celle-ci n'est pas exhaustive : la jurisprudence n'hésite parfois pas à ajouter à l'énumération du Code de commerce, afin de saisir les aspects modernes de la commercialité, en ayant recours aux conceptions générales censées fonder cette énumération, telles que les notions d'entremise ou de spéculation.