

La qualité de commerçant.

Qu'est-ce qu'un commerçant ?

= **L 121-1 du code de commerce** en donne pour partie la définition. Il dispose « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

Elle suscite deux remarques :

- formule auto-logique, pas satisfaisante
- elle est incomplète. La JP y ajoute un autre critère : celui de l'indépendance.

Donc le commerçant répond à trois critères cumulatifs (2 légaux et un JP)

- c'est celui qui exerce des actes de commerce par nature
- celui qui exerce à titre de profession habituelle
- il doit l'exercer de manière indépendante.

S'il manque un critère, nous ne sommes pas en présence d'un commerçant.

Section 1 : l'exercice d'actes de commerce par nature.

cf chapitre d'avant. On va traiter ici des personnes qui exercent ces actes : les personnes physiques et morales.

§1 : les personnes physiques commerçantes.

Deux catégories :

- la première concerne les personnes qui exercent elles mêmes le commerce. Ces personnes sont appelées les commerçants de **droit** ou les commerçants de **fait**.
- Elle comprend deux personnes qui ont le statut de commerçant sans pourtant réaliser des actes de commerce par nature : les associés de certaines sociétés commerciales par la forme.

A) les commerçants de droit et de fait :

Les **commerçants de droit** sont ceux qui exercent un commerce et qui se font immatriculer au RCS (registre du commerce et des sociétés) qui leur rend applicable l'ensemble du statut des commerçants c'est à dire l'intégralité des droits et obligations pesant sur les commerçants.

Les **commerçants de fait** sont également des commerçants selon le code et la JP mais ils ne sont pas inscrits au RCS. Parce que :

- L'activité commerciale poursuivie est **licite** mais le commerçant néglige de s'inscrire (oubli).
- L'activité est **illicite** et donc il est impossible de s'inscrire au RCS (trafic d'enfants, drogue, arme, adultes... mais aussi un notaire qui spéculé avec les fonds de ses clients...).

Cette qualification **prive l'intéressé des droits** du commerçant mais elle **fait peser sur lui toutes les obligations du commerçant**. C'est à dire à chaque fois que le commerçant de fait revendiquera les droits du commerçant, cela lui sera refusé. En revanche à chaque fois que quelqu'un revendique des obligations à son encontre, cette personne verra sa demande accueillie.

Exemple :

- toute personne pourra prouver librement à l'encontre du commerçant de fait.
- En matière de bail commercial, le commerçant de fait ne pourra pas obtenir le renouvellement du bail à son issue ni une indemnité d'éviction qui compense le non renouvellement.
- Exemple historique parce que la loi du 26 juillet 2005 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 relative à la sauvegarde des entreprises) à supprimer l'exigence que les commerçants soit inscrit au RCS (L 620-2) : jusqu'au 1^{er} janvier 2006, le commerçant de fait ne pouvait pas demander à bénéficier d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. En revanche, le créancier pouvait le demander.

On peut cumuler activité civile (médecin) et commerciale (chef de clinique et donc entreprise).

B) Les associés commerçants :

En principe, l'associé n'a pas la qualité de commerçant car il n'exerce pas d'activité commerciale, il se contente d'exercer des droits et prérogatives qui sont ceux de tout associé.

Il existe deux sociétés cependant, dans lesquelles les associés ont le statut de commerçant : ce sont des **sociétés commerciales de personnes** (ce sont des sociétés qui ont la particularité d'unir étroitement les associés entre eux et dont la personnalité morale n'est pas totalement distincte de la personnalité de chacun des associés) :

- SNC : société en nom collectif
- Sociétés en commandite

Les associés sont donc commerçants avec une petite nuance : dans les sociétés en commandite, il existe deux catégories de types d'associés :

- Les associés **commandités** : ils ont le statut de commerçant
- Les associés **commanditaires** : ils ont un statut normal qui relève du droit civil

Les associés en nom et commandités sont solidairement responsables des dettes et en répondent indéfiniment sur leur propre patrimoine personnel.

En principe les associés des autres sociétés commerciales voient leur responsabilité limitée à leurs apports : dans le pire des cas, ils perdent ce qu'ils ont donné à l'origine.

§2 : les personnes morales commerçantes :

Catégories de personnes morales : les sociétés, mais ce ne sont pas les seules dans notre droit. Il y en a d'autres en droit public (collectivité publique), en droit privé (les sociétés et les autres personnes morales).

A) des principes directeurs du droit des sociétés :

art 1832 du Code Civil : une société est d'abord un contrat conclu entre deux ou plusieurs individus qui ont décidé de mettre en commun des moyens et ou leur travail pour atteindre un objectif économique consistant à réaliser des bénéfices ou une économie.

C'est un contrat qui répond au droit commun (licéité...) mais aussi spécial car réunion d'éléments particuliers :

- **les apports** : chaque associé doit apporter quelque chose à la société.
 - Il y a des **apports en numéraires** (argent)
 - ou en **nature** (apporter un bien : immeuble, matériel informatique, des meubles incorporels comme une marque, un brevet).
 - Il y a aussi **l'apport en industrie** c'est à dire promettre d'exécuter un travail, une compétence, un savoir faire au profit de la société.

- **la volonté de s'associer** : élément intentionnel ou **l'affectio societatis**. Pas de relation hiérarchique même pour l'apport en industrie. Cela sert surtout à permettre d'opérer la bonne qualification lorsque nous sommes en présence d'un contrat qui est peut être pas un contrat de société alors qu'il y ressemble. *Entreprise et travailleur indépendant qui créent une société en participation : le transporteur routier met à disposition ses camions, l'ancien salarié son industrie : conduite. La relation n'est plus salariée donc plus de charges sociales, bénéfiques partagés ; si les choses se gâtent et que le travailleur indépendant va devant les juges : pas de société car pas de volonté de collaborer car le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail continue d'exister dans notre relation d'affaire. Condamnation à payer les charges sociales à l'URSSAF, heures supplémentaires. On peut donc arriver à déterminer si le contrat répond bien à un contrat de société.*

- **La participation aux résultats** : les résultats sont les bénéfices ou les pertes.
 - Quand il y a des bénéfices ils sont distribués sous forme de dividende, chaque associé en recevant une part à **proportion de ses apports**.
 - Lorsque la société a des dettes : c'est la société elle même qui doit les payer.
 - Dans les SNC pour associés commandite sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes.
 - Si la société ne peut continuer son activité, et que ses difficultés financières entraînent sa liquidation, les associés ne perdront que leurs apports qui seront vendus ou utilisés pour payer et désintéresser les créanciers.

Comment est-ce qu'on constitue une société ?

Il faut d'abord trouver des associés, il faut au moins être deux. Ils vont discuter entre eux de manière informelle (pourparlers) de **l'objet de la société** c'est à dire savoir le programme de la société, ce pour quoi elle va être constituée.

Les associés vont discuter de la **forme** de la société : société civile ou commerciale (choix).

Discussion des **apports de chacun** : celui qui apporte plus aura une partie du capital plus importante que les autres avec des **titres sociaux** qui constatent des droits d'associés dont le droit de vote.

Formalisation de la société quand on rédige le contrat de société : « les **statuts** ». une société dont les statuts sont signés : ce n'est rien d'autre qu'un contrat qui réunit plusieurs associés,

groupement d'individu. Elle va pouvoir passer de l'état de contrat à l'état de personne : une société peut obtenir la personnalité morale en s'immatriculant au RCS. Il y a peu de **société en participation** (sans personnalité).

B) les personnes morales autres que les sociétés.

En droit privé, il y a peu de personnes morales. On trouve :

- **les GIE** : groupement d'intérêt économique. L'idée du GIE est que plusieurs entreprises (individuelles ou sociétaires) vont décider de se grouper c'est à dire de mettre en commun des moyens pour faciliter ou développer leur activité économique.

Exemple : *des artisans électriciens vont se grouper pour réaliser leurs achats de fourniture. Le GIE doit acheter des fournitures. Si on achète en nombre et quantité, on obtient des rabais plus importants. Le GIE carte bleue : quand on utilise notre carte, à chaque fois on envoie un ordre de paiement au GIE carte bleue qui répercute auprès des banques concernées. Cela leur coûte moins cher plutôt que de créer un compte pour chaque commerçant. GIE Visa, GIE Mastercard.*

Sa particularité est que son objet doit être en relation avec l'activité de ses mb. La Cour de Cassation a rendu ainsi une décision importante très rare : **13 novembre 2003** (bulletin civil de la Cour de Cassation n°176). Il s'agissait en l'espèce d'assureurs qui avaient constitué un GIE pour lui confier une activité d'expertise automobile. L 326-6 du code de la route interdit aux assureurs d'exercer une telle activité. Parce que l'expert est un tiers qui établit des faits, il intervient quand le client le sollicite pour examiner un litige. Le GIE a été annulé par la Cour de Cassation car pour être valable, le GIE doit avoir une activité auxiliaire à celle de ses mb ce qui implique qu'il poursuive une activité que ses mb peuvent exercer.

Il acquiert sa personnalité morale quand il s'immatricule au RCS. Avec les groupements, l'effet d'inscription est l'attribution de la personnalité morale mais ne préjuge pas de la commercialité ou personne civile de la société. **Pour le GIE : il est civil ou commercial selon que son objet est lui même civil ou commercial quelque soit la nature de l'activité de ses mb.**

- **les associations** : une association est un contrat par lequel plusieurs individus mettent en commun leur connaissance ou leurs activités dans un but autre que de partager les bénéfices.

Elle sont régies par la **loi du 1^{er} juillet 1901**. elle est a but non lucratif. Cela ne signifie qu'une association ne peut pas réaliser de bénéfices. Au contraire, une association peut les faire. Seulement, le but non lucratif interdit de distribuer ces bénéfices aux mb de l'association. Cela distingue fondamentalement la société de l'association. La société a un seul objectif : partager les résultats. Si elle partage les bénéfices, le juge la traitera comme une société parce que elle fonctionne comme une société.

Une association peut faire des bénéfices qui doivent toutefois demeurer l'accessoire d'une activité principale désintéressée à caractère social, humanitaire...

Il en résulte une conséquence : en principe **l'objet** d'une association ne peut pas être commercial par nature. Il doit demeurer **civil**.

Actuellement en France, les associations emploient 1 million 500 000 personnes. Ce sont donc de véritables entreprises. Elles peuvent le faire sans aucune difficulté mais il ne faudra pas qu'elles poursuivent un but lucratif. Le risque n'est pas seulement d'être traité comme une société, il est aussi fiscal, une association qui se comporte comme une société est soumise aux impôts commerciaux notamment la TVA, L'IS (impôt sur les sociétés).

Elle acquiert la personnalité morale comment ? en principe, elle ne peut pas s'inscrire au RCS. Elle l'acquiert à l'occasion de sa publication au JO. Pour ce faire, il faut aller en préfecture déclarer l'association, avec le récépissé, il faut l'envoyer au JO. Normalement, la préfecture s'en occupe.

Section 2 : l'exercice d'une profession habituelle :

L 121-1 du code de commerce. Qu'est-ce que l'habitude ? la profession ?

L'habitude implique la **répétition** des actes et des opérations. On la trouve dans la théorie de l'acte de commerce. Le critère de l'habitude permet de faire jouer la théorie de l'accessoire. Lorsque à l'occasion d'une profession civile, une personne accomplit quelques actes de commerce, cette personne n'est pas réputée commerçante car elle fait par habitude des actes civils et non des actes de commerce. On dit qu'à titre principal elle a une activité civile et qu'à titre accessoire, elle exerce des actes de commerce. **En droit, l'accessoire suit le principal. Un acte accessoire empruntera le régime de l'obligation principale.**

Exemple : *Un artisan, profession civile régie par Code Civil. L'artisan maçon va à l'occasion de son travail manuel réaliser des actes de commerce par nature : lorsqu'il fournit des briques... en faisant cela, il passe des actes de commerce par nature : des achats pour revendre à ses clients. En réalité, cela ne le transforme pas en commerçant car ces achats pour revendre sont accessoires à son activité manuelle principale qui est civile. Ils deviennent civils par accessoire.*

La notion de profession a été parfois discutée : **certains auteurs comme Roblot ou Hamel** ont prétendus que la profession suppose l'existence d'une entreprise organisée ou au moins un fonds de commerce et une clientèle.

la JP ne retient pas ce critère d'organisation, pour elle, le professionnel est celui qui vit de son activité et qui tire les moyens de subsistance de son activité. Autrement dit, le commerçant est celui qui vit d'une activité commerciale par nature. Ex d'un type qui boursicotait pour arrondir ses fins de mois. La Cour de Cassation, à propos de la qualification de ce M. à partir du moment où il n'en vit pas n'est pas un professionnel du commerce même s'il se comporte comme tel.

Ce critère de subsistance de JP est appliqué aussi dans la théorie de l'accessoire. Lorsqu'il y a hésitations, ce qui permet au juge de trancher la question est simplement l'évaluation des revenus tirés respectivement de l'activité civile et commerciale pour en déduire soit une profession civile, soit une profession commerciale.

Cette théorie de l'accessoire ne s'applique uniquement quand les deux activités sont étroitement liées, et que l'on a du mal à les distinguer. Si ce n'est pas le cas, quand les deux activités sont scindables on peut exercer deux activités juridiques différentes, une civile une commerciale et la théorie de s'applique pas.

Section 3 : l'exercice de manière indépendante :

L 121-1 du Ccom n'aborde pas la question de l'indépendance. C'est la JP qui a ajouté cette condition à la reconnaissance de la qualité de commerçant. L'idée est la suivante : celui qui exerce une activité commerciale doit le faire à ses risques et périls c'est à dire exposer son propre patrimoine.

Pour ce faire, **il est nécessaire qu'il soit indépendant et il ne peut l'être que si il agit en son propre nom et son propre compte.**

Si il agit pour le compte d'autrui et au nom d'autrui, il n'est pas commerçant, car il engage le patrimoine d'autrui et non le sien.

La question de l'indépendance soulève la difficulté de la qualification de certains auxiliaires de commerce : des personnes qui travaillent pour faire prospérer un commerce. Parmi tous ces auxiliaires du commerce, certains n'ont pas la qualité de commerçant, d'autres au contraire en sont dotés.

§1 : les auxiliaires du commerce n'ayant pas la qualité de commerçant :

ces auxiliaires ont en commun de ne pas agir à leurs risques et périls, ils n'exposent pas leur propre patrimoine. Pour autant, ils réalisent des actes de commerce à titre professionnel et habituel.

On les classe dans un ordre croissant d'indépendance :

- le moins indépendant est le **salarié** : il n'est pas indpt car il est subordonné à son employeur commerçant. Il est dans un **état de subordination** selon le contrat de travail. On dit que c'est l'état de celui qui travaille en respectant les directives de son employeur sans indépendance dans l'exécution de sa tâche. En vertu de ce lien de subordination, l'employeur a un pouvoir de contrôle sur le travail réalisé. Il peut donner des ordres à ses salariés et il peut les sanctionner en cas de faute.
- Le **VRP** : voyageur représentant placier. Il est plus indépendant que le salarié parce que il prospecte la clientèle de l'entreprise qu'il représente. De plus, il est apte à recevoir des commandes et il peut avec l'autorisation de l'entreprise qui l'emploie représenter plusieurs entreprises. **C'est un VRP multi cartes.**
- Les **gérants de succursales** : deux catégories :
 - **le gérant salarié** qui est plus indépendant que le salarié mais reçoit tout de même des ordres de son employeur. Il n'exploite pas le magasin à ses risques et périls.
 - **Le gérant non salarié** : on le rencontre dans la distributions alimentaires. Il n'est pas salarié mais il est mandataire et en tant que mandataire il a un mandat de diriger le magasin dont il a la charge. Dans le cadre de leur mandat, ils peuvent employer des salariés pour les aider, ils perçoivent en guise de rémunération un pourcentage sur le produit des ventes mais ils ne sont pas commerçants faute de risque économique : en application de la théorie de la représentation, lorsqu'un mandataire représente son mandant, l'acte qu'il accompli est au nom et pour le compte du mandant. Le mandataire qui passe le

contrat est comme s'il n'existait pas, il disparaît de la scène juridique. Le contrat lie le mandant et la personne. On ne touche pas le patrimoine du mandataire.

Le statut des gérants non salariés est hybride : il bénéficie de la sécurité sociale des salariés et des congés payés. Les litiges relatifs aux conditions de travail relèvent des CPH. En revanche, les litiges tenant aux conditions d'exploitation sont de la compétence des tribunaux de commerce.

- nouvelle catégorie de gérant par **une L de 2005 : gérant-mandataire**. Ils sont inscrits au RCS en tant que tel. On ne sait pas vraiment s'ils sont commerçant car on leur applique la théorie de la représentation. Tous les actes qu'ils font dans le cadre de leur commerce s'impute dans le patrimoine du propriétaire du fonds de commerce. Contrairement au gérant non salarié, il a un statut de travailleur indépendant et se rémunère en prélevant un pourcentage sur le CA. Il ne doit pas y en avoir beaucoup car beaucoup de contraintes sociales et juridiques.

- **Les dirigeants de société commerciale** : ils ne sont pas commerçants car en principe, ils représentent la société. Ils exercent un commerce au nom et pour le compte de cette société. Ils se rapprochent le plus du statut du commerçant à tel point que les dirigeants sociaux figurent sur les listes électorales des CCI et tribunaux de commerce. Les professions incompatibles avec le commerce sont également incompatibles avec l'exercice des fonctions de dirigeants de société commerciale.

Exemple : il a été jugé par la CA de Bordeaux du 1^{er} décembre 98 publié dans le bulletin joly 99 p 365. elle décide qu'un avocat dont le statut est incompatible avec l'exercice du commerce n'a pas le droit d'être mb du directoire d'une SA.

- **les agents commerciaux** : **L 134-1 et suivants du Ccom**. Ce sont des mandataires non salariés qui à titre de profession indépendante sont chargés de façon permanente de négocier et éventuellement de conclure des contrats de vente, d'achat, de prestation de services ou de location pour le compte d'autrui. C'est le plus autonome.

L'agent commercial peut être une personne physique ou une personne morale.

Si c'est une société commerciale par la forme, statut de commerçant.

La négociation qu'il mène suppose la prospection de clientèle et la prise de commande.

Il est en principe non commerçant à raison des contrats qu'il conclue pour autrui.

Il peut le devenir s'il est constitué sous forme de société commerciale par la forme ou si selon la JP, à l'occasion de son contrat d'agent, il a créé un véritable fonds de commerce personnel et qu'il s'est inscrit en qualité de commerçant au RCS. JP de la chambre comm de la Cour de Cassation du 3 novembre 2004 (RJDA 2005 n°543).

§2 : les auxiliaires du commerce ayant la qualité de commerçant :

il y a deux catégories de commerçants très liés à autrui :

- **le locataire gérant** :

= ce sont les commerçants, des personnes qui ne sont pas propriétaire d'un fonds de commerce. Mais elles cherchent à exercer une activité commerciale. La solution ici

consiste à louer un fonds de commerce à son propriétaire. Cela entraîne comme conséquences que le locataire gérant versera un loyer ou redevance fixé de gré à gré entre les parties. Le locataire gérant s'inscrit au RCS et le propriétaire du fonds va se radier du RCS, il ne sera plus commerçant à raison du fonds qu'il met en location.

On peut y recourir quand le propriétaire n'a pas la capacité, lorsqu'un acquéreur potentiel se méfie avant d'acheter ou non, mode de distribution d'une exploitation service.

- **le franchisé** : c'est l'une des parties au contrat de franchise qui est conclu entre un franchiseur et un franchisé. C'est un contrat par lequel le franchiseur met à la disposition du franchisé un savoir faire original, une marque, une enseigne ainsi qu'une collection de produits ou de services. En contrepartie, le franchisé paye une redevance et s'approvisionne auprès du franchiseur ou d'une personne agréée par ce dernier.

Les liens peuvent être encore resserrés. le contrat prévoit parfois que les salariés du franchisé seront formés par le franchiseur au fameux savoir faire. Il limite également la liberté du franchisé de se rétablir après la rupture du contrat. **Clause de non rétablissement ou clause de non concurrence.**

Deux questions se posent à propos de la franchise :

- **l'indépendance** : le franchisé est-il indépendant véritablement : la JP a décidé que le franchisé l'est si il exploite à ses risques et périls. C'est à dire si il engage véritablement son patrimoine lorsqu'il participe personnellement au financement de la franchise. De plus, il faut qu'il exploite la franchise de manière indépendante c'est à dire qu'il doit pouvoir choisir librement ses horaires, ses salariés, il doit apparaître comme commerçant indépendant aux yeux des tiers.

Est ce que le franchisé est propriétaire de sa clientèle ? seul le commerçant propriétaire de sa clientèle est titulaire d'un fonds de commerce. En utilisant le critère de l'indépendance, la JP décide que le franchiseur est propriétaire de la clientèle nationale et que le franchisé est propriétaire de la clientèle locale