

Partie 2 : Le commerçant

Le contour de la commercialité résulte de la détermination de son champ réel d'application, les activités commerciales, et de la définition des agents qui en portent la qualité, les commerçants.

La notion de commerçant est particulièrement importante puisque la conception interne de la commercialité est mixte. Le droit commercial est à la fois le droit des activités commerciales mais aussi celui qui s'applique aux commerçants.

La notion de commerçant recouvre une grande diversité de situations. Elle comporte deux aspects différents : elle désigne à la fois des personnes physiques que la pratique dénomme couramment « des commerçants individuels » et des personnes morales que la loi qualifie « de sociétés commerciales ». Si différents qu'ils puissent être, les uns comme les autres recherchent le profit et ont la volonté de spéculer et sont les principaux acteurs de la vie commerciale **(sections 1)**.

Par ailleurs, la qualification de commerçant entraîne des conséquences, celui-ci est soumis à différentes obligations qui ont trait principalement à la publicité de l'activité et à la tenue d'une comptabilité **(section 2)**.

Chapitre 1 : La notion de commerçant

Dans le langage du droit commercial, le mot commerçant désigne le négociant ou l'industriel personne physique travaillant à titre individuel. Cependant, les personnes physiques ne sont pas les seules à exercer une activité commerciale. Les personnes morales occupent solidement le créneau. En effet, l'économie moderne exige de plus en plus de capitaux, de recherches, de moyens de vente, d'actions qu'une personne physique ne peut mener à bien si elle demeure isolée. Le commerce et l'industrie sont donc de plus en plus menés par des groupements et plus spécialement par les sociétés qui représentent la catégorie la plus importante de personnes morales de droit privé commerçantes.

Aussi, la définition de la notion de commerçant s'effectuera en distinguant

suivant que le commerçant est une personne physique (Section1) ou une personne morale (Section 2).

Section 1 : La notion de commerçant personne physique

Exercer une activité commerciale sous une forme « individuelle » est la manière la plus élémentaire, la plus simple d'exercice du commerce. Elle n'impose aucune structure juridique particulière, ni groupement de personnes, ni mobilisation de capitaux, même, s'il est vrai que le plus souvent elle exige l'existence d'un fonds de commerce. Derrière l'entreprise individuelle se dissimule une personne physique, qui fait du commerce sa profession et qui se trouve soumise ainsi à un statut particulier¹.

En effet, l'article 6 du code de commerce définit le commerçant comme celui qui exerce des activités commerciales de manière professionnelle ou habituelle. Cette définition laisse apparaître deux conditions cumulatives pour acquérir la qualité de commerçant. La première concerne la nature des opérations réalisées notamment l'exercice d'une activité commerciale (§1). La seconde porte sur les conditions dans lesquelles l'activité commerciale est exercée (§2). Une troisième condition est sous-entendue : l'activité doit être effectuée par le commerçant en son nom et pour son compte (§3).

§1- Exercice d'activités commerciales

Le commerçant doit naturellement se livrer à une activité commerciale. Mais seul l'accomplissement d'activités commerciales par nature fait de son auteur un commerçant car, elles constituent la raison d'être du commerce. Elles démontrent également la recherche d'un profit personnel. D'ailleurs, elles se retrouvent dans la plupart des activités économiques, comme la production, la distribution ou les services¹.

Par conséquent, il paraît évident que les actes de commerce par accessoire ne peuvent faire l'objet exclusif d'une activité car, par définition, l'accomplissement de tels actes implique d'être commerçant. Il devrait en aller de même pour les actes de commerce par la forme. Le fait pour une personne de

signer régulièrement une lettre de change ne devrait pas faire d'elle un commerçant.

§2- Exercice professionnel ou habituel

Pour être qualifiée de commerçante, une personne doit faire de l'activité commerciale sa profession ou exercer cette activité de manière habituelle.

a- Le caractère professionnel de l'activité commerciale

Acquérir la qualité de commerçant nécessite la réalisation d'activités commerciales par nature dans le cadre d'une profession. Certes, la loi ne se prononce pas quant à la signification de cette notion. C'est donc vers la jurisprudence et la doctrine qu'il faut se tourner pour tenter de la définir.

Pour la jurisprudence, la profession consiste dans l'exercice d'une activité, dans un cadre organisé et structuré, permettant à son auteur de satisfaire à ses besoins financiers. A cet égard, il semble admis que c'est un critère « lucratif » qui caractérise la profession. L'exercice d'une activité d'une manière à en faire une profession, signifie que ladite activité constitue la ressource économique principale sinon exclusive du commerçant.

Pour la doctrine, l'organisation professionnelle consiste également dans la mise en œuvre de plusieurs moyens nécessaires pour l'activité envisagée. Pour certains, cela nécessiterait une entreprise, au sens large du terme, ou tout au moins un fonds de commerce pour révéler aux tiers l'existence d'une profession.

D'autres auteurs précisent que la notion de profession évoque la publicité, la déclaration publique car l'exercice professionnel d'une activité doit avoir lieu nécessairement de manière publique, sans aucune clandestinité.

La notion de profession implique aussi pour certains auteurs, une certaine spécialisation par la force de la répétition, de la régularité, sinon de la permanence de l'exercice. Cette conception s'oppose à l'admission d'actes isolés, éventuellement accidentels ou accomplis par hasard sans aucune intention à en faire une profession.

b- Le caractère habituel de l'activité commerciale

Le caractère habituel est difficile à cerner car il n'est pas appréhendé avec précision par le code de commerce. Il semble que ce soit la répétition d'activités commerciales qui soit déterminante. On peut en effet, accomplir des actes d'une manière habituelle sans exercer une profession. A cet effet, la jurisprudence attribue la qualité de commerçant à celui qui organise des séances régulières de projection de films, en vue de la recherche de bénéfices. Il en est de même pour le spéculateur en bourse qui achète et vend des titres pour tirer un profit matériel.

Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir à partir de quand la répétition est caractérisée? Cette question est loin de trouver une réponse nette en droit commercial, contrairement à d'autres matières, comme le droit pénal où l'habitude commence dès l'accomplissement d'un deuxième acte de même nature. Il n'existe pas de seuil de répétition en droit commercial, on peut néanmoins faire remarquer qu'un seul acte de commerce est insuffisant à qualifier de commerçant celui qui l'a commis. Pour le reste, il en va de l'appréciation souveraine des juges qui tiendront compte de la réalité spéculative de la répétition.

§3- Le caractère personnel de l'activité commerciale

Le commerçant effectue les activités commerciales en son nom et pour lui-même. Par définition, il est indépendant. En d'autres termes, le commerçant doit agir en toute indépendance juridique c'est-à-dire en son nom personnel et pour son compte, en somme à ses risques et périls.

Par conséquent, les personnes faisant le commerce pour autrui ne bénéficieront jamais de la qualité de commerçant. Cette solution est importante. Elle explique en premier lieu que les salariés ou les organes de direction des sociétés (les gérants, les présidents des conseils d'administration, les administrateurs...) ne sont pas des commerçants car ils n'agissent pas en leur nom propre.

Les intermédiaires de commerce notamment, les voyageurs, représentants, placiers (VRP), liés à l'entreprise qu'ils représentent par un contrat de travail, ne sont pas davantage des commerçants puisqu'ils agissent pour le compte et au nom de leur employeur. La même solution s'applique aux agents commerciaux que l'on qualifie aussi de représentants et qui se distinguent des VRP en ce sens qu'ils ne sont pas liés à l'entreprise qu'ils représentent par un contrat de travail, mais par un contrat de mandat qui leur laisse toute la liberté notamment dans l'organisation de leur travail.

Cependant, cette condition d'indépendance se trouve atténuée dans certaines situations où la loi applique à certaines personnes des règles propres aux commerçants alors qu'elles n'exercent aucune activité commerciale pour leur propre compte. C'est le cas notamment des dirigeants de sociétés commerciales et des gérants des biens des mineurs que la loi accorde, par assimilation et dans certains cas précis, la qualité de commerçants.

L'assimilation opérée apparaît au niveau de l'application des sanctions prévues par le droit commercial malgré l'absence de la qualité de commerçant. Ainsi, le tuteur testamentaire ou datif est soumis aux sanctions prévues au titre VI du livre V du code de commerce en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire imputable à sa mauvaise gestion. Les dirigeants d'entreprises visés par le titre VII du livre V du code de commerce peuvent être condamnés à combler l'actif d'une société soumise à une procédure de redressement ou de liquidation lorsque leur faute de gestion a contribué à l'insuffisance de cet actif.

Certes, ces conditions juridiques d'acquisition de la qualité de commerçant pour les personnes physiques ne s'imposent pas pour les personnes morales qui acquièrent la qualité de commerçant par la simple adoption de la forme ou par la nature de leur objet.

Section 2 : La notion de commerçant personne morale

D'une manière générale, la personnalité est l'aptitude à devenir sujet de

droits et d'obligations. Cette faculté appartient non seulement aux individus, les personnes physiques, mais à des groupements et organisations que l'on désigne traditionnellement sous le vocable de « personne morale ».

La personnalité morale présente de nombreux avantages. D'abord, elle réunit les participants dans une structure organisée dont la complexité varie selon la forme de l'organisme. Ensuite, la personne morale est indépendante par rapport à ses membres. Elle a son propre patrimoine. En outre, et surtout, la personne morale a des organes susceptibles de la représenter à l'égard des tiers, ce qui évite de faire participer tous les associés à la conclusion des actes. A ces avantages généraux, s'ajoutent quelques prérogatives propres à certaines formes de sociétés, notamment la limitation de l'obligation des associés au montant de leurs apports, ainsi que l'autorisation de faire publiquement appel à l'épargne (dans les sociétés par actions).

L'attribution de la personnalité morale n'intervient pas de plein droit dès la conclusion du contrat de société. Ce n'est que si une procédure particulière d'immatriculation est respectée que la société acquiert la personnalité morale et qu'elle devient titulaire de droits et se trouve soumise à des obligations.

Par ailleurs, il existe une diversité de commerçants personnes morales. On distingue les personnes morales de droit privé notamment les sociétés et les groupements d'intérêt économique et les personnes morales de droit public.

Les sociétés représentent la catégorie la plus importante de personnes morales de droit privé commerçantes. Elles sont réputées commerciales en raison de leur forme indépendamment de leur objet. Il s'agit des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple, des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par action. Elles ont toutes la qualité de commerçant personne morale. La nature des actes qu'elles réalisent est sans incidence sur leur commercialité et prend systématiquement une coloration commerciale.

Contrairement aux sociétés, le groupement d'intérêt économique (GIE) sera commercial ou civil selon son objet. Ce groupement doté de la personnalité

morale a pour objectif de réunir des personnes physiques ou morales afin de développer leurs activités. N'étant pas commercial par la forme, le GIE le sera éventuellement en fonction de son objet. L'objet est déterminé par le but poursuivi par le groupement. Un GIE destiné à développer l'activité de ses membres par la réalisation d'une activité commerciale par nature sera commerciale. En l'absence d'activité commerciale, il sera civil.

Certes, il arrive parfois que des personnes morales de droit public soient commerçantes. En effet, l'Etat et les personnes morales de droit public ont été amenés à créer ou gérer des exploitations qui sont considérées commerciales par les dispositions de l'article 6 du code de commerce. Cette intervention de l'Etat s'explique par la défaillance ou l'insuffisance de l'initiative privée et par l'objectif d'instaurer une politique générale consistant dans une action économique et sociale.

Ainsi, l'Etat ou certaines de ses émanations créent des établissements publics à caractère industriel et commercial qui sont soumis à l'immatriculation au registre de commerce lorsque leur texte de création le précise et sont par conséquent, présumés commerçants même s'ils échappent à certaines règles spécifiques comme celles relatives au redressement et à la liquidation judiciaire.

L'Etat s'associe parfois avec des personnes privées au sein de sociétés d'économie mixte. Ces sociétés sont commerciales. Considérées comme des personnes morales de droit privé, elles pourront se voir appliquer la procédure de redressement et de liquidation judiciaire.

L'Etat acquiert également des participations dans des sociétés, ce qui ne remet nullement en cause le caractère commercial de ces sociétés. Elles conservent leur caractère commercial, ce qui permet de leur appliquer les règles du droit commercial.