

Plaidoyer pour une interdiction explicite faite aux mineurs non émancipés d'être commerçants

Philippe SCHULTZ

Maître de conférences HDR, Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

L'article L. 121-2 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la codification de 2000¹ disposait « *Le mineur, même émancipé, ne peut être commerçant.* ». De manière très explicite, cette rédaction ne faisait aucune distinction entre le mineur émancipé et celui qui ne l'était pas. Pourtant, cette incapacité d'être commerçant commune à tous les mineurs n'a pas toujours existé.

Dans l'ancien droit où l'émancipation n'existait pas, il était admis que les mineurs puissent être commerçants. En un temps où la majorité était fixée à 25 ans, le mineur âgé de vingt ans révolus pouvait, en application d'une ordonnance de Colbert de 1673, être « reçu marchand » en rapportant « le brevet et les certificats d'apprentissage et du service fait depuis »². Encore faut-il ajouter que ces conditions textuelles n'étaient exigées qu'en des lieux où existaient des maîtrises – c'est-à-dire des corporations – si bien qu'ailleurs le commerce pouvait être exercé dès l'âge de quinze ans³.

Le Code Napoléon tout en abaissant la majorité à vingt-et-un ans⁴ mit en place un régime d'émancipation pour les mineurs⁵. Outre l'émancipation par mariage, le mineur de quinze ans révolus pouvait être émancipé sur déclaration de son père ou à défaut de sa mère reçue par le juge de paix⁶. Le mineur émancipé se vit reconnaître par le Code Napoléon la capacité commerciale sans autre condition⁷. Très vite, le Code de commerce de 1807 érigea des garde-fous en exigeant pour exercer le commerce que le mineur soit âgé de dix-huit ans révolus et soit muni d'une autorisation particulière donnant lieu à publication⁸.

Si le Code Napoléon et le Code de commerce de 1807 se préoccupaient du mineur émancipé, rien n'était explicitement dit au sujet du mineur non émancipé. L'incapacité du mineur non émancipé d'être commerçant était admise par défaut. Ainsi, on faisait valoir que le Code de commerce ne se préoccupait que des cas où le mineur pouvait exercer le commerce – ce qui supposait notamment d'être émancipé – de telle sorte que si ces conditions n'étaient pas réunies, l'activité commerciale était fermée⁹. Thaller, quant à lui, justifiait le fait que le mineur ne pût exercer le commerce pour deux principales raisons. En premier lieu, comme

¹ Ord. n° 2000-912, 18 sept. 2000 relative à la partie Législative du Code de commerce, JORF 21 sept. 2000, p. 14783.

² J.-F. Eschylle, « La capacité commerciale du mineur émancipé », *RTD com.* 2013, p. 203, spéc. n° 2.

³ J. Bédarride, *Droit commercial, Commentaire du code de commerce, Livre Premier, Des commerçants*, Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1872, 2^e éd., n° 68 ; A. Boistel, *Précis de droit commercial*, Ernest Thorin, Paris, 1878, 2^e éd., n° 77.

⁴ C. civ. (1804), art. 488.

⁵ C. civ. (1804), art. 476 à 487.

⁶ C. civ., (1804), art. 476 et 477.

⁷ C. civ. (1804), art. 487 : « Le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce ».

⁸ C. com. (1807), art. 2, « Tout mineur émancipé de l'un et de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis qui voudra profiter de la faculté que lui offre l'article 487 du code civil, de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce, 1. s'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère en cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père ou de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil ; 2. si, et en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile. »

⁹ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de Droit commercial, Tome 1*, LGDJ, Paris, 1906, 4^e éd., 1, n° 219 et note 3, p. 252.

« le commerce met en jeu les qualités personnelles de celui qui en recueille les effets », il est incompatible avec une représentation légale, l'incapable ne pouvant contrôler son mandataire. En second lieu, le commerce n'allant pas « sans une large indépendance pour accomplir les actes qu'il entraîne à sa suite », il s'accommode mal d'entraves juridiques¹⁰.

C'est en 1974 avec l'abaissement de l'âge de la majorité à dix-huit ans que fut explicitement instituée dans l'article 2 de l'ancien Code de commerce une incapacité pour tous les mineurs, même émancipés, d'être commerçants¹¹. Cette incapacité se retrouvait simultanément dans l'article 487 du Code civil¹².

Avec la refonte du Code de commerce, l'article 2 est devenu l'article L. 121-2. Celui-ci a ensuite été modifié par l'article 2 de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée¹³. Dans sa rédaction actuelle, le texte est ainsi rédigé : « *Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé.* » Cette réécriture de l'article L. 121-2 n'était pas contenue dans le projet de loi. Elle émane d'un amendement sénatorial adopté avec l'avis favorable du gouvernement, malgré les fortes réserves du rapporteur, le Sénateur Hyest¹⁴.

Ce faisant, on retrouve une distinction entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé qui a pu exister durant cent soixante-dix ans, même si les conditions d'exercice du commerce par un mineur émancipé sont assouplies par rapport au régime en vigueur avant 1974¹⁵.

Dans le silence des textes, le mineur non émancipé ne risque-t-il pas d'être qualifié de commerçant ? Les premiers commentateurs de cette réécriture ont immédiatement reconnu que celle-ci était maladroite et qu'il aurait été plus clair d'interdire expressément au mineur non émancipé de revêtir la qualité de commerçant¹⁶.

S'il est peu concevable que le mineur puisse être qualifié de commerçant de droit, il pourrait, en l'absence de texte, être considéré comme commerçant de fait (I). Or la qualité de commerçant de fait peut être invoquée par les tiers sans que le mineur ne puisse lui-même l'invoquer (II).

I) La commercialité du mineur non émancipé

La qualité de commerçant est d'abord attachée à l'accomplissement d'actes de commerce à titre de profession habituelle¹⁷. Néanmoins pour exercer le commerce, la personne physique a une obligation d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés¹⁸. Celle-ci lui confère la qualité de commerçant de droit. S'il est improbable qu'un mineur puisse acquérir la qualité de commerçant de droit, au sens strict (A), il n'est pas impossible qu'un mineur soit reconnu commerçant de fait (B).

¹⁰ E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, Arthur Rousseau, Paris, 1898, n° 88.

¹¹ L. n° 74-631, 5 juill. 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité : JORF 7 juill. 1974, art. 7099, art. 10.

¹² L. n° 74-631, 5 juill. 1974, art. 9.

¹³ JORF 16 juin 2010, p. 10984.

¹⁴ Sénat, Compte-rendu analytique, séance 8 avril 2010, p. 43.

¹⁵ Sur la capacité commerciale du mineur émancipé : V. J.-F. Eschylle, *op. cit.*

¹⁶ B. Saintourens, « Mineur et activité commerciale : la réforme 2010 », *RTD Com.* 2010, p. 686.

¹⁷ C. com., art. L. 121-1.

¹⁸ C. com., art. L. 123-1.

A) L'IMPROBABLE COMMERCIALITÉ DE DROIT DU MINEUR

La notion de commerçant de droit. L'expression commerçant de droit, au sens strict, est utilisée par la doctrine commercialiste pour désigner le commerçant, personne physique, immatriculé au registre du commerce et des sociétés¹⁹. Cette obligation s'impose rapidement au commerçant qui débute son activité professionnelle, à peine de commettre le délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité²⁰.

L'immatriculation d'une personne physique au registre du commerce et des sociétés joue un rôle probatoire important. La qualité de commerçant est présumée par l'immatriculation²¹. Il s'agit d'une présomption simple puisque les tiers peuvent en rapporter la preuve contraire. En revanche, cette immatriculation est essentielle pour le commerçant sur le plan probatoire. Tant qu'il ne s'est pas immatriculé, il ne peut se prévaloir de sa qualité de commerçant à l'égard des tiers²². C'est la raison pour laquelle la doctrine utilise l'expression de « commerçant de droit ». C'est grâce à son immatriculation qu'il peut se prévaloir des droits reconnus aux commerçants.

L'improbable immatriculation du mineur. Il n'est guère concevable qu'un mineur puisse se voir reconnaître la qualité de commerçant de droit telle que précédemment définie. L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés suppose que le requérant déclare sa date de naissance²³. S'il apparaît que le requérant est mineur, le greffier exigera de lui qu'il produise l'autorisation judiciaire d'être commerçant concomitante ou consécutive à son émancipation²⁴. À défaut, le greffier chargé du contrôle de la requête refusera d'immatriculer le candidat mineur, même émancipé et *a fortiori* non émancipé²⁵.

On peut toutefois imaginer qu'un mineur mente sur son âge²⁶. S'il vient à faire une fausse déclaration en vue d'obtenir une immatriculation, il se rend coupable d'un délit puni d'une amende de 4 500 euros d'amende et d'une peine d'emprisonnement de six mois²⁷. Mais étant immatriculé, il serait présumé commerçant.

Les associés en nom et les commandités. Du commerçant immatriculé, on peut rapprocher la situation des associés en nom et des commandités. Ils ne sont pas des « commerçants de droit » puisqu'ils n'exercent pas d'actes de commerce à titre profession habituelle et ne sont pas personnellement immatriculés. Toutefois, la loi leur reconnaît de plein droit la qualité de commerçant²⁸. De par la volonté du législateur, ils se rapprochent du « commerçant de droit »²⁹.

¹⁹ M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, Dalloz, Précis, Paris, 2015, 4^e éd., n° 96.

²⁰ V. *infra*, I. B.

²¹ C. com., art. L. 123-9.

²² C. com., art. L. 123-10, *a contrario*.

²³ C. com., art. R. 123-37, 2°.

²⁴ C. com., art. R. 123-37, 9°.

²⁵ C. com., art. R. 123-95 et R. 123-97, al. 3.

²⁶ Le législateur l'envisage implicitement au sujet de la capacité contractuelle (C. civ., art. 1149, al. 2).

²⁷ C. com., art. L. 123-5.

²⁸ C. com., art. L. 221-1 et L. 222-1.

²⁹ Étant commerçants, ils doivent s'immatriculer au R.C.S.

En raison de cette qualité reconnue par la loi, les mineurs n'ont pas la capacité d'être associés de sociétés en nom collectif ou commandité³⁰. Dans ces sociétés, l'incapacité d'un associé est une cause de nullité de la société³¹.

Cette incapacité sanctionnée par la nullité empêche-t-elle au moins temporairement un mineur de devenir associé en nom ? Même s'ils sont commerçants, les associés en nom n'ont pas l'obligation d'être personnellement immatriculés³². C'est la société en nom collectif qui doit être immatriculée pour acquérir la personnalité juridique³³. Certes, dans la déclaration aux fins d'immatriculation de la société figure l'âge des associés³⁴. Et le greffier doit vérifier que la constitution des sociétés commerciales est conforme aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent³⁵. Mais ce contrôle ne lui permet pas de refuser l'immatriculation de la société elle-même lorsque celle-ci est affectée d'une cause de nullité relative. Ainsi, même si cela reste très théorique, un mineur pourrait devenir associé d'une société en nom collectif immatriculée et être commerçant.

L'héritier mineur de l'associé en nom. La question rejaillit lorsqu'un associé en nom décède et laisse des héritiers mineurs³⁶. En principe, le décès de l'associé emporte dissolution de la société : les héritiers ne peuvent donc pas devenir associés en nom³⁷. Néanmoins, il est possible d'écarter cette dissolution par une clause statutaire. Aussi curieux que cela puisse paraître dans une société aussi fermée que la société en nom collectif, la transmission des parts sociales aux héritiers reste en principe libre si les statuts n'ont pas expressément prévu de clause d'agrément des héritiers³⁸. L'héritier mineur devient ainsi associé en nom par transmission successorale des parts sociales. Certes, dans ce type de situation, la société doit dans l'année du décès se transformer en société en commandite simple dans laquelle le mineur sera commanditaire, à peine de dissolution de plein droit³⁹. En devenant commanditaire, le mineur n'aura plus la qualité de commerçant. Mais, assez curieusement, si le législateur a réglé la situation du mineur au regard de l'obligation aux dettes sociales des associés en nom⁴⁰, il ne dit rien de sa qualité de commerçant, laquelle reste indépendante de cette obligation. Il faut donc en conclure que, en l'absence de texte contraire, durant la période qui précède la transformation, le mineur non émancipé, associé en nom, est bien commerçant.

B) LA POTENTIELLE COMMERCIALITÉ DE FAIT DU MINEUR

La notion de commerçant de fait. Si l'immatriculation crée une présomption de commercialité au sujet des personnes physiques, celles-ci peuvent être commerçantes sans être immatriculées. Dès lors qu'une personne physique accomplit des actes de commerce à titre de profession habituelle, elle est commerçante, en application de l'article L. 121-1 du

³⁰ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2018, 31^e éd., n° 169 et 1566 ; Ph. Merle, *droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, Précis, 2018, 22^e éd., n° 64.

³¹ C. com., art. L. 235-1, al. 1er.

³² Cl. com., fasc. 110 : Registre du commerce et des sociétés – Inscriptions, par J. Vallansan et H. Azarian, n° 11.

³³ C. com., art. L. 210-6.

³⁴ C. com., art. R. 123-54, 1°.

³⁵ C. com., art. R. 123-95, al. 2.

³⁶ La question se pose dans une moindre mesure au sujet des sociétés en commandite. Elle suppose que l'unique commandité qui décède laisse exclusivement des héritiers mineurs (C. com., art. L. 222-10).

³⁷ C. com., art. L. 221-15, al. 1er.

³⁸ Avec une clause d'agrément, les associés survivants pourraient faire obstacle à l'entrée d'un mineur.

³⁹ C. com., art. L. 221-15, al. 7.

⁴⁰ V. *infra* I.A.

Code de commerce. Ce commerçant non immatriculé est qualifié par la doctrine de commerçant de fait⁴¹.

Pareille qualité a notamment été reconnue à une personne qui a vendu régulièrement sur un célèbre site marchand en ligne des choses acquises sur des marchés aux puces ou sur internet. En raison du volume des ventes, un tribunal a pu considérer qu'il effectuait à titre habituel des achats de meubles pour revendre et acquérait ainsi la qualité de commerçant l'obligeant à s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés, à peine de se rendre coupable de travail dissimulé⁴².

Les mésaventures de ce Haut-Rhinois, vraisemblablement majeur, ne pourraient-elles pas survenir à un mineur se livrant aux mêmes agissements ? Bien plus, les grands adolescents qui acquièrent une notoriété sur internet au point de placer des produits contre rémunération du fabricant – désignés par le néologisme d'influenceur ou influenceuse – ne sont-ils pas des agents d'affaires ou des courtiers, c'est-à-dire des commerçants⁴³ ?

Quels obstacles juridiques permettraient d'écarter la qualité de commerçant de fait pour un mineur accomplissant habituellement des actes de commerce ?

L'interprétation *a contrario* de l'article L. 121-2. La doctrine fonde l'interdiction du mineur non émancipé sur une interprétation *a contrario* de l'article L. 121-2 du Code commerce⁴⁴. Il serait évidemment surprenant que le mineur non émancipé puisse exercer le commerce alors que le mineur émancipé doit être spécialement autorisé pour devenir commerçant. En réalité, cette interprétation *a contrario* est insuffisante pour faire obstacle à la reconnaissance de la qualité de commerçant de fait résultant de l'article L. 121-1 du Code de commerce. Le mineur émancipé peut valablement accomplir seul des actes de commerce. Et s'il en fait sa profession habituelle, il devient commerçant de fait. Néanmoins, sans autorisation judiciaire, il ne pourra pas s'immatriculer et devenir commerçant de droit. Une interprétation *a contrario* permet ainsi de déduire que le mineur non émancipé ne peut devenir commerçant de droit, ce qui a déjà été démontré⁴⁵. Dans le silence du texte, elle ne l'empêche pas de devenir commerçant de fait.

Enfin, il est toujours aventureux de fonder une incapacité sur une interprétation *a contrario*. Une incapacité protectrice d'une personne est nécessairement exceptionnelle et doit être prévue expressément par la loi⁴⁶. Un avis de la Cour de cassation l'a récemment rappelée au sujet des majeurs en curatelle⁴⁷. Il devrait en être de même pour le mineur non émancipé.

⁴¹ F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial, Droit commercial*, LGDJ, Paris, 2015, 11^e éd., n° 323 ; D. Houtcieff, *Droit commercial*, Sirey, Université, Paris, 2016, 4^e éd., n° 221 ; M. Pédamon et H. Kenfack, *op. cit.*, n° 96.

⁴² T. corr. Mulhouse, 12 janv. 2006 : [Légalis \(en ligne\), consulté le 8 mai 2019, disponible au lien : https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-mulhouse-jugement-correctionnel-du-12-janvier-2006/](https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-mulhouse-jugement-correctionnel-du-12-janvier-2006/)

⁴³ C. com., art. L. 110-1, 6° et 7°.

⁴⁴ M. Pédamon et H. Kenfack, *op. cit.*, n° 142 ; B. Saintourens, *op. cit., loc. cit.* ; D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 220, qui considère, en se fondant sur l'article L. 121-2, que la qualité de commerçant de fait ne peut être reconnue qu'aux majeurs et aux mineurs émancipés.

⁴⁵ V. *supra*, I.A.

⁴⁶ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes*, Dalloz, Précis, Paris, 2012, 8^e éd., n° 296.

⁴⁷ Civ. 1^{re}, 6 déc. 2018, n° 18-70011, *JCP G* 2018, 1338, obs. D. Noguéro et 2019, 121, note G. Raoul-Cormeil ; *JCP N* 2019, act. 138 et 158, obs. N. Baillon-Wirtz et, 1114, obs. S. Moisson-Chataignier ; *Dr. famille* 2019, comm. 64, obs. I. Maria ; *D.* 2019, p. 365 et p. 1412, obs. D. Noguéro ; *AJ Famille* 2019, p. 41 : « Aucun texte n'interdit à la personne en curatelle d'exercer le commerce, celle-ci devant toutefois être assistée de son curateur pour accomplir les actes de disposition que requiert l'exercice de cette activité ».

L'interdiction d'exercer le commerce au nom du mineur. Toutefois, contrairement au mineur émancipé, le mineur non émancipé n'a pas la capacité d'accomplir valablement la plupart des actes juridiques sans la représentation de son administrateur légal ou de son tuteur⁴⁸. Ainsi l'accomplissement régulier d'actes de commerce nécessiterait une représentation permanente. Thaller expliquait que cette représentation légale était incompatible avec le commerce⁴⁹. Aujourd'hui, le Code civil interdit expressément au représentant d'un mineur d'exercer le commerce en son nom. L'interdiction a d'abord été posée pour les tuteurs par l'article 509⁵⁰, applicable aux administrateurs légaux par renvoi, puis spécialement pour les administrateurs légaux, par l'article 387-2⁵¹. Le risque de devenir commerçant ne peut donc provenir de la représentation du mineur.

L'interdiction légale faite aux représentants d'exercer le commerce au nom du mineur pourrait s'expliquer par l'incapacité de jouissance du mineur d'être commerçant⁵². Le représentant ne fait qu'exercer les droits du représenté. Il ne peut donc exercer des droits dont le représenté n'a pas la jouissance⁵³. Si le mineur ne peut être commerçant, on comprend que le représentant ne puisse pas exercer le commerce en son nom.

Pour autant, le fondement de cette interdiction faite au représentant se trouve ailleurs. Il s'agit tout simplement de lui interdire d'effectuer des actes particulièrement risqués pour le patrimoine du mineur⁵⁴.

Au demeurant, les mêmes textes interdisent aux administrateurs légaux ou tuteurs d'exercer une profession libérale au nom du mineur, sans distinguer entre profession libérale réglementée et non réglementée. Or, l'exercice par un mineur d'une profession libérale n'a pas donné lieu à discussion puisque aucun texte général ne lui en a interdit directement l'accès. Il existe même un précédent célèbre. Le Président Edgar Faure aimait à dire – à une époque où la majorité était à vingt-et-un ans – qu'en tant que mineur, il pouvait déjà être avocat, comme mandataire de ses clients⁵⁵, alors qu'il ne pouvait administrer ses propres affaires⁵⁶. L'abaissement de l'âge de la majorité combiné à l'exigence de diplômes conduisent à empêcher en pratique un mineur de pouvoir accéder à une profession libérale réglementée. Néanmoins, dès l'âge de seize ans, il pourrait parfaitement exercer une activité libérale non réglementée, notamment sous la forme d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée⁵⁷.

L'accomplissement d'actes de commerce par le mineur. La reconnaissance de la qualité de commerçant de fait ne peut alors se réaliser que par l'accomplissement d'actes de commerce par le mineur lui-même. Peut-il valablement agir ? On sait que le mineur peut accomplir les actes que la loi et l'usage autorisent⁵⁸. Mais, précisément, la loi n'a pas autorisé de manière

⁴⁸ C. civ., art. 388-1-1 et 496.

⁴⁹ V. *supra*.

⁵⁰ L. n° 2007-308, 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF 7 mars 2007, p. 4325.

⁵¹ Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF 16 oct. 2015, p. 19304.

⁵² Sur la nature de cette incapacité : Ph. Bonfils et A. Gouttenuire, *Droit des mineurs*, Dalloz, Précis, Paris, 2014, 2^e éd., n° 1047 ; Ch. Lebel, Rép. Com. Dalloz, V° Commerçant, n° 87. Sur la critique de cette catégorie doctrinale : I. Maria, *Les incapacités de jouissance. Étude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, T. 44, Paris, 2010.

⁵³ I. Gallmeister, Rép. civ. Dalloz, V° État et capacité des personnes, n° 114.

⁵⁴ I. Corpart, Rép. civ. Dalloz, V° Administration légale des biens du mineur, n° 34.

⁵⁵ C. civ., art. 1990.

⁵⁶ Association Edgar Faure, Biographie : edgarfaure.fr (consulté le 8 mai 2019), disponible en ligne au lien <http://www.edgarfaure.fr/2016-02-04-12-31-39>

⁵⁷ C. civ., art. 388-1-2.

⁵⁸ C. civ., art. 388-1-1.

explicite le mineur émancipé à accomplir des actes de commerce. Toutefois, il était admis – du moins, avant la réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve et des obligations⁵⁹ – que le mineur pût accomplir des actes d’administration pourvu qu’ils ne fussent pas lésionnaires⁶⁰. Or l’acquisition de meubles et leur mise en location sont légalement qualifiés d’actes d’administration⁶¹. Parallèlement, la location de meubles réalisée en entreprise, c’est-à-dire de manière répétée, constitue bien un acte de commerce⁶². Ainsi, un mineur pouvait valablement acheter des meubles pour se livrer à une activité de location, pourvu qu’elle lui fût profitable. Il devenait ainsi commerçant de fait.

Dès lors que le mineur peut être commerçant de fait, voire parfois commerçant de droit lorsqu’il est temporairement associé en nom ou commandité, quels risques encourt-il ?

II) Les risques encourus par le mineur commerçant

Une personne peut cumuler la qualité de mineur émancipé et celle de commerçant en l’absence de texte contraire. Ce cumul présente des risques dès lors qu’un tiers peut opposer au mineur sa qualité de commerçant (A). Ces risques sont atténués si, à son tour, le commerçant peut opposer au tiers sa minorité (B). Mais on conviendra immédiatement que ce jeu de miroirs n’est guère satisfaisant en termes de sécurité juridique.

A) L’OPPOSABILITÉ DE LA QUALITÉ DE COMMERÇANT PAR LES TIERS

L’intérêt de la question. Les tiers peuvent avoir intérêt à se prévaloir de la qualité de commerçant d’un mineur dans la mesure où certaines règles ne s’appliquent qu’aux commerçants. Sans vouloir être exhaustif, on citera d’abord la liberté de preuve en matière commerciale. La preuve des actes de commerce n’est libre que s’il s’agit de prouver contre un commerçant⁶³. De même, la qualité de commerçant permet de donner compétence aux juridictions commerciales⁶⁴, mais aussi de valider les clauses de compétence territoriale⁶⁵. Enfin, de manière plus générale, la qualité de commerçant conduit à qualifier de commerciales toutes les obligations liées à son activité par la théorie de la commercialité par accessoire⁶⁶. Ce sont alors les règles de droit commercial applicables aux actes de commerce qui deviennent applicables⁶⁷. On songe notamment à la présomption de solidarité en matière commerciale⁶⁸.

L’absence d’opposabilité fondée sur l’immatriculation. En principe, lorsqu’un tiers cherche à établir la qualité de commerçant d’une personne physique, il bénéficie de la présomption liée à l’immatriculation⁶⁹. S’agissant de prouver la commercialité d’un mineur, ce mode de preuve

⁵⁹ Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JORF 11 févr. 2016.

⁶⁰ F. Terré et D. Fenouillet, *op.cit.*, n° 383 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 2018, 12^e éd., n° 152.

⁶¹ D. n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil : JORF 31 déc. 2008, p. 20631.

⁶² C. com., art. L. 110-1, 4°.

⁶³ C. com., art. L. 110-3.

⁶⁴ C. com., art. L. 721-3.

⁶⁵ CPC, art. 48.

⁶⁶ F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *op. cit.*, n° 100 ; D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 165 ; S. Piédelièvre, *Droit commercial*, Dalloz, Cours, 11^e éd., 2017, n° 78.

⁶⁷ Toutefois, un mineur ne peut souscrire aucune lettre de change, à peine de nullité (C. com., art. L. 511-5).

⁶⁸ Com., 23 avr. 1966, Bull. civ. III, n° 196.

⁶⁹ C. com., art. L. 123-7.

lui est néanmoins fermé puisque le mineur ne peut se faire immatriculer⁷⁰. La question de l'opposabilité de la qualité de commerçant ne concerne alors que le cas du commerçant de fait et celui du mineur associé en nom.

Le mineur commerçant de fait. Le commerçant de fait ne peut se prévaloir de sa qualité à l'égard des tiers tant qu'il n'est pas immatriculé⁷¹. En revanche, les tiers peuvent établir positivement qu'une personne exerce des actes de commerce à titre de profession habituelle. Il ne peut en être autrement lorsqu'une personne exerce une activité commerciale et ne peut s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés. Telle est la situation des associations qui, sauf cas particulier, ne peuvent exiger leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁷², et auxquelles certaines règles spécifiques aux commerçants s'appliquent dès lors qu'il est établi qu'elles exercent le commerce⁷³.

L'établissement de la commercialité du mineur n'est envisageable que s'il a lui-même agi. C'est inconcevable lorsque le mineur est représenté. Dans ce cas, les textes interdisant au représentant d'effectuer le commerce au nom du mineur sont un obstacle juridique pour celui qui a la charge de la preuve. Le tiers traitant avec un représentant ne peut ignorer que celui-ci agit pour le compte d'un mineur. Il ne peut donc ignorer que l'action du représentant ne saurait conduire le mineur à devenir commerçant. En revanche, lorsqu'une personne contracte directement avec une autre, la première peut ignorer la minorité de la seconde, notamment parce cette dernière prétend être majeure⁷⁴. Si la première démontre qu'elle accomplit à titre de profession habituelle des actes de commerce, elle établit qu'elle est commerçante.

On peut même imaginer que cette qualité soit établie au sujet d'un mineur exerçant publiquement une profession indépendante. En effet, un mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé, par son ou ses administrateurs légaux, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée⁷⁵. La doctrine considère majoritairement que cette forme d'exploitation ne permet pas pour autant au mineur d'exercer une activité commerciale⁷⁶. Toutefois, si le mineur peut exercer une activité artisanale comme entrepreneur individuel à responsabilité limitée, l'activité qu'il développe réellement peut le conduire à devenir commerçant, à l'instar d'autres artisans pour lesquels cette qualification a été retenue afin de les soumettre à la compétence des juridictions commerciales et à la liberté de preuve⁷⁷.

Lorsque le tiers a rapporté cette preuve, le mineur ne peut se fonder sur son absence d'immatriculation pour prétendre qu'il n'est pas commerçant⁷⁸. Faute de texte mentionnant expressément que le mineur non émancipé ne peut être qualifié de commerçant, il ne peut

⁷⁰ V. *supra*, I.A.

⁷¹ C. com., art. L. 123-8.

⁷² Com., 1er mars 1994, n° 92-13529, Bull. civ., IV, n° 90 ; Com., 15 nov. 1994, n° 93-10193, Bull. civ., IV, n° 339.

⁷³ Com., 14 févr. 2006, n° 05-13453, Bull. civ., IV, n° 35 ; *RTD Com.* 2006 p. 564, obs. B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 1, obs. J.-P. Legros.

⁷⁴ C. civ., art. 1149, al. 2.

⁷⁵ C. civ., art. 388-1-2.

⁷⁶ F. Dekeuwer et E. Blary-Clément, *op. cit.*, n° 233 ; M. Pédamon et H. Kenfack, *op. cit.*, n° 142 ; B. Saintourens, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Rev. Sociétés* 2010, p. 351, spéc. n° 9 et B. Saintourens, Mineur et activité commerciale : la réforme 2010 : *RTD Com.* 2010, p.686 ; *contra* : D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 338.

⁷⁷ M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, Dalloz, Précis 4^e éd. 2015, n° 113.

⁷⁸ C. com., art. L. 123-8, al. 1^{er}.

donc échapper à la définition légale du commerçant dont les éléments ont été positivement établis.

Le mineur associé en nom. S'agissant du mineur associé en nom ou commandité, le tiers n'a d'autre preuve à rapporter que la qualité d'associé du mineur. La loi confère de plein droit la qualité de commerçant à ces associés, sans exception.

Toutefois, l'intérêt que peut avoir un tiers à retenir la commercialité de ces associés est quasiment inexistant. Si celui-là a un rapport avec eux, c'est parce qu'ils sont associés et non pas commerçants. C'est leur obligation de répondre des dettes sociales qui présente un intérêt pour ce tiers⁷⁹. Or s'agissant d'une dette d'une société commerciale par la forme⁸⁰, le tiers peut la prouver par tout moyen. Dès lors qu'il a établi l'existence de la dette sociale, les associés en sont légalement tenus sans autre démonstration. Quant à la solidarité entre les associés, nul besoin de faire appel à la présomption existant en matière commerciale, puisqu'il existe, en ce domaine, une solidarité légale.

L'obligation de répondre des dettes sociales pèse bien sur les mineurs non émancipés associés. Le législateur l'a expressément envisagée au sujet des héritiers mineurs d'un associé en nom. Cependant, ils ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des forces de la succession de leur auteur⁸¹. Si les créanciers sociaux voient leur gage ainsi limité, en revanche, le texte ne fait aucune distinction entre les créanciers sociaux. Il peut donc s'agir tant de créanciers dont la créance est née avant le décès de l'associé en nom que de créanciers postérieurs. Tant que le mineur n'aura pas acquis la qualité de commanditaire à la suite de la transformation de la société en nom collectif, il est bien responsable du passif social né jusqu'à l'adoption de la nouvelle forme sociale. En ce domaine, il aurait donc été préférable que le mineur ne devienne associé qu'après la transformation. De la sorte, il ne serait responsable dans les limites des forces de la succession que du seul passif social existant au moment du décès de son auteur.

Si sa minorité ne permet pas à l'intéressé d'échapper à sa responsabilité d'associé en nom, peut-elle être opposée aux tiers pour échapper à d'autres engagements ou responsabilités ?

B) L'OPPOSABILITÉ DE LA QUALITÉ DE MINEUR PAR LE COMMERÇANT

L'engagement extracontractuel du mineur commerçant. Si un tiers est amené à établir la commercialité d'un mineur, c'est qu'il a à se plaindre de l'activité de celui-ci. En l'absence de contrat, le tiers peut engager la responsabilité extracontractuelle du mineur commerçant si celui-ci exerçait une concurrence déloyale. Or le mineur engage comme tout un chacun sa responsabilité civile⁸². Il ne saurait échapper à cette responsabilité en opposant au tiers sa minorité.

⁷⁹ C. com., art. L. 221-1.

⁸⁰ C. com., art. L. 210-1, al. 2.

⁸¹ C. com., art. L. 221-15, al. 7.

⁸² P. Bonfils et A. Gouttenoire, *op. cit.*, 1304 et s.

Un tiers singulier qui pourrait se plaindre de l'activité du mineur, lorsque celle-ci est exercée manière irrégulière, est l'État : dans certains cas, il peut engager des poursuites pénales⁸³. Celui qui exerce une activité commerciale sans s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés se rend coupable du délit de travail dissimulé par dissimulation d'activité⁸⁴. Pour échapper à des poursuites pénales, le mineur pourrait-il prétendre que le greffier lui refuse le droit de s'immatriculer ? La réponse est négative puisque l'article L. 8221-3 du Code du travail vise également l'hypothèse dans laquelle une personne exerce une activité commerciale après un refus d'immatriculation.

L'engagement contractuel du mineur commerçant. Avant la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le mineur pouvait se prévaloir de son incapacité pour annuler les actes qu'il avait accomplis seul. Mais le régime de la nullité variait suivant la catégorie d'actes. Les actes de dispositions étaient nuls de plein droit, alors que les actes d'administration n'étaient que rescindables pour lésion⁸⁵. Seuls les actes que la loi et l'usage autorisaient le mineur à accomplir étaient valables.

L'ordonnance n° 2016-131 a changé les lignes. Le Code civil frappe les mineurs non émancipés d'une incapacité de contracter sanctionnée par la nullité relative⁸⁶. Aucune distinction n'est faite entre les actes de disposition et les actes d'administration. En revanche, le mineur peut accomplir seul les actes courants conclus à des conditions normales⁸⁷. Ce n'est que si un acte courant est lésionnaire qu'il peut être rescindé⁸⁸. L'incapacité du mineur se trouve donc renforcée⁸⁹.

Toutefois, s'agissant d'un mineur commerçant, cette protection est peu efficace. Si le tiers a cherché à établir la qualité de commerçant du mineur, c'est qu'il a vu en lui un professionnel. Au demeurant, le mineur ne s'en cache pas nécessairement puisqu'il peut exercer son activité comme entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Or le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans le cadre de sa profession⁹⁰.

Légiférer pour interdire expressément au mineur non émancipé de se voir reconnaître la qualité de commerçant ne changerait rien sur la validité des contrats passés dans le cadre d'une profession. Pour autant, cela lui permettrait au moins d'échapper à la liberté de preuve de ses engagements contractuels ou à la solidarité présumée dont pourrait se prévaloir son adversaire.

L'opposabilité de la nullité de la société en nom pour incapacité. Si le mineur ne peut se soustraire à ses engagements contractuels nés dans sa profession, il peut en revanche se dégager des obligations liées à sa qualité d'associé en nom en invoquant la nullité de la société fondée sur son incapacité. La question se pose si lors de la constitution d'une société en nom collectif, cette société compte un mineur non émancipé parmi ses associés. L'incapacité d'un

⁸³ Sur la responsabilité pénale du mineur : B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, Paris, 2017, 25^e éd., n° 485 et s. ; Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *op. cit.*, 1362 et s.

⁸⁴ C. trav., art. L. 8221-1, L. 8221-3 et L. 8224-1.

⁸⁵ F. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 390.

⁸⁶ C. civ., art. 1146 et 1147.

⁸⁷ C. civ., art. 1148.

⁸⁸ C. civ., art. 1149, al. 1^{er}.

⁸⁹ En ce sens : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁰ C. civ., art. 1149, al. 3.

associé n'est pas une cause de nullité des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions, mais elle permet d'obtenir l'annulation d'une société en nom collectif⁹¹. Et la nullité fondée sur l'incapacité est toujours opposable⁹². Ainsi, à la suite de l'annulation de la société, le mineur peut opposer à ses coassociés son incapacité pour récupérer l'intégralité de son apport. Il n'a donc pas à contribuer aux pertes sociales. Il peut enfin opposer son incapacité aux créanciers sociaux qui, dans le cadre des opérations de liquidation consécutives à l'annulation, lui demanderaient de payer des dettes sociales.

Conclusion. Pour éviter que les tiers puissent se prévaloir de la qualité de commerçant de fait d'un mineur ou associé en nom et puisse en tirer des conséquences sur l'application de règles de droit commercial, il conviendrait d'insérer un alinéa à l'article L. 121-2 du code de commerce précédant les actuelles dispositions concernant le mineur émancipé. Ce texte serait simplement rédigé : « Le mineur non émancipé ne peut être commerçant ».

⁹¹ C. com., art. L. 235-1.

⁹² C. com., art. L. 235-12.

