

COMITE DE COORDINATION DU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIETES (CCRCS)

(Art. R. 123-81 du code de commerce)

AVIS N° 2016-014

Question : Une personne physique déclarant exercer l'activité professionnelle de « trader en fonds propres » ou « pour propre compte », a-t-elle la qualité de commerçant, tenue à ce titre à immatriculation au registre du commerce et des sociétés ?

Demande d'avis de la CCCFE

(Immatriculation – Qualité de commerçant – Cas des « Traders en fonds propres » - Contrôle du greffier)

1.- Le registre du commerce et des sociétés (RCS) a notamment pour objet de recevoir, « sur leur déclaration », l'immatriculation des « personnes physiques ayant la qualité de commerçant » (*C. com., art. L. 123-1 § 1*), qualité emportant soumission des intéressés, sur nombre de points, à un régime juridique dérogatoire au droit commun, pour l'essentiel défini au code de commerce ⁽¹⁾.

Ce même code précise que « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle » (*C. com., art. L. 121-1*), étant observé que :

- les actes concernés doivent s'entendre d'actes de commerce par nature énumérés audit code (*C. com., art. L. 110-1 et L. 110-2*), au nombre desquels figure « Tout achat de biens meubles pour les revendre » (*C. com., art. L. 110-1 1°*) dans un but lucratif ;
- la condition de profession habituelle doit quant à elle s'entendre d'une « occupation sérieuse de nature à produire des bénéfices et à subvenir aux besoins de l'existence » (*Déjà : Paris, 30 avril 1906*), exercée de façon indépendante par celui qui s'y livre, c'est-à-dire en son nom et pour son propre compte.

Le commerçant peut l'être au titre de sa profession principale ou, si cette dernière n'est pas commerciale, au titre d'une activité secondaire. Mais, dans ce dernier cas, l'activité secondaire doit être indépendante. Elle ne doit pas se borner à permettre la réalisation de l'activité principale. En effet, un acte de commerce par nature devient civil s'il n'est que l'accessoire d'une activité ou d'un acte civils (*CCRCS, avis n° 2012-014 du 13 avril 2012 et n° 2015-002 du 5 février 2015 – Récemment encore : Cass. civ. 1, 25 février 2016, n° 15-10 735*).

En toute hypothèse, c'est au professionnel concerné qu'il revient d'apprécier, au stade des formalités de début d'activité, si celle qu'il entreprend lui confère la qualité de commerçant et l'oblige à se déclarer comme tel en sollicitant son immatriculation au RCS, appréciation sous réserve de celle des Tribunaux appelés, en cas de difficultés, à se prononcer après un débat contradictoire ⁽²⁾.

(1) Et conservant sa spécificité même si l'évolution de la législation tend aujourd'hui à rapprocher de celle des commerçants la situation des personnes exerçant une activité non salariée en général, par l'adoption de solutions reprises ou inspirées du droit commercial.

(2) Pouvant notamment faire suite à la contestation d'une injonction d'avoir sollicité son immatriculation s'il a omis de le faire (*C. com., art. L. 123-3*) ou à un contentieux mettant en cause les conséquences tant civiles (*C. com., art. L. 123-8 et s.*) que pénales (*C. travail, art. L. 8221-3*) d'une telle omission.

Le contrôle de régularité incombant au greffier, sur l'activité déclarée, ne peut fonder un refus d'immatriculation que si, pour l'essentiel, son énoncé ne respecte pas les conditions de forme prescrites ou révèle qu'elle est, soit incompatible avec la qualité de commerçant, soit interdite par la loi, soit soumise pour son exercice à des conditions particulières dont il n'est pas justifié, bien que devant être personnellement remplies par le demandeur ⁽¹⁾.

2.- Le « trader », terme d'usage courant en matière de marchés financiers, s'entend d'un opérateur dont l'activité consiste à acheter et vendre sur ces marchés des valeurs mobilières, devises ou produits dérivés, le plus souvent pour le compte et au moyen des capitaux d'autres personnes dont il est, soit le salarié (banque, compagnie d'assurance, société de gestion de portefeuille, notamment), soit personnellement le prestataire.

S'attache toutefois à ce même terme l'idée d'une activité excédant souvent les simples investissements ou placements financiers pour porter sur des transactions répétitives à des fins spéculatives : achats des produits précités pour les revendre à court terme, avec plus-values escomptées d'une variation favorable de cours ; recours à des stratégies renforçant ce caractère spéculatif, telles que vente à découvert et effet de levier.

C'est dans ce contexte que se pose la question, dont l'actualité est renforcée par les facilités qu'offrent désormais les sites de bourse en ligne, de la situation des particuliers qui se livrent au moyen de leurs propres capitaux à ce qu'ils présentent comme la profession, parfois arguée de libérale, de « trader en fonds propres » ou « pour propre compte ».

A cet égard, la jurisprudence a très tôt posé pour principe que « *si les opérations de bourse ne sont pas nécessairement par elles-mêmes des actes de commerce, elles peuvent revêtir ce caractère en raison des circonstances et du but dans lequel elles ont eu lieu* », comme tel est le cas lorsque « *la multiplicité et l'importance des opérations leur impriment un caractère spéculatif* » (Cass. civ. 30 juillet 1912, pourvoi n° 00-56226).

Cette approche est depuis lors celle des tribunaux qui, en la matière, tendent à soumettre les spéculateurs d'habitude aux règles du droit commercial voire à les qualifier expressément de commerçants : preuve par tous moyens des ordres passés (arrêt précité ; Cass. Req. 9 juin 1942) ; validité de la clause compromissoire insérées dans ces ordres (Paris, 19 juin 1971) ; compétence d'attribution des juridictions consulaires (Paris, 18 mars 1929 ; Paris, 5^o ch., 13 janvier 1976).

Jugé dans cette dernière espèce qu' « *en raison de la fréquence et de l'importance des opérations de bourse auxquelles il se livrait, P... doit pouvoir être regardé comme un commerçant qui exécutait des actes de commerce et en faisait sa profession habituelle, eu égard à ce qu'il ne justifie pas d'une autre activité, ni d'une situation de fortune qui lui aurait permis de spéculer uniquement en vue de la fructification de ses capitaux* ».

3.- En tout état de cause, si les opérations de bourse ne sont pas en elles-mêmes des actes de commerce par nature, il n'en reste que :

- en réputant acte de commerce « *Tout achat de biens meubles pour les revendre ...* » (C. com., art L. 110-1) dans un but lucratif, la loi ne distingue pas selon qu'il s'agit de biens meubles corporels ou incorporels, y inclus pour les seconds les valeurs mobilières, devises ou produits dérivés ;

(1) Figurent au nombre des mentions devant figurer dans la demande d'immatriculation « *la ou les activités exercées correspondant à la nomenclature d'activités définie par décret, éventuellement précisée par le déclarant (C. com. : art. R 123-38 1°)*. D'une manière générale, le contrôle de régularité de la demande incombant au greffier (C. com. : art. R 123-94) porte sur la vérification que ses « *énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires (et) correspondent aux pièces justificatives* » prescrites (C. com. : art. R.123-95). Ces pièces, pour ce qui concerne l'activité, sont les « *déclaration, autorisation, titre ou diplôme* » dont doit le cas échéant justifier, pour son exercice, la personne tenue à immatriculation ou toute autre personne dont est prévue la mention dans son dossier.

- rien ne justifierait en conséquence de faire ici exception aux principes ci-dessus rappelés (*supra* : *point 1*) en matière d'acquisition de la qualité de commerçant par l'exercice d'actes de commerce à titre de profession habituelle, principale comme secondaire.

Cette analyse, valant pour l'immatriculation au RCS et l'application du droit commercial, ne préjuge naturellement pas des solutions propres à d'autres branches du droit dont l'autonomie est souvent soulignée, tel le droit fiscal considérant, sous certaines conditions, comme provenant de l'exercice d'une profession non commerciale ou comme revenus assimilés, « *les produits des opérations de bourse effectuées dans des conditions analogues à celles qui caractérisent une activité exercée par une personne se livrant à titre professionnel à ce type d'opérations* » ⁽¹⁾.

EN CONSEQUENCE, LE COMITE DE COORDINATION EST D'AVIS QUE :

Si les opérations de bourse ne sont pas en elles-mêmes des actes de commerce par nature, il n'en reste que « *La loi répute actes de commerce : 1° Tout achat de biens meubles pour les revendre* » dans un but lucratif, sans distinguer selon qu'il s'agit de meubles corporels ou incorporels, et qu'elle prescrit que sont commerçants - tenu en tant que tels à immatriculation au RCS - « *ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ».

Il en résulte qu'à la qualité de commerçant tenu à immatriculation au RCS, celui qui se livre sur les marchés financiers, même au moyen de ses capitaux personnels, à l'activité de « trader » dite « en fonds propres » ou « pour propre compte » dès lors que, en raison de leur multiplicité et de leur importance, les achats à titre habituel de valeurs mobilières, devises ou produits dérivés sont réalisés à titre habituel, pour les revendre dans une intention spéculative.

Délibération du 5 juillet 2016

Membres du CCRCS ayant délibéré : Jacques DRAGNE (président), Jean-Marc BAHANS, Delphine GANOOTE-MARY, Catherine MALAURIE, Jean-Paul TEBOUL

Secrétaire générale : Mariette SERRES
A publier (site Internet : <www.justice.gouv.fr> - accès : « *Textes et Réforme* »)

Le Président,



(1) CGI : art. 92 – B.O.I.-RPPM-PVBMI – 10 10 10 20160304